Explication méthodique des "Institutes", de Justinien... [Par L.-É.-A. Lariche et G. Bonjean.]

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Lariche, Louis-Étienne-Alexandre,Bonjean, Georges (1848-1918). Explication méthodique des "Institutes", de Justinien... [Par L.-É.-A. Lariche et G. Bonjean.]. 1878-1880.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF.Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :
*La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.
*La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer ici pour accéder aux tarifs et à la licence

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

*des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.
*des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

EXPLICATION MÉTHODIQUE

DES

INSTITUTES

DE JUSTINIEN

CONTENANT

UNE INTRODUCTION HISTORIQUE A L'ÉTUDE DU DROIT ROMAIN;
LA TRADUCTION ET L'EXPLICATION DES INSTITUTES DE JUSTINIEN;
LA TRADUCTION ET L'EXPLICATION DES TEXTES LES PLUS IMPORTANTS
DES INSTITUTES DE GAIUS, DU DIGESTE, DU CODE, DES NOVELLES,
DES RÉSUMÉS SYNOPTIQUES DES PRINCIPALES MATIÈRES;
UNE TABLE MÉTHODIQUE, A LA FIN DE CHAQUE VOLUME;
UN RÉPERTOIRE GÉNÉRAL ALPHABÉTIQUE, A LA FIN DE L'OUVRAGE.

TOME PREMIER

CONTENANT L'EXPLICATION DES LIVRES I ET II DES INSTITUTES

PARIS
A. DURAND ET PEDONE-LAURIEL, ÉDITEURS
Libraires de la Cour d'appel et de l'Ordre des Avocats
RUE CUJAS, 9 (ANCIENNE RUE DES GRÈS)

1878

Tous droits réservés.

EXPLICATION MÉTHODIQUE

DES

INSTITUTES DE JUSTINIEN

8° F
621

SCEAUX. — TYP. ET STÉR. M. ET P.-E. CHARAIRE.

No 4
187

EXPLICATION MÉTHODIQUE

DES

INSTITUTES

DE JUSTINIEN

CONTENANT :

UNE INTRODUCTION HISTORIQUE A L'ÉTUDE DU DROIT ROMAIN;
LA TRADUCTION ET L'EXPLICATION DES INSTITUTES DE JUSTINIEN;
LA TRADUCTION ET L'EXPLICATION DES TEXTES LES PLUS IMPORTANTS
DES INSTITUTES DE GAIUS, DU DIGESTE, DU CODE, DES NOVELLES;
DES RÉSUMÉS SYNOPTIQUES DES PRINCIPALES MATIÈRES;
UNE TABLE MÉTHODIQUE, A LA FIN DE CHAQUE VOLUME;
UN RÉPERTOIRE GÉNÉRAL ALPHABÉTIQUE, A LA FIN DE L'OUVRAGE.

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE

TOME PREMIER

CONTENANT L'EXPLICATION DES LIVRES I ET II DES INSTITUTES

PARIS
A. DURAND ET PEDONE-LAURIEL, ÉDITEURS
Libraires de la Cour d'appel et de l'Ordre des avocats
RUE CUJAS, 9 (ANCIENNE RUE DES GRÈS)

1878

Tous droits réservés.



PRÉFACE DE M. L. LARICHE

Répétiteur de droit, à Paris, depuis plusieurs années, j'ai été à même d'apprécier les difficultés que les élèves rencontrent dans l'étude du droit romain.

En publiant ce livre, j'ai essayé de diminuer ces difficultés.

J'ose espérer que la jeunesse des Facultés voudra bien accueillir ce Traité élémentaire de Droit romain, bien qu'il émane d'un enseignement privé, avec autant de bienveillance que s'il émanait d'un enseignement officiel.

Je me suis contenté de donner, dans le corps de l'ouvrage, la traduction du texte des *Institutes*, pensant qu'il était inutile d'en reproduire le texte latin, parce que les lecteurs qui voudront en prendre connaissance n'auront qu'à se reporter au *Manuale juris synopticum* de M. Pellat qui, outre le texte des *Institutes* de Justinien, contient les *Institutes* de Gaïus, les *Regulæ juris* d'Ulpien, les *Sentences* de Paul, la *Col-*

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE
IMPRIMÉS

latio legum mosaicarum et romanarum, la *Disputatio forensis de manumissionibus*, et les *Fragmenta Vaticana*, dont j'ai cité un grand nombre de passages.

J'ai donné aussi la traduction de presque tous les textes que j'ai cités : soit des *Institutes* de Gaïus, des *Règles* d'Ulpien, des *Sentences* de Paul, des *Fragmenta Vaticana*, soit du Digeste, du Code et des Novelles.

L. L.

Paris, le 15 décembre 1867.

AVERTISSEMENT

Chargé de composer le second volume de l'ouvrage interrompu par la mort de M. Lariche, je devais, dans tous les cas, revoir attentivement le premier volume, paru en 1868, pour le mettre au courant de l'enseignement actuel, introduire des divisions plus claires, et donner à l'ensemble ce caractère d'unité que ne saurait produire la juxtaposition matérielle de sa propre pensée à celle d'un autre.

D'ailleurs les théories matérialistes et antireligieuses que j'avais, non sans un grand étonnement, constatées dans certaines discussions juridiques ou philosophiques, qui leur servaient de prétexte, ne m'auraient pas permis de continuer cet ouvrage, si je n'avais eu la pleine liberté de modifier profondément le premier volume, et d'en bannir ces théories, déplacées dans la bouche d'un jurisconsulte, et que le sentiment de modération, que la critique doit surtout à ceux qui ne peuvent se défendre, m'empêche seul de qualifier comme elles le méritent.

Toutefois, sans protester autrement contre ces théories dangereuses et décevantes, je tiens à affirmer que, dans ma conviction philosophiquement raisonnée, le christianisme seul pourrait donner à l'humanité un état moral assez épuré pour réaliser ce *desideratum* du jurisconsulte : *confondre* LE DROIT *et* L'ÉQUITÉ, *faire passer dans le domaine des faits humains ce type abstrait de perfection vainement poursuivi jusqu'à présent.*

G. BONJEAN.

Paris, janvier 1877.

EXPLICATION DES ABRÉVIATIONS

Gaïus, II, § 132 :	Gaïus, *Institutes*, livre II, § 132.
Ulp., *Reg.*, x, § 1 :	Ulpien, *Regulæ juris*, titre x, § 1.
Paul, *Sent.*, III, vi, § 5 :	Paul, *Sentences*, livre III, titre vi, § 5.
Fragm. Vatic., § 77 :	*Fragmenta Vaticana*, § 77.
Inst., II, vii, § 1 :	*Institutes*, livre II, titre vii, § 1.
L. 1, § 18. D. 35, 2 :	Loi 1, § 18. *Digeste*, livre 35, titre 2.
L. 3 pr. D. 35, 5 :	Loi 3 *principium*. *Digeste*, livre 35, titre 5.
L. 22, § 14. C. 6, 30 :	Loi 22, § 14. *Code*, livre 6, titre 30.
L. 1. C. Th., 3, 16 :	Loi 1. *Code Théodosien*, livre 3, titre 16.
Nov. 119. ch. 2 :	*Novelle* 119, chapitre 2.
§ 2 de n. t :	§ 2 de notre titre.

Dans les citations des lois du *Digeste* et du *Code*, on s'est toujours référé à l'édition connue sous le nom de *Corpus juris civilis Academicum*.

EXPLICATION

DES

INSTITUTES

DE JUSTINIEN

INTRODUCTION[1]

I

DÉFINITIONS GÉNÉRALES

(*Institutes*, livre I, titre Ier : *De la justice et du droit.*)

1. Il y a, dans toute science, certaines expressions capitales qui s'interprètent souvent d'une façon différente, et qu'il est indispensable de bien déterminer pour prévenir toute obscurité. Tels sont les mots : *jus* ou *droit; morale; droit naturel; équité; jurisprudence; justice.*

2. **Jus** (droit). — Ce mot a plusieurs acceptions :.

1° Le mot *jus* vient de *jubere*, *jussus*, et réveille l'idée de commandement, d'ordre. Il y a certaines actions qui nous sont défendues, il y en a d'autres que nous pouvons faire, d'autres enfin que nous devons faire. Ces prescriptions ont toutes pour but de garantir et protéger les droits de chaque homme contre les atteintes des autres hommes. C'est le droit qui détermine ce que nous pouvons, devons, ou ne pouvons pas faire, et dans ce sens on peut le

---

1. Cette introduction à l'étude du droit romain proprement dit se divisera en trois parties : la 1re donnera certaines définitions générales; la 2e présentera les divisions du droit romain quant à sa sphère d'action et à son mode de formation; la 3e donnera des notions historiques sur le fonctionnement des divers pouvoirs à Rome, l'organisation sociale, les monuments du droit, l'organisation des tribunaux civils, etc., etc.

définir : *l'ensemble des préceptes formulés par le législateur et auxquels l'homme doit obéir;* c'est en ce sens que l'on dit : *droit public, droit privé, droit civil;* on appelle *droit positif* l'ensemble des règles formulées par le législateur. Mais ce n'est pas assez de déterminer les principes qui règlent les rapports des hommes entre eux : il faut encore assurer l'obéissance à ces principes déterminateurs par l'organisation d'une contrainte matérielle, laquelle résulte d'un certain nombre de règles spéciales dites : *droits sanctionnateurs.*

D'après ce qui précède, on voit que le mot *droit*, pris dans ce premier sens, implique deux idées : 1° une idée de direction de la conduite et de la liberté de l'homme dans ses rapports avec ses semblables ; 2° une idée d'intervention du législateur donnant des ordres et faisant des lois. Le mot *droit*, en français, et le mot *Recht*, en allemand, ont tiré leur origine étymologique de la première idée, de l'idée de direction, *dirigere*, *directum*. Le mot latin *jus*, comme on l'a dit plus haut, a au contraire tiré son origine étymologique de l'idée d'ordre et de contrainte, ce qui se comprend facilement en présence du principe d'autorité si développé à Rome.

2° Le mot *jus* signifie aussi l'ensemble des préceptes destinés à montrer comment les règles abstraites de la science du droit doivent être appliquées aux espèces variées qui résultent du conflit des intérêts privés.

3° Enfin on entend par *jus*, *jura*, certaines prérogatives ou facultés garanties par la loi. Dans ce sens, un *droit* a pour corrélatif un *devoir*. Par exemple, le droit de propriété, qui permet à quelqu'un de jouir exclusivement de sa chose, suppose nécessairement chez les autres le *devoir* de respecter cette propriété et cette jouissance.

Si, dans ce sens, un *droit* a pour corrélatif un *devoir*, ce devoir lui-même, pour être accompli, doit être accompagné d'une sanction déterminée. Ainsi un droit de créance suppose nécessairement l'obligation de payer ; mais ce n'est pas assez, et le créancier peut forcer le débiteur à exécuter son obligation, au moyen d'une *condictio* qui, au besoin, mettra toute la puissance publique en action pour assurer le respect du droit et l'accomplissement du devoir.

3. **Morale**. — Comme le droit, la morale est un ensemble de préceptes auxquels l'homme doit conformer sa conduite ; mais elle diffère du droit proprement dit, en ce qu'elle manque de *sanction légale*. Celui qui ne se conformera pas aux règles de la morale encourra sans doute la mésestime publique et la responsabilité éternelle ; mais ce sont là des sanctions qui n'ont aucun rapport avec la sanction du droit positif. — Il est vrai que certaines règles fon-

damentales de morale ont été revêtues par les législateurs d'un caractère légalement obligatoire ; mais alors le jurisconsulte n'a plus à les considérer au point de vue moral, mais uniquement au point de vue juridique.

Déjà Paul avait indiqué cette différence profonde entre le droit et la morale en disant : *Non omne quod licet honestum est...* Tout ce que permet le droit n'est pas conforme à la morale ; et Bentham a vivement fait sentir cette idée dans une forme imagée. Il a comparé ces deux règles des actions humaines à deux cercles concentriques : le plus petit, c'est celui du droit; le plus grand, c'est celui de la morale qui comprend : d'abord tout ce que comprend celui du droit, et encore beaucoup d'autres principes exclusivement moraux.

Est-il nécessaire pour le jurisconsulte de connaître les règles de morale qui n'ont pas été reconnues et sanctionnées par le droit civil ? Sans doute :

Par exemple, il est de principe que deux personnes peuvent, par des conventions particulières, déroger à une loi générale, pourvu que cette loi n'intéresse pas les *bonnes mœurs*, c'est-à-dire précisément la *morale*.

Pour juger si telle ou telle convention est valable, le jurisconsulte est donc obligé de rechercher si elle est conforme ou contraire à la *morale*.

4. **Droit naturel.** — On a donné à cette expression bien des significations.

On a voulu d'abord y voir l'ensemble des règles auxquelles était soumis l'homme vivant comme les animaux, en dehors de toute civilisation. Je n'insiste pas sur cette idée bizarre, sur laquelle je reviendrai plus loin, et je me contente de dire que notre amour-propre, notre dignité d'homme suffisent pour repousser une telle conception.

En second lieu, on considère le *droit naturel* comme synonyme de *morale*.

Enfin le droit naturel serait le *beau idéal*, le type abstrait de la perfection en matière de droit ; chaque fois que le législateur établit une règle de droit, ou la modifie, il vise à se rapprocher du droit naturel, en s'efforçant de faire passer dans le domaine des faits humains un type abstrait de perfection.

5. **Équité.** — Ce mot est un de ceux qu'il est difficile de définir, mais que l'honnête homme perçoit profondément. Il me paraît se confondre à peu près complétement avec le *droit naturel* considéré comme le type idéal du droit, de la justice. Ainsi on oppose souvent le droit proprement dit à l'équité, et c'est dans ce sens que Quintilien a dit : *pugnare jure aut æquo*.

Étymologiquement, on donne au mot *équité* le sens d'*égalité*, et bien entendu d'égalité devant la loi ; cette idée n'est pas juste. Il faut se rendre compte en effet que tous les êtres humains n'ont pas reçu du ciel ou des circonstances la même dose d'intelligence, d'instruction et, par suite, de liberté d'action, de juste perception du bien et du mal.

Peser un fait, commis par deux personnes différentes, dans la même balance, sans tenir compte d'une foule de circonstances indépendantes de leur volonté, qui, chez l'une a aggravé, chez l'autre a diminué la responsabilité, serait juger conformément à l'*égalité*, mais contrairement à l'*équité*.

L'équité se rapproche donc beaucoup du droit naturel, si elle ne se confond pas avec lui. Elle existe dans toutes les bonnes consciences. Mais cette perception ne suffirait pas pour permettre de juger un procès ; non pas, comme le disent quelques auteurs, parce que cette notion puissante du juste et de l'injuste serait insuffisante pour inspirer une sentence équitable, sans la connaissance de la philosophie et du droit positif ; mais bien parce que le droit positif autorise des actions contraires à l'équité, et que juger d'après l'équité serait souvent violer une règle formellement écrite dans les corps de droit.

Jurisprudence. — « JURISPRUDENTIA *est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia.* (*Inst.*, I., 1, § 1.) La jurisprudence est la connaissance des choses divines et humaines, la science du juste et de l'injuste. »

6. Le mot *jurisprudence*, dans son sens ordinaire, veut dire : la connaissance acquise du droit. C'est la même combinaison de mots qui a formé l'expression *jurisprudentes*, ceux qui savent le droit (*jurisprudentia, prudentes.*)

Évidemment la jurisprudence est bien la science du juste et de l'injuste ; mais dans cette définition, empruntée par les rédacteurs des *Institutes* au jurisconsulte Ulpien (L. 10, § 2. D. 1, 1), qu'a-t-on voulu énoncer en disant que la jurisprudence est la connaissance des choses divines et humaines ? Les interprètes du droit romain sont loin d'être d'accord sur le sens de cette définition.

« *Divinarum atque humanarum rerum notitia* : Qu'est-ce que ces
« mots peuvent signifier ? Certains interprètes y ont vu une allusion
« à la division des choses en *res divini juris* et *res humani juris*. La
« pensée d'Ulpien serait que, pour être jurisconsulte, il faut con-
« naître les règles particulières qui s'appliquent à ces deux classes
« de choses. Mais tout autre me paraît avoir été la pensée d'Ulpien.
« Ce qu'il a voulu dire, c'est que, pour être véritablement juriscon-

« sulte; pour avoir la science du droit, il faut avoir pris parti sur la « nature de Dieu, sur la nature et sur la destination de l'homme. « La science du droit suppose la connaissance de la nature divine « et de la nature humaine ; elle consiste à savoir distinguer ce qui « est juste et ce qui est injuste. Il y a là une idée profondément « vraie, surtout lorsque l'on comprend sous le nom de *jus* ce « que nous avons appelé *la science du devoir*, c'est-à-dire la morale « aussi bien que le droit proprement dit ; et, comme nous le ver- « rons bientôt, c'est précisément ce que faisaient Ulpien et Justi- « nien. Je dis que la définition ainsi entendue contient une idée « profondément vraie : car il est évident que deux personnes dont « l'une croit et dont l'autre ne croit pas à l'existence de Dieu, à l'im- « mortalité de l'âme humaine, etc., ne doivent pas se trouver bien « souvent d'accord quand il s'agit de déterminer ce qui est juste et « ce qui est injuste, ce qui est moral et ce qui ne l'est pas. Pour ar- « river à connaître le devoir de l'homme dans telle ou telle cir- « constance, il est donc indispensable de commencer par prendre « parti sur les grands problèmes qui font l'objet de la philosophie. « Ulpien, à cet égard, ne fait que reproduire sous une autre forme « la pensée de Cicéron : « *Penitus ex intima philosophia hauriendam* « *juris disciplinam* » (*De Legib.*, I, 5.) Et c'est encore la même « pensée que Descartes exprime en ces termes : « Le moyen le plus « assuré pour savoir comment nous devons vivre est de connaître « auparavant quels nous sommes, quel est le monde dans lequel « nous vivons, et qui est le créateur de ce monde, le maître de la « maison que nous habitons. » (Lettre XX à M. Chanut.) — Telle est l'opinion exposée par M. Demangeat dans son *Cours élémentaire* (t. I, p. 11 et 12.)

Cette explication est très-ingénieuse ; mais combien ne faut-il pas aider au texte pour y arriver? Et d'ailleurs, tout en reconnaissant que cette notion générale ne manque pas de grandeur, il faut avouer qu'on serait assez embarrassé pour lui assigner quelque utilité pratique.

Une autre interprétation prend le texte au pied de la lettre ; il en résulte que la jurisprudence serait la science universelle. C'est absolument inadmissible.

Enfin M. Accarias voit, dans notre expression, une allusion aux principes qui régissent l'organisation du culte et des sacerdoces ; mais c'est là un *droit public* qui n'a aucun rapport avec la jurisprudence.

Le meilleur, selon moi, est de ne pas chercher à interpréter cet obscur membre de phrase, car il serait bien difficile d'obtenir un résultat entièrement satisfaisant. Les Romains n'avaient pas, pour

la philosophie, la même supériorité que pour le droit, et il est permis de croire qu'Ulpien, et Justinien, après lui, se sont laissé séduire par une expression d'un effet majestueux, dont ils n'avaient pas suffisamment médité la portée.

Justice. — « JUSTITIA *est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi.* (*Inst.*, I., I, pr.) La justice est la volonté ferme et persévérante de rendre à chacun ce qui lui est dû. »

7. Cette définition se comprend facilement. Celui-là, en effet, ne serait pas juste, chez lequel la volonté « de rendre à chacun ce qui lui est dû » ne serait pas permanente et incapable de céder à des menaces ou à des considérations d'intérêt personnel.

Ulpien (L. 1, pr. D.,) dit que le droit, *jus*, « *est a justitia appellatum* ». Il n'est pas difficile de comprendre que c'est le contraire qu'il a voulu dire. En effet la *justice*, c'est-à-dire la volonté d'appliquer le *jus*, a suivi et non précédé le *jus* lui-même.

8. **Préceptes constitutifs du droit.** — Pour terminer ces nombreuses généralités, examinons quels devoirs généraux l'homme doit observer, d'après les Romains, pour obéir à cette direction sociale qu'on appelle le *jus* :

« Juris præcepta sunt hæc : honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere. (*Inst.*, I., I, § 3.) Les préceptes de droit sont ceux-ci : *vivre honnêtement, ne pas léser autrui, donner à chacun ce qui lui appartient.* »

Encore une définition dans laquelle on ne retrouve pas la justesse de pensée et d'expression, si remarquable dans les écrits des jurisconsultes romains. — Ulpien, et après lui Justinien, posent comme premier principe de *droit* : HONESTE VIVERE, et ce principe fait exclusivement partie de la *morale*. Aussi Paul dit-il formellement : *Non omne quod licet honestum est;* tout ce qui est permis n'est pas honnête (l. 144, D. 50, 17). Il est en effet un grand nombre d'actions mauvaises que la loi ne saurait rechercher et punir, sans devenir tracassière et vexatoire.

Le second précepte : « ALTERUM NON LÆDERE, » est faux ou inutile ; en effet, d'un côté on peut impunément porter préjudice à autrui, si, en le faisant, on ne fait qu'user de son droit : *nemo injuria* (contrairement au droit) *facere creditur, qui jure suo utitur ;* et, d'un autre côté, ce précepte rentre dans le suivant.

Le troisième précepte : « SUUM CUIQUE TRIBUERE, » est le seul important. En effet, dès que je m'efforce de respecter le droit d'autrui, j'obéis absolument au *jus*, qui détermine précisément ce droit de mon prochain. — En l'écrivant, on pouvait se dispenser de mentionner les deux premiers.

II

DIVISIONS DU DROIT ROMAIN

QUANT A SA SPHÈRE D'ACTION ET A SON MODE DE FORMATION;

SOURCES DU DROIT ROMAIN

9. On entend par *Sources du Droit* les procédés divers par lesquels une règle devient *obligatoire*.

Avant d'étudier les règles du droit romain dans leurs principes, leurs transformations et leurs applications, il est indispensable de savoir comment un règle passait dans le domaine du droit positif, aux différentes époques de la civilisation romaine. C'est ce qu'on verra sommairement dans l'étude des *sources du Droit romain* qui va suivre, et, d'une façon plus détaillée, dans la troisième partie de cette INTRODUCTION : *Notions historiques*.

TABLEAU GÉNÉRAL (D'APRÈS LES INSTITUTES DE JUSTINIEN)

- **CHAPITRE Ier — DROIT PUBLIC** : ORGANISATION DES CULTES. — ORGANISATION POLITIQUE ET ADMINISTRATIVE. — RAPPORTS INTERNATIONAUX.
- **CHAPITRE II — DROIT PRIVÉ**
  - ARTICLE Ier — *Droit naturel* : UNION DES SEXES. — PROCRÉATION ET ÉDUCATION DES ENFANTS. (Commun aux hommes et aux animaux.)
  - ARTICLE II — *Droit des gens* : ESCLAVAGE PAR CAPTIVITÉ. — DROIT DE PROPRIÉTÉ. — PRINCIPAUX CONTRATS : Prêt à consommation, à usage; échange; vente; louage; société; mandat; dépôt; gage.
  - ARTICLE III — *Droit civil*
    - § Ier. DROIT NON ÉCRIT ou Droit coutumier.
    - § II. DROIT ÉCRIT ou promulgué.
      - Lois. — Plébiscites.
      - Sénatus-Consultes.
      - Constitutions impériales : Édits. Rescrits. Décrets. Mandats.
      - Édits des magistrats.
      - Réponses des prudents.

      (Sources du droit.)
    - § III. APPENDICE.

Le droit se divise en deux grands chapitres :

« Hujus studii duæ sunt positiones : *publicum* et *privatum*. (*Inst.*, I, 1, § 4.) Cette étude a deux objets : le *droit public* et le *droit privé*. »

CHAPITRE PREMIER

DROIT PUBLIC

« Publicum jus est quod ad statum rei romanæ spectat... (*Inst.*, I, 1, § 4.) Le droit public concerne le gouvernement de l'empire. »

10. Le droit public ou politique est cette partie du droit qui, dans tous les pays, détermine la forme du gouvernement, qui organise les différents pouvoirs publics et les magistratures, et qui, enfin, règle les rapports des particuliers avec le gouvernement. Ce qui concerne le culte, les cérémonies de la religion, les attributions des pontifes rentre dans le *jus publicum*. Le *jus sacrum* n'est qu'une fraction du droit public. « *Publicum jus in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus, consistit*, » dit Ulpien (L. 1, § 2. D. 1, 1).

Justinien, qui va s'occuper exclusivement du *droit privé*, se contente de définir le droit public ; il convient de l'imiter.

CHAPITRE II

DROIT PRIVÉ

« ... *Privatum* quod ad singulorum utilitatem (spectat).

« Dicendum est igitur de jure privato quod tripartite est collectum, est enim ex naturalibus præceptis, gentium et civilibus. (*Inst.*, I, 1, § 4.) Le droit privé règle les rapports qui intéressent les particuliers.

« Nous n'avons à nous occuper que du droit privé qui a une origine *tripartite ;* car il se compose de préceptes tirés du *droit naturel*, du *droit des gens* et du *droit civil*. »

11. Cette division *tripartite* du droit privé, que Justinien a eu grand tort d'emprunter à Ulpien, a été vivement critiquée, et avec raison. Pour s'en convaincre, il suffit de considérer ce que le texte entend par ce *droit naturel* qu'il prétend être une des sources du droit privé.

ARTICLE PREMIER. — DROIT NATUREL.

« Le droit naturel, dit Justinien, est celui que la nature enseigne à tous les animaux. Ce droit n'est pas particulier aux hommes ; il est commun à tous les

êtres animés qui vivent dans l'air, sur la terre et dans les eaux. De là vient l'union du mâle et de la femelle, union que nous appelons mariage; de là vient encore la procréation et l'éducation des enfants. Nous voyons en effet que les animaux agissent comme s'ils connaissaient ce droit. » (*Inst.*, I., II, præ.)

12. Il nous semble qu'il était difficile de présenter une idée plus bizarre. Quel honneur pour l'homme que d'être assimilé à un mollusque ou à un insecte ! Quelle haute philosophie de jurisconsulte que celle qui confond des nécessités physiologiques, auxquelles le ver de terre ne sait se soustraire, avec cette grande idée du *droit*, de la *loi*, c'est-à-dire du devoir, du libre arbitre, de la responsabilité devant Dieu et devant les hommes, — éléments grandioses mais essentiels de toute idée juridique.

Et encore sont-elles vraies ces prétendues lois inviolables que la nature aurait mises au fond de tout être animé? Il est malheureux que Justinien n'ait pas connu les notions les plus élémentaires d'histoire naturelle ; puisqu'il parle des habitants des mers, il aurait vu que, pour l'immense majorité d'entre eux, il n'y a ni *conjunctio maris et feminæ*, ni le moindre rudiment d'*educatio;* il aurait vu que l'hôte le plus charmant des airs, le papillon, et, avec lui, tous les autres insectes, n'ont pas la moindre pensée pour ces *enfants* posthumes qui sortiront de leurs œufs, abandonnés la saison précédente.

Sans insister davantage, il suffit de résumer les principes vrais, en ces termes :

Le mot *droit* suppose nécessairement l'idée de *devoir ;* or il ne peut y avoir devoir que s'il y a libre arbitre ; donc, les nécessités, qui sont obéies instinctivement et sans libre arbitre, ne sauraient, à aucun point de vue, rentrer dans la science du droit.

Du reste, cette division du droit privé en trois parties n'était pas admise, en réalité, chez les Romains. En effet, les jurisconsultes romains n'entendaient point par droit naturel un prétendu droit applicable aux animaux : ce qu'ils appelaient droit naturel n'était pas autre chose que le droit des gens, *jus gentium*, comme on peut le voir au § 11, t. I, liv. II des *Institutes*, où il est dit : « *Quarumdam rerum dominium nanciscimur jure naturali quod, sicut diximus*, APPELLATUR JUS GENTIUM. » « Nous acquérons la propriété de certaines choses d'après le droit naturel qui, comme nous l'avons dit, s'appelle droit des gens. » Ainsi, pour les Romains, les expressions *jus naturale* et *jus gentium* étaient synonymes. De sorte qu'en réalité le droit privé des Romains ne se composait pas de trois éléments : droit naturel, droit des gens, droit civil, mais de deux éléments seulement : le droit naturel ou des gens et le droit civil.

12 *bis*. Voyons donc ce qu'il faut entendre par droit des gens et par droit civil.

« Le droit civil et le droit des gens doivent être distingués : tous les peuples qui sont régis par des lois et par des coutumes ont un droit qui leur est propre en partie et en partie commun à tous les hommes. En effet, le droit que chaque peuple établit pour lui-même est le droit propre à la cité : il s'appelle droit civil parce qu'il est le droit spécial de la cité. Mais le droit que la raison naturelle a établi entre tous les hommes, qui est observé également chez tous les peuples, s'appelle droit des gens, c'est-à-dire droit de toutes les nations. Aussi, le peuple romain observe tout à la fois un droit qui lui est propre et un droit qui est commun à tous les hommes. En quoi consiste chacun de ces droits? Nous l'indiquerons quand il le faudra. » (*Inst.*, I, II, § 1.)

« Le droit civil tire son nom de chaque cité, par exemple celui des Athéniens ; car si quelqu'un veut appeler les lois de Solon ou de Dracon *droit civil des Athéniens*, il ne se trompera pas. De même, le droit dont se sert le peuple romain, nous l'appelons droit civil des Romains ou droit des Quirites. Les Romains, en effet, s'appellent aussi Quirites : ce nom leur vient de Quirinus. Mais quand nous disons *le droit*, sans indiquer le nom d'aucun peuple, nous voulons parler de notre droit, de même que quand on dit *le poëte*, on veut désigner, chez les Grecs, Homère, chez nous Virgile. Le droit des gens est commun au genre humain tout entier ; car toutes les nations se sont donné certaines règles qui étaient exigées par l'usage et les besoins de la vie. Des guerres sont survenues entre les peuples, il en est résulté la captivité et l'esclavage, qui sont contraires au droit naturel : car, d'après le droit naturel, primitivement tous les hommes naissaient libres. C'est aussi par ce droit des gens que presque tous les contrats ont été introduits, comme l'achat et la vente, le louage, la société, le dépôt, le prêt de consommation et beaucoup d'autres. » (*Inst.*, I, II, § 1.)

Ces deux textes mélangeant complétement ce qui se rapporte au droit des gens et ce qui se rapporte au droit civil, il convient, pour la clarté de cet exposé, d'en extraire pour chacun ce qui lui appartient.

ARTICLE II. — DROIT DES GENS.

13. Le droit des gens est l'ensemble des règles que la raison naturelle a établies entre tous les hommes et qui sont observées également chez tous les peuples. En effet, les besoins de la vie ont nécessité, pour toutes les nations, la création de certaines institutions juridiques, de certains actes de droit, qu'on retrouve chez tous les peuples, par exemple, la création de certains contrats, tels que la vente, le louage, la société, le prêt. L'ensemble de ces règles s'appelle droit des gens, parce que ce droit est commun à toutes les nations, *jus gentium quo omnes gentes utuntur* (§ 1). *Jus gentium omni humano generi commune est* (§ 2.) C'est ainsi que l'esclavage était considéré par les Romains comme une institution du droit des gens, parce que l'esclavage était pratiqué par tous les peuples de l'antiquité. Entendu ainsi, le mot droit des gens désigne l'ensemble

des règles de droit qui, chez chaque peuple, régissent des institutions juridiques qui se retrouvent chez toutes les nations.

Le mot *droit des gens* n'a donc pas ici la signification de droit international : il désigne seulement l'ensemble des règles communes aux citoyens romains et aux pérégrins.

ARTICLE III. — DROIT CIVIL.

14. Le droit civil est le droit que chaque peuple a établi pour lui-même. En effet, les législations des divers peuples ne se ressemblent pas. Dans le droit d'un peuple on trouve des règles particulières qu'on ne retrouve pas dans le droit des autres peuples : l'ensemble de ces règles particulières forme le *droit civil* de ce peuple, le droit civil exclusivement propre à ce peuple. Ainsi, le droit civil romain était l'ensemble des règles de droit qui n'existaient que dans le droit privé des Romains et qui n'étaient applicables qu'aux seuls citoyens romains.

15. D'après ce qui précède, on voit que le droit privé de chaque peuple se compose de deux éléments : 1° de règles venant du droit des gens, c'est-à-dire du droit commun à tous les peuples ; 2° de règles du droit civil, c'est-à-dire du droit propre à chaque peuple (*Inst.*, I, I, § 4). Du reste, il est possible que les règles du droit des gens, faisant partie du droit privé d'un peuple, soient un peu différentes des règles du droit des gens, faisant partie du droit privé d'un autre peuple. Ainsi, par exemple, les règles du droit des gens des Romains sur la vente peuvent différer plus ou moins des règles du droit des gens des Carthaginois ou des Gaulois sur la vente. Ce qui caractérise les règles du droit des gens, faisant partie du droit privé d'un peuple, c'est que ces règles, chez ce peuple, s'appliquent à tous les hommes sans distinction de nationalité, et non pas cette circonstance que ces règles se retrouveraient identiquement les mêmes chez tous les autres peuples. Ainsi, ce qui caractérise les règles du droit des gens, faisant partie du droit privé des Romains, c'est que ces règles s'appliquent, à Rome, aux étrangers comme aux citoyens.

En résumé, le droit privé des Romains se compose de règles du droit des gens et de règles du droit civil. Les règles du droit des gens sont des règles qui, à Rome, s'appliquent à tous les hommes, aux étrangers comme aux citoyens. Les règles du droit civil sont des règles qui n'existent que dans le droit propre au peuple romain et qui ne s'appliquent qu'aux seuls citoyens romains.

L'expression *droit civil* ne signifie donc pas, comme aujourd'hui dans le langage usuel, droit *privé* et ordinaire des particuliers, par opposition au droit criminel, administratif, commercial, etc., mais bien le droit du *civis*.

16. Après avoir ainsi montré ce qu'est le droit civil, il faut montrer les sources d'où il dérive. Ces sources se rattachent à deux grands principes.

« Il est certain que notre droit est *écrit* ou *non écrit*, comme chez les Grecs les lois sont écrites ou non écrites. Le droit écrit consiste dans la loi, le plébiscite, le sénatus-consulte, les constitutions des empereurs, les édits des magistrats et les réponses des prudents. » (*Inst.*, I, II, § 3.)

Les *Institutes* nous donnent ici une nouvelle division du droit : le droit privé d'un peuple se divise en *droit écrit* et en *droit non écrit*.

Le droit écrit est l'ensemble des règles de droit qui ont été formulées et promulguées expressément par l'autorité législative. Le droit non écrit ou droit coutumier est l'ensemble des règles de droit qui, sans avoir été promulguées expressément par l'autorité législative, se sont introduites dans un pays par le consentement tacite des habitants de ce pays. Ainsi, le droit écrit des Romains était l'ensemble des règles de droit promulguées par les diverses autorités publiques qui, aux différentes époques de l'existence du peuple romain, ont eu le pouvoir de faire les lois.

Le droit non écrit des Romains était l'ensemble des règles de droit qui avaient été admises par le consentement tacite du peuple romain. Ces règles s'appelaient des *coutumes* (*mores*), parce qu'elles s'étaient introduites dans les mœurs du peuple romain par l'usage, l'habitude, la coutume.

La coutume a été, à toutes les époques de l'existence du peuple romain, une source du droit (nos 59, 99, 131, 140).

Ces deux origines du droit se subdivisent en *sept sources* secondaires, *une* correspondant au *droit non écrit*, et *six* au *droit écrit*.

Ces sept sources du droit civil n'ont pas pris naissance simultanément : elles se sont au contraire présentées et ont disparu successivement. Enfin, quand elles ont coexisté, elles n'avaient pas toutes la même importance.

Pour faciliter l'étude de cette matière compliquée, on va, sans préjudice des détails qui seront donnés dans la 3e partie de cette *Introduction*, exposer chacune de ces sept sources dans leur ordre chronologique. Plus tard on les trouvera groupées, pour montrer, aux diverses périodes historiques, l'importance relative de chacune d'elles.

§ Ier. — DROIT NON ÉCRIT OU COUTUME (*une source*).

« Le droit non écrit est celui que l'usage a établi, car les coutumes de longue durée, approuvées par ceux qui les observent, ressemblent à des lois. » (*Inst.*, I, II, § 9.)

17. La coutume est une règle de droit établie par la volonté tacite du peuple. On comprend qu'une règle de droit qui a été acceptée dans la pratique et observée d'une manière constante par les habitants d'un pays, finit par avoir autant de force qu'une loi promulguée par une autorité législative. L'ensemble de ces règles, ainsi acceptées et établies par le consentement tacite des habitants d'un pays, forme ce qu'on appelle le *droit coutumier*, les *coutumes*, la *coutume*. Au surplus, il est possible qu'une règle du droit coutumier, une coutume, finisse par entrer dans le *jus scriptum;* ce qui arrive quand elle est, à un moment donné, consacrée par une loi ou par le préteur dans son édit. Mais une coutume, pour être obligatoire et avoir la même force qu'une loi, n'a pas besoin d'être ainsi confirmée par une loi ou par l'édit du préteur; il suffit qu'elle soit ancienne et constante, bien établie (59, 99, 131, 140).

Ce qui va suivre est sans intérêt, mais il fallait expliquer les §§ 10 et 11 de notre titre II.

§ 10. « C'est avec raison que le droit civil a été divisé en deux espèces : le droit écrit, et le droit non écrit; car son origine paraît se rattacher aux institutions de deux cités, Athènes et Lacédémone. Les Lacédémoniens confiaient à la mémoire les coutumes qu'ils observaient comme des lois; les Athéniens les conservaient par écrit. »

18. Cette origine de la division du droit en droit écrit et droit non écrit, donnée par les *Institutes* est très-inexacte. En effet, la circonstance qu'une coutume est constatée par écrit ne la fait pas, pour cela, entrer dans le droit écrit. En effet, le droit écrit est celui qui a été *promulgué* par l'autorité législative le droit non écrit est l'ensemble des règles adoptées par le consentement tacite du peuple, sans distinguer si elles sont ou non constatées par écrit.

§ 11. « Les lois naturelles qui sont observées également chez tous les peuples, et qui ont été établies par la divine Providence, subsistent toujours fixes et immuables. Au contraire, les lois que chaque cité a établies pour elle sont souvent changées, ou par le consentement tacite du peuple ou par une autre loi postérieure. »

§ II. — DROIT ÉCRIT (*six sources*).

(*Inst.* L. I, t. II.)

I. — LA LOI.

§ 4. « La loi est ce que le peuple romain établissait sur la proposition d'un magistrat consulaire, tel qu'un consul... »

19. La loi, votée par le peuple réuni en comices par curies d'abord et par centuries ensuite, sur la proposition d'un magistrat sénateur, tel qu'un consul, un prêteur, un dictateur, fut une source du droit chez les Romains, pendant la période royale, pendant la période républicaine et, pour la forme, au commencement de l'Empire (nos 52, 58, 95, 117).

II. — LE PLÉBISCITE.

§ 4 (*suite*). « Le plébiscite est ce que la plèbe établissait sur la proposition d'un magistrat plébéien, tel qu'un tribun. La plèbe diffère du peuple, comme l'espèce diffère du genre : car l'expression *peuple* (*populus*) désigne tous les citoyens, même les patriciens et les sénateurs. L'expression *plèbe* (*plebs*) désigne tous les citoyens, moins les patriciens et les sénateurs.. A partir de la loi *Hortensia*, les plébiscites n'eurent pas moins de force que les lois. »

20. Le plébiscite était une décision prise par les plébéiens réunis en comices par tribus, sur la proposition d'un tribun. — Une loi *Hortensia*, rendue en 467 de Rome, donna aux plébiscites force de loi. Dès lors, les plébiscites ayant la même force que les lois, furent souvent qualifiés de *leges* dans la langue romaine. Ainsi, le plébiscite (*Junia Norbana*) sur les affranchissements, que nous étudierons bientôt, est connu sous le nom de *lex Junia Norbana*.

Les plébiscites furent une source du droit, depuis la loi *Hortensia* qui les avait rendus obligatoires, pendant toute la période républicaine. Mais il est probable que, dès le commencement de l'Empire, les plébiscites cessèrent d'avoir force de loi; car les comices par tribus ne furent plus convoqués ou ne le furent plus que pour la forme (nos 96, 119).

III. — LE SÉNATUS-CONSULTE.

§ 5. « Le sénatus-consulte est ce que le sénat ordonne et établit : car, lorsque le peuple romain se fut tellement augmenté qu'il devint difficile de le réunir en masse pour voter les lois, il parut convenable de consulter le sénat à la place du peuple. »

21. Les sénatus-consultes ne commencèrent à être une source du droit privé qu'à partir des premiers temps de l'Empire. En effet, sous les premiers empereurs, l'élection des magistrats passa du peuple au sénat et, en même temps, le pouvoir législatif passa aussi du peuple au sénat, comme le dit notre § 5. Mais ce n'est pas, comme le dit ce texte, parce que le peuple romain s'était trop accru qu'on cessa de le réunir et que le pouvoir législatif passa ainsi du peuple au sénat. C'est, en réalité, parce que les empereurs pensèrent trouver plus de docilité dans le sénat que dans le peuple réuni en comices (n° 120).

IV. — LES CONSTITUTIONS IMPÉRIALES.

§ 6. « Ce qui a plu au prince a force de loi, parce qu'en vertu de la loi *Regia* qui a été faite sur la puissance du prince, le peuple lui a concédé tout son pouvoir et toute sa puissance. En conséquence, tout ce que l'empereur décide par un rescrit, juge par un décret, ordonne par un édit, a force de loi. Ces décisions ou ordres de l'empereur s'appellent *constitutions*. Quelques-unes d'entre elles sont personnelles et ne sont pas destinées à servir d'exemples, parce que le prince ne le veut pas. En effet, la faveur qu'il accorde à une personne à raison de son mérite, la peine qu'il inflige, le secours extraordinaire qu'il accorde à quelqu'un ne doivent pas être étendus à d'autres personnes. Les autres constitutions, étant générales, lient sans aucun doute tous les citoyens. »

22. Les constitutions impériales furent une source du droit écrit des Romains dès les premiers temps de l'Empire et finirent par en être la seule source à partir de Septime-Sévère jusqu'à la fin de l'Empire romain (n° 121).

Je démontrerai plus loin qu'il n'était pas vrai que par une loi *Regia* le peuple eût conféré, à une certaine époque, tout son pouvoir et toute sa puissance à l'empereur, comme l'affirment les rédacteurs des *Institutes* dans le § 6 (n° 110).

V. — LES ÉDITS DES MAGISTRATS.

§ 7. « Les édits des magistrats ont aussi une autorité législative qui n'est pas médiocre. Le droit prétorien s'appelle encore droit honoraire, parce que ce sont ceux qui gèrent les honneurs, c'est-à-dire les magistrats, qui donnent autorité à ce droit. Les édiles curules faisaient aussi sur certains objets un édit qui forme une partie du droit honoraire. »

23. Les édits des magistrats furent une source du droit privé des Romains, pendant la période républicaine et sous l'Empire. Mais à partir de l'*Edictum perpetuum* de Salvius Julianus, les magistrats, sans avoir perdu le droit de faire des édits, s'abstinrent, en fait, d'en publier de nouveaux (nos 97, 134).

Le droit prétorien ou honoraire fait partie du *jus scriptum*, parce

qu'il se compose de règles promulguées par une autorité législative, par les magistrats dans leurs édits.

VI. — LES RÉPONSES DES PRUDENTS.

§ 8. « Les réponses des prudents sont les avis et les opinions des jurisconsultes auxquels il avait été permis de fonder le droit (*jura condere*); car anciennement il avait été décidé que les lois seraient interprétées publiquement par des personnes auxquelles aurait été accordé par l'empereur le droit de répondre publiquement (*jus publice respondendi*). Les avis et opinions de tous ces jurisconsultes avaient une telle autorité qu'il avait été décidé par des constitutions qu'il ne serait point permis aux juges de s'écarter de leurs réponses. »

24. On verra que, sous la République, les jurisconsultes avaient pris l'habitude d'enseigner publiquement le droit et de donner des consultations (n° 98).

Auguste décida qu'à l'avenir il n'y aurait plus que les jurisconsultes, spécialement autorisés par lui, qui pourraient donner des consultations. Ce *jus publice respondendi*, ce droit de répondre publiquement accordé par l'empereur à certains jurisconsultes, ne donnait pas à leurs consultations force légale. Ces consultations, n'ayant d'autre force que celle résultant de l'exactitude des raisonnements qu'elles contenaient, ne constituaient pas une source du droit. Mais, plus tard, les empereurs prirent l'habitude de donner quelquefois, après la mort de certains jurisconsultes, force de loi à leurs écrits. On disait alors qu'il avait été permis à ces jurisconsultes *jura condere*. C'est en vertu de cette permission de fonder le droit que les écrits de certains jurisconsultes peuvent être considérés comme source du droit privé chez les Romains. Justinien a confondu, dans notre § 8, ces deux attributions des jurisconsultes : le droit de répondre publiquement et la permission de fonder le droit; mais il ne faut pas les confondre, parce que le droit accordé à certains jurisconsultes de répondre publiquement n'est pas une source du droit privé des Romains. Ce sont seulement les écrits des jurisconsultes déclarés obligatoires, après leur mort, par les empereurs, qui sont une source du droit privé des Romains (n^os^ 132, 133).

C'est par suite de cette confusion que Justinien, dans notre § 8, présente indistinctement les réponses ou opinions des jurisconsultes et les écrits des jurisconsultes déclarés obligatoires, comme faisant partie du *jus scriptum*. C'est encore là une erreur. En effet, sous la République, les réponses et opinions des prudents ne faisaient point partie du *jus scriptum*, et cela pour un bon motif, parce qu'elles n'avaient pas même force légale; sous l'Empire, les réponses et opinions des jurisconsultes ne firent pas davantage partie du

jus scriptum, toujours parce qu'elles n'avaient pas force légale (nos 132, 133). Elles pouvaient tout au plus former des règles rentrant dans le *jus non scriptum*, comme le dit Pomponius, qui, venant de parler de la loi des Douze Tables, ajoute : « On sentit que ces lois avaient besoin d'être interprétées, et, par conséquent, d'être discutées au forum par les jurisconsultes. Cette interprétation des jurisconsultes forma un droit non écrit (*non scriptum*) auquel on ne donna point de nom particulier comme aux autres parties du droit qui avaient reçu chacune un nom propre, mais qu'on appela en général droit civil. ».

D'après ce qui précède, on voit qu'à toutes les époques du droit romain, il n'y a eu que les écrits des jurisconsultes auxquels il avait été permis *jura condere* qui puissent être considérés comme rentrant dans le *jus scriptum*, à raison de la force légale qui leur avait été attribuée par les empereurs.

III

NOTIONS HISTORIQUES

CHAPITRE PREMIER

ORIGINE DE ROME

25. Si l'on recherche quels étaient les peuples qui occupaient le sol de l'Italie ancienne, lorsque la ville de Rome commença à se former, on trouve : au nord, les Gaulois Cisalpins, entre les Alpes et le Pô ; au nord-est, les Vénètes ; au nord-ouest, les Ligures, séparés des Gaulois et des Vénètes par le Pô ; au centre de l'Italie, à l'ouest, les Étrusques et les Latins ; à l'est, les peuples ombro-sabins ; au sud, les Japyges et des colonies grecques.

26. Pour ce qui concerne la formation de Rome, il n'y a pas à s'occuper des peuples de l'Italie du Nord, des Gaulois, des Vénètes ni des Ligures, car il est certain que ces peuples n'ont apporté aucun contingent à la population primitive de Rome. Pareillement, il n'y a pas à s'occuper des Japyges, qui n'ont apporté non plus aucun élément à la population primitive de Rome. « Des Japyges, dit M. Th. Mommsen, nous ne savons que peu de chose. A l'extrémité du sud-est de l'Italie, dans la péninsule messapienne ou calabraise, on a retrouvé des inscriptions assez nombreuses, écrites dans une langue toute particulière et aujourd'hui disparue, débris

certains de l'idiome japyge, que la tradition affirme avoir été totalement étranger à la langue des Latins et à celle des Samnites. »

Restent les peuples de l'Italie centrale. Si loin que la tradition puisse remonter, on trouve l'Italie centrale occupée par trois peuples : les Latins, les Ombriens et les Étrusques. Quelle est l'origine de ces trois peuples? Les Latins et les Ombriens paraissent appartenir aux races indo-européennes, qui ont leur patrie originaire en Asie. A une époque inconnue, les Latins et les Ombriens auraient quitté l'Asie pour venir en Europe (comme les Celtes, les Germains et les Slaves), et se fixer en Italie. Les Latins s'établirent à l'ouest de l'Italie centrale sur la rive gauche du Tibre, dans une plaine qui prit le nom de *Latium*. Les Ombriens s'établirent à l'est de l'Italie centrale et se subdivisèrent en plusieurs peuples dont les principaux furent les Sabins, les Marses, les Samnites, les Hirpins et les Picentins.

Quant aux Étrusques, on ignore leur origine, le pays dont ils sont sortis pour venir se fixer en Italie. Ce qu'il y a de certain, c'est qu'ils différaient profondément des peuples latins et ombriens, et par la langue, et par les mœurs, et par les institutions. « Leur religion, dit M. Mommsen, a un caractère sombre et fantastique; elle se complaît dans les mystères des nombres, dans les images et dans les pratiques licencieuses et cruelles. » Longtemps avant la formation de Rome, on voit les Étrusques établis dans l'Italie centrale, séparés par le Tibre du Latium et de l'Ombrie[1].

A six lieues environ de l'embouchure du Tibre, sur la rive gauche de ce fleuve, s'élevaient sept monticules, qui, plus tard, reçurent des Romains les noms suivants : l'Aventin, le Palatin, le Capitole, le Cœlius, l'Esquilin, le Viminal, le Quirinal. C'est entre ces monticules, et sur ces monticules, que se forma, peu à peu, la ville de Rome, sur les confins et presque au point de jonction de trois pays : au sud de l'Étrurie, à l'ouest du Sabinum, et au nord du Latium. Cette ville ne fut pas évidemment bâtie d'un seul coup, comme le rapporte la légende, sur les ordres de Romulus, dont l'existence, du reste, est fort incertaine.

Trois peuples de l'Italie centrale paraissent avoir contribué à former la population primitive de Rome : les Latins, les Sabins,

---

1. Les lecteurs qui voudront avoir des développements plus étendus sur l'origine, les mœurs et les institutions des anciens peuples de l'Italie, n'auront qu'à lire le tome Ier de l'*Histoire romaine*, de Th. Mommsen, traduite de l'allemand par M. Alexandre, conseiller à la cour de Paris.

les Étrusques. En effet, la plus ancienne division administrative de Rome nous montre la population de cette ville divisée en trois tribus : la tribu des *Ramnes* ou *Ramnenses* [1], occupant le mont *Palatin*, la tribu des *Titienses* occupant le mont *Quirinal*, et la tribu des *Luceres*, établie sur le mont *Cœlius*. Or, d'après les documents historiques qui nous sont parvenus, la tribu des *Ramnes* ou *Ramnenses* paraît avoir été composée de Latins, la tribu des *Titienses* de Sabins, sous leur chef Tatius, et la tribu des *Luceres* d'Étrusques, sous la conduite de Cœlius Vibenna [2]. Il est probable que ces trois tribus de nationalités différentes ont été, à l'origine, indépendantes et parfaitement distinctes les unes des autres. Ce n'est que peu à peu et à la longue qu'elles se fondirent ensemble ; et de cette fusion, dans laquelle prédomina la nationalité latine, résulta le peuple romain, qui était destiné à vaincre et à s'assimiler tous les autres peuples de l'Italie, à vaincre et à dominer presque le monde entier [3].

La législation, les mœurs, les institutions politiques et administratives de ce peuple vigoureux sont intéressantes et utiles à étudier, parce qu'elles ont eu sur la législation, sur les mœurs, sur les institutions politiques et administratives de la plupart des peuples modernes de l'Europe une influence considérable.

Il convient de remarquer que les Sabins, composant la deuxième tribu, étaient, dans le principe, appelés indifféremment *Titienses* ou *Quirites*. D'où vient cette expression : *Quirites?* Suivant l'opinion la plus répandue, les mots *Quiris*, *Quirites*, viendraient du nom d'une ville appelée *Cures*, *Curis* ou *Quiris*. Mais les partisans de cette origine étymologique du mot *Quirites* ne sont pas d'accord sur

---

1. C'est sans doute du mot *Ramnes* ou *Ramnenses* qu'est venu le nom des Romains. D'autres le font venir de Romulus ; d'autres encore de ῥώμη (force) qui désignait d'abord une enceinte fortifiée à l'angle occidental du Palatin, et appelée plus tard *Roma quadrata*.

2. Ils s'établirent sans doute sur le mont plus tard appelé Cœlius. (Varron, *De lingua latina*, V. 46.)

3. Cette conjecture, qui attribue à Rome une triple origine, est combattue avec beaucoup de force par M. Belot, auteur d'une *Histoire des chevaliers romains*. « Nous n'avons retranché du système de Niebuhr, dit M. Belot, qu'une théorie fausse, celle où l'on suppose la diversité d'origine des trois grandes familles des *Ramnes*, des *Tities* et des *Luceres*, dont se composa la première population de Rome ; celle où l'on imagine la combinaison des Romains, des Sabins et des Étrusques, qui seraient venus se fondre successivement en une nation, dans le vaste sein de la cité. Pour nous, les Romains n'ont été ni un ramas d'aventuriers ni un mélange accidentel d'éléments hétérogènes. Ils ont été, dès le premier siècle de leur histoire, une race noble et pure, vouée au culte saint de Vesta. Rome a été fondée par un peuple unique et déjà civilisé. » (M. Demangeat, 3e édition, *Cours élémentaire du droit romain*, p. 23, en note.)

la situation de la ville de Cures. Suivant les uns, la ville de Cures aurait été située dans le Sabinum, au delà de l'Anio. Des Sabins, en plus ou moins grand nombre, seraient partis de cette ville pour venir s'établir sur l'un des sept monticules, qui aurait tiré de la ville d'où ils étaient partis, *Curis*, le nom de *Quirinal*. Festus dit en effet : *Quirinalis collis dictus est, quia in eum commigrarunt Sabini a Curibus venientes*. Suivant d'autres, la ville de Cures aurait été située, non pas dans le Sabinum, mais sur le mont Quirinal même; de sorte que, plus tard, lors de la fusion des trois tribus, la ville de Cures aurait été absorbée dans la ville de Rome.

D'après une autre opinion, les mots *Quiris*, *Quirites*, viendraient de *curis* ou *quiris*, lance, et de *ire*, aller, parce que les Sabins, peuple belliqueux, marchaient armés de la lance. Ils étaient appelés, en conséquence, *Quirites* ou *porte-lances*. — Ce qui est certain, c'est que les Sabins établis primitivement sur le mont Quirinal étaient appelés Quirites. Mais, plus tard, lorsque les trois éléments de la population primitive de Rome furent fondus ensemble, l'expression *Quirites* désigna tous les citoyens romains. De là, la locution *jus Quiritium*, droit des Quirites, droit des Romains, qu'on trouve très-fréquemment employée dans les écrits des jurisconsultes romains.

CHAPITRE II

RELIGION DES ROMAINS [1]

ARTICLE PREMIER. — PAGANISME.

27. Les dieux adorés par les Romains étaient nombreux et variés. Les Romains adoraient les morts sous le nom de Mânes, le feu sacré, les dieux de la nature, les dieux de la cité.

28. § 1er. **Culte des morts.** — C'était une ancienne croyance chez les peuples italiques que l'homme, en mourant, ne mourait pas tout entier; que l'âme continuait à subsister avec le corps, sous la terre, dans le tombeau : *Sub terra censebant reliquam vitam agi mortuorum.* (Cicéron, *Tuscul.*, I, 16.)

Dans l'antiquité, on croyait si bien que l'homme, après sa mort, continuait à vivre dans son tombeau, qu'on avait l'habitude d'en-

1. Voyez sur cette matière : *les Dieux de l'ancienne Rome*, par Preller, traduit de l'allemand par M. de Dietz, et l'excellent ouvrage de M. Fustel de Coulanges : *la Cité antique*, auquel j'ai emprunté plusieurs renseignements.

terrer avec lui les objets dont il pourrait avoir besoin : des armes, des vêtements, etc... Bien mieux, les anciens allaient jusqu'à croire que le mort avait besoin de nourriture. En conséquence, à certains jours de l'année, chaque famille portait un repas à ses morts dans leur tombeau. « Les morts, dit ironiquement Lucien, se nourrissent des mets que nous plaçons dans leur tombeau, et boivent du vin que nous y versons ; de sorte qu'un mort auquel on n'offre aucune nourriture est condamné à une faim perpétuelle. » (*La Cité antique*, par M. Fustel de Coulanges, p. 13, 15.)

Les anciens considéraient les morts comme des êtres sacrés, comme des dieux, et les appelaient *dii manes*, dieux mânes ou lares.

Le tombeau était la demeure du défunt, et comme le défunt était considéré comme un dieu, le tombeau était rangé, par le droit romain, parmi les *res religiosæ*. (*Inst.*, II, 1, § 9.) Chaque famille, pour enterrer ses morts, avait un tombeau [1]. L'âme qui n'avait pas de tombeau était errante : elle errait sous le nom de *larve*.

Les morts auxquels on négligeait d'offrir la nourriture devenaient malveillants. Ceux auxquels on faisait régulièrement des offrandes étaient des dieux protecteurs, continuaient à prendre part aux affaires humaines et protégeaient ceux qui leur apportaient la nourriture. (*La Cité antique*, p. 19.)

29. § 2. **Culte du feu sacré.** — Dans la maison de chaque citoyen se trouvait une salle appelée *atrium :* c'était la salle à manger de la famille. Dans cette salle se trouvait un autel sur lequel il devait toujours y avoir quelques charbons allumés. Ce feu était l'objet d'un culte pour chaque famille. C'était un devoir pour le chef de la maison d'entretenir ce feu jour et nuit. Le feu ne cessait d'être entretenu sur l'autel d'une famille que lorsque cette famille avait péri tout entière ou s'était absorbée dans une autre famille par l'adrogation (n° 453). Ce feu avait quelque chose de sacré : il était l'objet d'un culte. On le croyait puissant : on invoquait sa protection ; c'était un dieu. Avant chaque repas, la famille lui adressait ses prières ; on lui donnait en offrande tout ce qui pouvait lui être agréable : des fleurs, de l'encens, du vin. (*La Cité antique*, p. 22.)

Plus tard, lorsque les races latines prirent l'habitude de se re-

---

1. A l'origine, et pendant longtemps, les Romains eurent l'habitude d'inhumer leurs morts. L'usage de brûler les corps, venu sans doute de l'Étrurie et de la Grèce, s'introduisit assez tard à Rome.

présenter leurs dieux comme des personnes, et de donner à chacun d'eux une forme matérielle, elles se représentèrent le feu sacré, la flamme divine, sous la forme d'une femme, d'une déesse appelée *Vesta*, et lui dressèrent des statues.

30. § 3. **Religion domestique.** *Sacra privata.* — Dans les temps primitifs, la religion, chez les Romains, était purement domestique. Chaque dieu ne pouvait être adoré que par une famille. Ainsi le culte des morts n'était pratiqué par chaque famille qu'à l'égard des morts qui lui appartenaient par le sang. La sépulture d'un mort ne pouvait être régulièrement faite que par sa famille : la présence de tout étranger était soigneusement interdite. — De même le repas et les libations qui étaient offerts aux morts, aux Mânes, à certaines époques de l'année, ne pouvaient leur être efficacement offerts que par leur famille. L'offrande faite au mort ne lui était agréable que si elle venait des siens. C'était un devoir pour la famille de continuer exactement les libations et les sacrifices aux Mânes de ses aïeux. De même, le culte du feu sacré était propre à chaque famille. Le feu sacré entretenu par une famille était, en quelque sorte, sa providence, son dieu protecteur, et n'avait rien de commun avec le feu sacré des autres familles. Les cérémonies faites en l'honneur du feu sacré étaient accomplies dans l'intérieur de la maison. Dans la pratique de sa religion domestique, chaque famille était indépendante. Aucune autorité n'avait le droit de réglementer son culte et sa croyance. — Les rites, les prières, les cérémonies, faisant partie de cette religion domestique, formaient en quelque sorte, pour la famille, un patrimoine qui se transmettait de génération en génération. (*La Cité antique*, p. 33, 34.)

Le culte des morts et le culte du feu sacré, c'est-à-dire le culte et la religion de la famille, constituaient ce que les Romains appelaient *sacra privata*.

31. §.4. **Dieux de la nature.** — On comprend que l'homme des temps primitifs, ignorant son origine, ignorant les lois qui régissent les mondes, en présence de cette immensité qui l'entourait, ait été étonné et ébloui à la vue des effets admirables produits par les forces répandues dans la nature. Quel moyen pour lui de s'expliquer la naissance et la croissance des arbres, des plantes, des récoltes? Comment s'expliquer l'orage, la pluie, le vent, la lumière et la chaleur du soleil? Ne pouvant s'expliquer les lois de la nature, il les personnifia et en fit des dieux.

Il imagina une multitude de dieux et de déesses : *Janus*, dieu du soleil, portier du ciel et de la lumière ; il ouvre, le matin, la

porte du ciel pour la fermer le soir ; — *Jupiter*, le dieu tout-puissant qui gouverne le ciel et la terre ; — *Junon*, reine du ciel et déesse des accouchements ; — *Minerve*, *Minerva* (en étrusque *Menerfa* ou *Menfa*, d'où est dérivé le mot *mens*), déesse de la pensée, de l'intelligence et de l'invention ; — *Mars*, dieu de la force et de la guerre ; — les *Sylvains*, dieux des bois et des champs ; — *Tellus*, déesse de la terre ; — *Cérès*, déesse de l'agriculture et des récoltes, etc.

D'après ce qui précède, on peut se rendre compte de la manière dont l'homme, dans l'antiquité, est arrivé à l'idée de la divinité : son ignorance ne lui permettant pas de comprendre les forces de la nature, il les divinisa ; il fit autant de dieux qu'il avait de besoins ou de désirs ; ensuite, sa faiblesse, qu'il sentait d'autant mieux qu'il se voyait dominé par les forces naturelles, le porta à prier et à invoquer les dieux créés par son ignorance, pour obtenir d'eux la satisfaction de ses besoins et la réalisation de ses désirs.

32. § 5. **Dieux de la cité.** *Sacra publica.* — Le premier objet du culte de la cité est encore le feu sacré. Dans le temple de Vesta s'élevait un autel sur lequel le feu sacré était toujours entretenu par les vestales. Les premiers Romains étaient convaincus que le destin de Rome était attaché à ce foyer qui représentait leurs dieux. (*La Cité antique*, p. 183.)

D'un autre côté, dans l'antiquité et particulièrement dans l'Italie ancienne, chaque cité avait ses dieux, des dieux personnels, comme Jupiter, Junon, Mars, etc... Souvent les dieux de différentes villes portaient le même nom. Ainsi, un grand nombre de villes adoraient un Jupiter ; mais c'étaient autant de Jupiters différents. Rome avait une Junon ; Véies, ville étrusque, avait aussi une Junon. Or, voici le discours que Tite-Live met dans la bouche du dictateur Camille, assiégeant Véies : « C'est sous ta conduite, Apollon Pythien, c'est sous l'inspiration de ta divinité que je vais détruire Véies : je te voue la dîme de ses dépouilles. Et toi, divine Junon, qui habites encore Véies, je t'en conjure, suis les vainqueurs dans leur ville, qui sera bientôt la tienne, qui te recevra dans un temple digne de ta majesté. » La ville prise, « des jeunes gens choisis dans l'armée, le corps purement lavé de toute souillure, vêtus de blanc, furent désignés pour transporter la statue de Junon à Rome ». Dès lors Rome eut deux Junons. (Tite-Live, V, 21, 22.)

Chaque cité avait confiance dans la protection de ses dieux. On les invoquait dans le danger. Dans une bataille, les dieux combattaient avec les citoyens, et, après le combat, on les remerciait de la victoire. De même aussi, on leur reprochait une défaite. (*La Cité antique*, p. 190.)

Les Romains honoraient leurs dieux par des fêtes. Chacun des dieux protecteurs de la cité avait son jour de fête. Aussitôt que le culte d'une divinité nouvelle s'introduisait dans la cité, il fallait trouver dans l'année un jour à lui consacrer.

Il y avait encore des fêtes pour les dieux des bois, des champs, du labour, des semences, des moissons, des vendanges. — Il y avait les fêtes du loup appelées Lupercalés, *Lupercalia*. « La fête des Lupercales, dit M. Mommsen, était un véritable carnaval de bergers. On y voyait les luperques (*luperci*, qui éloignent le loup) courir et bondir, le corps nu, une peau de bouc entourant la ceinture : ils frappaient les passants à coups de lanière. » (*Histoire romaine*, I, 227.)

D'après la tradition fabuleuse sur la fondation de Rome, la ville avait été fondée par Romulus avec des cérémonies religieuses qui avaient eu pour effet de fixer, dans son enceinte, les dieux de la cité. Pour conserver les dieux dans l'enceinte de la ville, il fallait renouveler, chaque année, ces cérémonies religieuses. — Le jour où elles avaient lieu s'appelait *diès natalis*, fête natale.

D'un autre côté, les murs de la ville, contenant les dieux de la cité, étaient considérés comme sacrés, comme des *res sanctæ*. (*Inst.*, II, 1, § 10.) En conséquence, chaque année, il y avait la fête des murs de la ville : *amburbalia*. Ce jour-là, les citoyens faisaient le tour des murs de la ville, en procession, couronnés de fleurs et chantant des prières. (Festus, au mot *Amburbiales*. *La Cité antique*, p. 199.)

A Rome, on ne faisait aucun acte de la vie publique, sans s'être assuré, au préalable, si les dieux étaient favorables ou contraires. Ainsi, lorsque le peuple était réuni pour voter sur une décision à lui proposée, il fallait qu'avant le vote un augure interrogeât les dieux pour savoir s'ils étaient favorables ou contraires. Si l'augure déclarait les dieux contraires, l'assemblée du peuple était dissoute et le vote n'avait pas lieu. De même, au moment d'une bataille, le consul ou le dictateur fait immoler une victime. A l'inspection des entrailles de la victime on verra si les dieux sont favorables ou contraires. Un aruspice les examine, et s'il reconnaît que les dieux sont favorables, le consul ordonne le combat.

33. § 6. **Jours fastes et jours néfastes.** — Les Romains se rappelaient que la ville avait éprouvé un malheur tel jour : c'était sans doute parce que les dieux, ce jour-là, avaient été irrités contre Rome. Dès lors, ils devaient l'être encore, chaque année, à pareil jour. Ce jour-là était appelé un *jour néfaste*. En conséquence, les assemblées du peuple ne pouvaient se réunir, les juges ne pouvaient

siéger, la justice ne pouvait être rendue aux jours désignés comme néfastes. On appelait *jours fastes* les jours qui n'étaient pas désignés comme néfastes. Les jours *fastes* étaient les jours où les plaideurs pouvaient parler (*fari*), les jours où la justice pouvait être rendue. (*La Cité antique*, p. 205.)

La religion et le culte des dieux de la cité constituaient ce qu'on appelait les *sacra publica*. Il y a donc à distinguer chez les Romains : 1° le culte privé ou religion domestique, *sacra privata ;* 2° le culte public ou religion de la cité, *sacra publica :* « *Publica sacra sunt quæ, publico sumptu, pro populo fiunt. Privata sacra sunt quæ pro singulis hominibus, familiis, gentibus, fiunt.* » (Festus, au mot *Publica.*)

Lorsque les Romains eurent conquis la Grèce, ils adoptèrent plusieurs des divinités grecques, notamment Vénus, Apollon et Bacchus. A propos de Bacchus, il convient de dire quelques mots des *Bacchanales*. Les Bacchanales étaient des fêtes qui étaient célébrées à Rome, pendant la nuit, en l'honneur de Bacchus, et qui constituaient la partie principale du culte de ce dieu. Primitivement, ces fêtes eurent un caractère assez innocent. « Dans l'origine, dit Preller, on n'admettait que des femmes, pendant trois jours seulement de l'année : les matrones étaient prêtresses à tour de rôle. Une prêtresse de la Campanie, survenue ensuite, avait changé tout cela, fait admettre les hommes, remis à la nuit la célébration du culte, augmenté démesurément le nombre des fêtes. Pour être admis aux mystères, il fallait s'être abstenu, pendant dix jours, de tout commerce conjugal. Dès ce moment, ces fêtes de Bacchus devinrent le prétexte et le théâtre des plus honteux débordements et le nombre des initiés s'accrut de jour en jour. Toutes sortes de principes corrompus s'allièrent pour former une sorte de religion secrète, dont les fêtes nocturnes, célébrées surtout par les femmes, égaraient l'esprit et excitaient les sens. Un jeune Romain, que son beau-père voulait faire disparaître dans les fêtes de Bacchus, fut averti par une affranchie du nom de Hispala Fecennia, qui l'aimait, et porta plainte aux magistrats. Alors fut rendu le sénatus-consulte *de Bacchanalibus* qui prohiba pour toujours, à Rome et en Italie, les mystères de Bacchus, sauf dans quelques cas particuliers. » (Preller, *les Dieux de l'ancienne Rome.*)

34. § 7. **Ministres du culte.** — Toute idée religieuse, toute conception d'une divinité par l'homme, engendre forcément un culte, et ce culte, une fois établi et pratiqué, a forcément des représentants. Aussi ne doit-on pas être surpris de trouver chez les Romains des *prêtres* ou *flamines*, des *augures* et *aruspices*, des *confréries* et des *pontifes*.

35. I. *Prêtres ou flamines.* — Comme les dieux étaient nombreux à Rome, les prêtres ou flamines l'étaient aussi, car tout dieu un peu important avait son flamine, son prêtre, chargé de veiller aux cérémonies religieuses de son culte.

Et d'abord, il y avait trois grands flamines : le flamine de Jupiter Capitolin, *flamen Dialis;* puis le flamine préposé au culte de Mars, *flamen Martialis*. Comme les Titienses ou Sabins, primitivement établis sur le mont Quirinal, avaient aussi un dieu Mars, lorsque, plus tard, ils se fondirent avec les Latins, établis sur le Palatin, Rome eut deux dieux Mars : le dieu Mars des anciens Latins, établis sur le Palatin, et le dieu Mars du Quirinal des anciens Sabins. De là un autre flamine chargé du culte du Mars du Quirinal, le *flamen Quirinalis*.

Ces trois flamines, celui de Jupiter Capitolin, celui du Mars Palatin et celui du Mars Quirinal, s'appelaient *flamines majores*, choisis parmi les patriciens par opposition aux *flamines minores*, qui, à partir d'une certaine époque, purent être choisis parmi les plébéiens.

Lorsque les Romains empruntaient à l'étranger, par exemple à la Grèce, une divinité nouvelle un peu importante, ils lui donnaient un flamine.

36. II. *Vestales.* — Le culte de Vesta était confié à six vierges, appelées *vestales*, chargées d'entretenir toujours allumé le feu sacré sur l'autel de la cité. Primitivement, elles étaient quatre ; il y en eut six à partir de Tarquin l'Ancien ou de Servius Tullius, et ce chiffre resta dès lors le chiffre normal. Elles étaient choisies par le *pontifex maximus* qui présidait au culte de Vesta et dont je parlerai bientôt. Elles s'engageaient, avec le consentement de leurs parents, à l'âge de six à dix ans, et pour un service de trente années. « Sur ces trente années, elles en passaient dix dans le noviciat, dix autres à s'occuper directement du culte et le dernier tiers à instruire les novices. Elles devaient jour et nuit garder le feu sacré, éviter toute souillure, rejeter toute idée de bonheur domestique, car elles ne se mariaient guère, une fois leur service expiré. Il est vrai qu'elles jouissaient de mille distinctions flatteuses ; que le peuple avait pour elles un respect sans bornes ; que, dans la rue, les magistrats les plus importants leur cédaient le pas ; que leur seule rencontre sauvait un condamné qu'on menait au supplice ; que leurs prières étaient pour tous les accusés le plus solide appui. Mais malheur à celle qui oubliait par hasard son devoir et ses serments ! Si le feu sacré venait à s'éteindre, la vestale coupable était frappée jusqu'au sang par le grand pontife. Si par hasard on la surprenait dans un

commerce illicite, si même elle éveillait les soupçons par une tenue trop négligée, une conduite trop libre, et si la faute était prouvée, alors la vestale était enterrée vive et le séducteur fouetté à mort sur une place publique. Ces tristes faits se reproduisirent souvent dans l'histoire romaine. » (Preller, *les Dieux de l'ancienne Rome*, traduction de M. de Dietz.)

37. III. *Confréries.* — Il y avait à Rome plusieurs confréries, notamment la confrérie des *douze sauteurs* ou Saliens, *Salii*, dansant au mois de mars la danse des armes en l'honneur du dieu Mars Palatin, puis une seconde confrérie, instituée en l'honneur du dieu Mars Quirinalis, les Saliens ou sauteurs des collines, *Salii Collini* [1]. Il y avait encore la confrérie des douze frères des champs ou Arvales, *fratres Arvales*, chargés d'appeler, au mois de mai, sur les semences les faveurs de la déesse féconde, *dea Dia*, *diva Tellus*. C'est dans le bois sacré situé à l'entrée de la ville que les frères arvales accomplissaient, au mois de mai, en l'honneur de la *dea Dia*, les rites prescrits et célébraient, en commun, des festins et des libations.

Les confréries et les flamines préposés aux divers cultes recevaient, pour subvenir aux frais du culte, le produit des amendes prononcées dans les procès contre le perdant.

38. IV. *Augures. Aruspices.* — Les prêtres étaient nombreux à Rome. Néanmoins, lorsqu'un citoyen ou le peuple voulait s'adresser aux dieux, les prêtres n'étaient pas pris pour intermédiaires. Celui qui invoque les dieux s'adresse directement à eux : la cité par la bouche du roi, l'armée par la bouche de son chef. Mais il n'est pas donné à tout le monde de converser avec les dieux et de comprendre leur langage. Or, à Rome, il y avait des hommes qui s'étaient attribué la spécialité de comprendre et d'interpréter le langage des dieux. C'étaient les augures et les aruspices. Les augures étaient des gens fort habiles ! Leur science, en effet, consistait à connaître la volonté des dieux en examinant l'état du ciel, le vol des oiseaux, l'attitude et l'appétit des poulets sacrés. Quant aux aruspices, ils reconnaissaient la volonté des dieux en examinant les entrailles des victimes. De plus, les augures prenaient part à la consécration des temples, des sanctuaires, et, dans les circonstances graves, quand le ciel était menaçant, ils calmaient par des imprécations la colère des dieux.

---

1. Aujourd'hui, en Turquie, il y a la confrérie des frères *hurleurs* et la confrérie des frères *tourneurs*. Les premiers hurlent, les seconds tournent sur eux-mêmes en l'honneur d'Allah !

Primitivement, les augures étaient au nombre de quatre et ne pouvaient être choisis que parmi les patriciens. (Tite-Live, X, 6. Cic., *De Republica*, II, 14.) Mais, en l'an 450 de Rome, une loi Ogulnia, rendue sur la proposition du tribun Ogulnius, porta à neuf le nombre des augures, et décida que, sur ces neuf augures, cinq pourraient être choisis parmi les plébéiens. (Tite-Live, X, 6, 9.) Les augures formaient un collége, une corporation.

Lorsqu'un particulier, lorsque le peuple ou un magistrat voulait connaître la volonté des dieux, il s'adressait à un augure, qui la lui expliquait d'après les règles de son art. Le fait par un augure de rechercher la volonté des dieux, de reconnaître s'ils étaient favorables ou contraires, s'appelait *prendre les auspices*.

39. V. *Pontifes*. — Les premiers Romains, qui divinisaient toutes les forces de la nature, avaient divinisé aussi les fleuves, particulièrement le Tibre. Dans le langage religieux, le Tibre était appelé *Tiberinus*, *pater Tiberinus*. Les poëtes le représentaient comme un majestueux vieillard, sortant quelquefois des eaux, vêtu d'une robe bleuâtre et couronné de roseaux. Comme le Tibre était un dieu, les Romains considéraient comme chose audacieuse de soumettre son cours au joug d'un pont : de là l'habitude de ne faire qu'un seul pont sur le Tibre, le pont *Sublicius*. Toutes les fois qu'il s'agissait de réparer ce pont, fait en bois, parce que le fer était regardé comme une profanation pour les lieux sacrés, il fallait faire sur les deux rives et sur le pont lui-même des sacrifices pour apaiser le dieu Tiberinus et des cérémonies présidées par les pontifes, qui en tirèrent leur nom : *pontifex*, de *a ponte faciendo*.

Les pontifes étaient, en outre, chargés d'établir le calendrier, de classer les jours de fête, de déterminer les jours néfastes et de veiller à ce que les solennités du culte fussent accomplies régulièrement aux jours propices. De telles fonctions ne tardèrent pas à donner aux pontifes une haute influence sur les choses de la religion. Aussi verrons-nous plus tard que, — lorsqu'il s'agissait de faire un acte de droit, pour lequel il était nécessaire de savoir si la religion ne s'opposait pas à ce que cet acte fût fait, par exemple, quand il s'agissait de faire une *adrogation*, — les pontifes devaient être, au préalable, consultés. Les pontifes étaient aussi préposés à la garde des documents du droit pontifical. Enfin ils étaient chargés de tenir un recueil, dans lequel ils devaient constater les événements importants pour la cité romaine. Ce recueil est connu sous le nom d'*Annales des pontifes*.

Il n'y eut d'abord que quatre pontifes, puis huit à partir de l'an 450 de Rome, en vertu de la loi Ogulnia, puis quinze à partir de

Sylla. Ils formaient un collége, une corporation, sous la direction du *pontifex maximus*. Primitivement, les pontifes ne pouvaient être choisis que parmi les patriciens; mais à partir de la loi Ogulnia les plébéiens purent être nommés pontifes. (Tite-Live, X, 6, 7, 8, 9.) Pendant l'époque royale, c'était le roi qui était le chef de la religion et qui nommait aux fonctions sacerdotales. Quand la royauté fut abolie, ce fut le *pontifex maximus* qui nomma à toutes les fonctions sacerdotales et eut le droit d'exercer sur les prêtres et les prêtresses une surveillance souveraine.

Quand il y avait lieu au remplacement d'un pontife, le pontife à nommer était choisi par les pontifes actuellement en fonctions : ce mode de nomination s'appelait *cooptation*. Mais le *pontifex maximus* n'était pas nommé de la même manière : la dignité de *pontifex maximus* était conférée à l'un des membres du collége, à l'un des pontifes, par les suffrages du peuple réuni en comices.

Les fonctions de flamine, d'augure, de pontife étaient considérées, chez les Romains, comme fonctions civiles, réservées pendant longtemps à la caste patricienne. Ceux qui exerçaient ces fonctions ne sortaient point de la société et ne différaient en rien des autres citoyens, restant capables de se marier et d'arriver aux autres fonctions.

D'après ce qui précède, on voit que, chez le peuple romain, l'idée de la divinité a été fortement développée. La religion intervenait partout et ne laissait rien en dehors de son action et de son influence. Elle avait une large place dans la vie privée et dans la vie publique : elle se mêlait au gouvernement, à la justice, à la guerre. Nous verrons plus tard que, lorsque le peuple était convoqué en comices pour voter sur une proposition à lui soumise, il fallait, avant le vote, prendre les auspices, c'est-à-dire il fallait qu'un augure reconnût à l'inspection du ciel, au bon ou mauvais appétit des poulets sacrés, si les dieux étaient favorables ou contraires. Si la proposition soumise au peuple était agréable aux patriciens, l'augure patricien déclarait toujours les dieux favorables. Que si, à un moment quelconque de l'assemblée du peuple réuni en comices, le vote prenait une mauvaise direction au gré des patriciens, l'augure patricien déclarait les dieux contraires. Quand l'augure voulait que les dieux fussent favorables à la décision à prendre, il consultait des poulets sacrés n'ayant pas mangé depuis deux jours : leur excellent appétit était la preuve que les dieux étaient bien disposés. Si, au contraire, l'augure voulait que les dieux fussent défavorables, il consultait des poulets sacrés gorgés de nourriture les jours précédents.

Varron, dans un ouvrage intitulé *Antiquitates rerum humanarum et divinarum*, distingue trois espèces de religions : la religion mythologique, celle des poëtes ; une religion naturelle, celle des philosophes ; et une religion civile, nécessaire, d'après Varron, à la vie sociale, c'est-à-dire la religion positive et officielle de Rome : elle comprend ce qui concerne les prêtres et le culte. Les hommes d'État, les pontifes et les Romains instruits, notamment Varron, considéraient la religion positive comme un moyen de police et de gouvernement, utile pour maintenir la masse ignorante. Dans cet ordre d'idées, Varron va jusqu'à dire : « La tromperie, en matière de religion positive, n'est pas seulement nécessaire, elle est utile. » (Saint Augustin, *Cité de Dieu*, III, 4; IV, 27.)

ARTICLE II. — CHRISTIANISME.

40. On a peine à comprendre comment le christianisme exerça une si faible influence sur la législation et les mœurs de Rome.

Il faut se dire que, si le christianisme offrait un asile aux âmes blessées du spectacle offert par une société vieillie et corrompue, amollie par l'habitude du luxe, énervée par une longue servitude, gangrenée par tous les vices qui accompagnent d'ordinaire un haut degré de civilisation ; s'il pouvait beaucoup pour l'amélioration intime des individus, bien des causes s'opposaient à ce qu'il pût devenir un instrument de salut pour la société romaine.

D'un côté, le génie plus contemplatif que pratique du christianisme, son dédain des choses de la terre, éloignaient les fidèles des études mondaines et du maniement des affaires publiques. D'un autre côté, les vastes associations des chrétiens, leur prosélytisme ardent, avaient inspiré aux empereurs des craintes sérieuses. Rome, ordinairement si tolérante pour toutes les religions, se montrait impitoyable pour la religion du Christ. Ainsi les chrétiens ne voulaient ni ne pouvaient prendre place dans la société ancienne ; sa corruption révoltait leur pureté, ses persécutions la lui rendaient odieuse. D'ailleurs, le monde romain était trop profondément empreint de polythéisme pour qu'aucune transaction fût possible entre lui et la religion chrétienne. A cette religion nouvelle, il fallait des hommes nouveaux ; et, par une destinée providentielle, le Nord, s'ébranlant dans la profondeur de ses forêts, allait envoyer au nouveau culte des nations innombrables à convertir et à civiliser. Avec ces catéchumènes rudes et grossiers, mais exempts des vices de l'ancien monde, le christianisme allait bientôt jeter en Occident les bases d'une société nouvelle.

Ainsi la religion chrétienne, qui devait opérer plus tard une révolution si favorable aux intérêts généraux de l'humanité, n'était encore, à cette époque, qu'un dissolvant de plus ajouté à tous ceux qui minaient déjà la société romaine proprement dite.

Cette grande régénération, que la religion chrétienne devait opérer un jour, il fallait l'acheter par bien des siècles de malheurs et de souffrances! En attendant, une révolution prompte, immédiate, profonde, était nécessaire pour sauver l'empire romain, et peut-être, avec lui, la cause générale de la civilisation.

Cette révolution ne pouvait être un retour vers un passé glorieux, mais désormais impossible. Tacite et Probus avaient cru sauver l'empire en rétablissant les institutions républicaines; Julien s'efforça de rendre au polythéisme son ancienne suprématie. Leurs efforts furent sans succès. Le génie de Dioclétien comprit enfin que les anciennes institutions avaient fait leur temps; que de toutes les révolutions, la plus funeste est celle qui se propose de ressusciter un passé vieilli et usé, et que les tentatives de ce genre n'ont jamais eu qu'un succès éphémère, usant en pure perte les forces de la société à remonter le cours irrésistible des temps : il voulut reconstituer la société sur des bases nouvelles, et c'est ce qui produisit le partage de l'empire, le rehaussement fastueux de la dignité impériale, l'affaiblissement des autorités subordonnées, la séparation des pouvoirs civil et militaire, l'abaissement de ce dernier, et le nivellement, devant les tributs, de toutes les parties de l'empire.

Constantin n'eut qu'à continuer et à perfectionner le système dont Dioclétien avait posé les bases; mais il est un point capital sur lequel il montra une grande supériorité de vues sur son prédécesseur. Dioclétien avait persécuté les chrétiens, Constantin suivit une marche diamétralement opposée.

Par la pureté de leurs mœurs, l'exemption des superstitions grossières de l'ancien monde, et ce sentiment du devoir que la religion nouvelle exaltait jusqu'à l'héroïsme, les chrétiens formaient la partie la plus saine de la population de l'empire; là seulement se trouvaient les éléments de force et de durée.

Ce n'est pas tout. Parmi les vices essentiels de la constitution de l'empire, on observait le défaut d'unité entre les diverses fractions soit du territoire, soit de la population, et l'absence d'une organisation hiérarchique de la société, si nécessaire dans une monarchie.

Sous ce double rapport, le christianisme offrait aux réformateurs d'immenses avantages : l'unité de la foi prédisposait les peuples à l'unité politique et civile; la hiérarchie ecclésiastique était un acheminement à la hiérarchie administrative.

Enfin, une fois reconnue la nécessité de rompre avec le passe, et de constituer la société sur des bases nouvelles, il fallait au gouvernement nouveau une religion nouvelle; l'ancien culte rappelait trop l'ancienne société.

Ces raisons politiques furent, sans doute, pour beaucoup dans la conduite qu'adopta Constantin à l'égard de la religion chrétienne.

Déjà, dans la longue lutte qu'il avait eu à soutenir pour se rendre maître de tout l'empire, la faveur qu'il accordait aux chrétiens lui avait valu de zélés partisans jusque dans le palais de ses compétiteurs. Après sa victoire sur Licinius, Constantin se déclara plus ouvertement encore partisan du christianisme, dont il seconda la propagation de tout son pouvoir. On peut même lui reprocher d'être allé beaucoup trop loin; car, non content de favoriser les chrétiens, il persécuta les sectateurs de l'ancien culte.

Bientôt l'empire d'Occident succombe sous l'envahissement multiple des Goths, des Alains, des Suèves et des Vandales, des Francs, des Bourguignons, des Saxons et des Huns, sans recevoir aucun secours de l'empire d'Orient, qui, gouverné par des princes incapables, des mauvaises femmes ou des eunuques, offre une suite non interrompue de crimes, de trahisons et de cruautés. Les querelles théologiques jouent le principal rôle dans cette triste histoire : les Grecs dégénérés, grands disputeurs et naturellement sophistes, ne cessent d'embrouiller la religion par leurs controverses : de là une multitude de schismes et d'hérésies qui ne cessent presque plus de troubler la tranquillité intérieure de l'Empire. C'était la décadence qui s'accentuait, exerçant surtout ses ravages dans la science du droit, où l'art des jurisconsultes fut bientôt réduit à la connaissance et à l'application servile des textes.

Et cependant le christianisme était bien loin d'abâtardir les intelligences; mais il détournait les esprits nobles et élevés de l'étude des lois humaines, pour les porter vers la méditation des choses religieuses et les dispútes théologiques.

Le sceptre de l'intelligence, la considération des peuples, et, par contre-coup, l'émulation et le savoir, passèrent des jurisconsultes aux théologiens; et bientôt un historien put écrire que la profession de jurisconsulte était devenue un métier d'affranchi. — D'ailleurs une antipathie profonde existait entre les jurisconsultes et les chrétiens. Toujours attachés à l'ancien culte, sinon comme religion, au moins comme institution politique, Papinien, Ulpien et Paul avaient persécuté les chrétiens, dans lesquels ils ne voyaient que de dangereux novateurs; triomphant à leur tour, les chrétiens devinrent persécuteurs; ils attaquèrent violemment toutes les in-

stitutions qui pouvaient se rattacher au polythéisme ; ils tendirent surtout de tous leurs efforts à rabaisser la science et le caractère des jurisconsultes, sans considérer que la religion et le droit sont deux cercles concentriques, tendant au même but, quoique dans une mesure différente : la consécration des principes d'éternelle justice.

Ce fut cet antagonisme qui devint la source du mal, et ne permit pas au christianisme de mûrir les fruits salutaires qu'il portait en germe dans son admirable doctrine.

---

41. Généralement, les auteurs qui ont écrit l'histoire externe du droit romain l'ont divisée en quatre périodes : la première comprenant tout le temps qui s'est écoulé depuis la formation de Rome jusqu'à la rédaction de la loi des Douze Tables ; la seconde comprenant le temps écoulé depuis la loi des Douze Tables jusqu'à la naissance de Cicéron ; la troisième comprenant le temps écoulé depuis Cicéron jusqu'au règne d'Alexandre Sévère (222 après J.-C.) ; la quatrième s'étendant depuis le règne d'Alexandre Sévère jusqu'à la fin du règne de Justinien (565 après J.-C.).

Il me paraît plus rationnel de diviser l'histoire externe du droit romain d'après les variations de l'organisation politique des Romains, et d'admettre les cinq périodes suivantes :

1° Période royale, depuis la formation de Rome jusqu'à l'établissement de la République.

2° Période républicaine, depuis l'établissement de la République jusqu'à l'avénement de l'Empire.

3° Période impériale, depuis Auguste jusqu'à Constantin.

4° Période du Bas-Empire ou de la décadence, depuis Constantin jusqu'à Justinien.

5° Destinées du droit romain en Orient et en Occident après Justinien.

CHAPITRE III

HISTOIRE EXTERNE DU DROIT ROMAIN

DIVISÉE EN CINQ PÉRIODES

ARTICLE PREMIER. — PREMIÈRE PÉRIODE OU PÉRIODE ROYALE

§ I. — SOCIÉTÉ ROMAINE PENDANT LA PÉRIODE ROYALE.

42. Il est probable que la société romaine primitive s'organisa d'elle-même, soit au point de vue social, soit au point de vue poli-

tique, à l'imitation des anciennes sociétés existant alors chez les peuples italiques, particulièrement dans le Latium. Je vais passer en revue successivement les divers éléments composant la société romaine primitive.

43. I. **Hommes libres et esclaves.** — L'esclavage était admis et pratiqué chez presque tous les peuples de l'antiquité. Aussi ne doit-on pas être surpris de trouver à Rome, dès l'origine, des hommes libres et des esclaves. L'homme libre est le maître, le propriétaire de ses esclaves. Il peut en faire ce qu'il veut. Il peut les mettre à mort. L'esclave est la chose, le bien de son maître. Il ne peut rien acquérir pour lui : tout ce qu'il gagne est acquis au maître. — Un maître renonce quelquefois à son droit de propriété sur son esclave. On dit alors qu'il libère son esclave de la servitude, qu'il l'affranchit. L'esclave qui a ainsi reçu la liberté s'appelle *affranchi*, et son ancien maître prend vis-à-vis de lui le nom de patron, *patronus*.

L'homme libre qui n'a jamais été esclave s'appelle *ingénu*.

44. II. **La famille.** — Dès l'origine, on voit la famille romaine fortement organisée dans l'intérêt du chef de famille. L'homme libre, citoyen romain, que la mort de son père et autres ascendants paternels a rendu maître de lui-même, *sui juris*, a sous sa puissance sa femme et ses fils, les fils de ses fils avec leurs femmes légitimes, ses filles non mariées et les filles de ses fils avec tous les biens que chacun d'eux acquiert. Les enfants de sa fille ou de sa petite-fille ne sont pas sous sa puissance, dans sa famille, quand elle est mariée, mais sous la puissance de son mari. Le chef de famille peut mettre à mort sa femme et ses enfants ou descendants qu'il a sous sa puissance.

Il convient de remarquer dès maintenant que le mot *familia* finit par avoir, dans le langage des Romains, plusieurs sens : 1° le mot *familia* est synonyme de *domus*, maison, et désigne le chef de famille et tous ceux qui sont soumis à sa puissance ; 2° le mot *familia* désigne l'ensemble des esclaves qui appartiennent à un citoyen romain ; 3° il désigne le patrimoine d'une personne ; 4° il désigne tous ceux qui, étant soumis à la puissance du même chef, sont agnats entre eux ; 5° il désigne l'ensemble des personnes qui, descendant d'un auteur commun, sont cognates entre elles (L. 195, §§ 2, 3, 4, D. 50, 16). — Les deux derniers sens du mot *familia*, ainsi que les caractères de la puissance du chef de famille sur sa femme, sur ses enfants et descendants, sur ses esclaves, seront étudiés plus tard avec détail.

45. III. **La propriété.** — Les Romains, dès les premiers temps

de leur existence, ont connu la propriété avec les caractères qu'elle a encore aujourd'hui chez les peuples modernes, c'est-à-dire la propriété individuelle, inégale, perpétuelle et transmissible. Cette propriété, les Romains l'appelaient *dominium*, *dominium ex jure Quiritium*, c'est-à-dire propriété d'après le droit des Quirites, propriété quiritaire, propriété établie et organisée par le droit des Quirites. Dès l'origine, on trouve aussi en usage chez les Romains un moyen, un mode d'aliéner et d'acquérir la propriété très-caractérisé, appelé *nexum* et, plus tard, *mancipatio per æs et libram*. Par le *nexum* et, plus tard, par la *mancipatio*, une personne pouvait acquérir d'une autre la propriété d'une chose. Le *nexum* et la *mancipatio* étaient un acte solennel, une aliénation solennelle, qui s'accomplissait par des paroles sacramentelles, en présence de cinq témoins, citoyens romains, et d'un autre citoyen *libripens*, porte-balance, ainsi appelé parce qu'il tenait à la main une balance, *libra*. La balance servait à peser le métal, *æs*, prix de l'acquisition.

Plus tard, les Romains imaginèrent d'autres modes d'acquérir la propriété : la *cessio in jure*, l'adjudication, l'usucapion. Mais ce n'est pas le lieu d'en parler ici.

46. IV. **Ager romanus.** — L'*ager romanus* est le sol, le territoire romain, comprenant le territoire même de la ville et une certaine étendue de territoire autour de la ville. L'*ager romanus*, successivement étendu par les premiers rois de Rome, resta définitivement restreint aux limites fixées par Servius Tullius. (Denys d'Halicarnasse, IV, 13.) Primitivement, l'*ager romanus* fut le seul sol susceptible de propriété quiritaire et ne pouvait appartenir qu'aux citoyens de Rome. Ce fut, pendant longtemps, le seul territoire qui pût être acquis par les modes d'acquérir consacrés par le droit civil romain.

47. V. **Patriciens et plébéiens.** — La question du patriciat est encore aujourd'hui fort obscure. Ce qui est certain, c'est que les patriciens constituaient une caste dominante et supérieure par rapport aux plébéiens. Mais quels étaient, à Rome, ceux qui étaient patriciens? Voici, sur cette question, les deux opinions principales :

Première opinion. — Sont patriciens ceux qui ont été choisis par le roi pour être sénateurs, *patres*, et leurs descendants, *patricii*.

« Romulus lui-même, dit M. Demangeat, voulant constituer auprès de lui un conseil, choisit, pour en faire partie, les principaux du peuple... Ce conseil fut appelé *senatus;* les conseillers *patres* et leurs descendants *patricii*. Ainsi, pour être patricien, il faut appartenir

à une famille qui remonte à un sénateur. Dès le temps de Romulus, celui qui n'a pas été choïsi ou dont le père ou l'aïeul n'a pas été choisi pour entrer dans le sénat, celui-là est un plébéien. Or, Romulus ne dut choisir personne parmi les anciens habitants, parmi les vaincus ni parmi la foule des étrangers et des esclaves fugitifs qui profitèrent de l'asile qu'il avait eu l'idée d'ouvrir; et, même parmi ses compagnons, il est douteux que les chefs de familles aient tous été appelés au sénat. » (*Cours élémentaire de droit romain*, t. I, p. 25, 26.)

Cette opinion n'est admissible qu'en acceptant l'hypothèse d'après laquelle Romulus aurait conquis le territoire romain, organisé la société romaine et créé les institutions politiques de Rome. Mais, s'il en était ainsi, Romulus eût été vraiment un homme prodigieux pour son époque! Et l'histoire nous apprend que les sociétés primitives ne sont pas organisées et façonnées par un homme. Les sociétés se forment et s'organisent peu à peu et d'elles-mêmes. Quel est l'historien qui, aujourd'hui, oserait soutenir que c'est le roi Pharamond ou même Clovis qui a organisé la société française du moyen âge? — Du reste, ce qui suffirait à rendre l'opinion précédente discutable, c'est que, dans toutes les villes de l'Italie ancienne, et particulièrement dans le Latium, on retrouve cette division de la population en patriciens et plébéiens. Est-ce que chacune de ces villes aurait eu aussi son Romulus, qui aurait fait cette division? Or, il est certain que, dans les autres villes italiques, il n'y avait pas de rois.

Deuxième opinion. — Les patriciens formaient une caste dont les membres étaient plus nombreux que les sénateurs. Il n'y avait pas que les sénateurs et leurs descendants qui fussent patriciens. Au contraire, pour être sénateur, il fallait, au préalable, être patricien. « Les *Patres*, dit M. Ortolan, ont été les chefs de famille de la classe supérieure et dominante tenant distribuée en leur puissance, toute la plèbe; les *patricii* sont tous les membres de cette classe, chefs ou fils de familles. La qualification de *patres* n'a pas commencé par les sénateurs; elle ne leur a pas appartenu exclusivement et les *patricii* n'ont pas été seulement les descendants des sénateurs; car ce n'est pas du sénat qu'est née la classe supérieure et dominante, mais c'était, en sens inverse, dans la classe supérieure et dominante que se formait, en toutes les villes italiques, le sénat. *Patres* et *Plebs*, telle est l'antithèse permanente. » (*Explication historique des Institutes*, I, 26, 27.)

Mais de quelle manière s'est constitué le patriciat chez les Romains? Si j'ose émettre une opinion, je dirai que l'histoire nous

enseigné que la base de toutes les aristocraties qui se forment dans les sociétés primitives se trouve dans la possession du sol. Il est à croire que primitivement, à Rome, la caste patricienne se composa des chefs des familles latines, sabines, étrusques, qui occupèrent les premiers le sol, le territoire appelé *ager romanus*. Que le sol romain, l'*ager romanus*, ait été la propriété des chefs des familles latines, sabines, étrusques, cela n'est pas douteux. Varron le dit formellement : « *Ager romanus primum divisus in partes tres, a quo tribus appellata Tatiensium, Ramnium, Lucerum.* » (Varron, *De lingua latina*, V, 55.) Sous la protection de ces possesseurs primitifs du sol ou sous la protection de leurs descendants vinrent se placer successivement les misérables des pays voisins, qui, dans tous les temps, sont naturellement attirés dans les lieux où se forme une agglomération de population. Ce furent les premiers plébéiens. Les chefs de famille, propriétaires du sol, formèrent par la suite la caste patricienne. — Il est probable que, dans les premiers temps de l'agglomération romaine, les chefs de famille, propriétaires du sol, prirent l'habitude de se réunir en assemblée pour s'occuper de leurs intérêts communs et que, dans ces temps primitifs, cette assemblée, qui prit le nom de sénat, se composait de tous les chefs propriétaires du sol. A cette époque, il était vrai de dire que tous les chefs de famille, *patres*, tous les patriciens étaient sénateurs. Il est probable qu'à une certaine époque et par suite de l'augmentation de la population, du développement des rapports sociaux, cette assemblée de chefs de famille désigna l'un d'entre eux pour le charger de l'administration active, nous dirions aujourd'hui pour lui attribuer le pouvoir exécutif. De là, la royauté. Des passages d'ouvrages de plusieurs écrivains romains nous indiquent qu'à une certaine époque le roi dut être nommé par le sénat, particulièrement un passage de Cicéron, où il dit, en parlant de Romulus : « *Multo magis patrum auctoritate consilioque regnavit.* Romulus régna par l'autorité et les conseils du sénat. » Il est bien vrai que plus tard le roi fut nommé par le peuple ; mais le roi, nommé par le peuple, dut toujours être confirmé par le sénat. Voici un passage de Tite-Live, duquel il semble bien résulter que primitivement le choix du roi appartenait aux sénateurs, que la toute-puissance était dans le sénat : « Les sénateurs *laissèrent* au peuple la liberté de choisir le roi, mais ils eurent l'adresse de retenir plus qu'ils n'accordaient, car ils décidèrent que le roi choisi par le peuple ne serait élu que quand le sénat aurait ratifié le choix. » (Tite-Live, I, 17.) Si les sénateurs *ont laissé* au peuple le droit de choisir le roi, c'est donc qu'auparavant ils avaient eux-mêmes ce droit !

Il est de l'essence du pouvoir personnel de devenir absorbant et absolu. Il en fut ainsi de la royauté à Rome; aussi ne doit-on pas être surpris de voir, à partir d'une certaine époque, le roi nommer les sénateurs, tandis qu'autrefois il était nommé par eux. A partir du moment où ce fut le roi qui nomma les sénateurs, il les choisit parmi les patriciens qui, à cette époque, étaient certainement plus nombreux que les sénateurs. En d'autres termes, dans la classe assez nombreuse des patriciens, le roi en choisissait un certain nombre pour en composer l'assemblée moins nombreuse du sénat. Enfin, lorsque la royauté voulut devenir absolue dans la personne de Tarquin le Superbe, lorsque le roi ne voulut plus *patrum auctoritate consilioque regnare*, la royauté fut supprimée par le sénat et la caste patricienne. Telles sont probablement les différentes évolutions qu'ont subies, à Rome, la royauté, le sénat et la caste patricienne dans la période que nous étudions.

Les plébéiens sont une classe de la population romaine composée d'abord des étrangers qui venaient chercher, à Rome, asile et protection, et ensuite des vaincus agrégés à la population romaine par les conquêtes successives des Romains. Les plébéiens forment une classe inférieure et dominée par le patriciat. Ils ne peuvent contracter mariage avec les familles patriciennes; ils n'ont pas les droits politiques; ils ne peuvent être nommés à aucune magistrature.

48. VI. **Clients**. — Il paraît que, dans le principe et pendant longtemps, un grand nombre de plébéiens prirent l'habitude de s'attacher à un patricien et de se mettre sous sa protection. En pareil cas, le plébéien devenait le *client* du patricien sous la protection duquel il s'était placé. De même, lorsqu'un chef de famille patricien affranchissait son esclave, l'affranchi devenait le *client* de son patron, de son ancien maître.

La qualité de client donnait à celui qui l'avait certains avantages, mais lui imposait en même temps certaines charges :

Avantages. — 1° Le patron doit à ses clients protection et assistance; 2° le patron doit prendre soin des intérêts et des affaires de ses clients, en leur absence comme en leur présence; 3° le patron doit intenter les actions en justice que ses clients ont à exercer, et les soutenir dans les procès dirigés contre eux.

Charges. — A l'inverse, les clients doivent aider, de leurs deniers, de leurs biens, le patricien, leur patron : 1° pour doter ses filles; 2° pour le racheter, lui ou ses fils, de la captivité; 3° pour payer les frais des procès ou amendes auxquels le patron a été condamné. (Denys d'Halicarnasse, II, § 9 et suiv.; Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, V, 13.)

De plus, le lien de clientèle impose au patron et au client des devoirs et des obligations réciproques : ils ne peuvent se rendre accusateurs l'un contre l'autre. Ils se doivent une foi réciproque. Celui qui manque à l'un de ces devoirs est maudit et voué aux dieux infernaux. « *Patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto.* » Il pouvait être tué impunément par toute personne. (Festus, au mot *Sacer.*)

Sans doute, à raison des charges que le lien de la clientèle imposait aux clients, beaucoup de plébéiens cessèrent, dans la suite des temps, de s'attacher comme clients aux patriciens et finirent par former une classe nombreuse et indépendante que l'histoire nous montre, pendant les premiers siècles de Rome, luttant contre la caste patricienne pour obtenir l'égalité des droits.

49. VII. **Gens.** *Gentes.* — La *gens* était une agrégation politique de familles sur la composition de laquelle les historiens et les commentateurs du droit romain ne s'accordent pas encore aujourd'hui. Voici la définition que Cicéron donne des *Gentiles*, dans ses *Topiques*, n° 6 : « *Gentiles sunt qui inter se eodem nomine sunt. Non satis est. Qui ab ingenuis oriundi sunt. Ne id quidem satis est : Quorum majorum nemo servitutem servivit. Abest etiam nunc : Qui capite non sunt deminuti. Hoc fortasse satis est : nihil enim video Scævolam, pontificem, ad hanc definitionem addidisse.* » « Sont *gentiles* ceux qui ont un nom commun, qui sont issus de personnes ingénues, qui ne comptent parmi leurs aïeux aucun esclave, et qui n'ont encouru aucune *capitis deminutio.* »

Bien que Cicéron paraisse satisfait de sa définition, il est à regretter que cette définition soit insuffisante pour nous montrer clairement ce qu'étaient les *gentiles.* Les textes du droit romain qui nous sont parvenus ne nous apprennent rien sur ce point. Aussi sommes-nous réduits à des conjectures sur la question de savoir ce qu'étaient les *gentiles.* — Je me bornerai à exposer l'opinion généralement admise par les historiens et les commentateurs du droit romain.

Pour comprendre ce qu'étaient les *gentiles*, il faut supposer au moins deux familles : 1° une famille dont aucun ancêtre n'a été ni esclave ni client ; 2° une autre famille dont l'un des ancêtres a été l'affranchi ou le client de l'un des ancêtres de la première famille. En pareil cas, tous les membres de la première famille, dans laquelle il n'y a eu jamais aucun affranchi ni aucun client, sont et seront dans l'avenir les *gentiles* de tous les membres de la seconde famille. Ainsi, par exemple, si un homme dont tous les ancêtres ont été ingénus, c'est-à-dire n'ont jamais été esclaves, affranchit un de

ses esclaves, lui et ses descendants seront patrons de son affranchi et des descendants de l'affranchi. La famille de l'affranchi a, pour ainsi dire, son origine dans la famille du patron. Les membres de la famille du patron, tant qu'ils ne seront pas *capite minuti* (n° 780), seront, dans l'avenir, les *gentiles* de la famille de l'affranchi. Il y a là suprématie d'une famille sur l'autre. La famille perpétuellement ingénue, dont aucun ancêtre n'a été ni esclave ni client, s'appelle *gens*, par rapport à la famille qui lui est subordonnée par un lien de clientèle ou d'affranchissement.

Chaque *gens* avait ses dieux, son culte. Les dieux d'une *gens* ne protégeaient qu'elle et ne voulaient être invoqués que par elle. La famille subordonnée prenait le nom et les *sacra* de la *gens* (n° 30).

En résumé, la *gens* est une famille perpétuellement ingénue, à laquelle sont rattachées et subordonnées d'autres familles par des liens de clientèle ou d'affranchissement. Or, nous avons vu les rapports qui existaient entre un client et son patron (n° 48); nous verrons plus tard les rapports entre l'affranchi et son patron (n^os^ 403 à 408; 412, 414, 417, 420).

Il est possible qu'une famille qui a été perpétuellement ingénue ait sous sa subordination un grand nombre de familles différentes se rattachant à elle par des liens de clientèle ou d'affranchissement; alors le mot *gens*, dans un sens plus général, désigne non-seulement la famille perpétuellement ingénue, mais encore toutes les autres familles qui se rattachent à elle par des liens de clientèle ou d'affranchissement. Dès lors, on ne doit pas être surpris de voir les historiens romains nous dire que la *gens Claudia* comprenait trois mille personnes. (Tite-Live, II, 16.)

La *gentilitas* produisait certains effets de droit. Elle donnait, comme nous le verrons plus tard, aux *gentiles*, dans certains cas, un droit de succession sur les biens des membres des familles subordonnées et, à l'inverse, elle leur imposait, dans certains cas, la charge de la tutelle des pupilles des familles subordonnées.

Il est probable qu'à l'origine toutes les *gentes* furent patriciennes. Mais plus tard il y eut aussi des *gentes plébéiennes*. En effet, à une certaine époque, les membres d'une famille plébéienne purent dire : Il est vrai que parmi nos ancêtres il n'y a eu aucun patricien; aussi nous ne prétendons pas être patriciens; mais on ne peut trouver aucun de nos ancêtres qui ait été affranchi ou client. Tous nos ancêtres ont été ingénus. Nous formons donc une *gens* plébéienne.

§ II. — CONSTITUTION POLITIQUE.

50. I. **Le roi.** — On ne trouve pas, chez les Romains, une royauté de droit divin héréditaire. La royauté est élective. Le roi est élu à vie par le peuple réuni en comices par curies.

Une fois élu, le roi devient :

1° Le premier magistrat de Rome. En conséquence, il a l'*imperium*, c'est-à-dire le pouvoir de commander, de donner des ordres à la force publique. Quand il marche en public, ses licteurs, *lictores*, le précèdent, portant la hache.

En temps de guerre, le roi commande les armées romaines.

2° Le roi est le chef suprême de la religion : il nomme les prêtres et les prêtresses.

3° Il est le chef suprême de la justice : il rend lui-même la justice en matière criminelle et en matière civile, du moins dans les affaires les plus importantes, laissant juger les affaires civiles de peu d'importance par les sénateurs. Toutefois, ses jugements en matière criminelle peuvent être réformés, sur appel, par le peuple réuni en comices par curies. Mais comme les comices ne pouvaient être convoqués que par le roi, si le roi ne voulait pas les convoquer pour connaître de l'appel, *provocatio*, l'appel était impossible.

4° Le roi a le pouvoir de réunir le sénat et de convoquer le peuple en comices par curies. Le peuple ne peut voter aucune loi que sur la proposition, *rogatio*, du roi.

Lorsque le roi meurt, de quelle manière est-il remplacé? Comme la royauté est élective à Rome, tant que le nouveau roi n'est pas nommé, le pouvoir royal est exercé par un sénateur désigné par le sort. Mais, comme il est de principe qu'il ne peut y avoir qu'un seul chef à la fois à Rome, il n'y a jamais qu'un seul sénateur qui règne : il prend le nom d'*interrex*, interroi, pour se distinguer du roi à vie. L'interrègne, pour chaque sénateur, ne peut durer que cinq jours, après quoi le pouvoir royal passe à un second *interrex;* il en est ainsi jusqu'à ce qu'un roi à vie soit nommé par le peuple qui, convoqué par le dernier *interrex* et sur la proposition, *rogatio*, de ce dernier *interrex*, nomme le nouveau roi par une loi curiate. C'est ce que dit Tite-Live (I, 17); c'est aussi ce que dit Cicéron : « Après la mort du roi Pompilius, le peuple, sur la rogation de l'interroi, créa roi Tullus Hostilius dans les comices curiates. » (Cic., *De Republ.*, II, 17.) Mais à peine nommé par cette loi curiate, le nouveau roi convoque le peuple pour se faire investir une seconde fois du

pouvoir royal. C'est ce que nous dit Cicéron : « Et Hostilius, à l'exemple de Pompilius, consulta le peuple par curies sur la légitimité de son pouvoir ». (Cic., *De Repub.*, II, 17.)

Mais pourquoi le roi, déjà nommé par une loi curiate, fait-il confirmer sa nomination par une seconde? Parce que la première loi curiate qui l'a nommé n'est pas complétement régulière, attendu qu'une loi n'est votée régulièrement par le peuple que sur la convocation et la proposition du roi. Or, ici, les comices qui ont voté la première loi curiate, n'ont pas été convoqués par un roi régulièrement élu, mais par un *interrex;* donc le nouveau roi nommé par le peuple, ainsi convoqué, n'est pas lui-même régulièrement élu. Voilà pourquoi il convoque à nouveau les comices pour faire confirmer sa nomination. Il est vrai que lui-même n'étant pas régulièrement nommé n'a pas encore qualité pour convoquer les comices, à l'effet de confirmer sa nomination par une seconde loi curiate. C'est vrai; mais on n'avait pas trouvé un autre moyen pour sortir de cette difficulté.

51. II. **Le sénat.** — Le sénat ou conseil des anciens est une assemblée dont les membres sont choisis et nommés par le roi, qui ne peut les choisir que parmi les patriciens. Il n'y eut d'abord que cent ou cent cinquante sénateurs. Mais leur nombre fut porté au chiffre de trois cents par Tarquin l'Ancien. Dès lors les anciens sénateurs prirent le nom de *patres majorum gentium*, et les nouveaux sénateurs, nommés par Tarquin, furent appelés *patres minorum gentium.* (Tite-Live, I, 35; Cic., *De Repub.*, II, 20.) Nous verrons que, sous la République, les plébéiens furent admis au sénat; mais, pendant toute la période royale, le sénat fut composé exclusivement de patriciens.

Fonctions du sénat à l'époque royale. — 1° Le sénat est le conseil du roi. A ce point de vue, le sénat ou conseil des anciens, est une réunion d'hommes en qui le roi doit avoir confiance et qu'il doit consulter. En conséquence, le sénat délibère et donne son avis sur toutes les affaires qui lui sont soumises par le roi.

2° Le sénat est le gardien de la constitution, et vis-à-vis du roi, et vis-à-vis du peuple. A ce point de vue, sa fonction consiste à vérifier toute loi votée par le peuple sur la proposition du roi, à rechercher si elle ne viole pas les lois existantes; et la loi votée par le peuple, sur la proposition du roi, n'est parfaite et exécutoire que si elle est confirmée, approuvée par le sénat. Ce droit qu'a le sénat d'approuver la loi votée par le peuple s'appelle *auctoritas.*

Mais, à l'époque royale, le sénat n'a jamais participé à l'administration active : jamais, sous les rois, le sénat n'a commandé

l'armée, ni rendu la justice : en d'autres termes, il n'a jamais eu l'*imperium* ni la *jurisdictio*, qui n'appartiennent qu'au roi. Que si quelquefois le roi confère aux sénateurs la mission de juger les procès, les sénateurs, en pareille circonstance, ne sont que ses délégués.

La fonction du sénateur est viagère, non transmissible à ses héritiers.

52. III. **Le peuple**. *Comices par curies*. — La plus ancienne division administrative de Rome nous représente la population romaine, dès l'origine, divisée en trois tribus : la tribu des *Ramnes* ou *Ramnenses*, composée de Latins ; la tribu des *Titienses*, composée de Sabins, et la tribu des *Luceres*, composée d'Étrusques. D'un autre côté, le territoire était divisé en trois portions, réparties entre les trois tribus : « *Ager romanus primum divisus in partes tres, a quo tribus appellata Tatiensium, Ramnium, Lucerum.* » (Varron, *De lingua latina*, V, 55.) De sorte que cette division en trois tribus était à la fois personnelle et territoriale, c'est-à-dire s'appliquant aux personnes et au territoire, au sol.

Chacune des trois tribus était divisée en dix curies, en tout trente curies. Chaque curie se composait d'un certain nombre de *gentes*.

Cette division de la population romaine en trente curies a une grande importance, au point de vue du vote dans les assemblées du peuple. En effet, la réunion des trente curies convoquées par le roi, pour délibérer et décider sur une proposition, forme *l'assemblée du peuple romain* réuni en comices par curies. Les comices par curies se réunissent dans le *comitium*, au pied du Capitole [1].

Les citoyens, convoqués par le roi en comices par curies, sont réunis par les soins des licteurs. « Curiata comitia *per lictorem curiatum calari, id est convocari.* » (Aulu-Gelle, *Nuits att.*, XV, 27.)

De quelle manière le vote est-il formé dans les comices par curies? Ce qui est certain, c'est que les citoyens n'ont pas le droit de voter individuellement et directement sur les propositions qui leur sont soumises. Tous les membres d'une même curie sont appelés à voter ensemble par oui ou par non et à former une voix pour chaque curie. Ainsi chaque curie n'a qu'une seule voix dans le vote sur la proposition soumise ; de sorte qu'il n'y a que trente voix en tout, puisqu'il n'y a que trente curies. C'est le sort qui détermine dans

---

1. « Comitium *locus est qui a* coendo, *id est, simul veniendo, dictus est.* » (Festus, au mot *Comitiales.*) Ainsi, d'après Festus, le *comitium* était le lieu où les citoyens *venaient ensemble*, se réunissaient. Dans un autre sens, le mot *comice* désigne la réunion même du peuple.

quel ordre chaque curie est appelée à voter, sans distinguer si elle appartient à la tribu des *Rammenses*, des *Titienses* ou des *Luceres*. Aussitôt que la majorité des curies (c'est-à-dire 16 sur 30) a adopté la proposition, la décision est prise : les curies suivantes ne sont pas appelées à émettre leur vote.

Mais de quelle manière les membres d'une même curie sont-ils appelés à former la voix, le vote de cette curie? D'après Aulu-Gelle, les suffrages sont recueillis par famille, par *gens* : chaque *gens* a une voix, et la majorité des voix des *gentes* d'une curie forme la voix de cette curie. « *Quum ex generibus omnium suffragium feratur, curiata comitia esse.* » (*Nuits att.*, XV, 27.) D'après Tite-Live, au contraire, les suffrages, dans chaque curie, sont recueillis par tête, *viritim*, de sorte que la majorité des voix de tous les membres d'une même curie forme la voix de la curie. (Tite-Live, I, 43.) Que le suffrage de chaque curie ait été formé par têtes ou par *gentes*, il n'en est pas moins certain que, dans ce système de vote par curies, l'influence appartenait aux patriciens. Il ne faut pas oublier, en effet, qu'à cette époque les plébéiens, subordonnés à la caste patricienne par des liens de clientèle ou d'affranchissement, étaient complétement soumis à son influence et à sa direction.

Le peuple ne peut se réunir en comices par curies qu'après avoir été convoqué par le roi, et ne peut voter aucune loi que sur la proposition, *rogatio*, du roi.

Comme la religion a une large place dans les mœurs de la population primitive de Rome, il faut, avant de voter, prendre les auspices, c'est-à-dire qu'un augure doit interroger les dieux pour savoir s'ils sont favorables ou contraires à la décision à prendre. Bien mieux, si, à un moment quelconque du vote, l'augure, qui est toujours patricien, voit que le vote prend une mauvaise direction, il a bien soin de déclarer les dieux contraires et l'assemblée est dissoute.

Enfin, la décison adoptée par la majorité des curies, pour avoir force de loi, pour être exécutoire, doit être approuvée par le sénat. (Denys d'Halicarnasse, II, 14.)

Le peuple réuni en comices par curies vote sur les lois nouvelles, sur les propositions qui lui sont soumises par le roi; il approuve le testament de chaque citoyen romain; il vote sur la nomination de certains magistrats et sur la nomination du roi lui-même. La loi qui investit le nouveau roi de la puissance royale s'appelle *lex curiata*. Comme toutes les autres lois, elle doit recevoir *l'auctoritas*, l'approbation du sénat, pour être obligatoire. « Les sénateurs, dit Tite-Live, laissèrent au peuple la liberté de

choisir le roi, mais ils eurent l'adresse de retenir plus qu'ils n'accordaient, car ils décidèrent que le roi choisi par le peuple ne serait élu que quand le sénat aurait ratifié le choix. » (Tite-Live, I, 16.)

53. IV. **Magistrats divers.** — Pour faciliter l'exercice de son pouvoir, le roi confie à d'autres certaines fonctions. De là, des magistrats divers :

1° Le *præfectus urbi*, auquel le roi confie ses pouvoirs d'administration, quand il s'absente de Rome. Le *præfectus urbi* est toujours choisi parmi les sénateurs.

2° Les deux *quæstores parricidii*, ou inquisiteurs du meurtre, choisis par le roi et confirmés par le peuple. Ils avaient pour mission de rechercher les meurtriers.

3° Les *duumviri perduellionis*, c'est-à-dire les deux juges du crime. Quand le roi ne voulait pas juger lui-même un criminel, il désignait, pour le juger, deux juges, confirmés par le peuple. Le condamné pouvait former appel de leur jugement devant le peuple. En effet, Tite-Live raconte qu'Horace, vainqueur des trois Curiaces, ayant tué sa sœur qui regrettait l'un des trois Curiaces, son fiancé, fut accusé devant le roi. « Mais ce prince, ne voulant pas prendre sur lui la responsabilité d'un jugement sévère, convoqua le peuple et dit : « Je nomme, d'après la loi, des duumvirs pour juger le crime « d'Horace. » Les termes de la loi étaient effrayants : « Les duumvirs « prononceront sur la culpabilité. Si l'accusé en appelle, on jugera « l'appel ; si le jugement est confirmé, on voilera la tête du coupa- « ble ; on le suspendra à l'arbre fatal, après l'avoir battu de verges, « soit dans l'enceinte, soit hors de l'enceinte des murailles. » Les duumvirs nommés par cette loi condamnèrent Horace. Mais le condamné appela de leur sentence au peuple, qui l'acquitta. (Tite-Live, I, 26.)

4° Deux questeurs, gardiens des deniers de l'État.

54. V. **Armée.** — Dans la cité romaine tripartite, l'armée se composait d'abord de trois mille fantassins, commandés par trois tribuns militaires, *tribuni militum*. Chacune des trois tribus primitives devait, en effet, fournir mille fantassins.

De plus, l'armée se composait de trois centuries [1] de cavaliers, *celeres*, sous le commandement de trois chefs, appelés *tribuni*

1. Le mot *centuria*, centurie, désigna d'abord une mesure correspondante au nombre *cent*. « A centum *centuria dicta est*, » dit Varron. (*De re rust.*, I, 10.) Festus dit également : « *Centuria, in agris, significat* centum *jugera ; in re militari*, centum *homines*. » Mais, plus tard, il n'y eut plus concordance entre ce mot et le nombre désigné par ce mot.

celerum, suivant les uns, *centuriones*, suivant d'autres. Les trois tribus primitives des *Ramnenses*, *Titienses*, *Luceres* fournissaient chacune une centurie de cent cavaliers, choisis parmi les patriciens, en tout trois cents cavaliers. Plus tard, le nombre des centuries fut porté à six par Tarquin l'Ancien, et à dix-huit par Servius Tullius.

Le général de l'armée romaine était le roi. Mais comme il s'était adjoint un chef spécial pour la cavalerie, appelé *magister equitum*, suivant les uns (Th. Mommsen, I, 103), *tribunus celerum*, suivant d'autres, il commandait lui-même l'infanterie.

55. VI. **Collége des féciaux.** — Les féciaux étaient un corps de prêtres, composé de vingt membres, choisis parmi les patriciens. Leurs fonctions consistaient à porter les déclarations de guerre aux peuples ennemis, à conclure la paix, à faire les traités. (Cic., *De legib.*, II, 9.) Ils portaient une baguette, *caduceus*, comme emblème de la paix, et un javelot comme symbole de la guerre. Ils le lançaient sur la frontière de l'ennemi, quand la guerre avait été décidée par le peuple sur la proposition du roi et approuvée par le sénat. (Aulu-Gelle, X, 27.)

§ III. — INNOVATIONS DE SERVIUS TULLIUS.

56. Servius Tullius augmenta d'abord le nombre des cavaliers ou chevaliers, *equites*, recrutés parmi les plus riches familles de Rome, même parmi les plébéiens, et les divisa en dix-huit centuries.

Servius Tullius divisa le territoire en trente régions, ou tribus ou quartiers. Voici comment : il divisa le territoire de la ville en quatre tribus qui prirent les noms de *tribus urbaines*; puis il divisa le territoire environnant la ville de Rome en vingt-six tribus, qui prirent le nom de *tribus rurales*. — Cette division, au moment où elle fut établie, et pendant longtemps, fut purement territoriale et n'eut rien de commun avec l'organisation politique, notamment avec le vote des citoyens. Mais il en fut autrement plus tard, comme nous le verrons.

Dans quel but cette division fut-elle donc faite par Servius? Dans le but de faciliter le cens, c'est-à-dire le recensement, le dénombrement des citoyens. C'est Servius Tullius, en effet, qui, le premier, établit le cens : il ordonna que chaque citoyen devrait déclarer, sous la foi du serment, son nom, le chiffre exact de sa fortune, le nombre et le nom des personnes composant sa famille. Le nom et le chiffre de la fortune de chaque citoyen étaient inscrits sur un registre appelé *cens*, dans lequel un chapitre (*caput*) était ouvert et réservé à chaque citoyen romain.

D'un autre côté, Servius Tullius divisa les personnes en cinq classes, d'après le chiffre de leur fortune connu par le cens.

La première classe comprenait tous ceux qui avaient
au moins une fortune de. . . . . 100,000 as;
La deuxième comprenait tous ceux ayant au moins. 75,000 —
La troisième comprenait tous ceux ayant au moins. 50,000 —
La quatrième comprenait tous ceux ayant au moins. 25,000 —
La cinquième comprenait tous ceux ayant au moins. 11,000 —

Ceux qui avaient moins de 11,000 as ne figuraient dans aucune classe.

Il n'y avait que les citoyens compris dans les cinq classes qui fussent soumis à l'impôt. Le chiffre de l'impôt imposé à chaque citoyen variait et était plus ou moins élevé suivant la classe à laquelle il appartenait. Ceux qui étaient compris dans la première classe, qui avaient une fortune de 100,000 as au moins, devaient évidemment payer un impôt plus élevé que les citoyens compris dans la cinquième classe, qui avaient une fortune de 11,000 à 25,000 as.

Tous les citoyens compris dans les cinq classes et soumis à l'impôt s'appelaient *assidui*. — Les citoyens qui, n'étant pas compris dans les cinq classes, avaient 1,500 à 11,000 as de fortune, s'appelaient *accensi* ou *velati*. Ils pouvaient suivre l'armée ; mais ils n'étaient pas armés. Dans un combat, ils attendaient qu'un citoyen armé fût tué pour prendre ses armes et combattre à sa place. (Festus, au mot *Velati*.)

Les citoyens qui avaient une fortune de 375 à 1,500 as s'appelaient *proletarii*, parce qu'ils ne pouvaient fournir que des enfants, *proles*, à l'État. — Enfin ceux qui avaient moins de 375 as prenaient le nom de *capite censi*, sans doute parce qu'ils ne figuraient sur les tables du cens que par leur nom [1].

---

1. Les citoyens les plus pauvres, qui ne déclaraient pas au cens plus de 1,500 as, furent appelés *prolétaires*; et ceux qui ne déclaraient rien ou presque rien étaient appelés *capite censi*. Leur fortune s'élevait à 375 as au plus. Or, la fortune et le patrimoine du citoyen étant pour l'État une sorte de garantie, le gage et le fondement de l'amour de la patrie, on n'enrôlait ni les prolétaires ni les *capite censi* que dans un extrême danger, parce qu'ils ne possédaient rien ou peu de chose. Toutefois, le nom et la position des prolétaires étaient un peu plus honorables que ceux des *capite censi;* dans les temps difficiles, quand la jeunesse manquait, on les incorporait dans une milice formée à la hâte, et on leur fournissait des armes aux frais de l'État : ils ne prenaient pas leur nom du recensement de leur tête ; mais de leur destination à donner des enfants à la patrie. L'exiguïté de leur patrimoine ne leur permettant pas de venir en aide à l'État, ils contribuaient du moins à peupler la cité. Ce fut C. Marius qui,

Servius Tullius fit encore une autre division des personnes : il divisa toute la population romaine en 194 centuries. — Il convient de remarquer que la division des personnes en centuries était plus large que la division des personnes en cinq classes. En effet, on va voir qu'il y avait des personnes qui étaient comprises dans les centuries et qui n'étaient pas comprises dans les cinq classes.

Cette double division des personnes en cinq classes et 194 centuries est très-importante au point de vue du service militaire et au point de vue du vote dans les comices, comme nous allons le voir un peu plus loin.

Servius Tullius combina la division des personnes en cinq classes avec la division des personnes en 194 centuries, en ce sens qu'il distribua et répartit les citoyens de chaque classe en un certain nombre de centuries. En effet, il distribua les citoyens de la première classe en 80 centuries dont 40 étaient composées de *seniores* et 40 de *juniores*. Les citoyens de la seconde classe furent distribués en 20 centuries : 10 de *seniores*, 10 de *juniores*. Les citoyens compris dans la troisième classe furent aussi distribués en 20 centuries : 10 de *seniores*, 10 de *juniores*. Les citoyens de la quatrième classe furent pareillement distribués en 20 centuries : 10 de *seniores*, 10 de *juniores*. Enfin, les citoyens compris dans la cinquième classe furent distribués en 30 centuries : 15 de *seniores*, 15 de *juniores*. Ce qui fait 170 centuries pour les cinq classes.

Mais, en outre, il y avait des citoyens qui, n'étant pas compris dans les cinq classes, étaient compris dans la division en centuries. En effet, pour les besoins du service militaire, il avait été créé deux centuries d'ouvriers, armuriers et charpentiers, l'une de *seniores*, l'autre de *juniores*, recrutées en dehors des cinq classes et adjointes à la première classe, suivant Tite-Live, à la deuxième classe suivant Denys d'Halicarnasse. Il avait été créé, en outre, deux centuries de musiciens militaires, joueurs de cors et de trompettes,

---

le premier, appela les *capite censi* sous les drapeaux, dans des temps difficiles, lors de la guerre contre les Cimbres, suivant les uns, ou plutôt, comme l'affirme Salluste, lors de la guerre contre Jugurtha. *Assiduus*, dans les Douze Tables, se dit d'un homme riche, à même de payer. Ce nom dérive de *assem dare*, donner de l'argent, lorsque les besoins de l'État l'exigent, ou de *assiduitas*, parce que la richesse rend le devoir plus facile à remplir. Voici du reste, sur le consul C. Marius et les *capite censi*, un passage extrait de l'*Histoire de Jugurtha :* « Cependant il enrôle des soldats, non selon l'usage de nos ancêtres ni par classes, mais selon le désir de chacun ; la plupart étaient des *capite censi*. Les uns attribuaient cette conduite à la rareté des bons citoyens, les autres à l'ambition du consul qui devait sa fortune et son élévation à ce genre de citoyens ; et pour l'homme qui veut le pouvoir, les plus pauvres sont les plus utiles à son ambition. » (Aulu-Gelle, XVI, 10.)

cornices et tubicines, recrutées en dehors des cinq classes et adjointes à la cinquième classe, d'après Tite-Live, à la quatrième, d'après Denys d'Halicarnasse.

En outre, il y avait une centurie de soldats supplémentaires, composée des *accensi* ou *velati*.

Enfin une dernière centurie comprenait tous les autres citoyens, non compris dans les cinq classes, c'est-à-dire les *proletarii* et les *capite censi*, exempts d'impôts et du service militaire. Ce qui fait 176 centuries.

Pour avoir les 194 centuries, il suffit d'ajoûter les 18 centuries de cavaliers, qui formaient, à Rome, un ordre à part, marchant en tête de l'armée et votant les premiers dans les comices par centuries.

Au moyen du tableau suivant, emprunté à Tite-Live, on peut se faire facilement une idée des deux divisions des personnes en cinq classes et en 194 centuries, combinées au point de vue du service militaire et au point de vue du vote dans les comices par centuries.

			Centuries.
CAVALERIE			
Les six anciennes centuries et les douze nouvelles de Servius.			18
INFANTERIE			
1re classe : 100,000 as.	Seniores.	40	80
	Juniores.	40	
2e classe : 75,000 as.	Seniores.	10	20
	Juniores.	10	
3e classe : 50,000 as.	Seniores.	10	20
	Juniores.	10	
4e classe : 25,000 as.	Seniores.	10	20
	Juniores.	10	
5e classe : 11,000 as.	Seniores.	15	30
	Juniores.	15	
EN DEHORS DES CLASSES			
Deux centuries d'ouvriers armuriers et charpentiers, exempts d'impôts; adjointes à la 1re classe.			2
Deux centuries de musiciens militaires, exempts d'impôts; adjointes à la 5e classe.			2
Une centurie, comprenant les *velati* et les *accensi*, adjointe à la 5e classe.			1
Une centurie comprenant les *proletarii* et les *capite censi*, exempts d'impôts et du service militaire. . . .			1
Total.			194

D'après Denys d'Halicarnasse (IV, 18), il n'y avait que 193 centuries ; il ne parle pas de la centurie des *accensi* ou *velati*. Plusieurs auteurs, notamment M. Demangeat (I, 35), s'appuyant sur l'assertion de Denys d'Halicarnasse, n'admettent que 193 centuries. Je préfère le témoignage de Tite-Live, qui me paraît plus sûr. Or Tite-Live dit positivement qu'il y avait 194 centuries.

Voici, au surplus, le passage de Tite-Live (*Histoire*, I, § 43) : « Ceux dont le cens s'élevait au moins à 100,000 as formèrent 80 centuries, 40 de jeunes gens et 40 de vieillards. Elles furent toutes comprises sous le nom de première classe. Les vieillards formaient la garde de la ville, les jeunes gens faisaient la guerre au dehors. Leurs armes défensives étaient le casque, le bouclier, les cuissarts et la cuirasse, le tout d'airain ; leurs armes offensives, la lance et l'épée. On attacha à cette classe deux centuries d'ouvriers, qui servaient sans porter les armes ; on les chargea de construire les machines de guerre. La seconde classe comprenait le cens de 100,000 à 75,000 as : elle se composait de 20 centuries, jeunes gens et vieillards. Leurs armes étaient les mêmes que celles de la première classe ; mais ils portaient le bouclier long et point de cuirasse. Tullius fixa le cens de la troisième classe à 50,000 as : le nombre des centuries, la division des âges furent les mêmes que pour la seconde classe, ainsi que les armes ; il ôta seulement les cuissarts. Le cens de la quatrième classe était de 25,000 as, et le nombre des centuries égal à celui de la précédente ; mais les armes n'étaient plus les mêmes : ils ne portaient que la lance et le dard. La cinquième classe, plus nombreuse, se composait de 30 centuries : elle était armée de frondes et de pierres, et comprenait les *accensi*, les cors et les trompettes, divisés en 3 centuries. Le cens de cette classe était de 11,000 as. Tous ceux qui n'arrivaient pas à ce chiffre furent réunis dans une seule centurie, exempte du service militaire... En outre, Tullius forma des premiers de la ville douze centuries de chevaliers, indépendamment des six anciennes, dont trois avaient été instituées par Romulus » (et les trois autres par Tarquin l'Ancien).

J'ai dit que cette double division de la population en cinq classes et en centuries était très-importante au point de vue du service militaire et au point de vue du vote dans les comices :

57. I. **Au point de vue du service militaire.** — Il n'y avait que les citoyens compris dans les cinq classes qui fussent appelés au service militaire pour former l'infanterie [1]. Chacune des cinq classes

1. Il faut remarquer toutefois que les *accensi* ou *velati*, les ouvriers et mu-

se subdivisait en un certain nombre de centuries, c'est-à-dire que tous les citoyens d'une classe étaient répartis, dans leur classe, en un certain nombre de centuries. Toutes les centuries de chaque classe étaient composées, moitié de *juniores*, c'est-à-dire des citoyens ayant seize ans accomplis et quarante-cinq ans au plus, moitié de *seniores*, c'est-à-dire des citoyens ayant plus de quarante-cinq ans. Les centuries de *juniores* étaient appelées à aller combattre l'ennemi au dehors, les centuries de *seniores* à garder et à défendre la ville. (Aulu-Gelle, X, 28 ; Tite-Live, I, § 43.)

58. II. **Au point de vue du vote dans les comices.** — Servius Tullius établit un nouveau système de comices : *les comices par centuries*. Il décida que, pour former le vote dans les comices, les suffrages, les voix seraient donnés par centuries. Chaque centurie avait une voix. Les centuries de chevaliers étaient appelées à voter les premières ; ensuite venaient les 80 centuries de la première classe, puis les centuries de la seconde classe, etc...

Parmi les centuries d'une même classe, quelle était celle qui votait la première? C'était la première désignée par le sort. Les autres votaient ensuite, chacune à son tour, dans l'ordre indiqué par le sort.

De quelle manière le vote était-il recueilli dans chaque centurie? Pendant longtemps, jusqu'au septième siècle de Rome, chaque citoyen interrogé votait de vive voix par *oui* ou par *non*. A partir du septième siècle, on vota par écrit.

Lorsque le vote d'une centurie était formé, il était proclamé et la centurie suivante était appelée à former son vote. — Aussitôt que la majorité des voix des centuries était obtenue pour ou contre la proposition, le vote était arrêté, de sorte que les centuries suivantes n'étaient pas consultées.

D'après ce qui précède, on voit que l'organisation de l'assemblée du peuple, réuni en comices par centuries, était combinée de manière à donner la prépondérance à la fortune, aux classes riches de la société romaine. En effet, les chevaliers, recrutés parmi les plus riches familles de la ville et les citoyens de la première classe, ayant au moins une fortune de 100,000 as, appelés tous à voter les premiers, formaient 98 centuries, c'est-à-dire plus de la moitié des 194 centuries. Chaque centurie avait une voix. Par conséquent, lorsque les chevaliers et les citoyens de la première classe étaient favorables à une loi proposée, à eux seuls ils pouvaient la faire passer,

---

siciens militaires, avaient été recrutés en dehors des cinq classes et adjoints, pour les besoins du service militaire, à l'une ou à l'autre des cinq classes.

puisque à eux seuls ils formaient la majorité des centuries. S'ils étaient contraires à la loi proposée, à eux seuls ils pouvaient la rejeter. Aussi, Tite-Live dit-il que les centuries de la deuxième classe votaient rarement : « On appelait d'abord les chevaliers, puis les quatre-vingts centuries de la première classe ; si elles n'étaient pas d'accord, ce qui était rare, on appelait la seconde classe ; et il n'arriva presque jamais qu'on fût obligé de descendre assez bas pour arriver à la dernière. » (Tite-Live, I, 43.) — En effet, si les 98 centuries, votant les premières et formant à elles seules la majorité, adoptaient ou rejetaient la loi, tout était dit : il était inutile de consulter les classes suivantes.

A l'inverse, la dernière centurie, celle des *proletarii* et des *capite censi*, comprenait à elle seule plus de citoyens que les 98 centuries votant les premières. Or, on peut dire qu'elle n'était jamais appelée à voter.

D'un autre côté, les centuries de chaque classe étaient divisées, par moitié, en centuries de *seniores* et de *juniores*. Or, il est évident que les *juniores* étaient beaucoup plus nombreux que les *seniores*, et cependant ils n'avaient pas un plus grand nombre de voix, puisque le vote se faisant par centuries, le nombre des centuries de *seniores* était égal au nombre des centuries de *juniores* dans chaque classe. Dans ce système, l'influence politique appartenait donc non pas au nombre et à la jeunesse, mais à la fortune et à l'âge mûr.

Le peuple était convoqué en comices par centurie, *per cornicinem*, au son du cor (Aulu-Gelle, XV, 27), et se réunissait, non plus dans le *comitium*, mais au Champ-de-Mars.

Le peuple ne peut se réunir en comices par centuries qu'après avoir été convoqué par le roi. Le vote ne peut avoir lieu qu'après que les auspices ont été pris. A un moment quelconque, l'assemblée peut être dissoute et ajournée, si un augure, qui est toujours patricien, déclare que les dieux sont défavorables. Enfin, la décision adoptée par la majorité des comices par centuries, pour avoir force de loi, doit recevoir l'*auctoritas* du sénat, c'est-à-dire doit être approuvée par le sénat.

Le peuple, réuni en comices par centuries, vote sur les lois nouvelles qui lui sont proposées par le roi, sur la guerre, sur la nomination du roi lui-même.

Il ne faudrait pas croire cependant que les comices par centuries remplacèrent complétement les comices par curies. En effet, même après l'établissement des comices par centuries, les comices par curies continuèrent à fonctionner pour la nomination des pontifes, pour approuver l'adrogation et les testaments des citoyens

romains, pour ratifier les lois votées par les centuries et pour conférer l'*imperium* aux magistrats nommés par les centuries [1].

§ IV. — SOURCES DU DROIT PENDANT L'ÉPOQUE ROYALE.

59. Pendant l'époque royale, il n'y eut guère d'autres sources du droit privé que la *coutume*. La *coutume* est une règle admise par l'usage, par le consentement tacite des habitants d'un pays. Chez un peuple qui en est encore aux premiers temps de son existence, les coutumes sont très-nombreuses, tandis que les lois promulguées par une autorité législative sont rares, parce que les pouvoirs publics ne sont pas encore organisés; le pouvoir législatif ne fonctionne pas encore d'une manière régulière. Aussi, dans la période qui nous occupe, les coutumes sont nombreuses et les lois sont rares. Toutefois, à l'époque royale correspondent des lois appelées *leges regiæ*, qui furent recueillies par un pontife du nom de Papirius. Le livre qui contient ces lois, dit Pomponius, est appelé *Jus civile Papirianum*, non pas que Papirius y ait ajouté quelque chose, mais parce qu'il a rassemblé ces lois qui, avant lui, étaient sans ordre. » (L. 2. D. 1, 2.)

Ce recueil n'est point parvenu jusqu'à nous, de sorte que nous ne pouvons pas savoir exactement de quoi s'occupaient ces lois *regiæ*. Le célèbre historien Vico, dans son traité : *De constantia jurisprudentis*, pense que ces lois s'occupaient : 1° du *connubium* ou mariage; 2° de la puissance paternelle; 3° du *nexum*. Le *nexum* est une opération de droit dans laquelle figure une balance destinée à peser la monnaie. Primitivement, le *nexum* était à la fois une manière d'acquérir la propriété et de plus une manière de créer ou

---

1. « Lelius Felix, dans le premier de ses livres adressés à Q. Mucius, dit que Labéon entend, par *comitia calata*, les comices qui se tiennent en présence du collége des pontifes, pour inaugurer le roi des sacrifices ou les flamines : les uns sont *curiata*, par curies; les autres, *centuriata*, par centuries. Les *curiata* sont convoqués, *calata*, par un licteur, appelé *lictor curiatus*, licteur par curie; les *centuriata*, à son de cor. Dans les comices appelés *calata*, convoqués, on consacrait les objets du culte et on faisait les testaments... » On lit dans le même livre : « Si les suffrages sont recueillis par familles, les comices sont par curie, *curiata;* si l'on vote d'après l'âge et le cens, ils sont par centuries, *centuriata;* enfin si l'on vote par régions ou par localités, les comices sont par tribus, *tributa*. Les comices par centuries ne peuvent être tenus dans l'enceinte du *pomœrium*, parce que c'est seulement en dehors de Rome, et jamais dans son enceinte, que l'armée doit être commandée. Voilà pourquoi les comices par centuries se tiennent dans le Champ-de-Mars, et l'armée y est d'ordinaire sous les armes, par mesure de précaution, le peuple étant alors occupé à donner des suffrages. » (Aulu-Gelle, XV, 27.)

d'éteindre des obligations. « *Nexum est quodcumque per æs et libram geritur.* » (Festus, au mot *Nuncupata.*)

Du reste ces lois *regiæ* tombèrent en désuétude sous la République. (L. 2, § 3. D. 1, 2.)

ARTICLE II. — DEUXIÈME PÉRIODE OU PÉRIODE RÉPUBLICAINE.

§ I. — CONSTITUTION POLITIQUE.

60. En l'an 245 de l'existence de Rome, la royauté fut supprimée après l'existence de Tarquin le Superbe, pour faire place à la République [1]. Cette révolution fut une révolution aristocratique, car, dans le principe, elle ne profita qu'aux patriciens, comme nous le verrons. Et d'abord, les rois chassés furent remplacés par deux magistrats qui, pendant longtemps, ne purent être choisis que parmi les patriciens.

61. I. **Magistrats.** 1° *Les consuls.* — Lors de l'établissement de la République, la forme du gouvernement fut changée, mais le fond resta à peu près le même : au lieu d'un roi nommé à vie, il y eut deux magistrats annuels, on pourrait dire deux rois annuels, appelés *consuls*, auxquels l'autorité royale passa presque toute entière. — Bien mieux, durant la vacance des fonctions consulaires, un *interrex*, interroi, est nommé comme à l'époque royale. — L'autorité suprême ne fut pas répartie entre les deux consuls : chacun d'eux, au contraire, l'eut entière. Que si, comme cela arrive souvent, il y eut entre les consuls une sorte de division de pouvoirs, l'un prenant le commandement de l'armée, l'autre l'administration de la justice, ce n'était là qu'un pur arrangement de fait; mais, à l'occasion, chacun rentrait dans la plénitude de son pouvoir et les ordres de l'un pouvaient être paralysés par l'opposition, la résistance de l'autre.

Les consuls eurent, comme les anciens rois, l'*imperium* et la *jurisdictio*, c'est-à-dire le pouvoir de commander et de rendre la justice.

Toutefois, il y eut quelques différences entre le pouvoir des consuls et l'ancien pouvoir royal :

1° En matière criminelle, le roi était-juge et décidait si le condamné aurait ou non le droit de faire appel, *provocatio*, au peu-

---

1. « La royauté avait subsisté à Rome, depuis sa fondation jusqu'à son affranchissement, pendant deux cent quarante-quatre ans. » (Tite-Live, I, 60).

ple, de sa propre décision. Au contraire, la loi Valeria (an 245 de Rome) décida que les consuls seraient tenus de donner appel de leurs sentences de condamnation à tout condamné. L'appel était porté devant les comices par curies jusqu'à la loi des Douze Tables et devant les comices par centuries à partir de cette loi. Le consul, qui aurait fait mettre à mort un condamné, avant que le peuple eût prononcé sur l'appel de ce condamné, aurait pu être mis à mort lui-même par tout citoyen. (Cicéron, *De Repub.*, II, 31.)

2° Le roi était *rex sacrorum*. Ce titre ne passa point aux consuls; mais comme il y avait des sacrifices qui ne pouvaient être accomplis que par les rois, il fut créé un *rex sacrorum*, un roi des sacrifices spécial. Il eut pour unique fonction de remplacer, auprès des dieux, comme médiateur, le roi qui venait de disparaître; mais il n'eut aucune fonction active. En réalité, dans les affaires religieuses, ce sont les consuls qui agissent : ils invoquent les dieux au nom du peuple, ils ordonnent les sacrifices et consultent les dieux par l'intermédiaire des augures et des aruspices.

3° Le roi avait le pouvoir de nommer aux fonctions sacerdotales : cette attribution ne passa point aux consuls. Sous la République, les membres des colléges d'hommes se recrutèrent eux-mêmes. Les vestales et les flamines furent nommés par le chef du collége des pontifes, par le *pontifex maximus*.

4° C'était le roi qui nommait les *quæstores paricidii* ou inquisiteurs du meurtre, chargés de rechercher les meurtriers. Sous la République, ces deux questeurs furent nommés, non par les consuls, mais par les comices des centuries.

5° Le roi confiait la garde du trésor public à deux questeurs. Sous la République, ces deux questeurs du trésor public, ainsi appelés parce qu'ils étaient chargés de recueillir les deniers publics, furent nommés, non par les consuls, mais par les comices en centuries.

Il est de principe, à Rome, que toutes les magistratures sont électives et annuelles; en conséquence, les consuls sont élus, chaque année, par le peuple réuni en comices par centuries. Le peuple ne pouvait révoquer le consul qu'il avait nommé. — Si un consul commettait un crime, il ne pouvait être poursuivi pendant la durée de ses fonctions; mais une fois rentré dans la vie privée, il pouvait être poursuivi comme tout citoyen. — A leur puissance, les consuls joignirent l'extérieur même de la royauté : douze licteurs, armés de faisceaux et de haches, les précédaient. — Ils étaient éponymes, c'est-à-dire ils donnaient leur nom à l'année.

62. 2° *Interrex*. — Lorsque les comices du peuple n'avaient pu par-

venir à s'entendre pour nommer les consuls, par suite des rivalités entre les deux ordres (patriciens et plébéiens), le sénat désignait un *interrex*.

Dans le gouvernement républicain, à côté des consuls, il y eut plusieurs autres magistrats successivement institués. Je vais les passer en revue, en suivant l'ordre historique de leur création.

63. 3° *Le dictateur*. — Dans les circonstances périlleuses, les deux consuls cédaient leurs pouvoirs à un magistrat appelé *dictateur*. Le premier dictateur fut nommé en l'an 253, huit ans après l'expulsion des rois.

C'était le sénat qui déclarait qu'il y avait lieu à nommer un dictateur. Sur l'ordre du sénat, le dictateur, désigné par les consuls actuellement en fonctions, choisi parmi les consulaires (anciens consuls), était nommé par le peuple en comices par curies, *lege curiata*. (Tite-Live, V, 49.) — Une fois nommé, le dictateur concentre en ses mains tous les pouvoirs; les autres magistrats lui doivent obéissance. Il peut condamner à mort, sans appel, tout citoyen. Comme les anciens rois, il a un *magister equitum*, maître de la cavalerie, qu'il peut choisir lui-même pour commander la cavalerie, tandis qu'il commande l'infanterie, précédé de vingt-quatre licteurs portant la hache. Le pouvoir du dictateur ne durait que six mois, et il devait même se démettre de ses fonctions dès qu'il avait satisfait au besoin qui l'avait fait élire.

64. 4° *Les censeurs*. — Dans les premiers temps de la République, les consuls avaient, dans leurs attributions, le pouvoir de faire, tous les cinq ans, le recensement, le dénombrement des citoyens, de rédiger les tables du cens et de distribuer les citoyens, d'une part, en classes et en centuries, et, d'autre part, en tribus, et de les inscrire, les uns au rang des sénateurs, les autres au rang des chevaliers. Mais en l'an 311 de Rome, cette attribution fut enlevée aux consuls et conférée à deux magistrats appelés *censeurs*. Les censeurs ne pouvaient être choisis que parmi les sénateurs; ils étaient nommés par le peuple, en comices par centuries, dans les premiers temps pour cinq ans, plus tard pour un an et demi.

Dès lors, les censeurs furent chargés, à la place des consuls, des opérations du cens et du classement des citoyens, c'est-à-dire de la distribution des citoyens en classes, en centuries et en tribus. En outre, les censeurs étaient les gardiens des mœurs publiques et privées : ils pouvaient noter d'infamie tout citoyen, quel que fût son rang.

Aulu-Gelle donne deux curieux exemples de cette note d'infamie infligée par les censeurs : « Laisser son champ en friche, ne

pas y donner tous les soins nécessaires, ne le labourer ni le nettoyer; négliger ses arbres, ses vignes, c'était à Rome autant de fautes que punissaient les censeurs de la perte du droit de suffrage. Un chevalier romain avait-il un cheval maigre, mal soigné, il était noté d'infamie comme coupable d'*impolitia*, mot qui est l'équivalent de *incuria*, négligence. Ces deux faits sont prouvés par des textes, et Caton en parle souvent. » (Aulu-Gelle, IV, 12.)

La note d'infamie infligée par les censeurs à un citoyen lui faisait perdre le droit de suffrage, *jus suffragii*, c'est-à-dire le droit de voter dans les comices pour la confection des lois et la nomination des magistrats. En conséquence, les citoyens notés d'infamie étaient inscrits par les censeurs sur un registre appelé *tabulæ Cæritum*, parce que ce registre avait été créé pour y inscrire les habitants de la ville de Cœré qui avait reçu des Romains le *jus civitatis*, le droit de cité romaine, mais *sine suffragio*.

65. 5° *Les préteurs.* — En l'an 389 de Rome, l'administration de la justice fut enlevée aux consuls et fut confiée à un magistrat particulier qui prit le nom de *préteur*, préteur de la ville, *prætor urbanus*: Cette expression, *prætor*, *prætores*, était employée depuis longtemps pour désigner les magistrats des villes du Latium, où il n'y avait pas de rois. — Voici le motif que Pomponius donne de la création de cette magistrature nouvelle : « Comme les consuls étaient souvent éloignés de Rome à raison de la guerre et qu'alors il n'y avait plus personne à Rome pour rendre la justice, on créa un préteur urbain, ainsi appelé parce que c'est à Rome qu'il rendait la justice. » (L. 2, § 27. D. 1, 2.) Le vrai motif de la création de la préture, en 389, est plutôt celui-ci : c'est que l'année précédente, en 388, une loi avait décidé que les plébéiens pourraient être nommés consuls (n° 77). Alors les patriciens firent détacher du consulat une de ses attributions les plus importantes, l'administration de la justice, pour qu'elle ne pût être exercée par les plébéiens qui, à l'avenir, seraient nommés consuls. En conséquence, l'administration de la justice fut attribuée, en 389, à un magistrat nouveau, le préteur, qui, pendant longtemps, ne put être choisi que parmi les patriciens; de sorte que l'administration de la justice resta encore entre les mains de la caste patricienne.

Le préteur devait être, comme je viens de le dire, choisi parmi les patriciens. Il était nommé pour un an, par le peuple réuni en comices par centuries.

Le préteur est chargé de l'administration de la justice. En conséquence, il a la *jurisdictio* et l'*imperium* (nos 205 et suiv.).

La *jurisdictio* est le pouvoir de juger et le pouvoir de donner

aux parties un juge qui jugera leur contestation : « *Jurisdictio est etiam judicis dandi licentia,* » dit le jurisconsulte Ulpien. (L. 3, *in fine*. D. 2, 1.)

L'*imperium* est le pouvoir de commander et de donner des ordres à la force publique et aussi le *droit de glaive, gladii potestas,* ou droit de punir les criminels. Quand un magistrat n'a que l'*imperium*, son *imperium* est alors qualifié de *imperium merum*, *imperium* pur, ou de *potestas*. Au contraire, quand un magistrat a à la fois l'*imperium* et la *jurisdictio*, son *imperium* est qualifié de *imperium mixtum*. (L. 3. D. 2, 1.) « Tout magistrat qui a la *jurisdictio* a en même temps l'*imperium* : *Quod jurisdictioni cohæret, lequel est toujours inhérent à la jurisdictio,* » dit le jurisconsulte Paul. (L. 1. § 1. D. 1, 21.)

On distinguait la *jurisdictio* en *jurisdictio contentieuse* et en *jurisdictio volontaire* (nos 214 et suiv.). La *jurisdictio contentieuse* est celle que le préteur exerce quand il juge un procès, ou quand il désigne aux parties un juge pour juger leur contestation. La *jurisdictio volontaire* est celle que le préteur exerce lorsque des particuliers viennent faire devant lui certains actes de droit qui, pour être valablement faits, doivent être faits devant le préteur ; tels sont l'*adoptio* (*Inst.*, I, XI) ; l'*emancipatio* (*Inst.*, I, XII, § 6) ; la *cessio in jure*, etc.

Le préteur est le collègue des consuls. Il les remplace dans leurs fonctions quand ils sont absents ou empêchés. Il peut convoquer et présider le sénat et les comices. (Tite-Live, VIII, 2 ; XXIX, 9.)

Plus tard, en l'an 507 de Rome, il fut créé un second préteur, le préteur pérégrin, *prætor peregrinus.*

Le préteur urbain rendait la justice aux Romains à Rome. Le préteur pérégrin rendait la justice dans les procès soit entre pérégrins, soit entre Romains et pérégrins.

Plus tard encore, le nombre des préteurs fut augmenté et porté à quatre, puis à six en 557. Deux restaient à Rome, et les autres allaient administrer les provinces conquises par les Romains.

Au commencement du septième siècle, les six préteurs restent à Rome pendant l'année de leur magistrature. Ensuite, sortis de fonctions, ils vont administrer les provinces sous le nom de *propréteurs*.

66. 6° *Les édiles curules.* — D'après Tite-Live (VI, 42), c'est en 387 que furent créés les édiles curules. Les édiles curules étaient des magistrats chargés de la police des rues et des marchés, ainsi que de l'approvisionnement de la ville. Ils présidaient aux jeux publics, et, de plus, ils étaient juges des contestations qui s'élevaient à propos des ventes qui se faisaient sur la voie publique, dans

les marchés, c'est-à-dire à propos des ventes d'esclaves et d'animaux.

67. 7° *Les questeurs.* — Lorsque le trésor public se fut augmenté, dit Pomponius, on créa des questeurs pour le surveiller. Ils furent appelés *questeurs*, parce qu'ils étaient chargés de recueillir (*quærere*) et de conserver les deniers du trésor public. (L. 2, § 22. D. 1, 2.) La principale fonction des questeurs consistait à surveiller la rentrée et l'emploi des revenus publics. Mais, en outre, ils présidaient à la vente du butin pris sur l'ennemi par l'armée romaine. Ils veillaient à la conservation des sénatus-consultes et devaient pourvoir aux logements à fournir aux ambassadeurs étrangers. (Denys d'Halicarnasse, IV, 33; XXVIII, 39.) Au fur et à mesure que la domination romaine s'étendit, le nombre des questeurs augmenta. Il y en eut d'abord deux, puis quatre, puis huit. Sylla fit porter leur nombre à vingt. (Tacite, *Annales*, XI, 20.) Enfin César porta le nombre des questeurs à quarante. Ces questeurs étaient envoyés dans les provinces pour surveiller la rentrée des impôts. On tirait au sort les provinces dans lesquelles tel ou tel questeur devait se rendre avec le proconsul, pour veiller à la rentrée des impôts. (L. 1, § 2. D. 1, 13.)

Toutes les magistratures que je viens d'énumerer étaient appelées *curules*, parce qu'elles donnaient, à ceux qui les exerçaient, droit *à la chaise curule*. Le droit à la chaise curule était le droit de se faire porter et de siéger sur une chaise honorifique.

68. II. **Assemblées.** 1° *Comices par centuries.* — Sous la République, les lois sont faites par le peuple réuni en comices par centuries, d'après l'organisation de Servius Tullius. « *Lex est quod populus romanus, senatorio magistratu interrogante, veluti consule, constituebat* (*Inst.*, I, II, § 4); la loi est une décision du peuple romain rendue sur la proposition d'un magistrat sénateur, tel qu'un consul. » — Ainsi, l'*initiative* des lois appartient à un magistrat patricien, et sa proposition, *rogatio*, votée par le peuple en comices par centuries, est une loi.

Quels sont les magistrats qui peuvent proposer les lois? Ce sont les magistrats patriciens, c'est-à-dire les consuls, le dictateur, les préteurs, les tribuns militaires, dont je parlerai bientôt.

Du reste, un projet de loi, *rogatio*, ne peut être proposé par un magistrat patricien aux comices par centuries, qu'après qu'il a été approuvé par une délibération du sénat, par un sénatus-consulte.

Enfin, la loi votée par les comices par centuries n'a pas encore force de loi : elle ne devient définitivement loi qu'après avoir été ratifiée par les comices par curies. — Mais, à partir du cinquième siècle, la nécessité de cette ratification tomba en désuétude. Dès

lors, les comices par curies perdent toute importance. En fait, le peuple ne se réunit plus en comices par curies : les trente curies sont représentées par trente licteurs pour conférer l'*imperium* aux magistrats et pour approuver les adrogations.

Quant aux comices par centuries, dans les derniers temps de la République, on trouve un changement radical dans leur organisation. En effet, Tite-Live, après avoir indiqué la division de la population romaine en classes et en centuries, ajoute : « Il ne faut pas s'étonner que l'ordre actuel, où le nombre des tribus a été porté à trente-cinq et par conséquent doublé, aussi bien que celui des centuries de *juniores* et de *seniores*, ne cadre plus avec l'institution de Servius. » (Tite-Live, I, 43.)

D'après Denys d'Halicarnasse, ce changement dans l'organisation des centuries aurait eu une portée démocratique. Mais en quoi consiste ce changement? Sur ce point, nous sommes réduits à des conjectures : il paraît avoir consisté dans une combinaison des deux divisions des personnes en classes et en centuries avec la division en tribus? Mais dans quel sens et de quelle manière cette combinaison a-t-elle été faite? Les textes qui nous sont parvenus ne nous l'indiquent pas d'une manière précise.

Toutefois, voici quelles sont à ce sujet les conjectures les plus vraisemblables :

« D'abord, dit M. Demangeat (t. I, p. 51 et 52), je considère comme certaines les trois propositions suivantes : 1° les cinq classes, composées d'après la fortune des citoyens, subsistent toujours, même après que le changement en question s'est accompli; 2° il y a encore des centuries *seniorum* et des centuries *juniorum;* 3° enfin la centurie est devenue une subdivision de la tribu locale.

« Cela étant, évidemment il nous reste beaucoup à faire pour arriver à concevoir en quoi consiste le système qui a remplacé le système primitif de Servius Tullius. Le système primitif reposait sur une double base, la fortune et l'âge ; à ces deux bases, une troisième doit être ajoutée dans le système nouveau, la tribu locale. Je crois que, dans chaque tribu locale, on prend d'abord tous les citoyens qui, d'après leur fortune, appartiennent à la première classe, puis tous ceux qui, d'après leur fortune, appartiennent à la seconde classe, etc. : on a ainsi, dans chaque tribu locale, cinq groupes correspondant aux cinq classes. Le nombre des tribus locales étant de 35, le nombre des groupes dont il s'agit sera de 175. De plus, chacun de ces groupes se subdivisera, d'après l'âge des citoyens qui le composent, de manière que dans chacun nous aurons une centurie *seniorum* et une centurie *juniorum*, en tout 350 centuries. »

Cette explication ne me paraît pas donner prise à des critiques sérieuses. Dans chaque classe, le nombre des centuries est uniformément de 70, ce qui enlève à la fortune la prépondérance qu'elle obtenait dans l'organisation primitive ; ceci explique la phrase « μεταβέβληται εἰς τὸ δημοτικώτερον » par laquelle Denys d'Halicarnasse qualifie ce changement. Il faut remarquer cependant que les 18 centuries de chevaliers se réunissaient probablement à la première classe, qui comptait ainsi 88 centuries.

M. Accarias (t. I, p. 28, 2e édit.) repousse cette explication, en disant que certaines tribus, et notamment les quatre urbaines, ne pouvaient pas contenir des membres des cinq classes. — Il explique le changement, en supprimant les distinctions par classes : chacune des 35 tribus se diviserait en deux centuries, une de *juniores*, l'autre de *seniores*. Il n'y aurait donc que 70 centuries, auxquelles il faudrait ajouter les 18 centuries de chevaliers. — Il me semble difficile d'admettre cette diminution considérable du nombre des centuries, surtout si l'on conserve les 18 centuries de chevaliers, ce qui donnerait à cette caste restreinte presque le tiers des suffrages attribués à la population tout entière.

Le vote continue à se faire par tête, dans chaque centurie, au moyen de deux bulletins portant, l'un : U. R. (*uti rogas*, acceptation du projet), l'autre : A. (*antiquo*, rejet de la proposition). Le vote de chaque centurie constaté, le résultat général est proclamé par le président.

La loi prend ordinairement le nom des magistrats qui la proposent ; il en fut de même pour le *plébiscite*.

Au commencement de l'Empire et déjà dans les derniers temps de la République, le sénatus-consulte, en vertu duquel chaque projet de loi, *rogatio*, devait être soumis au vote du peuple en comices par centuries (n° 68), n'est plus exigé que pour la forme. En effet, Tite-Live, qui écrivait sous Auguste, dit : « Aujourd'hui encore le sénat conserve le droit de ratifier les projets de lois et les nominations des magistrats ; mais ce c'est plus qu'une vaine formalité, car il ratifie la décision encore inconnue des comices, avant même qu'on aille aux voix. » (Tite-Live, I, 17.)

69. 2° *Sénat.* — Nous avons vu que le nombre des sénateurs avait été porté à trois cents par Tarquin l'Ancien (n° 51).

De quelle manière le sénat était-il recruté? A l'époque royale, c'était le roi qui désignait les sénateurs à son gré. Après lui, ce furent les consuls et ensuite les censeurs.

Primitivement, les sénateurs ne pouvaient être choisis que parmi les patriciens. Mais, dès les premiers temps de la Républi-

que, les deux consuls Brutus et Valérius firent entrer au sénat un certain nombre de plébéiens, pour remplir les places alors vacantes, de manière à maintenir au chiffre de trois cents le nombre des sénateurs. Ces nouveaux sénateurs choisis parmi les plébéiens furent appelés *conscripti*, tandis que les sénateurs d'origine patricienne conservèrent le nom de *patres*. De là l'expression *patres* (et) *conscripti*. — Enfin, au cinquième siècle de Rome, une loi Ovinia décida que les censeurs pourraient choisir les trois cents sénateurs aussi bien parmi les plébéiens que parmi les patriciens.

Les censeurs ont plein pouvoir pour former la liste des sénateurs. Par cela seul que, sur la liste qu'ils forment tous les cinq ans, au moment du recensement, les censeurs omettent un sénateur, celui-ci est exclu du sénat et noté d'infamie. (Festus, au mot *Præteritus*.)

Sous la République, il y a trois classes de personnes qui ont droit de siéger au sénat :

1° Les trois cents sénateurs proprement dits. Eux seuls ont le droit d'exposer leur opinion sur les propositions soumises aux délibérations du sénat.

2° Les magistrats actuellement en fonctions ont de plein droit entrée au sénat : ils ne sont pas sénateurs et n'ont *ni le droit de donner leur avis*, *ni le droit de voter* sur les propositions soumises aux délibérations du sénat.

3° Les citoyens qui, n'ayant pas encore été choisis par les censeurs pour être sénateurs, ne sont pas sénateurs, mais qui, à raison des magistratures curules qu'ils ont exercées, ont le droit d'entrer au sénat et de *voter*, *sans donner leur avis*, sur les propositions soumises au sénat. « En effet, il est certain, dit Aulu-Gelle, que ceux qui avaient exercé les magistratures curules, s'ils n'avaient pas été élus sénateurs par les censeurs, n'étaient point sénateurs et n'étaient point appelés à donner leur avis de vive voix, mais qu'ils se portaient d'un côté ou de l'autre pour adopter l'avis des plus anciens membres de l'assemblée. » (Aulu-Gelle, III, 18.) Ils s'appelaient *senatores pedarii*, sénateurs pédaires : « On croit généralement que l'on appelle sénateurs *pédaires* les membres du sénat qui ne donnaient pas leur avis de vive voix, mais qui accédaient aux suffrages de leurs collègues en changeant de place..... Les sénateurs qui n'avaient pas encore été élevés aux premières dignités se rendaient à pied au sénat, et, pour cela, on les appelait sénateurs *pédaires*, tandis que les sénateurs qui avaient été revêtus de dignités curules jouissaient du droit honorifique de venir au sénat sur un char dans lequel était un siége sur lequel ils se plaçaient. Ce

siége était, pour cette raison, appelé *siége curule*. » (Aulu-Gelle, III, 18.)

Le mot *princeps senatus* ne désigne pas le président du sénat, mais le plus ancien des sénateurs.

« Le sénat ne peut être convoqué que par les consuls, le dictateur, les préteurs, les tribuns du peuple, l'*interrex* et le préfet de la ville. » (Aulu-Gelle, XIV, 7, 8.)

« Lorsque le sénat est réuni, il délibère sous la présidence du magistrat qui l'a convoqué. Ce magistrat fait au sénat un rapport, *relatio*, sur la proposition qu'il lui a soumise. Les sénateurs exposent leur opinion. Le président engage les sénateurs qui sont d'un certain avis à se placer à l'un des côtés de la salle des séances, et ceux qui sont d'un avis différent à se placer de l'autre côté (c'était un moyen de compter les voix). Après quoi, le sénatus-consulte est rédigé conformément à l'avis de la majorité. » (Aulu-Gelle, III, 16.) Quand un sénatus-consulte était voté de cette manière, on disait alors que « *senatus-consultum per discessionem fiebat* ». (Aulu-Gelle, III, 18.)

Le sénat, sous la République, n'a que des attributions politiques : il a la haute direction de l'administration de la République ; il dirige les consuls et les préteurs. Il a un pouvoir de surveillance sur le culte. Il a la direction des armées. Il conclut les traités avec les peuples. Il a un pouvoir à peu près absolu sur le gouvernement des provinces ; il décrète les impôts, et a la surveillance du trésor public. C'est lui qui déclare la patrie en danger, dans les circonstances périlleuses, par la formule célèbre : *Caveant consules ne quid detrimenti Respublica capiat.*

§ II. — LUTTE DES PLÉBÉIENS CONTRE LES PATRICIENS.

70. Au commencement de la République, il y avait une grande inégalité entre les patriciens et les plébéiens, au point de vue politique et même au point de vue civil. — Au point de vue politique : les patriciens étaient seuls sénateurs. Seuls ils étaient appelés aux fonctions sacerdotales ; seuls ils étaient appelés aux fonctions publiques. Ainsi, notamment, les patriciens seuls pouvaient être nommés consuls, dictateurs, interrois, maîtres de la cavalerie. Aussitôt qu'une fonction publique nouvelle était créée, ils avaient soin de se la réserver exclusivement. Par le sénat, ils avaient l'initiative des lois et le gouvernement journalier de la République ; par les assemblées centuriates, ils faisaient des lois qu'ils avaient, au préalable, discutées et préparées dans le sénat. Enfin, les patriciens

étaient seuls juges : la justice était pour les patriciens une espèce de patrimoine héréditaire. Lorsqu'un plébéien avait un procès avec un patricien, à moins que le plébéien ne fût le client de quelque patricien qui le protégeât, il perdait presque toujours son procès, parce que les patriciens, seuls juges, interprétaient la coutume et la loi à leur profit.

Au point de vue civil, le mariage était interdit entre les familles patriciennes et les familles plébéiennes. Les patriciens seuls étaient propriétaires du sol, de l'*ager romanus*.

Cette inégalité était trop inique pour qu'elle pût s'éterniser. Aussi l'histoire nous montre les plébéiens, dès les premiers temps de la République, engageant la lutte contre les patriciens pour obtenir l'égalité des droits et la continuant jusqu'à l'Empire. Je vais passer en revue les conquêtes successivement obtenues par les plébéiens contre la caste patricienne.

71. I. **Les plébéiens au sénat.** — Dès les premiers temps de la République, les deux consuls Brutus et Valérius, sans doute dans le but de rattacher la plèbe à la révolution qui venait de s'accomplir au profit de l'aristocratie, firent entrer au sénat un certain nombre de plébéiens, pour remplir les places alors vacantes, de manière à maintenir au chiffre de trois cents le nombre des sénateurs, tel qu'il avait été fixé par Tarquin l'Ancien. J'ai déjà dit (n° 69) que ces nouveaux sénateurs choisis parmi les plébéiens furent appelés *conscripti*, tandis que les sénateurs d'origine patricienne conservèrent le nom de *patres*.

72. II. **Tribuns de la plèbe.** — En l'an 261 de l'existence de Rome, après leur retraite sur le mont Aventin (qui dès lors fut appelé mont Sacré), les plébéiens obtinrent le droit d'avoir, pour défendre leurs intérêts, cinq magistrats dont la personne serait inviolable et dont les fonctions seraient interdites aux patriciens. Ces magistrats prirent le nom de *tribuns de la plèbe*.

Au nombre de cinq, choisis toujours parmi les plébéiens, nommés pour un an, les tribuns avaient le droit d'intervenir, *intercedere*, pour protéger ceux qui invoquaient leur secours. Ce pouvoir d'*intercedere*, *intercessio*, leur donnait le droit de paralyser par leur opposition, *veto*, les décisions des consuls et même du Sénat. Comme ils avaient été déclarés inviolables par une loi, quiconque attentait à leur personne était voué aux dieux et mis à mort impunément : *Sacer esto*.

Plus tard, le nombre des tribuns fut augmenté et porté à dix (an 297 de Rome).

Par leur pouvoir d'*intercessio*, par leur droit de *veto*, les tribuns

pouvaient même paralyser les décisions les uns des autres, comme on peut le voir par le passage suivant d'Aulu-Gelle : « On cite parmi les plus beaux exemples de générosité et de grandeur d'âme le fait suivant de Tibérius Sempronius Gracchus. Le tribun du peuple Minucius Augurinus avait fait condamner à une amende L. Scipion l'Asiatique, frère de P. Scipion l'Africain ; en conséquence, il réclamait de lui des répondants. Scipion l'Africain fit, au nom de son frère, appel au collége des tribuns, leur demandant de défendre contre la violence de leur collègue un personnage honoré du consulat et du triomphe. Huit tribuns, après avoir examiné la cause, rendirent le décret suivant, dont je trouve le texte dans les *Annales* : « Attendu que P. Scipion l'Africain réclame en faveur de son frère L. Scipion l'Asiatique, prétendant que, contrairement aux lois et aux coutumes de nos ancêtres, un tribun du peuple, dans une assemblée convoquée par la force et sans le secours des auspices, a prononcé contre son frère une condamnation à une amende par un jugement sans exemple, exigeant de lui des répondants, faute de quoi il serait conduit en prison ; qu'en conséquence l'Africain nous prie de défendre son frère contre la violence de notre collègue ; attendu que, d'autre part, notre collègue nous a priés de ne pas empêcher l'exercice de son pouvoir ; nous, tribuns, nous avons pris, sur cette affaire et à l'unanimité, la décision suivante : Si Cornélius Scipion l'Asiatique consent à fournir des répondants, selon la décision de notre collègue, nous nous opposons à ce qu'il soit jeté en prison ; que s'il ne fournit pas de répondants, nous n'interviendrons pas, *non intercedemus*, laissant notre collègue user librement de son pouvoir. » Après ce décret, L. Scipion refusant de fournir des répondants, le tribun Augurinus se préparait à le faire saisir et conduire en prison, lorsque survint le tribun du peuple, Tib. Sempronius Gracchus, père de Caïus et de Tibérius ; et, quoiqu'il y eût entre lui et P. Scipion l'Africain une grande inimitié, à cause des dissensions qui existaient dans la République, après avoir juré qu'il ne s'était point réconcilié avec P. l'Africain, il lut un décret conçu en ces termes : « Attendu que L. Scipion l'Asiatique, après son triomphe, a jeté dans les fers les chefs des ennemis, et, qu'il serait indigne de la majesté de la République de renfermer le général du peuple romain dans le même lieu où ont été enfermés les chefs des ennemis ; par ces motifs, j'interdis à mon collègue toute violence contre L. Cornélius Scipion l'Asiatique. *Itaque L. Cornelium Scipionem Asiaticum a collegæ vi prohibeo.* » (Aulu-Gelle, VII, 19.)

Bientôt après leur création, les tribuns du peuple prirent l'ha-

bitude de convoquer et d'assembler les plébéiens pour délibérer sur leurs intérêts. Ces assemblées de plébéiens, ainsi convoquées par leurs tribuns, s'appelaient comices par tribus. Les décisions prises par la plèbe dans ces assemblées s'appelaient *plébiscites*. (V. nos 96 et 119.)

73. III. **Comices par tribus.** — Nous avons vu que Servius Tullius avait divisé le territoire romain en trente tribus, dont quatre tribus urbaines et vingt-six tribus rurales. Ce nombre resta le même jusqu'à l'année 514, époque à laquelle il fut porté et resta définitivement à trente-cinq (quatre tribus urbaines et trente et une rurales). Cette augmentation fut nécessitée par l'accroissement de la population romaine. J'ai dit qu'à l'époque de Servius la division en tribus était purement territoriale et qu'elle n'avait rien de commun avec l'organisation politique, notamment avec le vote des citoyens. Mais à l'époque où nous sommes parvenus, la division en tribus s'applique aussi bien aux personnes qu'au territoire, c'est-à-dire que non-seulement chaque immeuble figure sur la liste de telle ou telle tribu d'après sa situation, mais encore que tous les citoyens romains sont distribués entre les diverses tribus. Ce sont les censeurs qui sont chargés de faire cette distribution, ce classement des citoyens entre les diverses tribus. De plus, à partir du moment où les tribuns prirent l'habitude de convoquer la plèbe en comices par tribus, la division en tribus prit une importance politique. En effet, dès l'année 305 de Rome, une loi Valéria Horatia porta que ce qui aurait été décidé par les plébéiens en comices par tribus aurait force de loi. Mais il paraît que cette loi ne fut pas exécutée, car on voit, en 415, une autre loi, la loi Publilia, répéter la même disposition. Cette autre loi ne fut sans doute pas mieux exécutée que la précédente, parce qu'en 467 la loi Hortensia décide encore que les plébiscites auront force de loi [1]. — Cette loi fut

---

1. Telle est également l'opinion de M. Accarias (t. I, p. 29, en note); M. Demangeat (t. I, p. 56-57) est d'un avis différent. « Suivant Niebuhr, dit-il, les plébiscites votés dans les comices par tribus avaient encore besoin, après la loi Valéria, d'être approuvés par le Sénat et confirmés par les comices par curies : la loi Publilia aurait supprimé la nécessité d'une *lex curiata*, et la loi Hortensia aurait supprimé la nécessité de l'*auctoritas senatus*. — Mais déjà, depuis la loi Valéria, nous n'avons aucune trace de plébiscites confirmés dans les comices par curies : loin de là, nous voyons les patriciens s'opposer avec énergie à la proposition même du plébiscite, prodiguer leurs efforts pour la faire rejeter, ce qui aurait été inutile si les curies avaient eu le droit d'empêcher l'exécution du plébiscite une fois voté par les tribus. Quant à l'approbation du Sénat, sous l'empire de la loi Valéria, elle est certainement nécessaire; et comme, à partir de la loi Publilia, il n'en est plus fait aucune mention, c'est probablement que cette loi aura permis de s'en passer. Après cela, que restait-il encore à faire, et

efficace, et dès lors les plébiscites eurent autant de force que les lois. Aussi, très-souvent, dans les textes des jurisconsultes romains, les plébiscites sont qualifiés de *leges* [1].

Telle est, certainement, l'une des conquêtes les plus importantes obtenues par les plébéiens, dans cette période, contre les patriciens. En effet, bien que la division en tribus comprît tous les citoyens, patriciens et plébéiens, il est certain que, dans les comices par tribus, l'influence, la prépondérance appartenaient aux plébéiens, à cause de la manière dont le vote était formé. Dans les comices par tribus, la décision était prise à la majorité des tribus. Chaque tribu avait une voix ; mais, dans chaque tribu, les suffrages étaient recueillis par tête, c'est-à-dire que tous les citoyens compris dans une même tribu avaient chacun une voix pour former le vote de cette tribu. Or, comme les plébéiens étaient beaucoup plus nombreux que les patriciens, ceux-ci avaient donc peu d'influence dans les comices par tribus.

Primitivement, pour que la plèbe pût se réunir en comices par tribus, il n'était pas nécessaire de prendre les auspices, ni d'obtenir l'*auctoritas* du sénat. Plus tard, lorsque les plébiscites, votés en comices par tribus, eurent force de loi, l'approbation du sénat continua à ne plus être exigée en principe. Elle ne fut exigée que lorsque la question à régler par un plébiscite était une question très-importante ; par exemple, lorsqu'il s'agissait de régler le régime municipal d'une ville. En pareil cas, le plébiscite était proposé en vertu d'un sénatus-consulte, transmis par un consul aux tribuns qui le soumettaient ensuite au vote des comices par tribus. A partir du moment où les plébiscites eurent force de loi, il fallut aussi prendre les auspices, ce qui, du reste, ne fut pas nécessaire quand les comices par tribus se réunissaient pour nommer les tribuns et les édiles plébéiens dont je vais parler.

---

que fit la loi Hortensia? Nous n'avons pas à cet égard de renseignements précis. On peut conjecturer que la loi Hortensia décida que les patriciens seraient libres de voter dans les comices par tribus, mais que, du reste, le plébiscite voté sans leur participation serait néanmoins obligatoire pour eux, comme une *lex curiata*. »

1. « On lit dans l'ouvrage de Lélius Felix : « Lorsque le magistrat ne ras-
« semble pas l'universalité, mais seulement une partie du peuple, il n'y a point
« *comitia*, comices, mais *concilium*, assemblée. Les tribuns, par exemple, ne
« convoquent pas les patriciens et ne peuvent rien leur soumettre ; aussi n'ap-
« pelle-t-on pas proprement *lois*, mais *plébiscites*, les décrets portés sur la pro-
« position des tribuns du peuple. Primitivement, les plébiscites n'étaient pas
« obligatoires pour les patriciens; ce ne fut qu'en exécution d'une loi qu'Hor-
« tensius fit passer durant sa dictature, qu'ils devinrent applicables à tous les
« citoyens sans exception. » (Aulu-Gelle, XV, 27.)

74. IV. **Édiles plébéiens.** — Les comices par tribus nommaient, chaque année, deux magistrats appelés *édiles plébéiens*, qui furent chargés de la garde des édifices où les plébiscites étaient déposés. (L. 2, § 21. D. 1, 2.)

75. V. **Loi des Douze Tables.** — Sous la royauté et dans les premiers temps de la République, les Romains n'avaient pas un droit fixe, uniforme : leurs rapports privés étaient régis par des coutumes. Les patriciens, qui étaient seuls juges, ne manquaient pas d'interpréter les coutumes à leur profit. On comprend que les plébéiens, aidés de leurs tribuns, durent réclamer contre un pareil état de choses ; aussi, dès la fin du troisième siècle, un tribun demande qu'on établisse un droit uniforme pour les plébéiens et les patriciens. Ce n'est qu'au bout de dix ans que les patriciens cédèrent. Il fut décidé qu'une loi serait faite, uniforme pour les plébéiens et les patriciens. Tite-Live (III, 31) raconte qu'une commission de trois membres fut envoyée à Athènes pour étudier les lois grecques, afin d'en tirer parti pour la rédaction de la loi qu'on se proposait de faire. Cet envoi d'une commission en Grèce pour étudier les lois grecques est fort douteux ; mais, ce qui est certain, c'est qu'en l'an 303 de Rome, les comices par centuries nommèrent dix magistrats patriciens, sous le nom de *decemviri*, pour préparer la loi ; et, pour que ces décemvirs ne fussent pas gênés dans leurs fonctions, toutes les magistratures furent suspendues et concentrées entre leurs mains, sans *provocatio*, sans appel possible contre leurs décisions.

Au bout d'un an, le travail des décemvirs fut terminé et adopté par les comices. Ce travail fut consigné sur dix tables qu'on exposa sur la place publique ; mais on pensa que tout n'avait pas été réglé. En conséquence, de nouveaux décemvirs furent nommés encore pour une année. Deux nouvelles tables furent rédigées, adoptées par les comices et ajoutées aux dix tables précédentes. C'est ce travail entier qu'on appelle la *loi des Douze Tables*, publiée en l'an 303 et 304 de Rome. Les dix décemvirs nommés pour la seconde année, voulant conserver le pouvoir absolu, furent renversés par le peuple et toutes les magistratures furent rétablies.

Le texte de la loi des Douze Tables n'est point parvenu jusqu'à nous ; mais il en existe des fragments épars dans les écrits des écrivains et des jurisconsultes romains, assez nombreux pour que nous puissions nous faire une idée complète des matières qui y étaient réglées. Plusieurs érudits, après avoir recueilli les dispositions de la loi des Douze Tables qui nous ont été transmises par les écrivains et les jurisconsultes romains, ont essayé

de les rétablir dans leur ordre primitif. Suivant Jacques Godefroi :

La première table avait pour objet les procès : *De in jus vocando.*

La seconde, les jugements et les vols : *De judiciis et furtis.*

La troisième, les choses prêtées : *De rebus creditis.*

La quatrième, la puissance paternelle et le mariage : *De jure patrio et jure connubii.*

La cinquième, les successions et les tutelles : *De hereditatibus et tutelis.*

La sixième, la propriété et la possession : *De dominio et possessione.*

La septième, les délits : *De delictis.*

La huitième, les droits sur les fonds : *De juribus prædiorum.*

La neuvième, le droit public : *De jure publico.*

La dixième, le droit sacré : *De jure sacro.*

La onzième, d'après Godefroi, aurait contenu un supplément aux première et cinquième tables ;

La douzième, un supplément aux cinquième et sixième tables.

Sans m'inquiéter de l'ordre probable des dispositions de la loi des Douze Tables, je me bornerai à citer, dans un ordre logique, les dispositions qui nous sont parvenues. Je n'en donnerai pas la traduction littérale, puisque leur texte primitif ne nous est point parvenu ; j'en donnerai seulement le sens.

DROIT CIVIL

Puissance paternelle. 1° Que le père tue l'enfant né difforme. (Cic., *De legib.*, III, 8.) — 2° Que le père ait droit de vie et de mort sur ses enfants légitimes, et qu'il puisse les vendre. Si un père a vendu trois fois son fils, que le fils soit libre de la puissance paternelle. (Ulpien, *Regulæ*, X, § 1. Gaïus, I, § 132.) — 3° L'enfant qui n'est pas né plus de dix mois après la mort du mari de sa mère est légitime. (Aulu-Gelle, III, 16.)

Des successions et des tutelles. 1° Ce que le chef de famille aura ordonné dans son testament, sur son patrimoine et sur la tutelle de ses enfants, qu'il en soit ainsi. (Ulp., *Reg.*, XI, § 14. Gaïus, II, § 224.) — 2° S'il meurt sans avoir fait de testament et sans héritier sien, que le plus proche agnat prenne la succession. (Ulp., *Reg.*, XXVI, § 1. Paul, *Sent.*, IV, 8, § 3.) — 3° S'il n'y a pas d'agnat, que le *gentilis* prenne la succession. (Gaïus, III, § 17. Paul, *Sent.*, IV, 8, § 3.) — 4° Si l'affranchi meurt sans héritier sien, que son patron soit héritier. (Ulp., *Reg.*, XXIX, § 1. *Fragm. Vat.*, § 308.) — 5° Que les créances héréditaires se divisent de droit entre les héritiers. (L. 6, C. 3, 36. L. 25, § 13. D. 10, 2.) — 6° Si le chef de famille n'a pas nommé des tuteurs à ses enfants par son testament, que les agnats soient tuteurs légitimes. (Gaïus, I, § 155, § 157.) — 7° Que les femmes, excepté les vestales, soient en tutelle toute leur vie. (Gaïus, I, § 144, § 145.) — 8° Si l'insensé n'a pas de curateur, que l'administration de ses biens et le soin de sa personne soient à ses agnats et à ses *gentiles*. (Ulp., XII, § 2.) — 9° Que le prodi-

gue majeur de vingt-cinq ans, interdit, soit sous la curatelle de ses agnats. (*Inst.*, I, 23, § 3.)

Du mariage. Le mariage est défendu entre patriciens et plébéiens. (Tite-Live, I, 4.

De la propriété et de la possession. 1° Que la propriété, *auctoritas*, d'un fonds soit acquise par la possession de deux années, que la propriété des autres choses soit acquise par la possession d'une année. (Gaïus, II, § 42, § 54.) — 2° Que la *manus* soit acquise au mari sur la personne de sa femme par la possession d'une année, à moins que la femme ne s'absente, chaque année, trois nuits consécutives du domicile conjugal. (Gaïus, I, § 111. Aulu-Gelle, III, 2.) — 3° Si quelqu'un fait un *nexum* ou un *mancipium*, ce que sa langue aura dit, qu'il en soit ainsi. (Varron, *De lingua latina*, V, 9.) — 4° Que les matériaux employés dans les édifices ou attachés aux vignes n'en soient point arrachés ; mais qu'une action au double soit donnée contre celui qui a ainsi employé les matériaux d'autrui. (L. 1 pr. D. 47, 3.) — 5° Il peut être pris un gage (*pignoris capio*) contre le débiteur pour le payement du prix d'achat d'une victime ou du prix de louage d'une bête de somme, quand le locateur a eu l'intention que l'argent qu'il en retirerait serait employé à un sacrifice. (Gaïus, IV, § 28.) — 6° Si un esclave a commis un vol ou un dommage au préjudice de quelqu'un, celui-ci a contre le maître une action noxale. (L. 2, § 1. D. 9, 4.) — 7° Contre l'étranger éternelle propriété : *Adversus hostem æterna auctoritas esto*, c'est-à-dire l'étranger ne peut jamais acquérir par la possession la propriété d'une chose appartenant à un citoyen romain. (Cic., *De offic.*, I, 12, 37.) — 8° La chose vendue ou livrée n'est acquise à l'acheteur qu'après qu'il en a payé le prix ou satisfait le vendeur d'une autre manière. (*Inst.*, II, 1, § 41.) — 9° La propriété est acquise par *cessio in jure*. (*Fragm. Vat.*, § 50.)

PROCÉDURE

Vocatio in jus; de l'appel en justice. 1° Si tu appelles quelqu'un en justice, devant le magistrat, s'il n'y va pas, prends des témoins, contrains-le. (Aulu-Gelle, XX, 1.) — 2° S'il veut fuir, mets la main sur lui. — 3° Si l'âge ou la maladie l'empêchent de comparaître, fournis un cheval, mais pas de litière. (Aulu-Gelle, XX, 1.) — 4° Que le riche réponde pour le riche, pour le prolétaire qui voudra. (Aulu-Gelle, XVI, 10.) — 5° Que chacune des parties dépose un *sacramentum* de cinq cents as, si l'objet du litige dépasse mille as ; un *sacramentum* de cinquante as, si la valeur du litige est inférieure à mille as. (Gaïus, IV, § 14.) — 6° Si les plaideurs pactisent, que l'affaire soit arrêtée ; s'ils ne transigent, qu'avant midi le magistrat connaisse de la cause, que les deux plaideurs soient présents ; après midi, que le magistrat décide de la cause en faveur de la partie présente ; si les deux adversaires sont présents, que le coucher du soleil soit le terme du procès. (Aulu-Gelle, XVII, 2.)

De l'exécution des jugements. 1° La dette avouée, l'affaire jugée et le débiteur condamné, trente jours de délai pour payer. — 2° Si le débiteur ne paye pas dans les trente jours, qu'on mette la main sur lui, qu'on le mène au juge. — 3° S'il ne satisfait pas au jugement, si personne ne répond pour lui, que le créancier l'emmène chez lui et l'attache avec des courroies ou avec des chaînes pesant quinze livres, moins de quinze livres si le créancier le veut. — 4° Que le débiteur vive du sien ; s'il ne peut, que le créancier lui donne une livre de farine ou plus s'il veut. — 5° Si le débiteur ne s'arrange, qu'il soit conduit par trois jours de marché devant le magistrat, dans le *comitium* [1], et que le créan-

1. Le *cŏmitium* était cette partie du forum, couverte d'un toit, dans laquelle se trouvait la tribune aux harangues.

cier annonce à haute voix à combien s'élève la dette. — 6° Au troisième jour du marché, la dette non payée, s'il y a plusieurs créanciers, qu'ils coupent le corps du débiteur par morceaux; qu'ils le coupent plus ou moins, c'est permis. — 7° S'ils le préfèrent, ils peuvent le vendre comme esclave, à l'étranger, au delà du Tibre. (Aulu-Gelle, XX, 1.)

LOIS DE POLICE RELATIVES AUX FONDS DE TERRE

De jure ædium et agrorum.

1° La voie publique doit avoir huit pieds de largeur; seize là où elle tourne. (L. 8. D. 8, 3.) — 2° Entre champs, on doit laisser un espace vide de cinq pieds qui ne peuvent pas être acquis par usucapion. (Cic., *De leg.*, I, 21.) — 3° Entre maisons voisines, il doit être laissé, pour la circulation, un espace vide de deux pieds et demi. (Varron, *De lingua latina.*) — 4° Si quelqu'un plante une haie ou enfonce une barrière près du champ de son voisin, qu'il ne dépasse pas la limite. (L. 13. D. 10, 1.) — 5° S'il construit un mur, qu'il laisse un pied de son champ au delà de ce mur; si c'est une maison, qu'il laisse deux pieds; si c'est un tombeau ou une fosse, qu'il laisse autant d'espace que le tombeau ou la fosse aura de profondeur; si c'est un puits, qu'il laisse un pas de largeur; mais s'il plante un olivier ou un figuier, que ce soit à neuf pieds du champ voisin; pour les autres arbres, à cinq pieds. (L. 13. D. 10, 1.) — 6° Les arbres sont taillés à quinze pieds de terre, pour que leur ombre ne nuise pas au champ voisin. (L. 1, § 8. D. 43, 27.)

DROIT PÉNAL. — *De delictis.*

1° Que celui qui a donné volontairement la mort à un homme libre, qui a préparé ou donné des poisons, soit parricide et puni de mort. (Festus, *Parricidii quæstores.*) — 2° Que celui qui a volontairement mis le feu à une maison ou à un tas de blé, soit lié, battu et brûlé. Si c'est par imprudence, qu'il répare le dommage; s'il est insolvable, qu'il soit châtié modérément. (L. 9. D. 47, 9.) — 3° Que celui qui aura enchanté la moisson d'autrui ou attiré par flatterie la moisson d'autrui soit dévoué à Cérès et puni de mort. (Augustin, *Cité de Dieu*, VIII, 19. Pline, *Hist. nat.*, XXX, 1.) — 4° Celui qui mènera paître la nuit furtivement son troupeau dans les récoltes d'autrui ou qui coupera les récoltes d'autrui, s'il est pubère, sera dévoué à Cérès et pendu; s'il est impubère, il payera le double du dommage et sera battu de verges en vertu d'un jugement du magistrat. (Pline, *Hist. nat.*, XVIII, 3.) — 5° Que celui qui coupe l'arbre de son voisin paye vingt-cinq as; s'il a coupé l'arbre secrètement, qu'il soit puni comme voleur. (L. 1 pr. L. 11. D. 47, 7. Gaïus, IV, § 11.) — 6° Si quelqu'un casse un membre et ne transige pas, contre lui le talion. (Aulu-Gelle, XX, 1. Gaïus, III, § 223.) — 7° Que celui qui aura cassé un os à un homme libre paye trois cents as; si c'est à un esclave, qu'il paye cinquante as. (Aulu-Gelle, XX, 1. Gaïus, III, § 223.) — 8° Que celui qui a diffamé un homme libre publiquement ou dans un libelle soit puni de mort. « Nos lois des Douze Tables, qui ne prononcent la peine capitale que dans un très-petit nombre de délits, ont cru devoir la décréter contre les hommes accusés d'avoir récité ou composé des vers de nature à attirer sur autrui le déshonneur ou l'infamie. » (Cic., *De Rep.*, IV, 10.) — 9° Que celui qui a injurié autrui paye vingt-cinq as. (Aulu-Gelle, XX, 1.) — 10° Si un quadrupède cause un dommage à autrui, le maître doit réparer le dommage ou abandonner l'animal. (L. 1 pr. D. 9, 1. — *Inst.*, IV, 9 pr.) — 11° Que le voleur manifeste, si c'est un homme libre, soit battu de verges et adjugé à celui qu'il

a volé; si c'est un esclave, qu'il soit battu de verges et précipité de la roche Tarpéienne. Les impubères seront battus de verges et condamnés à réparer le dommage. (Aulu-Gelle, VIII, 1; XI, 18.) — 12° Si le vol est non manifeste, que la peine soit du double. (Aulu-Gelle, XI, 13. Gaïus, III, § 190.) — 13° Le vol, *lance licioque conceptum* (découvert avec le plat et la ceinture), est puni comme le vol non manifeste. (Aulu-Gelle, XI, 18.) [1] — 14° Que le patron qui fait fraude à son client soit dévoué aux dieux infernaux, *sacer esto*. — 15° Que le faux témoin soit précipité de la roche Tarpéienne. (Aulu-Gelle, XX, 1.) — 16° Que celui qui a été témoin et refuse ensuite de donner son témoignage soit infâme et indigne qu'on témoigne pour lui. (Aulu-Gelle, XV, 13; VI, 7.) — 17° Les choses volées ne peuvent être acquises par usucapion. (Gaïus, II, §§ 45, 49.)

DROIT PUBLIC. — *De jure publico.*

1° Ce que le peuple aura ordonné en dernier lieu sera la loi. *Quodcumque postremum populus jussit, id jus ratumque esset.* (Tite-Live, VII, 17; IX, 33, 34.) — 2° Qu'il n'y ait point de peine capitale (c'est-à-dire de peine emportant la mort, la perte de la liberté ou de la cité) prononcée contre un citoyen, si ce n'est par le peuple assemblé dans les grands comices (comices par centuries). (Cic., *De leg.*, II, 31.) — 3° Tout condamné à une peine quelconque a droit de former appel au peuple en comices par centuries. (Cic., *De Rep.*, II, 31.) — 4° Si le juge ou l'arbitre reçoit de l'argent pour rendre sa sentence, qu'il soit puni de mort. (Aulu-Gelle, XX, 1.) — 5° Que celui qui a excité l'ennemi contre le peuple romain ou a livré un citoyen à l'ennemi soit puni de mort. (L. 3. D. 48, 4.)

DROIT SACRÉ. — *De jure sacro.*

1° Qu'aucun mort ne soit brûlé ou inhumé dans la ville. — 2° Pour ensevelir le mort, trois robes de deuil, trois bandelettes de pourpre sont permises; qu'il n'y ait pas plus de deux joueurs de flûte. — 3° Pas de profusion dans les aspersions, point de longues guirlandes, point de cassolettes de parfums. — 4° Qu'on ne célèbre pas plusieurs obsèques; qu'on ne dresse pas plusieurs lits pour un seul mort. — 5° Point d'or dans la parure du défunt; mais si ses dents sont attachées avec de l'or, on peut ensevelir ou brûler cet or avec lui. — 6° Que les femmes ne se déchirent pas le visage et ne poussent pas des cris immodérés. (Cic., *De leg.*, II, 24.) — 7° Qu'aucun tombeau ne puisse être placé à moins de soixante pieds de l'édifice d'autrui, si ce n'est du consentement du propriétaire. (Cic., *De leg.*, II, 24. — L. 3. D. 11, 8.) — 8° Un tombeau ne peut être acquis par usucapion. (Cic., *De leg.*, II, 24.)

Je regrette de ne pouvoir citer ici, à raison de sa longueur, un passage des *Nuits attiques* d'Aulu-Gelle, dans lequel il reproduit une discussion entre un jurisconsulte et un philosophe de son temps sur la loi des Douze Tables. Dans ce passage, qui forme le livre XX, chap. I, des *Nuits attiques*, se trouve un grand nombre

---

1. Celui qui réclamait un objet volé entrait dans la maison, n'ayant qu'une ceinture autour des reins et tenant un plat à la main. La personne chez laquelle se trouvait l'objet volé était punie comme voleur non manifeste.

des dispositions de la loi des Douze Tables que je viens de reproduire.

Pendant longtemps, les jurisconsultes romains ont considéré la loi des Douze Tables comme étant toujours en vigueur. Il est certain que les règles écrites dans la loi des Douze Tables subirent, avec le temps, de grandes modifications ; mais, néanmoins, cette loi fut toujours considérée comme la base du droit civil romain.

Le jurisconsulte Pomponius dit qu'après la loi des Douze Tables il y eut, en réalité, à Rome, trois droits, trois législations : 1° le texte de la loi des Douze Tables ; 2° de la loi des Douze Tables commence à dériver ce qu'on appelle le *jus civile*. On entend par là des règles qui ne sont pas écrites dans la loi des Douze Tables, mais que l'interprétation des jurisconsultes en fait dériver ; 3° les *legis actiones*, les actions de la loi, c'est-à-dire les formes de procédure. (L. 2, §§ 6, 7. D. 1, 2.)

Même après la promulgation de la loi des Douze Tables, la science du droit, et surtout les formes de la procédure, n'étaient encore qu'un mystère, connu seulement des pontifes et des patriciens. — Un pontife, Appius Claudius, ayant exposé dans un écrit les formes des actions, son secrétaire Flavius déroba l'écrit et le livra au peuple, vers l'an 469. (L. 2, § 7. D. 1, 2.) Le peuple lui en fut si reconnaissant qu'il le nomma tribun, sénateur, édile curule. L'ouvrage de Flavius est connu sous le nom de *jus Flavianum*.

Plus tard Sextus Ælius composa aussi un ouvrage nouveau sur la loi des Douze Tables, sur le *jus civile* et sur les formes de la procédure. Cet ouvrage est connu sous le nom de *jus Ælianum*.

On étudiera plus tard les diverses formes de procédure qui furent successivement en usage à Rome.

Mais revenons aux conquêtes des plébéiens.

76. VI. **Le mariage devient possible entre patriciens et plébéiens.** — En l'an 310 de Rome, Canuléius, tribun du peuple, proposa un plébiscite portant abrogation de la disposition de la loi des Douze Tables qui prohibait le mariage entre patriciens et plébéiens. Ce plébiscite fut voté et prit le nom du tribun qui l'avait proposé : *lex Canuleia*. Dès lors, le mariage fut possible entre patriciens et plébéiens. (Tite-Live, IV, 6.)

77. VII. **Accès des plébéiens aux magistratures. Tribuns militaires.** — En cette même année 310, neuf tribuns de la plèbe proposèrent un projet de plébiscite portant qu'à l'avenir le peuple romain pourrait choisir les consuls parmi les plébéiens aussi bien que parmi les patriciens. Sur ce point, les patriciens ne voulurent

pas céder. Pour empêcher les plébéiens d'arriver au consulat, on créa une nouvelle magistrature : il fut décidé que les comices par centuries nommeraient des *tribuns militaires*, revêtus de tous les pouvoirs du consulat et pris indifféremment parmi les patriciens et les plébéiens. Trois tribuns militaires furent nommés, mais aucun ne fut choisi parmi les plébéiens. (Tite-Live, I, 1, 6.) Les années suivantes, jusqu'en 388, c'est-à-dire pendant une période de soixante-dix-huit ans, ce sont tantôt des consuls, tantôt des tribuns militaires avec pouvoirs consulaires qui sont nommés chaque année, de sorte que l'on voit ainsi le consulat et le tribunat militaire se succéder alternativement, tous les trois ou quatre ans, suivant que l'influence patricienne ou plébéienne l'emporte. Tite-Live, dans le quatrième livre de son *Histoire*, expose longuement ces successions réciproques du consulat au tribunat. D'après cet exposé de Tite-Live, on voit que l'avantage qu'avaient obtenu les plébéiens d'être nommés au tribunat militaire fut tout d'abord plutôt nominal que réel : en droit, les plébéiens étaient admissibles au tribunat militaire ; mais, en fait, ils n'y furent point admis pendant longtemps, parce que l'élection des tribuns militaires appartenait aux comices par centuries, dans lesquels l'influence des patriciens était encore prédominante. Ce n'est guère que cinquante ans après la création du tribunat militaire et lorsque le nombre des tribuns militaires eut été porté à six, que l'on voit quelques plébéiens élus tribuns militaires.

Mais la lutte ne s'arrêta pas là entre les patriciens et les plébéiens. En 348 de Rome, Licinius et L. Sextius, tribuns de la plèbe, proposèrent une loi pour l'admission des plébéiens au consulat, jusque-là réservé aux patriciens. Cette loi, malgré l'opposition des patriciens, fut votée. Pour la première fois, un plébéien, le tribun L. Sextius, l'un des auteurs de la loi, fut nommé consul, et le tribunat militaire disparut pour toujours. (Tite-Live, VI, 42.)

En 389, les plébéiens sont admis à l'édilité curule ; en 417, à la préture (Tite-Live, VII, 1 ; VIII, 15), à la questure (L. 1, § 3. D. 1, 13), à la dictature, à la censure, au titre de général de la cavalerie. « L. Sextius est le premier des plébéiens qui soit devenu consul ; Licinius Stolon, le premier qui soit devenu maître de la cavalerie ; Marcius Rutilus, le premier qui soit devenu dictateur, censeur ; Publilius Philon, le premier qui soit devenu préteur, » dit Tite-Live (X, 8). Enfin, en vertu de la loi *Ogulnia* rendue en 450 de Rome, les plébéiens purent être nommés aux fonctions sacerdotales d'augures et de pontifes. (Tite-Live, X, 6 à 9.) De sorte qu'à la fin de la République, et déjà depuis longtemps, les plébéiens

sont devenus successivement éligibles à toutes les magistratures.

Mais lorsque la lutte eut cessé entre les patriciens et les plébéiens à propos des magistratures, elle continua entre les deux classes à propos de la propriété de l'*ager publicus*.

78. VIII. **Ager publicus. Lois agraires.** — Lorsqu'un peuple avait été vaincu par les Romains et son territoire conquis, ce territoire était attribué au peuple romain, à l'État, et devenait public : « *Publicus ager, qui ex hostibus captus sit,* » dit Pomponius. (L. 20, § 1. D. 49, 15.) Quelquefois cependant, les Romains ne confisquaient pas en entier le territoire conquis : ils en laissaient une partie aux vaincus ; quelquefois, ils en assignaient une partie aux habitants des colonies par eux fondées sur le territoire conquis.

Quant aux terres confisquées et attribuées au peuple romain, elles formaient ce qu'on appelait, à Rome, l'*ager publicus*. L'*ager publicus* s'accrut considérablement par suite des conquêtes successives des Romains. Les terres composant l'*ager publicus* étaient ou bien vendues, et le prix en était versé dans les caisses de l'État, ou bien elles étaient données à ferme, et le prix de fermage, appelé *vectigal*, était encore versé dans les caisses de l'État. Or, comme les patriciens étaient seuls assez riches pour prendre ces terres à ferme, ils étaient à peu près seuls fermiers de l'*ager publicus*. Bientôt et insensiblement les patriciens, fermiers de ces terres, se dispensèrent de payer le prix de fermage, le *vectigal*. Ils finirent par s'en considérer comme propriétaires et par en disposer comme d'un patrimoine propre. De sorte que, s'ils n'étaient pas propriétaires vis-à-vis de l'État, ils étaient considérés comme propriétaires vis-à-vis des tiers, et pouvaient transmettre leur possession par vente ou donation, par succession ou par testament. « La longue possession de ces biens, dit M. Ortolan, les ventes et les diverses mutations qui en étaient faites formaient comme autant de titres pour ceux à qui ils étaient successivement transmis, et chaque fois qu'on voulait revenir contre un pareil état de choses, les possesseurs actuels criaient à la spoliation. » (*Explication historique des Institutes*, I, 209.)

Ce sont ces terres de l'*ager publicus*, usurpées par la caste patricienne, qui ont toujours été l'objet des *lois agraires*, proposées souvent par les tribuns du peuple pour faire restituer ces terres par les patriciens, dans le but d'en faire opérer ensuite le partage entre tous les citoyens. La première loi agraire fut proposée par le consul Spurius Cassius, en 267 de Rome. Cette proposition lui coûta la vie. (Tite-Live, II, 41.) Mais un plébiscite, la *lex Licinia agraria*, proposé par les tribuns Licinius Stolon et L. Sextius, voté en 387,

décida qu'à l'avenir nul ne pourrait posséder plus de 500 arpents, *jugera*, de l'*ager publicus*, que le surplus serait restitué et partagé entre les citoyens pauvres. En 661, un plébiscite, la *lex agraria Sempronia*, voté sur la proposition de Sempronius Gracchus, contenait des dispositions analogues. D'autres lois agraires furent encore présentées et votées dans la suite. Une loi agraire votée après l'assassinat de Caïus Gracchus, ayant permis à ceux auxquels les terres restituées par les patriciens avaient été distribuées de les vendre, ce qui avait été défendu par la loi de Sempronius Gracchus, ces terres furent rachetées ou reprises par les patriciens. (Appien, *De bello civili*, I, 27.) En 690 de Rome, un tribun, Servilius Rullus, proposa encore une loi agraire. Cicéron fit deux discours *De lege agraria* pour combattre ce projet. Il faut lire ces deux discours pour voir l'indignation de ce patricien parvenu contre une pareille proposition.

Ce qui caractérise toutes les lois agraires qui ont été successivement proposées par les tribuns du peuple, c'est qu'elles tendaient à deux buts : 1° limitation de la propriété et de la jouissance de l'*ager publicus* par l'aristocratie romaine ; 2° distribution aux citoyens pauvres des parties de l'*ager publicus*, restituées par la caste patricienne. Les lois agraires n'ont jamais été, comme on l'a écrit, des lois démagogiques ayant pour but d'opérer des remaniements dans les propriétés privées.

Maintenant que nous connaissons les institutions politiques et sociales de Rome, il convient d'étudier les développements successifs de la puissance romaine hors de Rome et les moyens employés par le peuple romain pour soumettre et s'assimiler les peuples qui l'entouraient. En effet, l'assimilation des peuples italiques au peuple romain eut pour résultat la création d'institutions juridiques, politiques et administratives dont la connaissance est indispensable pour l'étude du droit romain.

§ III. — SITUATION DE L'ITALIE ET DES PROVINCES SOUS LA RÉPUBLIQUE.

79. I. **Rapports des Romains avec les peuples italiques.** — L'histoire extérieure du peuple romain est une histoire de batailles continues et de conquêtes successives. Dès les premiers siècles de Rome, la politique du peuple romain consista à s'assimiler successivement les peuples de l'Italie. Il s'agit d'examiner ici les moyens par lesquels les Romains sont arrivés à s'assimiler, à *romaniser* les peuples vaincus.

Ces moyens d'assimilation sont : 1° l'incorporation des vaincus à la population romaine ; 2° la soumission des peuples vaincus à la discrétion des Romains ; 3° la création des colonies romaines ; 4° la concession du *jus civitatis ;* 5° la concession du *jus Latii ;* 6° la création des municipes ; 7° la création des préfectures.

80. 1° *Incorporation des vaincus à la population romaine.* — Pendant la période royale, lorsqu'une ville avait été vaincue par les Romains, souvent la ville était détruite, son territoire attribué au peuple romain, et les habitants étaient ou bien réduits en esclavage, ou bien incorporés à la population romaine, cas auquel ils devenaient citoyens romains et en avaient tous les droits.

81. 2° *Soumission des peuples vaincus à la discrétion du peuple romain. Déditices.* — Quelquefois, les peuples vaincus, pour éviter les conséquences désastreuses de la défaite, se rendaient aux Romains à discrétion. Ils s'appelaient alors *dediticii*, déditices, et leur soumission s'appelait *deditio*. Tite-Live nous a transmis la formule de cette *deditio*. Sous Tarquin l'Ancien, Collatie, ville sabine, ayant été prise par les Romains, voici en quels termes s'opéra sa *deditio :* « Le roi demanda : Êtes-vous les députés et les orateurs envoyés par le peuple collatin pour votre soumission et celle du peuple collatin ? — Oui. — Remettez-vous vos personnes et le peuple collatin, ville, champs, eaux, frontières, temples, meubles, choses divines et humaines, sous ma puissance et celle du peuple romain ? — Oui. — J'accepte. » (Tite-Live, I, 38.) — Après cette *deditio*, les Romains faisaient au peuple qui s'était rendu à discrétion telle situation que bon leur semblait.

82. 3° *Création de colonies romaines.* — Dès la période royale, mais surtout sous la République, lorsque la population romaine commença à être considérable, les Romains employèrent le système des colonies pour s'assimiler les autres peuples. En effet, souvent lorsqu'un peuple avait été vaincu et son territoire conquis, Rome envoyait sur ce territoire un certain nombre de Romains, choisis le plus souvent parmi les citoyens pauvres, qui devaient se fixer au milieu des habitants soumis et auxquels on distribuait une partie des terres du territoire conquis, au lieu de faire entrer ces terres dans l'*ager publicus*. Ainsi, d'après Tite-Live, en l'an 302 de Rome, « des colonies furent conduites à Sora et à Albe ». Et plus loin il ajoute : « A Rome, la population qu'avait soulagée le départ d'une foule d'individus pour diverses colonies, était calme. » (Tite-Live, X, 1, 6.) Les Romains qui allaient ainsi fonder des colonies sur un territoire conquis, restaient citoyens romains : ils conservaient tous les droits et avantages attachés à la qualité de citoyen,

même le droit de venir à Rome voter dans les comices. Le territoire à eux distribué devenait susceptible de propriété quiritaire comme l'ancien *ager romanus* et susceptible d'être aliéné et acquis par les modes d'acquérir du droit civil romain, *mancipatio*, *cessio in jure*, etc. D'un autre côté, ces colonies organisées à l'image de Rome eurent des comices, un sénat, des magistrats, et formèrent des communes ayant une administration intérieure, tout en restant sous la dépendance et la domination de Rome. Mais ces colonies n'avaient pas de lois à elles propres : elles étaient soumises complétement au droit romain. « Les colonies n'ont point, pour ainsi dire, de racines à elles ; elles sont en quelque sorte nées de la cité ; elles tiennent toutes leurs lois et toutes leurs institutions du peuple romain, et non de leur volonté propre. » (Aulu-Gelle, XVI, 13.) Une colonie romaine ne pouvait être fondée qu'en vertu d'un sénatus-consulte.

Telles étaient les colonies romaines que les Romains établirent en Italie d'abord et, plus tard, même en dehors de l'Italie, quand Rome voulut étendre plus loin son empire.

83. 4° *Concession du jus civitatis.* — L'expression *jus civitatis* désigne l'ensemble des avantages, des droits attachés à la qualité de citoyen romain. Or, la qualité de citoyen romain donnait à celui qui l'avait d'abord des droits politiques : 1° le *jus honorum* ou droit d'être nommé aux magistratures de Rome ; 2° le *jus suffragii* ou droit de voter dans les comices pour la confection des lois et la nomination des magistrats. La qualité de citoyen romain conférait, en outre, à celui qui l'avait des avantages au point de vue du droit privé : 1° le *connubium* ou *jus connubii*, c'est-à-dire le droit de contracter un mariage produisant les effets déterminés par le droit civil romain ; 2° le *commercium* ou *jus commercii*, c'est-à-dire le droit d'acquérir la propriété par les modes d'acquérir consacrés par le droit civil romain.

Les citoyens romains avaient donc le *jus honorum*, le *jus suffragii*, le *connubium* et le *commercium*. Ceux qui n'étaient pas citoyens romains n'avaient pas ces droits-là. Or, ceux qui n'étaient pas citoyens romains étaient appelés par les Romains, primitivement, *hostes*, et, plus tard, *peregrini*. Les *peregrini* ou étrangers étaient : 1° les peuples indépendants de Rome, mais qui vivaient en paix avec les Romains ; 2° les peuples vaincus qui n'avaient pas été incorporés à la population romaine ; 3° les *socii*, c'est-à-dire les peuples avec lesquels les Romains avaient fait des traités d'alliance.

Les Romains appelaient *barbari* les étrangers avec lesquels ils étaient en guerre.

Tous les pérégrins ne se trouvaient pas dans la même situation vis-à-vis des Romains. Parmi les pérégrins, il y en avait qui étaient mieux traités que les autres par les Romains. En d'autres termes, il y avait des peuples auxquels les Romains avaient accordé, en partie, les avantages, les droits attachés à la qualité de citoyen romain. Il y avait, à ce point de vue, à distinguer : 1° les *Latini veteres* ; 2° les *Latini coloniarii;* 3° les *populi socii* ; 4° les *populi fundi.*

84. *A. Latini veteres.* — Les *Latini veteres* sont les habitants de l'ancien Latium. Après avoir été les alliés de Rome à l'époque de Tarquin l'Ancien et de Tarquin le Superbe, les Latins avaient été vaincus plusieurs fois par les Romains et définitivement soumis à la domination romaine, en l'an 416 de Rome. Pour se les attacher et se les assimiler, les Romains leur avaient concédé plusieurs droits attachés à la qualité de citoyen. Quelle était donc la situation des Latins vis-à-vis des Romains ? Les Latins avaient le *jus commercii*, c'est-à-dire le droit d'acquérir la propriété par les modes d'acquérir de la législation romaine. (Tite-Live, XLI, 8.) Bien plus, les Latins qui se trouvaient à Rome avaient le *jus suffragii*, c'est-à-dire pouvaient voter, dans les comices, dans une tribu désignée par le sort. (Appien, *De bello civili*, I, 23. Tite-Live, XXV, 3.) Les Latins avaient-ils le *connubium ?* Cette question est controversée par les interprètes du droit romain ; mais je crois qu'il faut admettre que les Latins avaient le *connubium* avec les Romains. C'est, en effet, ce qui semble résulter d'un passage de Tite-Live, dans lequel il dit que la sœur des Horaces était fiancée à l'un des Curiaces, habitant d'Albe, la principale ville du Latium. (Tite-Live, I, 26 ; I, 49.)

De plus, les *Latini veteres* avaient plusieurs moyens de devenir citoyens romains : 1° les Romains avaient admis que le Latin, qui serait parvenu à une magistrature dans son pays, dans sa cité, serait de plein droit citoyen romain (Gaïus, I, § 96) ; 2° d'après une loi *Servilia Glaucia* (650 de Rome), le Latin, qui avait convaincu un magistrat de concussion, *crimen repetundarum*, et l'avait fait condamner, devenait citoyen romain (Cic., *Pro Balbo*, XXIV, 54) ; 3° le Latin qui venait se fixer à Rome et laissait dans sa patrie un enfant légitime pour perpétuer sa race, devenait citoyen romain. (Tite-Live, XLI, 8.)

85. *B. Latini coloniarii. Colonies latines.* — Les *Latini coloniarii* sont les habitants des *colonies latines*, fondées quelquefois par les Romains. Il ne faut pas confondre ces *colonies latines* avec les colonies romaines dont j'ai parlé plus haut (n° 82). En effet, il y avait

entre ces deux espèces de colonies plusieurs différences : 1° les colonies *romaines* étaient formées avec des citoyens envoyés de Rome sur un territoire conquis ; au contraire, les colonies *latines*, dont je parle maintenant, étaient formées soit avec des Latins, soit avec d'autres peuples vaincus transportés par les Romains sur un territoire conquis, soit avec des citoyens romains qui consentaient à aller se fixer dans ces colonies ; 2° les Romains qui composaient les colonies *romaines* restaient citoyens romains ; au contraire, les habitants des colonies *latines* ne devenaient pas citoyens romains. Les citoyens romains qui émigraient pour aller se fixer dans une colonie *latine* devenaient *Latins*. En effet, les habitants des colonies *latines* étaient assimilés aux *Latini veteres* par les Romains. Ils avaient le *jus Latii*, c'est-à-dire les mêmes droits que les Latins, moins le *connubium*, (Gaïus, I, § 57. Ulp., *Reg.*, V, § 4) et pouvaient obtenir le *jus civitatis* complet, devenir citoyens par les mêmes modes que les *Latini veteres*.

86. *C. Populi socii.* — Les *populi socii* étaient les peuples (ou les villes) qui avaient conclu avec les Romains un traité d'alliance, par lequel ils se plaçaient plus ou moins sous la dépendance de Rome, et s'engageaient notamment à fournir des troupes aux Romains, en cas de guerre. D'un autre côté, ils conservaient leur gouvernement, leurs magistrats et leur législation. (Cic., *In Verr.*, II, 66, III, 6. Strabon, XVII, III, § 4.) Les villes alliées de Rome s'appelaient encore *civitates fœderatæ* ou *liberæ*.

87. *D. Populi fundi, civitates fundæ.* — Les *populi fundi* étaient les peuples (ou les villes) qui avaient adopté chez eux la législation romaine. Ils ne devenaient pas pour cela citoyens romains, ils restaient pérégrins dans leurs rapports avec les Romains. Toutefois, d'après M. Demangeat (I, p. 158), il paraît que Rome n'accordait le *jus civitatis* qu'aux villes qui consentaient d'abord à devenir *populi fundi*.

88. *E. Concession du jus civitatis à toute l'Italie.* — D'après ce qui vient d'être dit, on voit que les Romains accordaient le *jus civitatis* tantôt à un pérégrin isolément ou à un Latin, tantôt aux habitants d'une ville entière. Mais c'était dans des cas assez rares.

Aussi, même au commencement du septième siècle de Rome, presque tous les peuples de l'Italie étaient placés sous sa domination, lui fournissaient des troupes, lui payaient des impôts, et cependant n'avaient pas les avantages attachés à la qualité de citoyen, n'avaient pas le *jus civitatis*. Le sol occupé par eux n'était pas susceptible de propriété quiritaire et, par suite, ne pouvait pas être aliéné ni acquis par les modes d'acquérir déterminés par le

droit civil romain. — Après de nombreuses réclamations restées inutiles, la plupart des peuples de l'Italie se concertèrent pour se soulever contre Rŏme, anéantir sa puissance et constituer, dans toute l'Italie, une vaste république, qui serait organisée à l'imitation de la république romaine. La guerre commença en 663. Elle est connue dans l'histoire sous le nom de *guerre sociale*. Les peuples qui s'étaient soulevés furent vaincus par les Romains. Mais, après la guerre sociale, Rome accŏrda le *jus civitatis* complet à tous les peuples de l'Italie. En effet, une loi *Julia*, rendue en l'an 664 de Rome, sur la proposition du consul Julius Cæsar, concéda le *jus civitatis* aux peuples de l'Italie qui n'avaient pas pris part à la guerre sociale, c'est-à-dire aux Latins, aux Étrusques et aux Ombriens. L'année suivante, en 665, une loi *Plautia Papria* accorda le *jus civitatis* complet à tous les autres peuples de l'Italie, même à ceux qui avaient pris part à la guerre sociale, ainsi qu'aux étrangers, aux pérégrins qui, sans être citoyens d'une ville italique, résidaient en Italie. (Cic., *Pro Balbo*, § 21 ; *Pro Archia*, 4.)

Dès lors, toutes les villes de l'Italie, villes alliées, colonies romaines, colonies latines, transformées en *municipia*, perdirent toute indépendance politique. Tous les habitants de l'Italie furent citoyens romains. Distribués entre les trente-cinq tribus, soumis à toutes les charges imposées aux citoyens romains, soumis à la législation romaine, ils eurent tous le *connubium*, le *commercium*, le *jus honorum* et le *jus suffragii*. Le sol de l'Italie entière devint susceptible de propriété quiritaire et put être aliéné et acquis par les modes d'acquérir consacrés par le droit civil romain. — Mais les Romains ne voulurent pas laisser à tous ces municipes le soin d'organiser leur administration communale. Dans le but d'opérer une certaine unité dans l'organisation communale des municipes, notamment en ce qui concernait le sénat des municipes, les magistratures, le cens, les charges à supporter par les municipes, et aussi dans le but de faire disparaître du droit local les dispositions inconciliables avec la jouissance du droit de cité accordé aux habitants, il fut fait à Rome des lois ou plébiscites contenant des règlements généraux sur l'organisation communale des municipes. Une des plus importantes de ces lois fut la *lex Julia municipalis*, votée en l'an 709 de Rome sur la proposition de Julius Cæsar. Cette loi contenait un règlement général sur l'organisation municipale, applicable à toutes les villes de l'Italie. Quelques fragments de cette loi sont parvenus jusqu'à nous. Voici comment : deux tables de bronze furent trouvées dans le golfe de Tarente, près d'Héraclée, l'une en 1732, l'autre en 1735. Sur ces tables étaient gravées des règles re-

latives au sénat, aux magistratures, au cens des villes de l'Italie et aux changements à faire dans le droit local des villes municipales. Un savant romaniste allemand, de Savigny, a démontré que ces tables, connues aujourd'hui sous le nom de *Tables d'Héraclée*, contenaient des dispositions de la *lex Julia municipalis*.

Après la guerre sociale, les Romains appliquèrent dans les provinces le système qu'ils avaient d'abord pratiqué en Italie : ils accordaient à certaines villes ou à certaines provinces, tantôt le *jus Latii*, tantôt le *jus civitatis*. (Tacite, *Annales*, XI, 23, 24.)

De même, après l'absorption de l'Italie, l'organisation municipale fut étendue par les Romains aux villes situées hors de l'Italie, dans les provinces. (Tite-Live, XLIII, 3.) Plus tard, les empereurs usèrent du même moyen, pour récompenser les villes qui avaient bien mérité de la puissance romaine, en les transformant soit en *municipia cum suffragio*, soit en colonies romaines. (Cæsar, *De bello gallico*, VIII, 50, 51. Tacite, *Agricola*, 32.)

En l'an 712 de Rome, une loi *Rubria* vint régler l'organisation municipale de la Gaule Cisalpine. Cette loi est connue sous le nom de *lex Galliæ Cisalpinæ*. On a trouvé dans les ruines de Velléia, en 1760, des tables de bronze sur lesquelles étaient gravées quelques-unes des dispositions de cette loi. Cette loi *Rubria* ou *lex Galliæ Cisalpinæ* limita la juridiction des magistrats municipaux, dans la Gaule Cisalpine, à tout procès dont l'objet était d'une valeur ne dépassant pas un certain chiffre, et attribua au préteur romain toute affaire d'une valeur supérieure. (Paul, *Sent.*, V. v^a^, § 1.)

89. 5° *Concession du jus Latii.* — L'expression *jus Latii* désigne l'ensemble des droits qu'avaient les *Latini veteres* dans leurs rapports avec les Romains. On peut dire que le *jus Latii* est un droit de cité partiel. Les Romains prirent l'habitude de concéder, en tout ou en partie, le *jus Latii* à diverses villes ou à divers peuples vaincus et soumis, pour se les attacher et se les assimiler. Dire qu'un peuple a obtenu le *jus Latii* complet, c'est dire que ce peuple est dans la même situation que les Latins dans ses rapports avec les Romains.

90. 6° *Créations de municipes.* — Les municipes, *municipia*, étaient des villes qui avaient reçu des Romains le *jus civitatis*; en tout ou en partie, mais qui continuaient à être régies par leur propre législation et qui avaient un gouvernement indépendant de Rome. (Aulu-Gelle, XVI, 13.) Il y a donc à examiner les municipes à deux points de vue : 1° au point de vue des droits que les villes municipales avaient dans leurs rapports avec les Romains ; 2° au point de vue de leur administration et de leur gouvernement intérieur.

Situation des municipes vis-à-vis de Rome. — Vis-à-vis de Rome et au point de vue des droits qu'ils obtenaient des Romains, la situation des municipes n'était pas la même : les uns obtenaient le *jus civitatis* complet, c'est-à-dire le *connubium*, le *commercium*, le *jus honorum* et le *jus suffragii*, avec l'avantage pour leur territoire d'être susceptible de propriété quiritaire. D'autres municipes n'obtenaient que quelques-uns de ces droits, par exemple le *commercium*, le *connubium* et le *jus honorum*, sans le *jus suffragii*, de sorte qu'on distinguait des municipes *cum suffragio* et des municipes *sine suffragio*.

La ville de Cœré est la première ville de l'Italie qui ait reçu des Romains la concession d'une partie des droits de cité, en 365 de Rome. Ce fut le premier municipe; mais ce fut un municipe *sine suffragio*. Comme les habitants de Cœré n'avaient pas le *jus civitatis* complet, ils n'étaient pas inscrits à Rome sur les tables du cens; ils étaient inscrits, par les censeurs, sur un registre particulier appelé *tabulæ Cœritum*. C'est sur ce même registre que les censeurs inscrivaient les citoyens romains qui, notés d'infamie, perdaient leur droit de suffrage, sans perdre le droit de cité. (Aulu-Gelle, XVI, 13. — N° 64.)

Il fallait un plébiscite du peuple romain pour accorder à une ville le titre de municipe. La situation, la condition de chaque municipe et l'étendue des droits obtenus des Romains par chaque municipe étaient réglés par ce plébiscite, appelé *lex* ou *formula municipalis*.

Les habitants d'un municipe s'appelaient *municipes*, municipaux.

Quand un municipe avait obtenu le *jus civitatis* complet, on disait que ses habitants avaient la *civitas optimo jure*.

Les habitants d'un municipe qui avait obtenu le *jus civitatis* complet, devenaient citoyens romains et avaient les mêmes droits que les citoyens. Ils étaient classés par les censeurs dans une tribu et pouvaient venir à Rome voter dans les comices. (Tite-Live, XXXVIII, 28, 36.) Ils avaient alors, en quelque sorte, deux patries : *Alteram loci patriam, alteram juris* (Cic., *De leg.*, II, 1, 2), c'est-à-dire une patrie de fait et une patrie de droit. Ainsi Caton et Cicéron qui étaient nés l'un à Tusculum, l'autre à Arpinum, avaient leur ville natale pour patrie de fait et Rome pour patrie de droit. Arpinum et Tusculum étaient des municipes. Les citoyens romains des municipes pouvaient exercer simultanément des fonctions politiques à Rome et des fonctions municipales dans leur ville natale. Rome était considérée comme la patrie commune de tous les citoyens : « *Roma communis nostra patria est,* » dit le jurisconsulte Modestin. (L. 33. D. 50, 1.)

A côté des municipes ou citoyens des municipes, il y avait les *incolæ* ou simples habitants n'ayant aucun droit aux avantages municipaux. A la différence des *municipes*, les *incolæ* ne jouissaient pas du droit de cité dans le municipe et n'y avaient qu'un simple *domicilium*. L'*incola* devait supporter les charges de la ville où il était né, tant qu'il n'était pas devenu citoyen d'une autre ville; il devait même supporter les charges du municipe où il avait son domicile.

Dans quel but les Romains accordaient-ils à des villes la qualité de *municipia?* Dans le but de se les assimiler et de les *romaniser*.

Les municipes étaient soumis aux lois générales de Rome et aux décisions du peuple romain sur les déclarations de guerre et les traités d'alliance, l'établissement et la perception des impôts généraux.

Au point de vue législatif, les municipes, même ceux qui s'étaient soúmis au droit romain, avaient une certaine indépendance : ils pouvaient faire leurs lois d'intérêt local, à la condition de ne pas faire de lois contraires aux lois générales de Rome, ni, plus tard, aux constitutions générales des empereurs. Aussi trouvons-nous, dans les textes du droit romain qui nous sont parvenus, notamment dans la loi 3, § 5, *De sepulchro violato* (D. 47, 12), l'expression *leges municipales*, non plus pour désigner les lois romaines faites pour régler la constitution municipale de chaque municipe, mais pour désigner la législation propre à chaque municipe.

Gouvernement intérieur des municipes. — Le gouvernement intérieur des municipes est organisé à peu près comme le gouvernement de Rome. Dans les municipes, comme à Rome, on trouve les pouvoirs publics suivants : le peuple, le sénat, des magistrats. Je ne veux pas dire pour cela que le gouvernement des municipes fût organisé à l'imitation du gouvernement de Rome. C'est plutôt l'inverse qui a eu lieu. En effet, Rome, primitivement, ne fut qu'une ville comme les autres villes du Latium. Or, les villes latines avaient toutes une constitution analogue, de sorte que l'on ne peut dire que l'une d'elles a servi de modèle à l'autre. On peut dire, au contraire, que ce furent les autres villes latines qui servirent de modèles à Rome, lorsqu'elle remplaça ses rois par des consuls. Elle créa alors, à l'imitation des préteurs qui existaient déjà dans les villes du Latium, deux préteurs, qui prirent un peu plus tard le nom de *consuls*.

Le peuple. — L'assemblée du peuple réuni en comices, dans les municipes, élisait les magistrats et votait les lois. (Cic., *Pro Cluent.*, VIII, 25 ; *De leg.*, III, 16.)

Sénat. — Dans chaque ville municipale, il y avait un sénat, composé ordinairement de cent membres, appelé *ordo*, et, plus tard, *curia*, curie. Les sénateurs s'appelaient *curiales*, *curiones*, *decuriones*, curiaux, curions ou décurions.

Dans le principe, les décurions ou sénateurs étaient nommés à vie par les magistrats supérieurs de la ville, qui les choisissaient parmi les citoyens ayant exercé antérieurement des fonctions municipales. A la fin de la République et au commencement de l'Empire, ils continuèrent à être nommés à vie, mais la nomination en était faite par la curie elle-même. Ce mode de nomination s'appelait *cooptatio*, cooptation.

Les attributions de la curie, du sénat, étaient nombreuses et diverses. Les curions percevaient les impôts et donnaient à ferme les *vectigalia publica;* ils fixaient le chiffre du budget communal et nommaient des commissions pour recevoir les comptes intéressant la ville. (L. 17, § 7; L. 2, § 4. D. 50, 1. — V. la légitimation, n° 530.)

Magistrats. — Dans les municipes, il y avait d'abord deux magistrats, appelés *duumviri juredicundo*, correspondant aux consuls de Rome. Ils présidaient les assemblées du peuple réuni en comices et le sénat. Ils avaient aussi pour mission d'administrer les affaires municipales; ils pouvaient contracter au nom de la ville, qui était une personne morale et avait un patrimoine; ils avaient le droit de faire les marchés pour l'exécution des travaux publics du municipe, etc. Mais l'attribution principale de ces magistrats était l'administration de la justice, *jurisdictio* (n° 65).

Lorsque l'un des duumvirs était absent, si l'autre voulait s'absenter pour plus d'un jour, il devait déléguer, pour le remplacer, un décurion, qui prenait le nom de *præfectus*. Les fonctions du *præfectus* cessaient dès le retour de l'un des duumvirs.

Lorsque les comices n'avaient pu s'entendre pour nommer les duumvirs, la curie ou sénat, d'après une loi *Petronia*, devait nommer deux magistrats suppléants appelés *præfecti*. A Rome, en pareil cas, on nommait un *interrex*.

Il y avait encore, dans chaque municipe, deux autres magistrats appelés *duumviri ædilitiæ potestatis*, qui ressemblaient aux édiles curules de Rome. Ils avaient une certaine juridiction; ils avaient le droit de connaître des contestations qui s'élevaient à propos de la vente des denrées et des animaux domestiques, et infligeaient des amendes aux particuliers qui n'exécutaient pas les mesures de police. Ils avaient la police des rues et des places, la surveillance des marchés, les approvisionnements de grains et les distributions de blé, et enfin l'organisation des jeux publics.

On trouve quelquefois, dans les textes du droit romain, l'expression *quatuorviri* pour désigner ces quatre magistrats des villes municipales.

Enfin, dans les municipes, il y avait encore des questeurs, dont la fonction principale consistait dans l'administration de la caisse municipale. Du reste, dans beaucoup de municipes, le questeur était remplacé par un *curator reipublicæ*, appelé aussi *logista*. (L. 3. C. 1, 54.)

A partir des Antonins, il fallut être décurion pour arriver aux magistratures. (L. 7, § 2. D. 50, 2.)

Ces différentes magistratures étaient désignées par le mot *honores*. A côté de ces magistratures, il y avait d'autres fonctions d'un ordre inférieur, désignées par l'expression *munera publica*. Il y avait à distinguer trois espèces de *munera* : les *munera personalia*, les *munera patrimonii*, et les *munera mixta*.

Les *munera personalia* étaient des fonctions, des charges dont l'exercice exigeait des soins et une habileté personnelle, mais qui étaient exercées aux frais de la cité. Telle était la fonction des *legati*, des délégués envoyés par les municipes au sénat romain et plus tard à l'empereur pour lui exposer leurs réclamations. Chaque municipe ne pouvait envoyer plus de trois délégués. (L. 4, § 6. D. 50, 7.) Telles étaient les fonctions des *curatores operarum*, *balnearum*, *aquæductus*, *ædium*, *viarum*, etc. (L. 1 pr.; L. 2, § 1. D. 50, 10; L. 1, § 2; L. 18, §§ 5, 6, 10, 11, 15. D. 50, 4.) Telle était encore la fonction des *exactōres*, chargés de recueillir les impôts dus à la cité. (L. 18, § 8. D. 50, 4.) Enfin telle était encore la fonction de l'*actor* ou *syndicus municipum*, plus tard appelé *defensor*, choisi par la curie pour exercer les actions du municipe et plaider pour le municipe. (L. 1, § 1; L. 6, §§ 1, 3; L. 10. D. 3, 4.)

Les *munera patrimonii* étaient des charges, des fonctions imposées au patrimoine, c'est-à-dire exercées aux frais de ceux qui en étaient chargés, par exemple, la charge de recevoir dans sa maison un hôte : « *Munus hospitis in domo recipiendi non personale sed patrimonii est.* » (L. 3, § 14. D. 50, 4.) De même encore, l'obligation de fournir des moyens de transport ou des approvisionnements. (L. 18, §§ 19, 20, 21. D. 50, 4.)

Les *munera mixta* étaient à la fois des charges personnelles et pécuniaires. La principale consistait dans la perception des impôts dus à l'État. Ceux qui étaient ainsi chargés de percevoir les impôts au profit de l'État romain s'appelaient *decropati*. (L. 18, § 26. D. 50. 4.) Plus tard, la curie nomma pour percevoir les impôts, sous sa responsabilité personnelle, un agent appelé *susceptor*. (L. 8. C. 10, 70.)

La nomination aux *munera* était faite, sur la proposition des magistrats, par la curie.

Remarquons que tout municipe, outre la ville principale, *civitas*, comprenait diverses localités appelées *vici*, *conciliabula*, *fora*, *castellæ*, qui, faisant partie de son territoire et, n'ayant pas une administration propre, étaient soumises à l'administration du municipe [1].

91. 7° *Création des préfectures.* — Quelquefois, lorsque des villes avaient été vaincues, les Romains supprimaient leur sénat, leurs assemblées du peuple, leurs magistrats. Des magistrats étaient envoyés de Rome pour les administrer; ces villes étaient appelées *préfectures*, parce que les magistrats, envoyés de Rome pour les administrer, s'appelaient *præfecti*. Souvent, les Romains réduisaient à l'état de *préfectures* les villes qui s'étaient rendues coupables de rébellion ou de trahison. Ainsi la ville de Capoue fut réduite à l'état de préfecture, pour avoir pris part à la guerre d'Annibal contre les Romains : « Tout le territoire et les édifices publics devinrent la propriété du peuple romain. La ville ne fut plus qu'un assemblage de maisons, sans corps municipal, sans sénat, sans assemblée du peuple, sans magistrats. Rome décida qu'elle enverrait tous les ans un préfet pour rendre la justice. » (Tite-Live, XXVI, 16.) — De même, la ville d'Anagnia fut réduite à l'état de préfecture, pour avoir aidé les Samnites dans leur guerre contre Rome : « Quant aux Anagniens et aux autres peuples qui avaient pris les armes contre les Romains, on leur accorda le droit de cité, mais sans le droit de suffrage; on leur ôta leurs assemblées; et leurs magistrats furent privés de leurs fonctions. » (Tite-Live, IX, 43.)

92. II. **Établissement des provinces.** — L'Italie une fois soumise, les Romains tournèrent leurs armes contre les autres peuples, et, dans le cours du sixième siècle, dans le temps qui s'écoula de l'année 500 à 608 de Rome, ils conquirent successivement la Sicile, la Sardaigne, la Gaule Cisalpine, l'Illyrie, l'Espagne, l'Afrique carthaginoise, la Macédoine, la Grèce, l'Asie-Mineure. — Ces pays conquis prirent le nom de *provinces*. « *Provinciæ appellantur, quod populus romanus eas provicit, id est ante vicit*, » dit Festus au mot *Provinciæ*.

Au moment où une province entrait sous la domination romaine, sa situation, ses rapports avec Rome étaient réglés par une loi votée par le peuple romain, par un plébiscite ou un sénatus-con-

---

1. V., n° 163, le tableau des municipes pendant la période de décadence.

sulte, appelé *capitulatio* ou *formula provinciæ*. Toutes les provinces n'étaient pas soumises au même régime : les unes avaient obtenu des conditions meilleures que celles qui avaient été obtenues par d'autres. Mais toutes payaient de lourds tributs aux Romains.

La direction de l'administration des provinces appartenait au sénat romain. C'est le sénat qui choisissait les gouverneurs des provinces parmi les magistrats de Rome. Après son consulat ou sa préture, le magistrat était nommé gouverneur d'une province et prenait le nom de *proconsul* ou de *propréteur*.

Le gouverneur, proconsul ou propréteur, est tout-puissant dans la province : il administre, rend la justice et commande l'armée dans la province pour la maintenir sous la domination romaine.

A côté du gouverneur, il y avait un questeur remplissant dans la province les mêmes fonctions que les *édiles* à Rome : il était chargé de l'administration du trésor et des finances de la province. (Gaïus, I, § 6.)

Comment un seul magistrat pouvait-il suffire à l'administration d'une province entière? Cela s'explique par ce fait que le gouverneur avait le pouvoir de choisir des délégués, *legati proconsulis*, auxquels il pouvait confier l'administration de certaines parties de la province. Ces délégués représentaient le gouverneur. D'un autre côté, à certaines époques de l'année, le gouverneur se transportait dans les localités et y tenait des audiences, des assises, *conventus*.

D'après ce qui vient d'être dit, on voit que l'administration des provinces était entre les mains de l'aristocratie romaine, puisque la nomination des gouverneurs appartenait au sénat, qui choisissait les gouverneurs parmi les anciens consuls ou les anciens préteurs, qui, pendant longtemps, étaient toujours patriciens. La spoliation et le pillage des provinces furent érigés en système par l'aristocratie romaine, qui y allait refaire sa fortune dissipée dans l'achat des suffrages et dans les spectacles donnés au peuple. Verrès est la personnification des abus commis par l'aristocratie romaine dans l'administration des provinces.

Le parti plébéien, à Rome, fit voter des lois pour empêcher ces abus. Une loi *Calpurnia*, rendue en 605, sur la proposition de Calpurnius Pison, organisa une *quæstio perpetua*, c'est-à-dire une commission, un tribunal, pour juger les concussionnaires et les condamner à la restitution de ce qu'ils auraient extorqué [1].

---

1. Plus tard, en 672, une loi *Cornelia judiciaria*, proposée par Cornélius Sylla, ordonna la condamnation du gouverneur concussionnaire à la restitution au quadruple de ce qu'il aurait extorqué.

Mais le jugement des concussionnaires appartenait aux sénateurs, c'est-à-dire que les juges du coupable étaient ses complices. Le parti démocratique se prévalut de l'impunité résultant des décisions des sénateurs pour leur disputer les jugements contre les concussionnaires. Une loi *Sempronia judiciaria,* rendue en 632, sur la proposition de Sempronius Gracchus, attribua le pouvoir de juger les concussionnaires aux chevaliers.

L'ordre des chevaliers fut d'abord, comme nous l'avons vu, un corps de cavalerie, recruté parmi les plus riches familles de Rome. Il finit par former, entre la plèbe et le patriciat, une espèce d'aristocratie financière.

Dans les provinces, les impôts n'étaient pas perçus par des agents du fisc, comme cela se pratique chez les nations modernes. Les Romains donnaient à ferme la perception des impôts. Les fermiers de l'impôt s'appelaient *publicani,* publicains. C'étaient ordinairement des chevaliers qui se rendaient fermiers de l'impôt.

93. III. **Création de colonies militaires.** — Les colonies militaires étaient composées d'anciens soldats, citoyens romains, que leurs généraux récompensaient, en leur assignant, en Italie et dans les provinces, des villes avec leur territoire, d'où l'on chassait les anciens habitants. Ce fut Sylla qui, le premier, pratiqua ce système en abandonnant à ses soldats la ville de la Volaterræ, qui lui avait été hostile. Son exemple fut suivi par César, Antoine, Octave. (Appien, *De bello civ.*, I, 96; IV, 3; V, 3.) Plus tard, les empereurs établirent aussi des colonies militaires dans les provinces, mais en indemnisant les habitants

Les colonies militaires avaient une administration municipale indépendante, un sénat, des magistrats. Quant à la position faite aux anciens habitants, à partir du moment où on cessa de les expulser, il faut distinguer : en Italie, ils restèrent distribués dans les tribus et conservèrent la *civitas cum suffragio*, ainsi que le droit d'exercer les magistratures dans les colonies; dans les provinces, les *coloni* avaient seuls, en principe, le droit de cité; mais l'on accorda la *civitas* à quelques-uns des anciens habitants, et même quelquefois à tous en masse. (Tacite, *Annales*, I, 24. Tite-Live, XXXIV, 9.)

§ IV. — SOURCES DU DROIT PENDANT LA SECONDE PÉRIODE.

94. Les sources du droit pendant la période républicaine sont :

95. I. **Lois.** — Les lois votées par le peuple en comices par centuries (n° 68).

Les Romains donnaient souvent à une loi le nom du magistrat qui l'avait proposée : par exemple, la *lex Hortensia*, proposée par le dictateur Hortensius, qui déclarait les plébiscites obligatoires.

96. II. **Plébiscites.** — *Les plébiscites* votés par le peuple réuni en comices par tribus (n° 73). A partir du moment où les plébiscites eurent force de loi, les deux expressions *plébiscite* et *loi* furent employées comme synonymes. Les plébiscites les plus importants votés pendant la seconde période sont : la *lex Furia testamentaria*, en 751 ; la *lex Voconia testamentaria*, en 585 ; la *lex Falcidia*, en 714 (ces trois plébiscites sont relatifs aux legs) ; la loi *Aquilia*, en 468, plébiscite punissant le dommage causé sans droit à autrui. Les Romains donnaient souvent à un plébiscite le nom du tribun qui l'avait proposé, par exemple la *lex Canuleia*, plébiscite voté sur la proposition du tribun Canuléius, permettant le mariage entre patriciens et plébéiens.

Une question assez obscure est de savoir si le *sénatus-consulte* a été une des sources du droit privé pendant la période républicaine. On l'a soutenu d'après un passage de la paraphrase des *Institutes* de Théophile, qui dit que la loi *Hortensia* donna force de loi aux sénatus-consultes en même temps qu'aux plébiscites. Ce qui doit faire rejeter l'affirmation de Théophile, c'est qu'aucun autre écrivain romain ne fait allusion à ce pouvoir qu'aurait eu le sénat de réglementer les matières du droit privé pendant la République. Du reste, on ne trouve aucun sénatus-consulte sur le droit privé datant de cette époque.

97. III. **Édits des magistrats.** — A Rome, tous les magistrats, consuls, censeurs, etc., avaient l'habitude, en entrant en charge, de faire des *édits* dans lesquels ils indiquaient la manière dont ils exerceraient leurs fonctions. Le préteur urbain et le préteur pérégrin, comme les autres magistrats, prirent l'habitude de faire chacun un édit dans lequel ils indiquaient d'avance la manière dont ils rendraient la justice, la manière dont ils appliqueraient la loi dans les procès qui leur seraient soumis. De plus, par des dispositions spéciales de leurs édits, ils comblaient les lacunes du droit civil et même substituaient souvent aux anciennes règles de droit civil des règles nouvelles nécessaires pour régler des rapports

nouveaux se produisant avec le temps dans la société. En fait, les édits étaient obligatoires comme les lois, parce que les préteurs chargés de rendre la justice ne manquaient pas d'appliquer les règles de leurs édits dans les procès qui leur étaient soumis.

Les règles ainsi écrites par les préteurs dans leurs édits, formèrent ce qu'on appela le *droit prétorien* ou *droit honoraire*. Le jurisconsulte Papinien a très-bien indiqué les caractères du droit prétorien, résultant des édits : « Le droit prétorien est celui que les préteurs ont introduit pour *aider*, *suppléer*, *corriger* le droit civil, suivant les exigences de l'utilité publique. » (L. 7, § 1. D. 1, 2.)

L'édit qu'un préteur faisait en entrant en fonctions s'appelait *edictum perpetuum ;* perpétuel en ce sens qu'il était applicable, obligatoire pendant toute la durée des fonctions du préteur qui l'avait fait, c'est-à-dire pendant un an. En outre, souvent un préteur, dans le cours de sa magistrature, changeait son édit ou en faisait un autre, qui s'appelait *edictum repentinum*. — Mais, en 687 de Rome, une loi *Cornelia* défendit à tout préteur de changer son édit pendant le cours de sa magistrature, de sorte que chaque préteur fut lié, pendant toute l'année de sa magistrature, par l'édit qu'il avait fait en entrant en fonctions.

On appelait *edictum translatitium* la disposition d'un édit tellement sage qu'elle était adoptée et reproduite par les successeurs du préteur qui l'avait faite, de sorte que cette disposition, cette règle *passait* d'édit en édit.

Les édiles curules étaient juges des contestations qui s'élevaient à propos des ventes d'esclaves et d'animaux, qui se faisaient sur la voie publique, dans les marchés. En conséquence, les édiles prirent aussi l'habitude de faire des édits dans lesquels ils exposaient d'avance, en entrant en fonctions, les règles d'après lesquelles ils jugeraient ces contestations. C'est là ce qu'on appelle l'*édit des édiles*. (*Inst.*, I, II, § 7.)

Dans les provinces, comme les gouverneurs, proconsuls ou propréteurs avaient la *jurisdictio*, ils prirent aussi l'habitude de faire des édits en entrant en fonctions. L'édit fait par un gouverneur de province s'appelle *edictum provinciale*.

Enfin, dans les provinces, c'étaient des questeurs qui remplissaient les fonctions des édiles à Rome, et ils faisaient aussi des édits. (Gaïus, I, § 6.)

98. IV. **Réponses des prudents**. — Pendant longtemps, à Rome, les patriciens et les pontifes furent les seuls qui connurent la science du droit. C'est seulement dans les derniers temps de la République que les plébéiens commencèrent à s'occuper de cette

science. Tibérius Coruncanius, le premier plébéien, qui fut grand pontife, enseigna le droit à Rome et donna des réponses sur le droit à ceux qui le consultaient. L'étude de la science du droit se généralisa et bientôt il se forma une classe de jurisconsultes qui, ayant acquis, par leur science, une grande considération et une grande autorité, ont pu, par leurs doctrines, contribuer à l'établissement de certaines règles de droit. On les appelait *jurisprudentes, prudentes*, prudents, c'est-à-dire hommes expérimentés dans la science du droit.

Les prudents ne se bornaient pas à donner des consultations aux particuliers ; ils se réunissaient au forum où ils discutaient publiquement les questions les plus difficiles du droit. C'est cette discussion publique qu'on appelait *disputatio forensis*. On appelait *sententiæ receptæ* les opinions adoptées sur certains points de droit par la majorité des prudents.

Déjà, dans cette seconde période, les opinions des jurisconsultes, bien qu'elles n'aient pas force légale, ont néanmoins une grande autorité. La preuve en est dans deux règles de droit que les prudents firent admettre sous la République : 1° nécessité pour le père d'exhéréder ses enfants, s'il ne veut pas leur laisser ses biens; 2° si le père a exhérédé ses enfants sans juste motif, ceux-ci pourront faire annuler le testament par une question appelée *quærela inofficiosi testamenti*.

99. V. **Coutume.** — La coutume est encore, sous la République, une source du droit privé. Il y avait, chez les Romains, un certain nombre de règles de droit qui, bien qu'elles n'eussent jamais été formulées dans une loi votée par le peuple ni écrites par les préteurs dans leurs édits, étaient obligatoires : c'étaient des règles de droit qui s'étaient introduites dans les mœurs par le consentement tacite du peuple ; c'est ce qu'on appelle, en langage juridique, les coutumes, par opposition aux règles de droit expressément formulées dans les lois par le législateur. La coutume constante est aussi bien obligatoire qu'une loi. C'est une coutume constante qui, chez les Romains, défendait les donations entre époux. Les jurisconsultes romains employaient l'expression *jus moribus introductum*, ou bien *jus more majorum introductum* pour désigner les règles de droit établies par la coutume.

§ V. — COUP D'ŒIL SUR CETTE PÉRIODE.

100. Si l'on examine attentivement les institutions politiques de Rome, pendant la République, on y voit dominer à un haut degré

le principe d'autorité. Dans la République romaine, l'autorité est forte et doit être respectée ; les consuls ne peuvent être poursuivis tant qu'ils sont en charge, à raison des crimes commis par eux dans l'exercice de leurs fonctions. Tout magistrat, même un tribun, a le droit de prononcer une amende contre celui qui lui manque de respect dans l'exercice de ses fonctions. (Cic., *De Rep.*, XI, 35.)

Dans les institutions sociales, on trouve le même caractère d'autorité : puissance absolue du maître sur ses esclaves ; puissance absolue du chef de famille sur sa femme, sur ses enfants ; combien d'exemples de condamnations à mort d'un fils par son père rapportés par Tite-Live dans son *Histoire* ! Enfin, subordination de classe à classe dans la société : subordination des plébéiens aux patriciens, asservissement des clients aux patrons.

Une société dans laquelle existaient de pareilles institutions, n'était pas faite pour la liberté. Les institutions mauvaises dans leur principe mettent plus ou moins longtemps pour produire leurs fâcheux résultats ; mais ces fâcheux résultats finissent fatalement par se produire tôt ou tard. Ce qui a fait la grandeur de Rome républicaine, ce sont les luttes des classes entre elles et la lutte de toutes les classes contre l'étranger. Mais lorsque Rome aura vaincu le monde, lorsque la lassitude aura jeté dans l'indifférence politique toutes les classes de la société fatiguées par les guerres civiles et les proscriptions, alors apparaîtront l'abaissement des caractères, l'oubli de la dignité personnelle, l'indifférence pour le titre de citoyen, mais, en compensation, un appétit frénétique pour les jouissances matérielles.

Dans la composition de la famille et de la société romaines, sous la République, dans la division et l'antagonisme des classes, et dans les institutions politiques, on peut découvrir, en germe, les causes qui, plus tard, firent de cette société un troupeau d'esclaves.

L'aristocratie romaine, par son esprit d'exclusion, par sa résistance injuste et inintelligente contre les réclamations des plébéiens, détermina les guerres civiles et les proscriptions, dans lesquelles les Romains perdirent le respect de la vie humaine et l'attachement à la liberté individuelle. La plèbe n'avait plus que des appétits. Au commencement du huitième siècle de Rome, la société romaine était bien préparée pour recevoir un maître. Un peuple n'a que le gouvernement qu'il veut bien et qu'il mérite. Aussi, l'on peut dire que l'Empire était fait avant que le triumvir Octave s'emparât du pouvoir. D'un autre côté, l'aristocratie romaine avait pillé les provinces, les provinces contribuèrent à amener la ruine de

l'aristocratie romaine. Qu'importait aux provinces la perte de la liberté de Rome ? Que leur importait que ce fût le despotisme d'un homme ou le despotisme de l'aristocratie romaine qui pesât sur elles ? Ainsi s'expliquent ces paroles de Tacite : « Les provinces accueillirent avec satisfaction le nouvel ordre de choses. » (*Annales*, I, 2.) Mais il en est des peuples comme des individus : lorsqu'ils commettent des fautes, ils sont ordinairement châtiés par les conséquences mêmes de ces fautes. Lorsque la faute est fondamentale et irréparable, la conséquence en est la décomposition et la mort. Le peuple romain va commettre la grande faute, la faute irréparable. Aussi, avant qu'il ne se soit écoulé cinq siècles dans son existence, sa décomposition et sa mort s'en seront suivies.

ARTICLE III. — TROISIÈME PÉRIODE OU PÉRIODE IMPÉRIALE

§ Ier. — CONSTITUTION POLITIQUE.

101. I. **L'empereur.** — La bataille d'Actium (an 723 de Rome) donna à Octave l'empire du monde romain qui s'étendait depuis l'Espagne jusqu'à l'Euphrate, et du pied de l'Atlas au Danube et au Pont-Euxin. Cet empire comprenait à peu près cent vingt millions d'hommes. Dès lors, le gouvernement impérial remplaça le gouvernement républicain. Cette substitution du gouvernement impérial au gouvernement républicain n'eut pas lieu par une usurpation violente. Pour couvrir son usurpation sous une apparence de légalité, le triumvir Octave conserva les formes républicaines, mais se fit conférer successivement toutes les magistratures et concentra ainsi tous les pouvoirs dans sa personne. Il conserva le titre de consul pour avoir l'*imperium* et la *jurisdictio*. Il se fit nommer censeur, pour pouvoir choisir, à son gré, les membres du sénat; grand pontife, pour avoir la haute main sur les affaires de la religion. Le sénat lui conféra le titre d'*Auguste*. Pour rendre sa personne inviolable, Octave-Auguste se fit nommer tribun du peuple. C'était le titre le plus important : par le *veto*, attaché à la puissance tribunitienne, il pouvait arrêter l'exécution des décisions des autres magistrats, paralyser les décisions du peuple et du sénat. Ce titre rendit sa personne sacrée, inviolable, et rendit possibles les accusations de lèse-majesté, qui devinrent si nombreuses sous les empereurs suivants. Il se fit conférer le pouvoir proconsulaire par le sénat pour avoir la direction du gouvernement des provinces. Le sénat lui décerna le titre de *Père de la patrie*.

Pour avoir le commandement de l'armée, il se fit donner par le sénat le titre d'*imperator* qui ne désignait plus, comme autrefois, un titre d'honneur décerné par les soldats aux consuls victorieux, mais qui, depuis Jules César, qui se l'était attribué, désignait le commandement suprême de toutes les forces militaires.

La réunion de tous ces titres et de tous ces pouvoirs des magistrats de la République forma la *puissance impériale*, et dès lors celui qui en fut investi porta le nom d'*imperator*.

En vertu de tous ces pouvoirs, l'empereur eut le droit de lever et commander les troupes, de déclarer la guerre, de conclure la paix, de décréter les impôts. Il eut le droit de vie et de mort sur tout citoyen.

102. II. **Magistrats.** — Auguste ne supprima point les anciens magistrats. Il y eut sous l'Empire : des consuls, des préteurs, des tribuns du peuple, des censeurs, qui étaient nommés par le peuple et, plus tard, par le sénat, mais sur la présentation de l'empereur. On conçoit qu'en fait le pouvoir de ces magistrats fut considérablement diminué. Aussi, voyons-nous que la principale fonction des consuls consiste dans la présidence du sénat. Les consuls nommés au commencement de chaque année ne sont nommés que pour deux mois : ce sont eux qui donnent leur nom à l'année. Quant aux consuls nommés pour le reste de l'année, ils s'appellent *consules suffecti*.

Sous l'Empire, le nombre des préteurs fut augmenté ; à l'époque de Marc-Aurèle, il y en avait dix-huit. (L. 2, § 32. D. 1, 2.) La juridiction de ces préteurs ne s'exerçait qu'à Rome et dans un rayon de cent milles autour de Rome.

103. 1° *Præfectus urbi*. — Le *præfectus urbi*, qui était chargé de garder et d'administrer la ville, en cas d'absence du roi à l'époque royale, et en cas d'absence des consuls sous la République, fut maintenu, sous l'Empire, avec des attributions mieux déterminées. L'empereur lui délègue des fonctions administratives et des fonctions judiciaires en matière criminelle. Fonctions administratives : le préfet de la ville est chargé de contenir les perturbateurs et aussi de veiller à la police des spectacles. Il doit placer des soldats dans différents postes pour assurer la tranquillité des citoyens et lui rendre compte de tout ce qui se passe dans la ville. (L. 1, § 9. D. 1, 12.) Il est chargé de veiller aux approvisionnements et aux subsistances de la ville ; voilà pourquoi le préfet des vivres, *præfectus annonæ*, lui est subordonné. (L. 1, § 11. D. 1, 12. — L. 1, C. 1, 28.) Fonctions judiciaires en matière criminelle : le préfet de la ville connaît de tous les crimes qui se commettent dans la ville ou dans les cent milles autour de Rome. (L. 1 pr., § 4, *De officio*

præfecti urbi. D. 1, 12.) D'après un rescrit de l'empereur Sévère, doivent être cités devant le préfet de la ville ceux qui auront tenu une assemblée illicite. (L. 1, § 14. D. 1, 12.) Le préfet de la ville juge les appels des jugements rendus par les deux préteurs urbain et pérégrin. (L. 17. C. 7, 62.) — Les condamnations que le préfet de la ville peut prononcer sont : la condamnation aux mines (L. 8, § 5, D. 48, 19), la condamnation à la relégation, à la déportation et au banissement. (L. 1, § 3, § 13. D. 1, 12.) L'autorité du préfet de la ville cesse dès qu'il est sorti de Rome, mais il peut désigner des juges pour le suppléer en son absence. (L. 3. D. 1, 12.)

104. 2° *Præfectus prætorio*. — Sous l'Empire, un nouveau magistrat fut créé : le préfet du prétoire. Le préfet du prétoire ne fut d'abord qu'un chef militaire, commandant la garde prétorienne, garde spécialement instituée pour veiller à la sûreté de la personne de l'empereur. (L. 1, pr. *De officio præfecti prætorio*. D. 1, 11.) — L'autorité des préfets du prétoire finit par s'accroître tellement qu'elle devint dangereuse pour les empereurs eux-mèmes, qui leur enlevèrent le commandement des troupes. Dès lors, les préfets du prétoire n'eurent plus qu'un pouvoir judiciaire en matière civile et criminelle. C'est ce qui explique que des jurisconsultes distingués, notamment Papinien et Ulpien, furent préfets du prétoire. Les préfets du prétoire jugeaient les appels des jugements rendus par les gouverneurs des provinces soumises à leur juridiction. Leur pouvoir sur les juges inférieurs leur donnait le droit de les destituer pour négligence dans leurs fonctions, et même de leur infliger des peines s'ils commettaient quelque faute, mais à la charge d'en référer au prince. (L. 3. C. 1, 26.) — Une constitution de l'empereur Sévère permit au préfet du prétoire de statuer par voie de disposition générale et réglementaire, c'est-à-dire de faire des édits. (L. 2. C. 1, 26.) De sorte qu'à partir de ce moment, le préfet du prétoire eut non-seulement un pouvoir judiciaire, mais encore le pouvoir législatif dans une certaine mesure, puisqu'il put faire des édits. Auguste avait créé deux préfets du prétoire, nombre qui fut maintenu par ses successeurs immédiats. Mais plus tard, il y eut tantôt un, tantôt trois préfets du prétoire. Constantin en eut quatre, entre lesquels il partagea l'administration judiciaire de l'Empire. Ce sont les préfets d'Orient, d'Illyric, d'Italie et des Gaules. Justinien en créa un pour l'Afrique. (L. 1. § 1. C. 1, 27.)

105. 3° *Præfectus vigilum*, préfet des gardes de nuit. — « Les anciens, dit le jurisconsulte Paul, avaient établi trois commissaires, *triumviri*, dont l'emploi était de prévenir les incendies. On les appelait *nocturni*, parce qu'ils faisaient des rondes pendant la nuit.

Auguste distribua sept cohortes dans divers lieux de la ville, de manière que chacune pût secourir deux quartiers (d'où il résulte qu'à l'époque d'Auguste la ville était divisée en quatorze quartiers). Il mit à la tête de ces cohortes des tribuns, qui étaient sous les ordres d'un personnage distingué qu'on appela *præfectus vigilum.* » (L. 1, pr. D. 1, 15.)

Le préfet des gardes de nuit doit veiller toute la nuit et faire des rondes. (L. 3, § 3. D. 1, 15.) Il juge les incendiaires, les voleurs avec effraction ou avec violence et les recéleurs, à moins que l'atrocité du crime ne les rende justiciables du préfet de la ville. (L. 3, § 1. D. 1, 15.)

106. 4° *Questeurs, candidats de l'empereur.* — L'origine des questeurs est très-ancienne à Rome. Il y avait déjà des questeurs à l'époque royale (n° 53, 4°); il y en avait déjà sous la République, chargés de surveiller la rentrée des impôts dans les provinces (n° 67). Sous l'Empire, il y a encore des questeurs qui accompagnent les consuls dans les provinces du peuple pour y surveiller la rentrée des impôts (n° 113). Les questeurs, candidats de l'empereur, dont nous avons à nous occuper ici, avaient pour fonctions de lire au sénat les lettres, les communications par écrit que l'empereur adressait à cette assemblée. « *Sunt quidam quæstores, qui candidati principis dicuntur, quique epistolas ejus legunt,* » dit Ulpien. (L. 1, § 4. D. 1, 13.) A l'époque de Constantin, les questeurs, candidats de l'empereur, prirent le nom de *questeurs du sacré palais* et leurs fonctions consistèrent à écrire les ordres du prince. Tribonien occupa cet emploi à l'époque de Justinien.

107. III. **Assemblées.** 1° *Comices par curies.* — Nous avons vu que déjà, sous la République, le peuple ne se réunissait plus en comices par curies; que les trente curies étaient représentées par trente licteurs, parce que, depuis longtemps, les curies n'étaient plus convoquées que pour donner la solennité à certains actes, par exemple pour conférer l'*imperium* aux magistrats et pour approuver les adrogations. Il en est encore de même au commencement de l'Empire.

108. 2° *Comices par centuries.* — Au commencement de l'Empire, les comices par centuries fonctionnent encore pour prononcer sur certaines accusations, pour nommer les magistrats et pour voter les lois. Mais dans le but de diminuer l'importance des comices, Auguste décida que les citoyens domiciliés hors de Rome pourraient envoyer leur vote par écrit. Sous Tibère, le droit de nommer les magistrats fut enlevé aux comices par centuries et conféré au sénat, qui nomma les magistrats à lui proposés par l'empereur. Enfin, le

pouvoir législatif lui-même passa bientôt des comices par centuries au sénat. En effet, la dernière loi votée par les comices des centuries qui soit mentionnée par les jurisconsultes romains est une loi *agraria*, votée sous Nerva.

109. 3° *Comices par tribus.* — Il est à croire que, dès les premiers temps de l'Empire, les comices par tribus cessèrent de voter les plébiscites, car on ne trouve mentionné, dans les textes du droit romain qui nous sont parvenus, aucun plébiscite comme ayant été rendu à partir d'Auguste.

Justinien, dans ses *Institutes* (I, II, § 5), explique, à sa manière, comment le pouvoir législatif passa du peuple au sénat : « Lorsque le peuple romain, dit Justinien, se fut tellement accru qu'il devint difficile de le réunir pour voter les lois, il parut opportun de consulter le sénat à la place du peuple. » Cette explication n'est pas sérieuse. Ce n'est point parce qu'il était devenu trop difficile de réunir le peuple en comices que le pouvoir législatif passa du peuple au sénat, c'est parce que les empereurs savaient bien que le sénat, dont les membres étaient choisis et nommés par eux, ne s'aviserait pas de voter des lois contraires à leur puissance.

110. 4° *Sénat.* — Le nombre des sénateurs avait été porté à trois cents par Tarquin l'Ancien. Le dictateur Sylla ayant fait entrer trois cents chevaliers au sénat, il y eut alors six cents sénateurs, nombre qui fut ensuite porté à neuf cents par César. A partir d'Auguste, le nombre des sénateurs fut illimité. L'empereur nomme les sénateurs et les révoque s'il le juge à propos.

De quelle manière le pouvoir législatif était-il exercé par le sénat ? L'empereur proposait les projets de sénatus-consulte ; lui seul en avait l'initiative. Le projet de sénatus-consulte était précédé d'un *exposé des motifs* appelé *oratio principis.* Comme le sénat ne rejetait jamais les propositions de l'empereur, les jurisconsultes romains s'habituèrent à considérer les sénatus-consultes comme faits dès que l'*oratio principis* était rendue. Aussi ne doit-on pas être surpris de trouver dans leurs écrits les expressions *oratio principis* et *senatusconsultum* employées comme synonymes.

Pendant les premiers siècles de l'Empire, on trouve beaucoup de sénatus-consultes relatifs au droit privé. Mais à partir d'Antonin Caracalla, on n'en trouve plus. En effet, à cette époque, l'Empire était suffisamment consolidé pour que les empereurs ne se crussent plus dans la nécessité de faire approuver leurs volontés par le sénat. Dès lors, les empereurs absorbent le pouvoir législatif qu'ils exercent en rendant des décisions qui prirent le nom général de *constitutions impériales.*

Justinien, pour expliquer comment le pouvoir législatif passa à l'empereur, dit dans ses *Institutes* (I, II, § 6) : « Ce qui a plu au prince a force de loi, parce qu'en vertu d'une loi *Regia*, qui a été faite relativement à l'Empire, le peuple a conféré à l'empereur toute son autorité et toute sa puissance. » D'après ce texte, le peuple aurait abdiqué son pouvoir législatif entre les mains de l'empereur par une loi *Regia*. Cette loi *Regia*, par laquelle le peuple aurait conféré d'une seule fois et en termes exprès son pouvoir législatif à l'empereur, à une époque déterminée, a-t-elle été réellement faite? Il ne faut pas hésiter à reconnaître que c'est une pure invention des rédacteurs des *Institutes*, dans le but de flatter Justinien. En effet, si une loi aussi importante avait été faite, elle eût été certainement signalée par les historiens et les jurisconsultes romains ; ce qui n'est pas. D'un autre côté, cette loi est invraisemblable ; car, si une pareille loi eût existé, Auguste n'eût pas pris la peine de se faire conférer une à une toutes les magistratures.

Ce qui est vrai, c'est qu'à chaque changement d'empereur, il intervenait une loi, dans les premiers temps, et, plus tard, un sénatus-consulte pour conférer l'*imperium* au nouveau souverain, de même que, sous la République, les magistrats ne recevaient l'*imperium* que par une *lex curiata*. Gaïus (I, § 5) dit : « On n'a jamais douté que la constitution de l'empereur ait force de loi, puisque c'est une loi qui lui confère l'*imperium*. » De même Tacite (*Histoires*, IV, III) dit : « Le Sénat de Rome déféra à Vespasien tous les pouvoirs qu'on a coutume de déférer aux princes. » Or, ce sénatus-consulte, qui conféra l'*imperium* à Vespasien, a été retrouvé sur une table de bronze découverte à Latran, au quatorzième siècle. Toutefois, comme dans le texte de ce sénatus-consulte se trouve le mot *lex*, on en a conclu que c'était une *loi* qui conférait l'*imperium* à chaque nouvel empereur. Mais il est probable que c'était un sénatus-consulte qui conférait ainsi aux empereurs l'*imperium*, puisque le pouvoir législatif avait passé du peuple au sénat (n° 108). Du reste, on sait qu'à partir du moment où les *plébiscites* furent devenus obligatoires, ils furent qualifiés de *leges ;* pareillement, il n'est pas étonnant de voir les Romains qualifier de *leges* les sénatus-consultes devenus obligatoires.

§ II. — SITUATION DE L'ITALIE ET DES PROVINCES PENDANT L'EMPIRE.

111. J'ai dit qu'Octave Auguste s'était fait conférer le pouvoir proconsulaire pour avoir la direction du gouvernement des provinces. Toutefois, il laissa au peuple romain les provinces les plus

anciennement conquises et en abandonna l'administration au sénat, se réservant pour lui l'administration des provinces les plus récemment conquises, dans lesquelles il fallait entretenir des troupes pour les maintenir sous la domination romaine. De là, la distinction des provinces en *provinces du peuple* et *provinces de l'empereur*.

112. I. **Provinces de l'empereur.** — Les provinces de l'empereur étaient administrées par des gouverneurs, appelés *legati Cæsaris* ou *présidents*, qui exerçaient au nom de l'empereur, dans les provinces, l'autorité civile et militaire. Ces gouverneurs avaient l'administration de la justice : ils avaient le droit de connaître, dans leur province, de toutes les causes qui, à Rome, étaient portées devant les préteurs, le préfet de la ville, le préfet du prétoire et les autres magistrats. (L. 10. L. 11. D. 1, 18.) En un mot, les gouverneurs de province avaient l'*imperium* et la *jurisdictio*. Le président a, dans sa province, la plus grande autorité après l'empereur. (L. 4. D. 1, 18.) En vertu de la *jurisdictio* qu'il exerce dans sa province, le gouverneur a le droit de faire un édit, appelé *edictum provinciale*.

Dans les provinces de l'empereur, à côté du gouverneur, il y avait un procureur de l'empereur, *procurator Cæsaris* ou trésorier du fisc, *rationalis fisci*, chargé de gérer les intérêts du prince. Dans le principe, le *procurator Cæsaris* ne fut qu'un intendant des biens composant le domaine privé de l'empereur. Ses fonctions consistaient seulement à administrer les biens de l'empereur dans les provinces, par exemple à faire addition des hérédités laissées à l'empereur. (L. 1, § 2. D. 1, 19.) Mais il finit par avoir une certaine juridiction en matière fiscale. En effet, une constitution de Constantin porte que le *rationalis*, procureur de l'empereur, décide des causes relatives au fisc et empêche toute espèce de concussions [1]. (L. 5. C. 3, 26.)

113. II. **Provinces du peuple.** — Sous l'Empire, le sénat continua à faire administrer les provinces du peuple par des gouverneurs qui n'y exerçaient que l'autorité civile et appelés *proconsuls*, comme sous la République. Toutefois, il convient de remarquer que le titre de *président* était un titre général qu'on donnait à tous les gouverneurs de province, aussi bien aux proconsuls, gouverneurs des provinces du peuple qu'aux *legati Cæsaris*, gouverneurs des provinces de l'empereur. (L. 1. D. 1, 18.)

Dans les provinces du peuple, les proconsuls avaient aussi

---

1. Voir, au *Digeste*, le titre *De officio procuratoris Cæsaris vel rationalis.* (D. 1, 19.)

l'*imperium* et la *jurisdictio* et connaissaient de toutes les causes qui, à Rome, étaient portées devant les préteurs et les autres magistrats. (L. 7, § 2. D. 1, 16.)

En vertu de la *jurisdictio* qu'il exerce dans sa province, le proconsul a aussi le droit de faire un édit, appelé *edictum provinciale* [1].

Le sénat donnait un ou plusieurs lieutenants, *legati*, à chaque proconsul, suivant l'étendue de sa province. Les proconsuls avaient l'habitude de déléguer leur juridiction à leurs lieutenants. Voilà pourquoi les lieutenants du proconsul ne sont pas tenus de consulter le prince, mais leur proconsul, qui doit répondre aux consultations de ses lieutenants. (L. 6, § 2. D. 1, 16.)

Dans les provinces du peuple, à côté du proconsul, il y avait un questeur, chargé de recueillir les impôts de la province, qui étaient ensuite versés dans le trésor du peuple, *ærarium*. De plus, le questeur remplissait dans les provinces les mêmes fonctions que les édiles à Rome; en conséquence, il pouvait faire un édit en entrant en charge. (Gaïus, I, § 6.)

Les gouverneurs des provinces, soit du peuple, soit de l'empereur, avaient l'habitude de faire, à certaines époques de l'année, des tournées dans les localités et d'y tenir des assises, *conventus*.

114. III. **Italie.** — Dans cette période, l'Italie n'était administrée ni par un gouverneur, ni par les magistrats de Rome. Elle était dans une situation particulière. En effet, comme presque toutes les villes de l'Italie étaient des municipes, elles avaient une administration et des magistrats à elles propres. Toutefois, Adrien divisa le territoire de l'Italie en quatre régions. A la tête de chacune de ces régions se trouvait un magistrat envoyé par l'empereur pour y rendre la justice. Ces magistrats étaient appelés *consulares*. Plus tard, sous Marc-Aurèle, ils furent remplacés par d'autres magistrats, chargés aussi de rendre la justice et appelés *juridici*. (Capitolinus, *Marcus Antoninus*, XI.) Les *juridici* étaient des magistrats préposés pour rendre la justice dans une certaine étendue de territoire. Il n'y en avait pas qu'en Italie. En effet, il y en avait un notamment à Alexandrie pour rendre la justice en Égypte. (D. 1, 20.)

115. IV. **Des municipes.** — Le temps qui s'écoula de la fin de la République jusqu'au règne de Caracalla fut la plus belle époque de la vie communale des municipes. Dans cette période, la situation des municipes fut florissante, le curionat fut recherché. Les municipes constituaient alors la principale force de l'Empire. C'est avec leurs ressources et leurs impôts que les Romains parvinrent à

---

1. Voir, au *Digeste*, le titre *De officio proconsulis et legati.* (D. 1, 16.)

exécuter ces routes et ces travaux gigantesques dont les vestiges font encore aujourd'hui l'objet de notre admiration.

« Les municipes, dit M. Giraud, éprouvèrent, sous Auguste, un changement de condition. Jusqu'alors, les citoyens principaux des municipes s'étaient rendus à Rome pour y participer au gouvernement; quand les comices et les hautes magistratures eurent perdu leur influence à Rome, l'affluence des citoyens des municipes se ralentit; et, pour la diminuer encore, Auguste accorda à un grand nombre de municipes d'Italie le droit de donner leur suffrage dans leur ville, et de l'envoyer à Rome, fermé sous sceau, pour y être dépouillé en assemblée publique. Bientôt il n'y eut plus ni à Rome, ni ailleurs, aucun acte politique à faire, alors les municipes augmentèrent d'importance, parce que les hommes distingués, qui les quittaient jadis pour le séjour de Rome, s'occupaient à présent des affaires de la cité. Le régime municipal put se reconstituer avec plus d'étendue et d'indépendance, et le pouvoir n'eut pas intérêt à l'empêcher. » (*Histoire du droit romain*, par M. Charles Giraud, p. 109 et 110.)

Les empereurs continuèrent à favoriser le développement des municipes et à étendre à un grand nombre de villes, dans les provinces, le régime municipal. Nous avons la preuve que deux lois municipales, rendues sous Domitien, organisèrent le régime municipal dans deux villes de l'Espagne : Malaga et Salpenza. En effet, en 1851, on trouva près de Malaga deux tables de bronze : l'une contenait des articles de la loi qui avait organisé la constitution municipale de la ville de Mâlaga, l'autre contenait des articles de la loi qui avait organisé la constitution municipale de Salpenza. Or, ces deux tables de bronze indiquent que ces lois ont été votées sous Domitien.

Toutefois, dans cette période, l'élection des magistrats municipaux passa du peuple au sénat. Le magistrat sortant de fonctions devait présenter son successeur. Sur cette présentation, *nominatio*, avait lieu l'élection, *creatio*, par le sénat.

116. V. **Concession du jus civitatis à tous les habitants de l'Empire.** — J'ai dit qu'après la concession du *jus civitatis* à toute l'Italie, les Romains avaient appliqué aux provinces le même système qu'ils avaient pratiqué en Italie : ils accordaient à certaines villes dans les provinces, ou même à des provinces entières, tantôt le *jus Latii*, tantôt le *jus civitatis* (n° 88).

Les empereurs suivirent le même système. Souvent même ils accordèrent le *jus civitatis* à des particuliers. Marc-Aurèle l'accorda à tous ceux qui le demandaient en payant la somme fixée pour

l'obtenir. (Aurélius Victor, XVI.) Enfin une constitution de l'empereur Antonin Caracalla accorda le *jus civitatis* à tous les habitants libres de l'Empire. C'est ce que nous apprend le jurisconsulte Ulpien dans un passage de ses ouvrages inséré au *Digeste* de Justinien : « *In orbe romano qui sunt ex constitutione imperatoris Antonini cives romani effecti sunt.* » (L. 17. D. 1, 5.) « Tous ceux qui se trouvent dans l'Empire romain sont devenus citoyens romain en vertu de la constitution de l'empereur Antonin. » On peut être surpris de voir l'empereur Antonin Caracalla, qui n'a pas laissé dans l'histoire une grande réputation de générosité, accorder le droit de cité à tous les habitants libres de l'Empire. Aussi, n'est-ce point par un sentiment humanitaire et philosophique qu'il faut expliquer cette mesure de l'empereur Caracalla. Pour connaître le mobile qui détermina cet empereur à accorder le droit de cité à tous les habitants de l'Empire, il faut savoir qu'avant lui il y avait un impôt appelé la *vicesima hereditatis*, établi sur les successions, sur les legs et les donations à cause de mort, par une loi *Julia de vicesima*, rendue sous Auguste. L'empereur Auguste, au dire de Dion Cassius, avait établi cet impôt pour subvenir à l'entretien de ses nombreuses armées : « *Igitur Augustus, cum ei magna pecunia opus esset ad alendos tot exercitus, jussit dari sibi vigesimam partem hereditatum, legatorum ac donationum quæ mortis causa fiunt... qua de re conturbatus est populus romanus.* » (Dion Cassius, LV.) « Comme Auguste avait besoin de beaucoup d'argent pour nourrir tant d'armées, il ordonna que la vingtième partie des hérédités, des legs et des donations à cause de mort lui serait payée..., ce dont le peuple romain fut très-troublé. » Ainsi, lorsqu'un citoyen romain mourait, le fisc, *fiscus*, prenait un vingtième de sa succession, un vingtième sur les donations à cause de mort et sur les legs. Mais cet impôt ne portait que sur les successions des citoyens romains. Pour augmenter les ressources de son trésor, Antonin Caracalla commença par porter cet impôt du vingtième au dixième et, ensuite, pour que l'impôt fût perçu sur toutes les successions, il accorda la qualité de citoyen romain à tous les habitants de l'Empire. C'est ainsi, du moins, que la mesure prise par Caracalla est expliquée par Dion Cassius. (LXXVII, 9.)

Puisque la constitution de Caracalla accorda la qualité de citoyen à tous les habitants libres de l'Empire, comment se fait-il qu'après cet empereur, il y eut encore des pérégrins dans l'Empire? C'est une question que j'expliquerai plus tard (n° 359 et suiv.).

§ III. — SOURCES DU DROIT PENDANT LA TROISIÈME PÉRIODE.

117. Les sources du droit dans cette période sont :

118. I. **La loi**, mais seulement dans les premiers temps de l'Empire (n° 108).

119. II. **Le plébiscite**. mais seulement aussi dans les premiers temps de l'Empire (n° 109.)

120. III. **Les sénatus-consultes**. — Dans cette période, mais seulement jusqu'à Antonin Caracalla (n° 110), le sénatus-consulte fut une des sources les plus fécondes du droit privé. Voici quelques-uns des sénatus-consultes les plus importants de cette époque : sous Claude, le sénatus-consulte *Claudien*, déclarant esclave la femme libre qui aurait des relations avec un esclave, malgré la défense du maître de cet esclave; — sous Néron, le sénatus-consulte *Néronien*, relatif aux legs, et le sénatus-consulte *Trébellien*, relatif aux fidéicommis; — sous Vespasien, le sénatus-consulte *Macédonien*, défendant de prêter de l'argent aux fils de famille.

121. IV. **Les constitutions impériales**. — Il y a trois espèces de constitutions impériales à distinguer : l'édit, le rescrit, le décret. (Gaïus, I, § 5. *Inst.*, I, II, § 6.)

122. 1° *Édits*. — De même que les préteurs et autres magistrats de la Républiquc avaient le *jus edicendi*, le droit de faire des édits (n° 97), de même l'empereur, qui a succédé à leur pouvoir, a le *jus edicendi*. C'est en vertu de la *jurisdictio* dont il est investi que l'empereur a le pouvoir de faire des édits. L'édit est une disposition générale : il a la même étendue et la même force qu'une loi. Lorsque l'empereur veut établir une règle de droit nouvelle, il n'a qu'à la formuler dans un édit. — Du reste, les édits n'avaient force de loi que pendant la durée du règne de l'empereur qui les avait rendus, à moins que son successeur ne les approuvât, ce qui avait lieu le plus souvent. C'est ce que fit notamment Titus qui, au dire de Suétone, approuva en masse les édits de Vespasien.

123. 2° *Décrets*. — Les décrets sont les sentences rendues par l'empereur comme juge dans les procès. L'empereur, en effet, était juge dans deux cas : 1° il jugeait lui-même extraordinairement certains procès ; 2° il jugeait, en appel, les procès déjà jugés par les autres juges. Dans ces deux cas, ses décisions prenaient le nom de *décrets*.

124. 3° *Rescrits*. — Le rescrit, *rescriptum* ou *epistola*, est la réponse que l'empereur fait soit à un magistrat, soit à un particulier qui lui a demandé son avis sur un point litigieux, sur un procès engagé.

Le décret est une sentence rendue par l'empereur dans un procès jugé par lui, c'est-à-dire dans une affaire particulière. Néanmoins, le décret a force de loi, c'est-à-dire que les magistrats et les juges devront appliquer la décision contenue dans ce décret à toutes les affaires analogues qui se présenteront à l'avenir, à moins qu'il n'apparaisse que la volonté de l'empereur a été que son décret ne fût applicable que dans l'espèce pour laquelle il a été rendu. Il en est de même du rescrit. C'est ce que Justinien nous dit dans ses *Institutes* (I, II, § 6) : « Parmi les constitutions de l'empereur, il en est qui sont personnelles et qui ne sont pas destinées à servir d'exemple, parce que le prince ne le veut pas : la faveur qu'il accorde à une personne à raison de son mérite, la peine qu'il infligé, le secours extraordinaire qu'il accorde à quelqu'un ne doivent pas être étendus à d'autres personnes. Les autres constitutions, étant générales, lient, sans aucun doute, tous les citoyens. »

Il est encore fait mention dans les textes du droit romain des *mandata* de l'empereur. Les *mandata* sont des instructions adressées par l'empereur aux divers fonctionnaires de l'Empire.

La plus ancienne constitution qui nous ait été transmise par les textes du droit romain parvenus jusqu'à nous est une constitution d'Adrien. De là, on a prétendu qu'Adrien est le premier empereur qui ait fait des constitutions. Mais c'est une erreur. Les empereurs antérieurs à Adrien ont fait des constitutions, mais elles ne sont point parvenues jusqu'à nous. Il est même à croire que, dès les premiers temps de l'Empire, les constitutions impériales devinrent très-fréquentes, car nous voyons les jurisconsultes faire des ouvrages sur les constitutions impériales. Sous Marc-Aurèle, le jurisconsulte Papirius Justus fit un recueil de constitutions, divisé en vingt livres. Le jurisconsulte Paul fit un Commentaire sur les décrets des empereurs.

125. *Consistorium. Auditorium.* — Comme les empereurs concentrèrent en leurs mains tous les pouvoirs, il leur eût été difficile de s'occuper par eux-mêmes de la solution de toutes les affaires rentrant dans leurs attributions. En conséquence, ils prirent l'habitude, dès le commencement de l'Empire, de s'entourer d'un conseil, composé de sénateurs, de magistrats et des jurisconsultes les plus distingués. (Dion Cassius, XLIII. Suétone, *August.*, 35.) Les membres de ce conseil eurent pour mission d'éclairer l'empereur de leurs avis, de leurs conseils, dans la gestion des affaires gouvernementales, administratives, législatives et judiciaires. A partir d'Adrien, on voit ce conseil, devenu permanent, divisé en deux sections : l'une appelée *consistorium*, l'autre *auditorium*.

Les membres composant le *consistorium* étaient chargés de la préparation et de l'expédition des affaires gouvernementales, administratives et législatives; par exemple, ils préparaient les projets de sénatus-consultes et les édits du prince.

Les membres composant l'*auditorium* aidaient l'empereur dans ses attributions judiciaires : ils préparaient les décrets et les rescrits. C'est devant l'empereur, en son *auditorium*, que se portaient les appels des jugements des gouverneurs des provinces. Papinien fut président de l'*auditorium*.

126. V. **Les édits des magistrats.** — Il est certain que, dans les premiers temps de l'Empire, les préteurs, les édiles et les gouverneurs de province continuèrent, comme sous la République, à faire des édits en entrant en fonctions. En effet, Gaïus, qui vivait sous le règne de Marc-Aurèle, dit formellement : « *Jus edicendi habent magistratus populi romani.* » (Gaïus, I, § 6.)

127. Un jurisconsulte distingué, qui fut préteur sous Adrien, Salvius Julianus, composa, en sa qualité de préteur, un édit qui fut appelé *edictum perpetuum*. Quels sont au juste les caractères et la portée de cet édit perpétuel?

La compilation de Justinien contient certains renseignements importants sur la question qui nous occupe : 1° Salvius Julianus ne fut pas seulement un grand jurisconsulte (L. 2, § 47. D. De orig. jur.), il exerça les fonctions de préteur et de consul (L. 5, D. 40, 2); 2° Salvius Julianus introduisit dans l'édit perpétuel tout au moins une disposition *nouvelle* (D. L. 3, 37, 8, — et L. 1, § 13, 37, 9); 3° Justinien donne à Salvius Julianus le titre de *prætorii edicti ordinator* (L. 10, C. 4. 5); 4° enfin Justinien, dans deux constitutions, dont l'une sert de préface au *Digeste*, raconte que l'empereur Adrien rédigea et résuma l'édit, avec l'aide de Salvius Julianus, et qu'à la suite de ce travail il intervint un sénatus-consulte (L. 2 et 3, C. 1, 17, — Constitution *Tanta*, § 18.)

Ces données permettent de résumer, en les discutant, les trois opinions principales qui se sont produites au sujet de l'édit perpétuel.

128. 1re *opinion.* — Le travail qui porte ce nom aurait été composé par un jurisconsulte, pour faire connaître les principales dispositions du droit prétorien, et les questions auxquelles elles peuvent donner lieu; — mais alors l'*Edictum perpetuum*, rédigé sous le règne d'Adrien, ne serait autre chose que le *Digeste de Julien*, dont tant d'extraits figurent au *Digeste de Justinien*. Du reste, cette opinion est inadmissible, car si cet Édit perpétuel était un travail privé, sans caractère officiel, on ne comprendrait pas

qu'il contînt une nouvelle disposition prétorienne (*novum edictum*), ni qu'un sénatus-consulte eût été rendu à la suite de ce travail, probablement pour le confirmer.

129. 2° *opinion*. — En ordonnant à Salvius Julianus de faire cet édit, l'empereur Adrien voulut enlever désormais aux magistrats le *jus edicendi*, le pouvoir de faire des édits. Il voulut que le droit prétorien fût désormais fixé d'une manière incommutable dans l'édit de Salvius Julianus; et c'est pour ce motif que cet édit aurait été appelé *edictum perpetuum*. Cette opinion est inadmissible, parce que Gaïus qui vivait après Adrien, sous Marc-Aurèle, dit formellement dans ses Commentaires : « *Jus edicendi habent magistratus.* »

130. 3° *opinion*. — Adrien ordonna à Salvius Julianus de consigner dans son édit prétorien les dispositions des édits antérieurs, applicables de son temps, et cet édit, indépendamment de la force exécutoire qu'il aurait dans tous les cas obtenue, en a reçu une incontestable de la consécration particulière du sénat. Mais il n'a pas entendu, pour cela, enlever aux préteurs suivants le pouvoir de faire des édits. Le *jus edicendi* n'a donc pas été retiré aux préteurs; mais, en fait, ils ne l'ont plus exercé après Salvius Julianus et voici pourquoi : le droit de faire des édits, à l'époque où il était exercé réellement par les préteurs, c'est-à-dire sous la République, conférait à ces magistrats le pouvoir législatif dans une certaine mesure, puisqu'ils pouvaient, par leurs édits, introduire des règles de droit nouvelles. Or, sous l'Empire, ce pouvoir des magistrats, s'il eût été exercé réellement, aurait été trop contraire au nouvel ordre de choses, aurait fait échec à la puissance impériale : ce que les empereurs n'eussent pas toléré. Aussi le préteur qui entre en fonctions ne manque pas de *proponere edictum*, pour donner au peuple la satisfaction de voir faire ce qui se faisait sous la République; « mais, dit M. Demangeat (t. I, p. 88), ce préteur n'est qu'un compilateur qui recueille péniblement, dans les édits de ses prédécesseurs, les règles à la fois les plus utiles et les moins susceptibles de porter ombrage au monarque... Salvius Julianus, un grand jurisconsulte, étant parvenu à la préture, l'occasion parut excellente pour épargner à ses successeurs l'embarras des recherches dans d'innombrables édits : l'édit prétorien ayant une fois été composé par un jurisconsulte éminent, quel préteur après lui pourrait avoir l'idée de refaire son travail, de revenir sur les dispositions ainsi arrêtées? De plus, Salvius Julianus met un peu du sien dans l'édit; et comme ceci était absolument contraire à l'usage depuis longtemps suivi, le sénat donne son approbation et prévient par là toute difficulté. Ainsi, en droit pur, les attributions du pré-

teur sont restées sous l'Empire, et même depuis Adrien, ce qu'elles étaient sous la République; en fait, sous l'Empire, le préteur n'a pas introduit de nouvelles règles de droit, et, à partir d'Adrien, l'édit de Salvius Julianus est resté l'édit invariablement adopté par tous les préteurs. »

131. VI. **La coutume.** — La coutume est toujours une source du droit privé dans cette période.

132. VII. **Les réponses des prudents.** — Pendant la première moitié de l'Empire, les jurisconsultes ont eu deux rôles importants, qui ont été réglementés par les empereurs.

Les empereurs permirent à certains jurisconsultes : 1° *publice respondere;* 2° *jura condere.*

133. 1° *Publice respondere.* — Nous avons vu que, sous la République, les jurisconsultes avaient pris l'habitude d'enseigner publiquement le droit et de donner des consultations à ceux qui venaient demander leur avis. Auguste décida qu'à l'avenir il n'y aurait plus que les jurisconsultes, spécialement autorisés par lui, qui pourraient donner des consultations au public. C'est ce que nous apprend le jurisconsulte Pomponius : « Avant le règne d'Auguste, les jurisconsultes n'avaient pas besoin d'autorisation pour répondre publiquement, *publice respondere*, aux questions de droit. Ceux qui s'en croyaient capables donnaient des consultations à ceux qui leur en demandaient : ils écrivaient eux-mêmes leurs réponses aux juges, ou ceux qui les consultaient faisaient connaître aux juges ces réponses par des témoins. Auguste fut le premier qui, pour augmenter l'autorité du droit, décida que les jurisconsultes ne pourraient donner des réponses qu'en vertu de son autorisation, et depuis lors cette autorisation fut demandée comme une faveur. » (L. 2, § 47. D. 1, 2.)

Ainsi, à partir d'Auguste, il n'y eut plus que les jurisconsultes, spécialement autorisés par l'empereur à *publice respondere*, qui eurent le droit de donner des consultations. Quelle était la force attachée à ces consultations? Il est évident qu'elles n'avaient pas force de loi, qu'elles ne liaient pas le juge. Elles n'avaient d'autre force que celle qui résultait de l'exactitude et de la puissance des raisonnements qu'elles contenaient. Les réponses, les consultations des jurisconsultes ne doivent donc pas être considérées comme une source du droit.

134. 2° *Jura condere.* — Déjà avant la fin de la République, les jurisconsultes avaient commencé à composer des ouvrages sur le droit. Un jurisconsulte du nom de Mucius Scævola avait fait un ouvrage sur le droit civil. Aulus Offilius avait fait un Commentaire

sur l'édit prétorien. Mais c'est la période dont nous nous occupons, depuis Auguste jusqu'à Alexandre Sévère, qui fut la plus brillante époque de la jurisprudence romaine. C'est à cette époque qu'ont été écrits les ouvrages les plus remarquables sur le droit romain par les jurisconsultes les plus éminents, qui sont aujourd'hui désignés par le titre de *jurisconsultes classiques*.

Déjà longtemps avant le règne d'Adrien, les empereurs avaient pris l'habitude de donner quelquefois, après la mort d'un jurisconsulte, force de loi à ses écrits. On disait alors qu'il avait été permis à ce jurisconsulte *jura condere*. L'empereur Adrien remarqua que les empereurs antérieurs à lui avaient donné force de loi aux écrits de divers jurisconsultes qui se trouvaient en désaccord sur des questions de droit résolues dans ces écrits. Pour faire disparaître cet inconvénient, Adrien décida que si tous les jurisconsultes dont les écrits avaient été sanctionnés étaient du même avis sur une même question, le juge devrait se conformer à leur opinion; que s'il y avait désaccord entre eux, le juge resterait libre de suivre l'opinion de celui des jurisconsultes qu'il croirait la meilleure. C'est ce que nous apprend Gaïus : « Les réponses des prudents sont les décisions de ceux à qui il a été permis de fonder le droit (*jura condere*). Si les décisions de tous concordent, leur opinion unanime a force de loi; mais en cas de désaccord, il est loisible au juge de suivre l'avis qu'il veut. C'est ce qui est dit dans un rescrit de feu l'empereur Adrien. » (Gaïus, I, § 7.) D'après ce qui précède, on voit que les écrits de certains jurisconsultes, déclarés obligatoires, après leur mort, par les empereurs, devinrent, dans cette période, une source du droit. C'est de ces jurisconsultes qu'on disait qu'il leur avait été permis *jura condere* [1].

§ IV. — SABINIENS — PROCULIENS

135. Il convient de dire ici quelques mots de deux écoles célèbres de jurisconsultes qui ont pris naissance à l'époque d'Auguste : l'école des Proculiens et l'école des Sabiniens. L'école proculienne eut pour chef *Antistius Labéo*, disciple de Trébatius; l'école sabinienne eut pour chef *Atéius Capito*, disciple d'Ofilius.

« Labéon, dit notre jurisconsulte Pothier, était un homme con-

1. Voir, sur cette intéressante matière, M. Demangeat, t. I, p. 91 à 96; M. Accarias t. I, p. 42 à 47. Il y a là des discussions fort intéressantes, mais qui sortiraient de notre cadre, car elles donneraient trop d'importance à de simples hypothèses. — V. aussi nos 143, 144.

stant : autant il était disposé à abandonner les opinions des anciens jurisconsultes en matière de droit, autant il se montrait attaché aux anciennes institutions politiques... Il était tellement ennemi de la domination, que, loin de flatter Auguste, il affectait de lui déplaire. Chacun donnant son suffrage pour faire entrer un nouveau membre au sénat, il donna le sien à Lépidus, ennemi d'Octave Auguste et alors en exil. Auguste lui demanda s'il ne connaissait aucun autre citoyen plus digne de cet honneur; il lui répondit froidement que chacun était le maître de son opinion. » (*Pandectes* de Pothier, I, 112.)

Labéon fut préteur; mais il refusa le consulat que lui offrait Auguste. (L. 2, § 47. D. 1, 2.)

« Atéius Capiton occupait, avec Labéon, le premier rang parmi les jurisconsultes de son temps. Mais il en différait et par les mœurs et par les opinions. Atéius Capiton, s'attachant à la lettre des doctrines des anciens jurisconsultes en matière de droit civil, ne sut en conserver ni le sens, ni l'esprit, ni le génie. Il fut le servile flatteur d'Auguste et de son successeur Tibère; Auguste le fit consul pour lui donner une supériorité sur Labéon. » (*Pandectes* de Pothier, I, 114.)

Les jurisconsultes, qui plus tard suivirent les opinions de Labéon, furent appelés *Proculiens* ou *Pégasiens*, parce que Proculus et Pégasus, disciples de Labéon, furent les deux jurisconsultes les plus illustres de cette école. Massurius Sabinus et Cassius Longinus, disciples de Capiton, donnèrent leur nom à l'autre école, dont les partisans furent appelés *Sabiniens* ou *Cassiens*.

Je vais citer la liste des jurisconsultes qui ont appartenu à chacune de ces deux écoles :

ÉCOLE DES PROCULIENS OU PÉGASIENS

Antistius Labéo,
Nerva le père,
Proculus, qui donna son nom à l'école,
Nerva le fils,
Pégase, qui donna aussi son nom à l'école,
Juventius Celsus le père,
Celsus le fils,
Priscus Nératius.

ÉCOLE DES SABINIENS OU CASSIENS

Atéius Capito,
Massurius Sabinus, qui donna son nom à l'école,

Gaïus Cassius Longinus, qui donna aussi son nom à l'école,
Cœlius Sabinus,
Priscus Javolénus,
Aburnus Valens,
Tuscius Fuscianus,
Salvius Julianus (Julien, l'auteur de l'*Édit perpétuel*).

Quel était l'esprit particulier de ces deux écoles? Labéon et ses disciples, les Proculiens, imbus de la philosophie stoïcienne, ne craignaient pas d'apporter des idées nouvelles dans les matières du droit civil. Atéius Capito et ses disciples, les Sabiniens, restaient attachés à la doctrine qu'on leur avait enseignée, c'est-à-dire aux opinions des anciens jurisconsultes [1].

Quoi qu'il en soit, il est très-important, pour l'étude du droit romain, de bien connaître les différences qui existaient entre les sectateurs de Labéon et ceux de Capiton. En laissant même de côté l'intérêt que ces dissidences présentent pour l'histoire générale de la science, leur connaissance est un des moyens les plus puissants, sinon de concilier, au moins d'expliquer les contradictions assez

---

1. On me saura gré, malgré la longueur de la note qui va suivre, de reproduire, sur le caractère des différences qui existaient entre les deux écoles, un passage dû à la plume si élégante et si concise de M. Giraud (*Introd. hist. aux Élém. de droit romain d'Heineccius*, p. 312) : « La cause première de la scission des jurisconsultes en deux écoles est l'invasion de la philosophie grecque (de la stoïque principalement) dans la science du droit. Les uns embrassèrent avec ardeur cette nouvelle science et lui empruntèrent tout ce qui put convenir à la jurisprudence; les autres résistèrent à ce mouvement et s'attachèrent aux doctrines et aux maximes reçues des anciens. Telle est la différence fondamentale qu Pomponius établit entre Capiton et Labéon, et que l'on peut sans doute étendre à leurs écoles : *Ateius Capito in his quæ ei tradita fuerant perseverabat. Labeo ingenii qualitate et fiducia doctrinæ qui et cæteris operis sapientiæ operam dederat, plurima innovare instituit.*

Aux yeux de bien des esprits, la philosophie, c'est l'équité, la loi de la raison, et rien autre chose. De là on a conclu que Labéon modifia l'ancienne jurisprudence par l'équité, et l'on a fait de la dispute des deux sectes la dispute de l'équité et du droit rigoureux; mais, ce dernier fait étant posé en principe, on s'est trouvé fort embarrassé de décider laquelle des deux sectes tenait à l'interprétation de justice et de bienveillance; car, si d'un côté la réputation de philosophe, si justement acquise à Labéon, le faisait présumer plus facile à s'écarter du sens rigoureux des lois, et si la déférence de Capiton pour les anciens le faisait considérer comme un esclave des textes et des traditions, ces conjectures n'étaient nullement confirmées par l'observation des faits, puisque, dans les dissidences de détail qui nous ont été transmises, on ne peut souvent décider de quel côté est l'équité. On en est quelquefois réduit à se demander ce qu'avait à faire l'équité dans la question; et enfin, si on s'applique profondément à scruter, dans les textes, de quel côté elle se trouve, on est forcé de prononcer plus souvent pour les disciples de Capiton que pour ceux de Labéon. Aussi des auteurs célèbres ont accordé le caractère de défenseurs de l'équité aux Proculiens, et d'autres aux Sabiniens.

nombreuses que l'incurie de Tribonien a laissé subsister dans le *Digeste*, et dont la plupart ne sont que des conséquences de la diversité de doctrines qui régnait entre les deux écoles.

Je n'entends pas donner ici le tableau complet de ces dissidences; il suffit d'en constater quelques-unes, sans discuter le mérite respectif des deux opinions.

I. Pour estimer la puberté, les Sabiniens, fidèles aux anciennes coutumes, pensaient qu'il fallait l'estimer *ex habitu corporis;* les Proculiens rejetaient ces visites comme contraires à la pudeur, et déclaraient que la puberté existait pour les hommes à l'âge de quatorze ans. (Gaïus, *Com.*, I, § 196; Ulpien, *Fragm.*, XI, 28.)

II. Suivant les Proculiens, les conditions impossibles, ou contraires aux bonnes mœurs, rendaient nuls tous les actes auxquels elles étaient apposées. Les Sabiniens au contraire distinguaient : ils admettaient la nullité dans les actes entre vifs; mais dans les testaments ils considéraient la condition comme non écrite. Gaïus, du reste, tout Sabinien qu'il est, convient qu'il serait bien difficile de justifier la différence introduite par son école entre les actes entre vifs et les testaments. (*Comm.*, III, § 98.) Quoi qu'il en soit, et à l'in-

---

« Mais ce n'était point là la base de la dissension des sectes. Ni l'une ni l'autre n'eut pour système exclusif de substituer les règles de l'équité à celles du droit positif.

« La philosophie stoïque était éminemment morale, mais elle se distinguait surtout par une inflexible logique; et l'on sait, par Diogène Laërce et les autres écrivains qui nous ont transmis les opinions et les actions des plus illustres philosophes de cette secte, qu'ils se distinguaient surtout par la rigueur de la dialectique, par leur application constante à creuser les principes des choses, et par leur sagacité inflexible à marcher d'un principe trouvé jusqu'à ses dernières conséquences. Tels étaient les stoïciens dans la philosophie, et tel fut Labéon dans la jurisprudence. Ce qu'il emprunta au stoïcisme, ce furent peut-être moins des principes qu'une méthode de raisonnement, ce fut moins la morale que la dialectique. Il imita aussi les stoïciens en s'attachant à la philologie, en recherchant les étymologies et en s'efforçant de porter dans la langue une rigueur mathématique. Une telle alliance de la philosophie avec la jurisprudence conduisait non point à modifier le droit par l'équité, mais à le constituer au contraire en science exacte, à coordonner toutes ses parties et à conformer rigoureusement toutes les règles spéciales aux principes généraux. Labéon, au lieu de suivre les opinions des anciens, marchait avec confiance aux conclusions que son esprit subtil et pénétrant voyait dériver des principes. C'est là ce qu'indique Pomponius par ces mots : *ingenii qualitate* et *fiducia doctrinæ*. Cette confiance dans la doctrine tient du mathématicien : aussi Leibnitz a observé avec raison qu'il y a des ressemblances entre les mathématiciens et les jurisconsultes de Rome; c'est qu'il n'y a guère de différence entre la logique des mathématiques et la logique du stoïcisme.

« Capiton, renfermé plus étroitement dans la jurisprudence pratique et coutumière, s'attachait non point à expliquer la lettre de la loi, mais à reproduire les opinions des anciens : *In his quæ ei tradita fuerant perseverabat;* il enseignait ce qui lui avait été enseigné.

verse de l'exemple précédent, ce sont ici les Sabiniens qui paraissait avoir l'honneur des innovations.

III. Les chevaux sont-ils choses *mancipi* dès l'instant de leur naissance ou seulement après qu'ils ont été domptés? — Les Sabiniens tenaient pour la première opinion, les Proculiens pour la seconde. Ici les Proculiens paraissent plus attachés à la lettre que les Sabiniens. (Gaïus, *Comm.*, II, § 15.)

IV. Un héritier nécessaire peut-il faire *cessio in jure* de l'hérédité, comme le pourrait un héritier externe après l'adition? La négative était professée par les Sabiniens; les Proculiens soutenaient au contraire qu'une fois l'hérédité acceptée, il ne restait plus de différence entre l'héritier nécessaire et l'héritier externe; que, dès lors, ce qui était permis ou défendu à l'un devait être permis ou défendu à l'autre. (Gaïus, *Com.*, II, § 37; III, §§ 85, 86, 87.)

V. Dans le legs *per vindicationem*, le légataire devient-il propriétaire du jour de l'ouverture du legs, ou seulement du jour où il a connu l'existence du legs fait à son profit? Les Sabiniens tenaient pour la première opinion, les Proculiens pour la seconde. (Gaïus, II, 195.)

VI. Quel est sur un legs de ce genre l'effet d'une condition? A qui du légataire ou de l'héritier l'objet appartient-il pendant que la

---

« La différence de méthode de ces deux hommes était que l'un partait de la logique, l'autre de l'autorité; mais il ne s'ensuivait nullement que l'un aboutît à l'équité, l'autre au droit strict, car la logique et l'autorité des traditions sont deux voies qui peuvent indistinctement conduire, tantôt à l'un, tantôt à l'autre. Labéon n'admettait ni l'équité ni le droit strict, que lorsque l'équité ou le droit strict étaient une conséquence naturelle des principes d'où il était parti. Capiton admettait l'un ou l'autre dans chaque question, selon que les auteurs, en les traitant, s'étaient décidés pour le droit strict ou pour l'équité; mais on peut présumer cependant que l'équité dut être plus souvent du côté des théories de Labéon.

« Telle est, en définitive, le parallèle général que l'on peut établir, d'après Pomponius, entre les deux chefs d'école. Labéon, esprit élevé et étendu, dialecticien subtil et novateur audacieux, soumettait tout au creuset de la logique, tandis que Capiton, érudit timide et modeste, suivait avec respect les traces de ses devanciers.

« La politique vint se mêler à ces divisions de théorie. Labéon était un ardent républicain, mais de cette bonne compagnie qui avait appelé à Rome la philosophie grecque et qui l'y avait soutenue avec enthousiasme. Auguste respecta, honora ses talents et son caractère. Capiton, au contraire, est loin d'avoir laissé des souvenirs aussi nobles et une réputation aussi bien établie; il flatta le pouvoir et se fit son esclave. — Ces dissidences d'opinions portent dans le système de Labéon un esprit généreux et grand, qui est, en thèse générale, l'apanage de toute opposition politique; dans le système de Capiton, on rencontre, au contraire, plus de froideur et une certaine inclination vers le matérialisme, vers le dogme de l'obéissance passive. Il est probable que la politique eut une grande influence sur la profonde démarcation des deux sectes.

condition est en suspens? Les Sabiniens pensaient que l'objet appartenait à l'héritier; les Proculiens décidaient que provisoirement l'objet n'appartenait à personne. (Gaïus; II, § 200.)

VII. Le legs *per præceptionem* peut-il être fait au profit d'une personne autre que l'un des héritiers? — Les Sabiniens tenaient pour la négative, les Proculiens pour l'affirmative. (Gaïus, II, § 218).

VIII. Quand un contrat contient que, dans tel cas donné, il sera permis à l'une des parties de se désister du contrat, est-ce par l'action naissant du contrat que devra agir la partie au profit de laquelle la faculté de désistement a été convenue? — Les Proculiens soutenaient qu'on ne pouvait dans ce cas agir par l'action résultant du contrat, parce que les actions *ex contractu* avaient été établies pour faire exécuter les contrats et non pour les faire résilier; qu'en conséquence il fallait recourir à l'action *in factum;* — les Sabiniens, au contraire, pensaient que pour un pacte de cette nature, comme pour tout autre ajouté *in continenti* au contrat, on pouvait agir par l'action résultant du contrat.

IX. Si un héritier a été condamné par le testament à payer à son choix soit Stichus, soit Pamphile, et qu'ignorant qu'il a le choix de livrer l'un ou l'autre, il livre Pamphile (qui est le plus précieux des deux), pourra-t-il agir par une *condictio indebiti* pour se faire rendre Pamphile et donner Stichus à la place? — Les Proculiens répondent négativement, parce que, disent-ils, on ne peut agir par *condictio indebiti* que si on a payé une chose qui n'était pas due : or ici elle était due. (Pomponius, L. 19. § 3. D. De cond. indeb.) Julien, au contraire, admettait la prétention de l'héritier. (L. 32, pr. D. De cond. indeb.)

X. Pouvons-nous acquérir par notre esclave qui est en fuite? — Cassius et Julien le décident affirmativement, parce que l'esclave en fuite est en notre possession, tant qu'il n'est pas possédé par un autre. Nerva tenait pour la négative, par la raison, disait-il, que nous ne pouvons commencer à détenir par celui que nous ne pouvons détenir lui-même. (L. 1, § 14. D. De aq. possess.)

XI. Mœvius a blessé mortellement votre esclave, et Sempronius a achevé de le tuer : quelles actions aurez-vous soit contre l'un, soit contre l'autre? — Celsus et Marcellus disent que vous devrez agir contre Mœvius à raison d'une simple blessure, et contre Sempronius à raison de meurtre, parce qu'en définitive Mœvius n'a pas tué l'esclave. Julien disait, au contraire, que vous pouviez agir contre les deux à raison de meurtre, parce que chacun d'eux doit être considéré comme ayant tué votre esclave en différents temps. (L. 11, § 3, et L. 51, pr., D. Ad leg. aquil.)

XII. L'associé qui a été blessé en s'opposant à la fuite d'esclaves qui appartenaient à la société a-t-il l'action *pro socio* pour se faire indemniser par ses co-associés? — Labéon soutenait la négative par cette raison trop subtile : « *Quia id non in societatem, quamvis propter societatem impensum sit.* (Pompon. L. 60, § 1. D. Pro socio.) — Julien, consultant davantage l'équité, accordait l'action ; et son opinion a été adoptée par Ulpien. (Ulpien, L. 61. D. *eod. loco.*)

XIII. Le paiement fait dans un lieu autre que celui fixé par le contrat libère-t-il le débiteur? — Julien décidait que l'obligation subsistait encore, mais seulement jusqu'à concurrence de l'intérêt qu'avait le créancier à être payé plutôt dans le lieu fixé dans le contrat que dans un autre. Marcellus (Proculien) rejetait ce tempérament, si conforme à l'équité ; et d'abord, disait-il, pourquoi le paiement, fait dans un autre lieu, ne pourrait-il pas opérer la libération, si le créancier y consent? Mais, ajoutait-il, si on décide que la libération ne résulte pas du paiement, il faut admettre le créancier à réclamer la somme entière. (Ulp., L. 2, § 7. D. *De eo quod certo loco.*)

XIV. L'esclave héréditaire peut-il stipuler pour l'héritier futur? Non, suivant Proculus, parce que l'esclave ne peut stipuler que pour celui sous la puissance duquel il est placé ; et l'esclave n'est pas encore sous la puissance de l'héritier futur. — Cassius, au contraire, regardait la stipulation comme valable ; il se fondait sur cette fiction que l'héritier doit être réputé avoir succédé au défunt dès le jour du décès. (Gaïus, L. 28, § 4. D. De stip. servor.)

XV. La vente peut-elle avoir lieu moyennant un prix qui ne consisterait pas en argent monnayé? — Salvius et Cassius soutenaient la validité des ventes de ce genre ; l'opinion contraire de Nerva et de Proculus a prévalu. (Paul, L. 1, § 1. D. De contrah. empt.)

XVI. On a vendu partie d'un fonds pour une somme au-dessous de sa valeur réelle, mais à la condition que l'acheteur prendrait à loyer pour dix années, et moyennant un fermage déterminé, la partie du fonds conservée par le vendeur. — Trébatius et Labéon ne pensaient pas que l'acheteur pût agir par l'action *ex vendito* pour contraindre l'acheteur à exécuter la condition dont s'agit ; car, disaient-ils, on ne peut considérer cette condition comme un prix. — Ce scrupule n'arrête pas le Sabinien Javolénus ; en effet, la vente étant valable dès qu'il y a un prix quelconque convenu en argent, pourquoi le vendeur ne pourrait-il pas agir *ex vendito* pour exiger l'accomplissement d'une clause qui, dans l'intention des parties, était considérée comme formant une partie du prix? (Javol., L. 79. D. De contrah. empt.)

XVII. Le locataire est-il responsable du dommage causé par un tiers à la chose louée? — Julien soutient la négative sans aucune distinction. — Marcellus (Proculien) pense, au contraire, et avec raison, qu'il faut distinguer si le locataire a pu ou non garantir la chose du dommage. (Ulpien, L. 41. D. Locati.)

XVIII. J'ai acheté un esclave; et, avant que la tradition m'en fût faite, j'ai institué héritiers, par portions égales, cet esclave et Titius. Après ma mort, cet esclave fait adition par ordre du vendeur. On demande ce que le vendeur est tenu de restituer à Titius, mon autre héritier. — Julien pensait que Titius, n'étant institué que pour moitié, pouvait seulement réclamer au vendeur moitié de l'esclave et moitié de ce qui avait été acquis au vendeur par le moyen de ce même esclave, c'est-à-dire le quart de l'hérédité. — Marcellus, au contraire, se fondant sur ce que le vendeur ne doit retenir aucun des profits produits par la chose vendue, décidait, avec plus de justice, que le vendeur devait restituer tout l'esclave et toute la portion d'hérédité acquise par cet esclave. (Julien, L. 38, § 5; Marcian., L. 39. D. De hered. inst.)

XIX. Si je stipule dix pour moi et pour Titius, la stipulation est-elle valable pour dix ou pour cinq seulement? — Les Proculiens avaient adopté cette dernière opinion. (Pompon., L. 110. D. De verb. obl.) — Les Sabiniens, au contraire, décidaient que la stipulation était valable pour dix, parce qu'ils regardaient l'adjonction du tiers comme non avenue. (Gaïus, C. III, § 103.)

ARTICLE IV. — QUATRIÈME PÉRIODE OU PÉRIODE DE DÉCADENCE (BAS-EMPIRE)

DEPUIS CONSTANTIN JUSQU'A LA FIN DU RÈGNE DE JUSTINIEN

136. L'empereur Constantin opéra trois innovations :

1° Translation de la capitale de l'Empire et du gouvernement à Constantinople (Byzance);

2° Établissement du christianisme comme religion d'État;

3° Organisation monarchique de l'Empire romain.

Nous n'avons à nous occuper ici que de cette troisième innovation.

§ I. — GOUVERNEMENT CENTRAL

137. Le gouvernement une fois transporté à Constantinople, le despotisme militaire fut remplacé par le despotisme de la cour.

Au-dessous du prince s'étendit une vaste hiérarchie de dignitaires. Des dignités nouvelles furent créées :

1° La dignité de *patrice*. Les patrices étaient les conseillers intimes de l'empereur.

2° Les comtes du consistoire, *consistorium*, *comites consistorii*. A Constantinople, le *consistorium* fut le conseil de l'empereur, dans lequel étaient préparées et expédiées les affaires gouvernementales et administratives de l'Empire.

3° Le *préfet du prétoire* fut maintenu; mais il n'eut plus qu'un pouvoir civil.

4° La dignité de questeurs du sacré palais, *quæstores sacri palatii*, dont les fonctions consistaient à rédiger les projets de constitutions impériales, à préparer les rescrits du prince et à juger, avec le préfet du prétoire, les causes portées en appel devant l'empereur, quand l'empereur ne les jugeait pas lui-même.

5° Le *comes largitionum*, ministre des finances.

6° Le *comes rei privatæ principis*, ministre du trésor privé de l'empereur.

Au-dessous, une foule d'employés du palais; et d'abord le *præpositus sacri cubiculi*, grand-chambellan, sous les ordres duquel étaient tous les *palatini* ou *comites palatii*, divisés en quatre sections.

A la tête des troupes étaient les maîtres de l'infanterie, *magistri peditum*, et les maîtres de la cavalerie, *magistri equitum*. Trois mille Arméniens composaient la garde particulière de l'empereur. La garde prétorienne avait été supprimée.

Constantin établit aussi à Constantinople, mais seulement pour la forme, un sénat, des curies, des tribus.

Constantin divisa l'Empire en quatre préfectures : l'Italie, l'Illyrie, les Gaules et l'Orient. Ces quatre préfectures furent divisées en quatorze diocèses, comprenant cent dix-neuf provinces. A la tête de chaque préfecture était un préfet du prétoire ; à la tête de chaque diocèse, un *vicarius*. Chaque province était administrée par un gouverneur appelé *rector provinciæ*.

§ II. — SOURCES DU DROIT PRIVÉ PENDANT LA QUATRIÈME PÉRIODE.

138. Les règles de droit établies dans les périodes précédentes subsistent, mais la plupart des sources dont elles émanent n'existent plus. Le peuple, en effet, ne vote plus ni lois ni plébiscites ; le sénat ne fait plus de sénatus-consultes ; il n'y a plus de réponses des prudents, pour ce bon motif qu'il n'y a plus de juris-

consultes. Commé sources du droit, il ne reste plus que les constitutions impériales et la coutume.

139. I. **Constitutions impériales.** — Les constitutions impériales, étant maintenant la seule source des règles de droit émanant de l'autorité publique, prennent le nom de *leges*. Au contraire, on appelle *jus* l'ensemble des écrits des jurisconsultes déclarés anciennement obligatoires par les empereurs.

140. II. **La coutume.** — La coutume est-elle encore une source du droit pendant la quatrième période? On pourrait en douter à la lecture d'une constitution de Constantin, laquelle porte : « L'autorité de la coutume et d'un usage constant n'est pas médiocre ; mais cette autorité n'est point telle que la coutume puisse l'emporter sur un principe général de droit (*rationem*) ou sur la loi. » (L. 2, C. 8, 53.) Il semble que, d'après ce texte, la coutume n'aurait plus la puissance d'abroger une loi ni de former une règle générale de droit. Mais tel n'est pas le sens de ce texte. Dans un empire aussi étendu que l'Empire romain à l'époque de Constantin, il y avait une foule de coutumes locales. La constitution de Constantin signifie simplement qu'une coutume locale ne peut pas déroger aux lois générales ni aux principes du droit. Mais pendant la quatrième période, comme dans les périodes précédentes, une coutume générale peut encore abroger une loi; une coutume constante et générale peut encore former une règle de droit. (L. 32. D. 1, 3. *Inst.*, I, II, § 9.)

141. III. **Travaux de codification pendant la 4e période.** — La quatrième période est surtout caractérisée par des travaux de codification entrepris dans le but de faciliter aux juges l'application des règles du droit.

Sous le règne de Constantin furent composés deux recueils de *leges*, c'est-à-dire de constitutions les plus importantes :

1° Le *Codex gregorianus*, Code grégorien, comprenant des constitutions rendues par les empereurs antérieurs à Constantin.

2° Le *Codex hermogenianus*, Code hermogénien, autre recueil contenant également des constitutions rendues par les empereurs antérieurs à Constantin.

Ces deux recueils, composés par deux jurisconsultes, Grégorianus et Hermogénianus, n'avaient aucun caractère officiel : ils étaient l'œuvre de particuliers.

142. Un siècle et demi plus tard, un recueil officiel fut composé d'après les ordres de Théodose II, empereur d'Orient. Ce recueil est connu sous le nom de *Code théodosien*. Il contient les constitutions de Constantin et des empereurs postérieurs à Constantin. La

plupart des constitutions contenues dans ce recueil sont parvenues jusqu'à nous.

Le Code théodosien avait été promulgué par Théodose II dans l'Empire d'Orient; mais il fut ensuite adopté et promulgué en Occident par Valentinien III.

143. Des constitutions vinrent aussi faciliter aux juges l'application du *jus*, c'est-à-dire des règles de droit contenues dans les écrits des jurisconsultes déclarés obligatoires, après leur mort, par les empereurs. — Les jurisconsultes Paul et Ulpien avaient fait des notes critiques sur les ouvrages de Papinien. Or, ces écrits de Paul et d'Ulpien, contredisant les ouvrages de Papinien, avaient été rendus obligatoires aussi bien que ceux de Papinien. Il est vrai qu'Adrien avait décidé que, lorsque les écrits des jurisconsultes déclarés obligatoires seraient en contradiction, le juge devrait choisir l'opinion qui lui paraîtrait la meilleure. Mais la nécessité de faire ce choix embarrassait les juges, à cette époque de décadence où les juges étaient peu instruits dans la science du droit. Pour faire cesser cet embarras du juge, Constantin fit une constitution enlevant toute force et toute autorité aux notes critiques de Paul et d'Ulpien sur les ouvrages de Papinien, donnant ainsi la préférence aux écrits de Papinien, mais sans enlever, pour cela, la force obligatoire aux autres écrits de Paul et d'Ulpien, auxquels elle avait été accordée par les empereurs.

144. A l'époque de Théodose le Jeune, la faiblesse et l'ignorance des juges étaient devenues encore plus grandes. Aussi pour venir à leur secours, Théodose II et Valentinien III décidèrent, par une constitution connue sous le nom de *loi des citations*, qu'à l'avenir il n'y aurait plus que les écrits de cinq jurisconsultes, Gaïus, Paul, Ulpien, Papinien et Modestin, qui auraient force de loi. D'après cette constitution de Théodose II, la tâche du juge sera simple : si ces cinq jurisconsultes ne sont pas d'accord sur la question à juger, le juge choisira l'opinion qui lui paraîtra la meilleure. Quand une opinion aura pour elle la majorité des jurisconsultes, le juge suivra l'avis de la majorité. En cas de partage, c'est-à-dire au cas où quatre jurisconsultes ayant prévu la question, deux se sont prononcés dans un sens et deux en sens contraire, si Papinien s'est prononcé, le juge suivra l'avis de Papinien. Si Papinien n'a pas prévu la question, le juge cherchera la solution dans ses propres lumières.

§ III. — TRAVAUX LÉGISLATIFS DE JUSTINIEN.

145. L'empereur Justinien régna à Constantinople depuis l'année 1280 jusqu'à l'année 1318 de la fondation de Rome.

Dans le but de réunir toutes les règles de droit applicables de son temps, Justinien ordonna la confection de deux recueils : 1° un recueil des *leges*, c'est-à-dire un recueil de constitutions impériales, appelé *Codex*, Code ; 2° un recueil du *jus*, c'est-à-dire des règles de droit contenues dans les écrits des jurisconsultes romains.

146. I. **Code.** — En l'an 528 de l'ère chrétienne, Justinien nomma une commission de dix membres, ayant pour président Jean, ex-questeur du sacré palais, et chargea cette commission de composer un code comprenant toutes les constitutions impériales susceptibles d'être appliquées encore à cette époque, c'est-à-dire non-seulement les constitutions des codes antérieurs, grégorien et hermogénien, mais encore les constitutions non comprises dans ces codes et celles promulguées depuis la confection de ces codes, pourvu qu'elles fussent encore applicables. Justinien permit en outre aux membres de la commission de supprimer, dans les constitutions qu'ils inséreraient au Code, les préfaces inutiles, les dispositions semblables, contradictoires ou tombées en désuétude, de retrancher, de modifier certains passages ou d'en ajouter de nouveaux pour rendre le sens plus clair. (*Constit. de novo codice faciendo*, § 2.)

Le travail de la commission fut terminé et promulgué avec force obligatoire en 529, sous le nom de *Codex Justinianeus*.

147. II. **Digeste ou Pandectes.** — En 530, Justinien nomma une commission composée de seize membres, présidée par Tribonien, et la chargea de rechercher, dans les ouvrages des anciens jurisconsultes dont les écrits avaient obtenu force de loi, les décisions et opinions qui pouvaient encore être appliquées de son temps et de les réunir en un seul recueil. Justinien recommande aux membres de la commission de faire en sorte qu'il n'y ait pas de contradictions dans leur compilation, et, pour leur faciliter cette tâche, il leur permet de modifier les textes qu'ils compileront. Il leur recommande de ne pas rejeter même les notes critiques de Paul et d'Ulpien sur Papinien, auxquelles Constantin avait enlevé la force obligatoire (n° 143). Enfin, il leur ordonne de suivre dans leur travail l'ordre suivi dans le Code ou l'ordre de l'Édit perpétuel de Salvien. (Constitution *Deo auctore*, ainsi appelée parce qu'elle commence par ces mots. Cette constitution forme la première préface du *Digeste*.)

Ce travail de la commission fut terminé en trois ans et promulgué en 533 avec force obligatoire, sous le nom de *Digesta* ou *Pandectæ*, *Digeste* ou *Pandectes*.

Le *Digeste* contient des fragments empruntés aux écrits de trente-neuf jurisconsultes.

Dans la Constitution *Tanta*, qui contient la promulgation du *Digeste* et qui en est la deuxième préface, Justinien donna force de loi à tous ces fragments empruntés aux écrits des jurisconsultes. Voilà pourquoi on appelle *lois* ces fragments divers qui composent le *Digeste*.

Le *Digeste* a deux divisions : 1° il est divisé en cinquante livres ; chaque livre est subdivisé en titres. Chaque titre traite d'une matière particulière, par exemple l'un traite des adoptions, un autre des donations, etc. Chaque titre est composé de divers fragments empruntés par les compilateurs du *Digeste* aux écrits des jurisconsultes. En tête de chaque fragment qui s'appelle *loi* se trouve le nom du jurisconsulte qui en est l'auteur et le nom de l'ouvrage de ce jurisconsulte d'où il est tiré. Chaque fragment, chaque loi est divisée ordinairement en plusieurs parties dont la prcmière prend le nom de *principium* (commencement), et chaque autre partie prend le nom de paragraphe : la seconde partie de la loi forme ainsi le § 1 ; la troisième le § 2, etc...

2° Le *Digeste* est divisé en sept parties à l'imitation de l'Édit prétorien. La première partie comprend les matières contenues dans les quatre premiers livres ; la seconde comprend les matières contenues dans le cinquième livre jusqu'au douzième livre ; la troisième partie comprend les matières contenues dans le douzième jusqu'au vingtième livre ; la quatrième, les matières contenues dans le vingtième jusqu'au vingt-huitième livre ; la cinquième, les matières contenues dans le vingt-huitième livre jusqu'au trente-septième livre ; la sixième, les matières contenues dans le trente-septième jusqu'au quarante-cinquième livre ; la septième, les matières contenues dans le quarante-cinquième livre jusqu'au cinquantième.

Justinien, dans sa Constitution *Tanta*, deuxième préface du *Digeste*, affirme que quiconque lira avec attention son *Digeste* ne trouvera aucune antinomie, c'est-à-dire aucune contradiction, entre les divers textes qui y sont insérés. Malgré cette assertion, il est bien démontré qu'il y a antinomie, contradiction, entre un certain nombre de textes insérés au *Digeste*, ce qui ne doit pas surprendre, puisque ces textes ont été empruntés par les compilateurs du *Digeste* aux écrits de divers jurisconsultes qui, souvent, étaient en désac-

cord sur la même question. Il est bien vrai que Justinien avait recommandé aux compilateurs du *Digeste* de ne pas y insérer des textes contradictoires ; mais ceux-ci en ont inséré sans s'en apercevoir.

Enfin Justinien décide que celui qui se permettra d'invoquer et de citer d'autres textes que ceux qui sont contenus au *Digeste* sera puni de la peine du faux. (§ 19 de la Constitution *Tanta*.)

148. Lorsqu'on lit les diverses lois qui composent chaque titre du *Digeste*, il semble qu'il n'y a entre elles aucun ordre logique et qu'elles ont été placées les unes à la suite des autres, en quelque sorte, au hasard, sans suite, et sans lien entre elles. Mais si l'on y regarde de plus près, on voit que toutes les lois contenues dans un titre sont groupées en trois séries : la première série, qui se trouve au commencement de chaque titre, comprend des fragments empruntés à des commentaires faits par d'anciens jurisconsultes sur les écrits de Sabinus; la seconde série comprend des fragments empruntés aux commentaires des jurisconsultes sur l'Édit du préteur urbain et sur l'Édit provincial ; la troisième série comprend des fragments tirés des ouvrages de Papinien. Les principaux ouvrages de Papinien sont ses *Responsa* et ses *Quæstiones*. Les *Responsa* sont un ouvrage qui traite de questions pratiques qui avaient été soumises à Papinien et sur lesquelles il avait donné son avis. Les *Quæstiones* sont un ouvrage théorique, dans lequel Papinien pose, discute et résout des questions de droit qu'il imagine.

Cette division en trois séries des lois composant chaque titre du *Digeste* s'explique par la division des études dans les écoles de droit de l'Empire à l'époque où le *Digeste* fut rédigé. A cette époque, en effet, les études, dans les écoles de droit, duraient trois ans. Les étudiants de première année, appelés *dupondii*, entendaient l'explication des *Institutes* de Gaïus et l'explication d'un ouvrage de Sabinus traitant de quatre matières de droit civil : la dot, les tutelles, les testaments et les legs. Aux étudiants de seconde année, appelés *edictales*, les professeurs expliquaient la première partie de l'Édit prétorien et, en outre, soit la seconde, soit la troisième partie de l'Édit. (L'Édit prétorien était divisé en sept parties.) Aux étudiants de troisième année, appelés *Papinianistæ*, Papinianistes, les professeurs expliquaient ou la seconde ou la troisième partie de l'Édit et, en outre, les réponses de Papinien.

Or, cette division de l'enseignement dans les écoles de droit nous indique l'ordre dans lequel les compilateurs du *Digeste* ont inséré, dans chaque titre, les fragments par eux extraits des écrits des jurisconsultes. En effet, j'ai dit que, dans chaque titre du *Digeste*, il y a

trois séries de lois ou fragments. La première série comprend des fragments extraits des commentaires des jurisconsultes sur l'ouvrage de Sabinus ; la deuxième, des fragments extraits des commentaires sur l'Édit ; la troisième, des fragments extraits soit des réponses de Papinien, soit d'ouvrages du même genre émanant d'autres jurisconsultes. Cette concordance de la division en trois séries des lois ou fragments contenus dans chaque titre du *Digeste* avec la division des matières enseignées, chaque année, dans les écoles de droit, s'explique par cette circonstance que, parmi les membres composant la commission chargée par Justinien de rédiger le *Digeste*, la plupart étaient des professeurs qui se partagèrent de la manière suivante la composition du *Digeste* : les professeurs de première année compilèrent la première série des lois qui se trouve au commencement de chaque titre, sur les matières qu'ils enseignaient. Les professeurs de seconde année compilèrent la seconde série des lois de chaque titre sur les matières, objet de leur enseignement. Enfin, les professeurs de troisième année compilèrent la troisième série des lois correspondant aussi aux matières de leur enseignement.

Du reste, l'ordre que je viens d'indiquer ne se retrouve pas invariablement dans chaque titre du *Digeste*. En effet, si la matière dont il est question dans un titre est purement prétorienne, on n'y trouve pas d'extraits de commentaires sur Sabinus, c'est-à-dire d'extraits de commentaires sur le droit civil. D'un autre côté, dans les titres du livre XX^e^, consacrés aux hypothèques, l'ordre ordinaire est interverti, car ces titres commencent par les fragments de Papinien qui, d'ordinaire, se trouvent à la fin de chaque titre. Justinien l'exigea ainsi, parce que les étudiants de troisième année s'appelaient *Papinianistæ ;* en conséquence, il voulut que les fragments de Papinien fussent au commencement de chacun des titres contenus dans le livre XX^e^ du *Digeste*. (Voyez tous ces détails dans la Constitution *Omnem reipublicæ*, qui se trouve à la suite de la Constitution *Deo auctore*, première préface du *Digeste*.)

149. III. **Institutes**. — Justinien voulant qu'il y eût un ouvrage élémentaire destiné à faciliter aux étudiants l'étude du droit, en ordonna la confection au jurisconsulte Tribonien, à Théophile, professeur de droit à Constantinople, et à Dorothée, professeur de droit à Béryte. Cet ouvrage fut terminé en moins d'un an et promulgué avec force de loi sous le nom d'*Institutiones Justiniani*, en 538. Les *Institutes* de Justinien sont divisées en quatre livres, chaque livre est divisé en un certain nombre de titres et chaque titre en paragraphes, dont le premier s'appelle *principium*.

150. IV. **Nouveau Code**. — Pendant qu'on travaillait au

Digeste, Justinien fit cinquante constitutions pour trancher les controverses que les commissaires chargés de le rédiger trouvaient dans les écrits des jurisconsultes, dont ils réunissaient les fragments. En conséquence, Justinien ordonna à une commission composée de cinq membres de rédiger une seconde édition du Code (celui dont il est question au n° 146), dans laquelle furent insérées ces cinquante constitutions et d'autres constitutions promulguées par Justinien. Cette nouvelle édition du Code s'appelle *Codex repertitæ prælectionis*. Elle fut promulguée en 534. Cette nouvelle édition est parvenue jusqu'à nous. Ce Code, qui comprend des constitutions d'empereurs antérieurs à Justinien et aussi les constitutions rendues par Justinien jusqu'au moment où ce Code fut promulgué, est divisé en douze livres et chaque livre se subdivise en titres. Chaque titre contient un plus ou moins grand nombre de constitutions, appelées *lois*, et rangées dans un ordre chronologique. Ces lois se subdivisent elles-mêmes en plusieurs paragraphes, dont le premier s'appelle *principium*.

151. Ces diverses compilations, composées d'après les ordres de Justinien, sont réunies aujourd'hui dans un recueil qui reçut, au moyen âge, le nom de *Corpus juris civilis* ou Corps de droit civil pour le distinguer du *Corpus juris canonici*, ou Corps de droit canonique, contenant les Décrétales des papes et les décisions des conciles.

152. Le livre appelé *Corpus juris civilis* contient d'abord les *Institutes* de Justinien, ensuite le *Digeste* ou *Pandectes*, puis le Code, deuxième édition, appelée *Codex repertitæ prælectionis*, puis ce qu'on appelle les *Novelles*, *Novellæ constitutiones*. En effet, après la promulgation du Code et jusqu'à la fin de son règne, Justinien rendit un assez grand nombre de constitutions, quelques-unes en latin, la plupart en grec, qui ne furent pas réunies en un recueil officiel, mais qui nous sont parvenues néanmoins. Le *Corpus juris* contient 168 novelles, dont 154 sont de Justinien ; les autres ont été promulguées par les empereurs postérieurs à Justinien.

A la suite des *Novelles*, on trouve dans le *Corpus juris* les Canons des apôtres, puis les *Consuetudines feudorum*. Ces *Consuetudines feudorum* sont un recueil de droit féodal aux dixième et onzième siècles.

Enfin le *Corpus juris* contient encore les constitutions de Frédéric II, empereur d'Allemagne, ainsi que le traité de Constance conclu par Frédéric Barberousse et quelques princes d'Allemagne, avec la ligue lombarde. Les empereurs d'Allemagne se considéraient comme les successeurs des empereurs romains ; voilà pour-

quoi les éditeurs du *Corpus juris* y ont fait entrer certaines constitutions des empereurs d'Allemagne.

§ IV. — TABLEAU DES TEXTES DU DROIT ROMAIN, EN DEHORS DE LA COMPILATION DE JUSTINIEN.

153. 1° Les *Institutes* ou Commentaires de Gaïus, divisés en quatre livres. En 1816, l'historien allemand Niebuhr trouva, dans la bibliothèque du chapitre de Vérone, un parchemin sur lequel étaient écrites les œuvres de saint Jérôme. En examinant attentivement ce parchemin, Niebuhr reconnut qu'il avait été primitivement recouvert d'une première écriture qui avait été ensuite effacée et remplacée par une copie des œuvres de saint Jérôme. Au moyen d'un procédé chimique, on fit réapparaître la première écriture, qui n'était autre que la copie des *Institutes* de Gaïus.

154. 2° Les *Tituli ex corpore Ulpiani*. C'est un exposé succinct des règles du droit romain qu'on présume généralement avoir été extrait d'un ouvrage d'Ulpien intitulé : *Liber singularis regularum*. Ces *Tituli ex corpore Ulpiani* ont été découverts, en 1554, par Dutillet sur un manuscrit du Bréviaire d'Alaric (n° 176). Quand on les cite, on les désigne généralement par les mots *Regulæ juris* d'Ulpien. C'est sous ce nom que je les citerai.

155. 3° Les *Sententiæ receptæ* du jurisconsulte Paul, ouvrage en cinq livres, qui nous est parvenu aussi par le Bréviaire d'Alaric (n° 176).

4° La *Disputatio forensis* du rhéteur Dosithée, qui contient notamment des règles sur les affranchissements des esclaves.

156. 5° Les *Fragmenta Vaticana*. Ces fragments sont des extraits soit d'ouvrages de jurisconsultes, soit de constitutions impériales. Ils contiennent des renseignements précieux sur l'usufruit et les donations, particulièrement sur une loi *Cincia* relative aux donations. L'auteur de ce recueil est inconnu. Ces fragments ont été trouvés, en 1823, par l'abbé Maï dans la bibliothèque du Vatican. Voilà pourquoi on les appelle *Fragmenta Vaticana*.

157. 6° *Collatio legum mosaïcarum et romanarum*. C'est une comparaison de certaines règles du droit des Hébreux avec certaines règles du droit romain. A propos de cette comparaison, l'auteur inconnu cite souvent des décisions de jurisconsultes ou des constitutions impériales qui nous seraient inconnues sans ce travail.

158. 7° La *Consultatio veteris jurisconsulti*. C'est un recueil de consultations qu'un ancien jurisconsulte romain avait données à ses clients. Dans ces consultations, ce jurisconsulte, dont le nom est

inconnu, cite plusieurs constitutions tirées des codes grégorien, hermogénien et théodosien.

159. 8° *Code théodosien* (n° 142). Le code théodosien était divisé en seize livres et chaque livre en titres. Un extrait des constitutions contenues dans les cinq premiers livres est parvenu jusqu'à nous par le Bréviaire d'Alaric (n° 234). Les constitutions contenues dans les onze derniers livres sont arrivées jusqu'à nous par divers manuscrits.

160. 9° Les *Tables d'Héraclée*, contenant des dispositions de la loi *Julia municipalis*, qui organisa le régime municipal en Italie (n° 88).

161. 10° La *Table de Velléia*, contenant un certain nombre de dispositions de la loi *Rubria*, qui avait réglé la compétence des magistrats municipaux dans les villes de la Gaule Cisalpine (n° 88).

162. 11° Les *Tables de Malaga et de Salpenza*, contenant des articles des deux lois qui avaient organisé le régime municipal à Malaga et à Salpenza (n° 115).

§ V. — DES MUNICIPES PENDANT LA PÉRIODE DE DÉCADENCE [1].

163. J'ai dit précédemment que l'état des municipes avait été prospère pendant la première moitié de l'Empire (n° 115). L'empereur Adrien, qui favorisa particulièrement le développement du régime municipal, restreignit néanmoins la juridiction des magistrats municipaux en Italie en donnant des gouverneurs à l'Italie comme aux provinces. En effet, Adrien divisa l'Italie en quatre régions ; à la tête de chacune de ces régions se trouvait un magistrat appelé *consularis*, envoyé par l'empereur pour l'administrer. (Spartien, *Hadrian.*, XXII, v. — N° 114.)

Mais ce n'est qu'à partir du moment où Caracalla eut accordé la qualité de citoyen à tous les habitants libres de l'Empire, que le régime municipal commença à décliner. Dès lors, le despotisme impérial tendit à rendre les gouverneurs tout-puissants dans les provinces, et l'ordre des décurions, autrefois si honoré, devint de plus en plus dédaigné. (L. 2, L. 3, L. 13. D. 50, 2.) A partir du règne de Constantin, le régime municipal tombe en décadence complète. La dignité de curial, autrefois si recherchée, est maintenant évitée par les citoyens des municipes, parce qu'elle est devenue une charge très-lourde. En effet, à l'époque dont je parle, les décurions étaient tenus de payer à leurs frais les dépenses consi-

1. V. l'établissement des municipes, n° 90.

dérables des jeux à offrir à la plèbe (L. 1. C. 11, 40) ; ils devaient payer l'excédant des dépenses du budget municipal sur les recettes ; ils étaient responsables vis-à-vis du fisc impérial, du recouvrement de l'impôt général de l'État, c'est-à-dire, si les contribuables d'un municipe ne pouvaient pas payer intégralement leurs impôts à l'État, les curions devaient payer, de leurs deniers, le déficit. Enfin les curions supportaient seuls un impôt extraordinaire appelé *aurum coronarium*, consistant à payer à l'empereur une somme plus ou moins considérable à l'occasion de certains événements solennels. (L. 3. C. Th. 12, 13.) — Les choses arrivèrent à un tel état que les curions furent contraints de prendre à leur charge les immeubles abandonnés par les contribuables qui ne pouvaient plus payer l'impôt. On comprend qu'à cette époque le curionat ne fut plus recherché, que chacun, au contraire, chercha à en éviter les charges. Aussi, plusieurs constitutions impériales furent-elles rendues pour retenir au service actif de la curie les curions qui s'enfuyaient pour se soustraire aux charges attachées à la dignité de curial. Il leur fut défendu de s'éloigner de la ville sans une autorisation spéciale ; il leur fut même défendu d'aller habiter à la campagne (L. 51. C. 10, 31. — L. uniq. C. 10, 37) ; il leur fut défendu d'entrer dans les ordres sacrés, parce que l'entrée dans les ordres était une cause de dispense du curionat et des fonctions municipales.

J'ai dit que la curie se recrutait par la cooptation (n° 90). Pour pouvoir être choisi comme curial par la curie, il fallait être propriétaire de vingt-cinq *jugera* de terre, c'est-à-dire qu'il n'y avait que les citoyens riches des municipes qui pouvaient faire partie de la curie. On comprend qu'à partir du moment où la dignité de curial cessa d'être un honneur pour devenir une charge, personne ne se présenta à l'élection de la curie. Dès lors, les empereurs imaginèrent divers moyens pour combler les vides qui se produisaient dans les curies : 1° la dignité de curial fut déclarée héréditaire, c'est-à-dire transmissible aux enfants légitimes du curial; 2° des priviléges furent accordés à ceux qui entreraient *volontairement* dans la curie ; 3° on organisa l'*oblation à la curie*, que j'expliquerai lorsque nous étudierons la légitimation.

164. Dans cette période, nous voyons apparaître une magistrature municipale de création nouvelle, assez importante, dont nous trouvons les premières traces dans les constitutions de Valens, Valentinien et Théodose ; je veux parler des *defensores civitatum*.

Defensores civitatum. — En instituant les *defensores civitatum*, ces empereurs voulurent donner aux habitants des villes municipales

des magistrats protecteurs, chargés de protéger les malheureux contre les vexations et les injustices dont ils pourraient être victimes. Ils étaient nommés pour cinq ans par une assemblée composée des personnes les plus notables de la cité : des curiaux, de l'évêque et des principaux habitants de la ville. Le *defensor civitatis* a une certaine juridiction : il peut connaître des affaires de peu d'importance n'excédant pas cinquante solides.

Malgré l'institution des *defensores civitatis*, le régime municipal continua à déchoir. Certains empereurs amenèrent la déconsidération des sénats municipaux en y faisant entrer des soldats renvoyés de l'armée pour cause de lâcheté. (L. 5. C. Th. *De re militari.*) Honorius ne craignit pas d'y faire entrer des fils d'esclaves et des prêtres indignes. (L. 178. C. Th. *De decurion.*) A la fin de l'Empire, Majorien chercha à redonner quelque vie aux municipes en rétablissant les *defensores civitatis* et le sénat des municipes. Mais bientôt vinrent les Barbares qui mirent fin à l'Empire d'Occident.

En Orient, la condition des municipes n'était pas meilleure : l'administration et la juridiction municipales n'existaient pour ainsi dire plus. Justinien chercha à apporter un remède à cet état de choses en faisant des *defensores civitatum* de véritables juges ; mais Léon le Philosophe supprima en Orient ce qui restait de l'organisation municipale, par une constitution conçue en ces termes : « Parmi les lois anciennes rendues sur les décurions et les curies, il en est qui imposent aux décurions des charges lourdes et intolérables, et qui attribuent aux curies le privilége de nommer certains magistrats et de gouverner les villes par leur propre autorité. Mais comme maintenant les affaires civiles ont pris une autre forme et que toutes choses dépendent uniquement de la sollicitude et de l'administration de la majesté impériale, ces lois errent en quelque sorte vainement autour du sol légal; nous les abolissons par le présent décret. » (Constit. 46, *Abrogatio quarumdam de curiis et decurionibus latarum legum. Novella imperatoris Leonis.*)

§ VI. — RÉSUMÉ DE L'HISTOIRE ROMAINE PENDANT LA QUATRIÈME PÉRIODE.

165. Les trois fils de Constantin lui succédèrent et se partagèrent l'Empire. Constance eut l'Orient, Constant l'Italie, Constantin II les Gaules. — Constantin II, non content de son lot, voulut enlever l'Italie à son frère Constant, mais il trouva la mort dans un combat livré près d'Aquilée. Dans les Gaules, les troupes proclament empereur, à Autun, Magnence, Franc d'origine. Magnence envahit l'Italie

pour renverser Constant, qui, voulant fuir en Espagne, fut tué dans la ville d'*Helena*, au pied des Pyrénées.

166. En Orient, Constance appela à l'Empire son cousin Gallus, le nomma César et l'envoya combattre les Perses. Constance marcha contre l'usurpateur Magnence, qui, abandonné de ses troupes, se perça de son épée. De retour en Orient, Constance rappela de la Perse son cousin Gallus et le fit mettre à mort en Istrie. Dès lors, Constance se trouva seul maître de l'Empire (355). Mais les Francs ayant pris Cologne, les Alemans ayant dévasté Strasbourg et Mayence, Constance sentit qu'à lui seul il ne pourrait défendre l'Empire. En conséquence, il s'associa à l'Empire Julien, frère de Gallus, et le chargea de délivrer la Gaule des ravages des Germains (355). Julien, victorieux, fut proclamé empereur par ses troupes, en Gaule. Constance mourut en Cilicie, en 361.

Julien, empereur philosophe, homme éclairé et juste, régna seulement pendant deux ans, de 361 à 363. C'est lui que le catholicisme a surnommé l'*Apostat*, parce qu'il défendit l'exercice du culte catholique dans l'Empire. Julien mourut dans une expédition qu'il avait entreprise contre les Perses. Son armée proclama empereur Jovien, qui mourut dans la même expédition, huit mois après. L'armée proclama empereur un Pannonien, Valentinien, alors préfet des gardes ; mais les soldats lui imposèrent le choix d'un collègue : il choisit son frère Valens et lui laissa l'Orient, prenant pour lui les provinces de l'Occident.

167. En Occident, Valentinien I^er^ lutta avec vigueur contre les Barbares : il battit les Alemans, les Burgondes, les Sarmates, les Francs et mourut dans une expédition contre les Quades (375). Il eut pour successeur son fils Gratien qui s'associa son frère Valentinien II, auquel il abandonna l'Italie et l'Illyrie.

168. En Orient, Valens avait à combattre les Visigoths ou Goths de l'Ouest qui habitaient au nord du Danube inférieur. Après trois ans de guerre, il conclut avec eux un traité. Mais bientôt apparurent les Ostrogoths ou Goths de l'Est, les Alains, les Huns, qui occupaient toutes les provinces du Danube. Pendant un an, les légions essayèrent vainement d'arrêter l'invasion. Valens arriva avec l'armée d'Orient, mais il fut vaincu à Andrinople par les Barbares, ayant pour chef Frigitern, et mourut des suites d'une blessure (378).

Gratien appela à partager avec lui le titre d'auguste, un Espagnol, Théodose, et lui laissa l'Orient. Après plusieurs combats contre les Goths, Théodose I^er^ conclut avec eux un traité : il leur abandonna la Thrace et la Mœsie, à la condition qu'ils défendraient le

passage du Danube et incorpora 40,000 de leurs guerriers dans les troupes impériales.

169. En Occident, Gratien fut renversé par un usurpateur. Maxime, commandant les légions de Bretagne, se fit proclamer par ses troupes et marcha contre Gratien qui, abandonné par ses soldats, fut mis à mort près de Lyon, en 383.

Théodose Ier reconnut l'usurpateur Maxime maître des Gaules, à la condition qu'il laisserait l'Italie à Valentinien II, frère de Gratien. Mais Maxime ayant envahi l'Italie, Théodose Ier marcha contre lui, et Maxime, vaincu, fut livré par ses propres soldats et mis à mort (388). Théodose Ier laissa l'Italie à Valentinien II, en lui donnant pour ministre le Franc Arbogast. Quelques années après, Valentinien II fut assassiné (392). Arbogast fit proclamer empereur, à sa place, le rhéteur Eugène. Mais Eugène, vaincu dans une bataille près d'Aquilée, fut fait prisonnier et mis à mort.

Théodose Ier, avant de mourir (395), partagea l'Empire entre ses deux fils, Honorius et Arcadius. Honorius eut l'Occident, et Arcadius l'Orient. Dès lors l'ancien Empire romain fut irrévocablement divisé en deux Empires : l'Empire d'Occident et l'Empire d'Orient.

170. En Occident, Honorius régna de 395 à 423. Sous son règne, l'Italie fut exposée à l'assaut des Barbares. Alaric, chef des Visigoths, envahit l'Italie ; mais il fut vaincu à Pollentia, en 403, par le Vandale Stilicon, ministre d'Honorius. Radagaise, autre chef barbare, envahit aussi l'Italie, s'avança jusqu'à Florence, fut vaincu et tué. Mais aussitôt les Alains, les Suèves, les Vandales et les Burgondes envahissent la Gaule et l'Espagne. En 410, Alaric reparaît et s'empare de Rome qu'il met au pillage. En 419, les Visigoths fondent un royaume dans le sud de la Gaule et en Espagne.

Honorius mourut en 435. Valentinien III, son neveu, après avoir vaincu le secrétaire Jean, qui s'était revêtu de la pourpre, régna de 425 à 454. C'est sous le règne de Valentinien III que l'Empire d'Occident fut assailli par les hordes sauvages d'Attila. Attila, roi des Huns, avait soumis tout le monde barbare, compris depuis le Volga jusqu'au Rhin. Il passa ce fleuve, venant réclamer comme ses esclaves fugitifs les Germains déjà établis dans l'Empire. Mais tous ces Germains, Francs, Visigoths, Burgondes, réunis aux légions romaines commandées par Aétius, mirent en déroute les hordes d'Attila dans les plaines de Châlons (451). L'année suivante, Attila envahit l'Italie, livra au pillage un grand nombre de villes, et, rentré en Germanie, mourut en 453.

Valentinien III, qui régna de 425 à 454, fut tué par le sénateur Maxime, qui prit sa place. Eudoxie, veuve de Valentinien, appela

le Vandale Genséric, qui entra victorieux dans Rome, en 455. Maxime fut tué à coups de pierres par le peuple en se sauvant de son palais.

L'Empire se trouvant sans chef, l'Arverne Mæcilius Avitus se fit proclamer empereur dans la Gaule et vint ensuite se fixer à Rome. Mais Majorien, qui commandait dans le nord de l'Italie, ayant remporté une grande victoire sur les Alemans qui avaient passé les Alpes, se fit proclamer empereur en 457. Le Suève Ricimer le fit assassiner (461) et fit nommer à sa place, par le sénat, Libius Sévérus, dont on n'a jamais su que le nom. Ricimer régna en réalité sous son nom et le fit remplacer par Anthimius et par le sénateur Olybrius (472). Un chef burgonde, Gundobald, voulut aussi faire un empereur. Il nomma Glycérius, soldat obscur de son armée (473). Mais sous l'influence de la cour d'Orient, Julius Népos remplaça Glycérius, qui devint archevêque de Milan, et Olybrius, qui devint évêque de Salone (474).

Julius Népos, ayant commis la lâcheté de céder aux Visigoths l'Arvernie, la plus fidèle province des Gaules, fut obligé de se sauver en Dalmatie, où il fut assassiné.

171. Son successeur fut Romulus Momylus, surnommé ironiquement par les Barbares, Romulus Augustule (475-1228 de Rome). Mais, en 476, Romulus Augustule fut détrôné par Odoacre, chef de toutes les bandes barbares qui se trouvaient en Italie. Romulus Augustule implora la clémence d'Odoacre qui le relégua en Campanie, dans l'ancienne maison de Lucullus, avec un revenu de six mille pièces d'or (476-1229 de Rome). Romulus Augustule fut le dernier qui porta le titre d'empereur romain.

172. Odoacre prit le titre de roi d'Italie et distribua à ses Barbares, dont la plus grande partie était composée d'Hérules, le tiers des terres de la péninsule. Il vécut en relations amicales avec Zénon, empereur d'Orient. Mais Odoacre ne pouvait compter sur les Italiens, qu'il venait de dépouiller. Quant à son armée barbare, elle était composée d'hommes de toutes races, sans unité, et, par suite, impuissante à repousser une invasion nouvelle. Aussi, en 493, Odoacre fut vaincu et renversé par Théodoric, chef des Visigoths, qu fonda un royaume en Italie, comme nous le verrons dans la période suivante.

Orient.— Théodose Ier, en mourant, avait laissé l'Empire d'Orient à son fils aîné Arcadius, en 395. Arcadius mourut en 408, laissant le trône à son fils Théodose II, qui régna jusqu'en 450. Marcien lui succéda et fut remplacé, en 457, par Léon, originaire de Thrace. A la mort de Léon, en 474, des troupes proclamèrent empereur

leur chef Zénon (474), qui régna jusqu'en 491 et fut remplacé par Anastase, qui mourut en 518 et eut pour successeur Justin, son capitaine des gardes. Justin associa à l'Empire son neveu et fils adoptif Justinien, qui lui succéda en 527 (1280 de Rome) et mourut en 565.

ARTICLE V. — CINQUIÈME PÉRIODE. DESTINÉES DU DROIT ROMAIN EN ORIENT ET EN OCCIDENT APRÈS JUSTINIEN

§ I. — DESTINÉES DU DROIT ROMAIN EN ORIENT.

173. En Orient, les successeurs de Justinien promulguèrent des novelles qui vinrent modifier la législation de ce prince. D'un autre côté, comme le *Digeste*, le *Code*, les *Institutes* avaient été promulgués en latin, tandis que, dans l'Empire d'Orient, le grec était la langue usuelle, on ne tarda pas à en faire des traductions et des abrégés en langue grecque. Dès lors, ces traductions et ces abrégés remplacèrent, dans la pratique, les originaux latins. Théophile, l'un des auteurs des *Institutes*, en fit une paraphrase en langue grecque.

174. En 876, Bazile le Macédonien, empereur de Constantinople, ordonna la confection en langue grecque d'un recueil général contenant des extraits du *Digeste*, du *Code*, des *Institutes* et des *Novelles*, avec des modifications de manière à rendre la législation de Justinien applicable à cette époque. Ce recueil ne fut terminé et promulgué que sous le règne de Léon le Philosophe, fils et successeur de Bazile le Macédonien. Ce recueil s'appelle les *Baziliques*.

Les *Baziliques*, modifiées plus ou moins par les successeurs de Léon le Philosophe, restèrent en vigueur jusqu'à la prise de Constantinople par les Turcs, en 1453. Les Turcs n'imposèrent pas leur législation aux Grecs vaincus par eux. De sorte qu'à partir de cette époque, les Turcs furent régis par le Koran, et leurs sujets grecs par la législation des *Baziliques*, qui ont continué, jusque dans les temps modernes, à être la base de la législation grecque.

Bazile le Macédonien avait encore promulgué un manuel, comprenant un abrégé de la législation de Justinien et aussi des constitutions rendues par lui-même, sous le titre de πρόχειρος νόμος.

§ II. — DESTINÉES DU DROIT ROMAIN EN OCCIDENT.

175. Après l'invasion de l'Empire romain, dans le cours des cinquième et sixième siècles de l'ère chrétienne, les peuples bar-

bares se partagèrent l'Empire d'Occident et y établirent trois royaumes principaux. Les Visigoths s'établirent en Espagne et dans le sud de la Gaule, les Burgondes dans l'est de la Gaule et les Ostrogoths en Italie.

176. I. **Du droit romain dans le royaume des Visigoths.** — La domination des Visigoths en Espagne et dans le sud de la Gaule dura depuis le commencement du cinquième siècle jusqu'en l'an 711, époque à laquelle les Arabes firent la conquête de l'Espagne. Ataulf, fondateur du royaume des Visigoths, régna jusqu'en 415. Un de ses successeurs, le roi Alaric II, qui régna de 484 à 507, fit composer un recueil des lois romaines applicables de son temps à ses sujets romains. Ce recueil ou code est connu sous le nom de *Bréviaire d'Alaric*, *Breviarium Alaricianum*. Le Bréviaire d'Alaric contient un abrégé du Code théodosien, ainsi que des *Novelles* des derniers empereurs d'Occident. Il contient, en outre, un abrégé des *Institutes* de Gaïus, un abrégé des *Sentences* de Paul, un abrégé des Codes grégorien et hermogénien et un passage de Papinien.

La législation contenue dans le Bréviaire d'Alaric ne s'appliquait en Espagne et au sud de la Gaule qu'aux sujets romains des rois visigoths. Quant à leurs sujets barbares, ils étaient régis par les coutumes visigothes. D'après cela, on voit que les rois visigoths adoptèrent ce qu'on appelle le principe de la *personnalité des lois*, qui consiste précisément en ce que les sujets romains continuèrent à être régis par la législation romaine, tandis que les Visigoths furent régis par les coutumes qu'ils avaient apportées de la Germanie.

177. II. **Du droit romain dans le royaume des Burgondes.** — Un roi des Burgondes, Gondebaud, adopta aussi le principe de la personnalité des lois et ordonna la codification des lois romaines qui pourraient être applicables de son temps à ses sujets gallo-romains, les Burgondes continuant à être régis par leurs coutumes. Ce Code des lois romaines applicables aux sujets romains dans le royaume des Burgondes, promulgué en 472 par le roi Gondebaud et complété, en 517, par le roi Sigismond, est connu sous le nom de *lex Gondobada*, loi Gombette, ou *lex romana Burgondorum*. Ce Code des lois romaines dans le royaume des Burgondes porte encore le nom de *Papien*. D'où vient ce nom de *Papien*? Sans doute du nom de Papinien, et voici comment : un grand nombre de manuscrits, copiés au moyen âge, contenaient d'abord le Bréviaire d'Alaric, après lequel se trouvait un passage de Papinien (n° 176), puis venait ensuite sur ces manuscrits la loi Gombette. L'inscription du passage de Papinien, *Papinianus*, *Papianus*, fut sans doute considérée par erreur comme l'intitulé de la loi Gombette.

178. III. **Du droit romain dans le royaume des Ostrogoths en Italie.** — En l'an 493, Théodoric, chef des Ostrogoths, après trois victoires successives remportées sur Odoacre (nº 172), resta maître de l'Italie et de la Sicile et fixa à Ravenne le siége du nouveau royaume. Théodoric, en l'an 500, promulgua un édit, dont les règles furent presque exclusivement puisées dans la législation romaine, sauf quelques modifications empruntées aux coutumes des Ostrogoths. Mais, à la différence des autres chefs barbares, Théodoric n'adopta pas le principe de la personnalité des lois et voulut que les règles de son édit fussent applicables à tous ses sujets, Ostrogoths et Romains.

Le royaume des Ostrogoths en Italie n'eut pas une longue existence. En effet, ces Barbares bientôt amollis par le passage d'une vie grossière à une civilisation corrompue ne purent résister aux Grecs de Constantinople. Bélisaire d'abord, et l'eunuque Narsès ensuite, reconquirent l'Italie et la placèrent sous la domination de Justinien. Par une constitution de 553, Justinien ordonna que les lois insérées dans son Code et les constitutions promulguées par lui depuis la publication du Code, c'est-à-dire les *Novelles*, seraient appliquées en Italie.

Toutefois il y avait une difficulté à appliquer les *Novelles*, presque toutes promulguées en grec, en Italie où l'on parlait latin. Mais dès avant la mort de Justinien un citoyen de Constantinople, du nom de Julien, fit paraître un recueil de 125 novelles, traduites en latin, sous le nom de *Epitome Juliani*. En Italie, cet *Epitome* eut un grand succès et remplaça, dans la pratique, le texte original des *Novelles*.

179. *Authentiques*. — Vers l'an 570, il fut fait à Constantinople un nouveau recueil de 134 novelles, traduites aussi en latin. Ce recueil, envoyé aussi en Italie pour y avoir force de loi, fut appelé *Authenticum* ou *Liber authenticorum*, pour le distinguer de l'*Epitome* de Julien.

Le mot *authentique* est souvent pris dans un autre sens. Souvent, à la suite d'une constitution insérée au Code de Justinien, on trouve un appendice en lettres italiques. Cet appendice porte le nom de *Authenticum*. Voici pourquoi : lorsque les éditeurs du *Corpus juris* reconnaissent qu'une constitution insérée au Code de Justinien a été plus tard modifiée ou abrogée par une novelle, ils indiquent en extrait cette novelle, et l'extrait de cette novelle s'appelle authentique.

180. D'après ce qui vient d'être dit, on voit que le droit romain continua à être appliqué, dans la pratique, en Italie, en Espagne,

en France, particulièrement au midi de la France. Mais l'étude et l'enseignement du droit romain ne furent repris qu'au commencement du douzième siècle, à Bologne, où il se forma une école de jurisconsultes qui se mirent à étudier, avec ardeur, le droit romain tel qu'il était parvenu jusqu'à eux. Les jurisconsultes de cette école faisaient des annotations soit marginales, soit interlinéaires sur les textes du droit romain qu'ils commentaient. Ces annotations s'appelaient *gloses*, et par suite on appela *glossateurs* les jurisconsultes de cette école. Le fondateur de l'école des glossateurs fut Irnérius.

Au treizième siècle, Accurse composa une glose en se servant des gloses antérieures et en y ajoûtant ses propres idées. C'est ce qu'on appelle la *Grande Glose*.

181. Les glossateurs ont rendu un grand service à la science du droit romain en conservant les textes des compilations de Justinien. En effet, presque tous les manuscrits du *Digeste* sont du douzième au quinzième siècle. Toutefois, le manuscrit le plus ancien des *Pandectes* est celui de Florence. Ce manuscrit se trouvait d'abord dans la ville de Pise. Mais, en 1406, les Florentins s'étant emparés de la ville de Pise, prirent le manuscrit et l'emportèrent à Florence, où il est resté depuis : il fut imprimé et édité pour la première fois en 1553 à Florence, par les frères Taurelli. Cette édition est connue sous le nom de la *Florentine*.

182. On appelle *Vulgate* le texte des *Pandectes* qui a été collationné par les glossateurs, qui se sont aidés du manuscrit de Florence et de certains autres manuscrits pour reproduire, aussi exactement que possible, le texte primitif des *Pandectes*.

183. La *Norique* est une édition des *Pandectes*, ainsi appelée parce qu'elle a été publiée à *Nuremberg*, en 1529, par Haloander, qui se servit de manuscrits divers pour faire cette édition.

184. Au quatorzième siècle, une seconde école se forma sous la direction de Barthole, qui enseigna le droit à Pise et à Pérouse, et dont l'ouvrage principal est intitulé : *Lecturæ in tres libros Codicis*.

185. Aux quinzième et seizième siècles, le droit romain fut étudié en France avec ardeur. Alors parurent successivement les trois jurisconsultes qui ont fait faire à l'étude et à la connaissance du droit romain les plus grands progrès : Cujas, Doneau et Pothier.

Le jurisconsulte Pothier, qui vivait au dix-huitième siècle, a fait sur les *Pandectes* de Justinien un travail fort utile. Il a rangé dans un ordre rationnel et logique les différentes lois de chaque titre du *Digeste* en les rattachant les unes aux autres par de courtes explications. Cet ouvrage considérable de Pothier a pour titre : *Pandectæ Justinianeæ in novum ordinem digestæ*.

CHAPITRE IV

DU POUVOIR JUDICIAIRE ET DE L'ORGANISATION DES TRIBUNAUX CIVILS.

186. Ce chapitre est le complément nécessaire de cette Introduction, qui, jusqu'à présent, appartient beaucoup plus au domaine de l'historien qu'à celui du jurisconsulte.

En effet, en étudiant la *religion des Romains*, nous avons jeté un rapide coup d'œil sur la *puissance sacerdotale*; si mêlée, à Rome, à la vie publique et privée des citoyens, et si influente sur les décisions des assemblées et le fonctionnement des pouvoirs publics.

En examinant les *sources du droit romain*, nous n'avons fait autre chose qu'étudier le *pouvoir législatif* à Rome.

Enfin, en étudiant l'*histoire externe du droit romain*, nous avons cherché à exposer les évolutions successives des autorités publiques, principalement envisagées au point de vue du *pouvoir exécutif*. Il est vrai que, dans ce chapitre, en faisant la nomenclature des pouvoirs publics, on a parlé incidemment de certaines attributions judiciaires qui leur étaient départies; mais ceci tient à ce que Rome n'a jamais connu cette séparation des pouvoirs, sauvegarde des sociétés modernes; aussi voit-on reposer sur la même tête plusieurs attributions qui à notre époque seraient absolument incompatibles.

Et maintenant, avec cette connaissance acquise du pouvoir législatif, du pouvoir exécutif et du pouvoir tout spécial aux anciennes civilisations, le pouvoir sacerdotal, que nous reste-t-il à faire, sinon étudier l'organisation, le fonctionnement de ce pouvoir si important, si protecteur, indispensable à l'homme vivant en état de société, je veux dire le pouvoir judiciaire, ce pouvoir qui a la mission presque divine, dans le calme inaltérable d'une impartialité, d'une équité inviolable, d'appliquer aux contestations humaines les grands principes du droit positif, trop faible sanction du droit naturel?

Sans doute l'étude du *pouvoir judiciaire*, et, concurremment, l'organisation des tribunaux civils à Rome, aurait dû prendre sa place logique en tête de la troisième partie de ce traité, servant ainsi d'introduction à l'importante matière des *actions*. Mais comme ces prolégomènes ne sont pas, en général, le sujet d'interrogations sévères aux premiers examens de droit romain, et qu'ils

appartiennent plutôt à l'histoire qu'au droit, j'ai cru utile de les placer à la fin de l'introduction, comme transition entre la partie historique et l'étude du droit romain proprement dit.

ARTICLE I. — NOTIONS GÉNÉRALES ET PRÉLIMINAIRES SUR LES ACTIONS [1]

§ I. — DE LA NATURE DES ACTIONS EN GÉNÉRAL.

187. En nous attribuant des droits, la loi ne nous accorderait que des avantages précaires et illusoires, si elle ne nous fournissait en même temps des moyens légaux pour en obtenir, en conserver ou en recouvrer la jouissance. Ces moyens, qui, dans le droit positif, se présentent à nous sous des physionomies très-variées, sont désignés par l'expression générique ACTIONS. Ainsi, en définitive, toute action, quelle qu'en soit la forme extérieure, peut être ramenée à l'idée d'un appel par lequel celui dont le droit est méconnu invoque l'intervention et le secours de l'autorité publique, instituée, dans chaque pays, pour protéger la vie, l'honneur et la fortune des citoyens.

En effet, dans un État bien réglé, nul ne doit se faire justice par soi-même : « *Non est singulis concedendum quod per magistratum publice potest fieri, ne occasio sit majoris tumultus faciendi.* » En conséquence, toutes les fois que l'un de nos droits est méconnu, nous devons recourir à l'autorité du magistrat pour obtenir soit la restitution de ce qui nous a été enlevé, soit la réparation du préjudice qui nous a été causé, soit enfin des garanties contre le dommage futur qui nous menace.

§ II. — ÉVÉNEMENTS QUI DONNENT NAISSANCE AUX ACTIONS.

188. Toute action suppose la violation consommée ou imminente d'un droit : toutes les actions naissent donc de *délits ;* car il y a toujours délit à attenter au droit d'autrui.

Mais il y a ici une distinction capitale à faire, selon que le fait

---

1. Tout ce qui va suivre est extrait, sauf quelques modifications, du *Traité des actions*, publié par le président Bonjean, en 1845, traité qui, de l'avis des jurisconsultes les plus éminents, est encore aujourd'hui le monument le plus remarquable sur cette importante matière. J'ai cru être très-utile au public en reproduisant dans cet ouvrage les parties les plus importantes de ce Traité, aujourd'hui épuisé.

illicite blesse tout à la fois l'intérêt public et l'intérêt privé, ou seulement l'un de ces deux intérêts.

Quand un fait illicite nuit en même temps à la société et à un particulier, l'auteur de ce fait est assujetti à une double satisfaction : satisfaction envers la société, dont l'ordre a été troublé ; satisfaction envers le particulier qui a éprouvé quelque dommage dans sa personne ou dans ses biens. La satisfaction envers la société consiste en châtiments dont la nature et l'étendue varient à l'infini, depuis les amendes les plus légères jusqu'à la privation de la vie. La satisfaction envers le particulier lésé se résout presque toujours en une simple indemnité pécuniaire.

§ III. — DIVISION FONDAMENTALE DES ACTIONS.

189. L'action qui a pour objet la punition du délinquant est opposée, sous le nom d'*action criminelle* ou *publique* (*judicium publicum*), à l'*action civile* ou *privée* (*judicium privatum*), qui a pour but l'indemnité due au particulier lésé.

Mais dans quel cas la violation d'un droit donne-t-elle lieu aux deux actions publique ou privée, ou seulement à l'une d'elles? Il n'y a, à cet égard, rien d'absolu ; et tout dépend de l'état de la législation positive.

§ IV. — PRINCIPAUX POINTS DE VUE SOUS LESQUELS LES ACTIONS PEUVENT ÊTRE CONSIDÉRÉES.

190. Les actions peuvent être considérées sous deux points de vue principaux : celui des formes suivant lesquelles elles doivent être exercées, et celui des droits qu'elles sont destinées à protéger.

191. 1° Sous le point de vue de la forme, les actions se lient intimement au système de l'organisation judiciaire et de la procédure propres à chaque peuple : le mot *action* est même souvent employé, surtout en droit romain, pour indiquer la procédure, c'est-à-dire la marche à suivre et les formalités à observer pour obtenir en justice ce qui nous appartient ou ce qui nous est dû. Mais ce n'est pas là une raison suffisante pour confondre, comme l'ont fait quelques auteurs, l'*action* avec la *forme* qui en règle l'exercice. Sans doute il importe à la bonne administration de la justice que les particuliers ne puissent faire valoir leurs prétentions qu'en se conformant aux règles propres à éclairer le juge, et à prévenir les surprises et la fraude ; mais cela n'empêche pas que l'action, c'est-à-dire le droit

de poursuivre, ne soit en elle-même très-distincte des formes suivant lesquelles la poursuite doit être dirigée.

192. 2° Considérées sous le point de vue des droits qu'elles ont pour objet de garantir, les actions forment elles-mêmes une classe particulière de droits auxquels on a donné le nom fort expressif de droits *sanctionnateurs*, parce que, en effet, elles sont comme la sanction des autres, qui, sans elles, ne seraient que des avantages précaires.

§ V. — SENS MULTIPLE DU MOT : *ACTION*.

193. Jusqu'ici nous avons employé le mot *action* dans son acception la plus générale : il faut maintenant le définir avec plus de précision, et indiquer les sens très-divers que cette expression présente dans les écrits des jurisconsultes romains.

Il en est du mot *action* comme de tous les mots qui s'appliquent à une portion notable d'une science quelconque : non-seulement il a été employé pour désigner des choses de nature essentiellement différente ; mais, lors même qu'il semble désigner une seule et même chose, il est, en réalité, appliqué à des objets très-divers, sinon par le fond, au moins par les nuances que le temps et les circonstances impriment aux formes accidentelles du même objet.

194. Dans son acception la plus large, le mot *action* comprend tous les droits sanctionnateurs à l'aide desquels un particulier peut veiller à la conservation de ses droits, à savoir, les demandes introductives d'instances ou *actions proprement dites* réelles ou personnelles, directes ou utiles ; les *præjudicia* ou actions préjudicielles ; les *interdits ;* les *stipulations prétoriennes*, et enfin les *exceptions* elles-mêmes ; on doit aussi y comprendre les *restitutiones in integrum*.

195. Dans un sens moins étendu, quoique fort large lui-même (voyez le numéro suivant), ce mot s'applique de préférence aux actions proprement dites, c'est-à-dire à ce nous appelons *demandes introductives d'instance* et particulièrement aux actions *personnelles*. Les actions *réelles* sont de préférence désignées sous le nom de *petitiones*, d'où on appelle chez nous actions *pétitoires* celles qui soulèvent une question de propriété. Enfin on appelait *persecutiones* les demandes qui ne subissaient pas la procédure ordinaire, mais dans lesquelles le magistrat décidait lui-même la contestation, sans renvoyer devant un juge : telles étaient notamment toutes les causes de fidéicommis.

196. L'action proprement dite est définie par Celsus : *Jus perse-*

quendi in judicio quod sibi debetur. Cette définition, reproduite par Justinien dans les *Institutes*, a été traduite par presque tous nos auteurs de procédure : Le droit de poursuivre en justice ce qui nous est dû. Cette définition a l'inconvénient de ne s'appliquer qu'aux actions personnelles; quant à la traduction, elle ne reproduit que fort imparfaitement le sens original de Celsus, et elle enlève à ce passage toute sa couleur locale. En effet, le sens véritable est celui-ci : L'action est le droit accordé par le magistrat de poursuivre devant un juge ce qui nous est dû. Entendue dans ce sens, la définition n'est, au surplus, exacte que pour l'un des trois systèmes de procédure qui ont été successivement en vigueur à Rome.

Quoi qu'il en soit, en laissant pour le moment de côté les nuances secondaires qui tiennent aux formes de la procédure, et en prenant ce mot *latissimo sensu*, nous entendons par action *proprement dite* le droit de réclamer en justice ce qui nous est dû (*action personnelle*), ou ce qui nous appartient (*action réelle*).

197. Nous trouvons dans le droit romain trois systèmes de procédure bien distincts : les *actions de la loi*, les *formules*, les *jugements extraordinaires*. Ces trois systèmes ne se succédèrent pas brusquement : ce fut, au contraire, par des transitions lentes et ménagées qu'on passa du premier au second et du second au troisième.

198. L'expression *legis actio* a une signification toute spéciale : elle sert à désigner telle ou telle manière de procéder. Ainsi on disait : Il y a cinq actions de la loi : l'*actio sacramenti*, la *condictio*, la *judicis postulatio*, la *manus injectio*, la *pignoris capio;* comme, au temps des jurisconsultes du *Digeste*, on distinguait la procédure ordinaire (*judicia ordinaria*), la procédure extraordinaire (*judicia extraordinaria*), les voies de contrainte sur les biens (*missiones in possessionem bonorum*), etc., etc.

199. Dans la procédure formulaire, le mot action est pris dans le sens indiqué plus haut (n° 196).

200. Dans le troisième et dernier système de procédure, le mot *action* perd évidemment la signification spéciale qu'il avait dans la procédure formulaire. C'est bien encore le droit de poursuivre ce qui nous est dû ou ce qui nous appartient ; mais il n'est plus nécessaire que ce droit soit accordé préalablement par un magistrat : chacun peut, à ses risques et périls, engager une instance ; et l'expression *in judicio* de la définition de Celsus ne présente plus la signification technique qu'elle avait dans la pensée de ce jurisconsulte.

ARTICLE II. — DU POUVOIR JUDICIAIRE (JURISDICTIO).

§ I. — CARACTÈRES DU POUVOIR JUDICIAIRE CHEZ LES ROMAINS.

201. I. **Confusion des pouvoirs judiciaire et administratif.** — Chez les Romains, comme chez tous les peuples de l'ancien monde, le pouvoir judiciaire n'était point séparé des autres attributions de la souveraineté : nous le voyons, au contraire, dans les mains des chefs du peuple, soit pendant la guerre, soit pendant la paix, comme une partie essentielle de la puissance publique.

Il appartenait incontestablement aux rois ; et quand le roi fut remplacé par deux consuls annuels, ces magistrats obtinrent, avec la plénitude du pouvoir royal (*imperium*), le droit de rendre la justice (*jurisdictio*) : aussi furent-ils souvent appelés *judices* et *prætores*. « *quod præirent jure et exercitu.* » Pareillement quand, plus tard, on démembra la puissance consulaire, pour attribuer l'administration de la justice à des magistrats spéciaux (*préteurs*), cela tint à une toute autre cause qu'à une vue systématique des avantages que peut présenter cette séparation. Aussi le pouvoir judiciaire, dans les mains des préteurs, continua-t-il à être considéré comme une délégation directe et complète de la souveraineté, et comme n'ayant rien d'incompatible avec les autres fonctions publiques. Les préteurs étaient considérés comme les collègues des consuls (*collegæ consulum*) ; et, comme tels, ils étaient fréquemment chargés du commandement des armées, du gouvernement des provinces, et de diverses autres fonctions qui dépendent essentiellement du pouvoir exécutif ou administratif.

202. II. **Défaut d'unité.** — Un autre caractère remarquable du pouvoir judiciaire, au moins jusqu'à l'Empire, c'est l'absence complète d'unité et de hiérarchie. Chaque magistrat était souverain dans son ressort. Non-seulement il n'existait aucun tribunal suprême qui, comme notre Cour de cassation, eût pour mission de maintenir entre les diverses parties du territoire l'uniformité dans l'application de la loi, mais il n'y avait pas même, dans la juridiction, cette gradation que nous regardons comme si nécessaire, et qui permet d'attaquer devant un tribunal supérieur ce qui a été jugé par un tribunal inférieur.

Aussi, pendant tout le temps de la République, il n'exista, dans la procédure civile, aucune voie pour faire réformer les jugements, soit pour *mal jugé*, soit pour *violation de la loi* : tout jugement était en premier et dernier ressort. — Plusieurs causes empê-

chaient que cette omnipotence absolue dans l'administration de la justice ne dégénérât en abus : d'une part, les magistrats n'étaient élus que pour une année, et à leur sortie de charge on pouvait leur demander un compte sévère de leur gestion ; d'autre part, le juge prévaricateur ou incapable était responsable, envers les parties lésées, de ses mauvais jugements. C'est ce qu'on appelait *faire le procès sien* (*judex litem suam facit*).

Pour les magistrats du peuple romain, cet état de choses s'explique aisément. Comme tous les magistrats étaient nommés directement et immédiatement par le peuple entier, chacun d'eux devait naturellement être considéré comme ayant une délégation complète du pouvoir souverain, qui résidait dans le corps de la nation ; et cette origine commune empêchait qu'il n'existât entre eux une subordination assez formelle pour que l'un de ces magistrats se crût autorisé à réformer la décision des autres. On distinguait bien, il est vrai, les magistrats *supérieurs*, tels que les consuls, les préteurs, etc., des magistrats *inférieurs*, tels que les édiles, les questeurs, etc. ; mais cette distinction se référait seulement à des différences dans la nature des fonctions, dans leur importance, dans les honneurs qui y étaient attachés, et nullement à l'idée d'une subordination hiérarchique qui aurait soumis les actes des fonctionnaires inférieurs au contrôle et à la censure de ceux d'un rang plus élevé.

Cette explication devrait conduire à des résultats tout contraires pour les magistrats des villes municipales.

Comme ils ne tenaient leur pouvoir que d'une fraction du peuple, ils ne pouvaient être considérés comme dépositaires de l'autorité souveraine ; et dès lors il eût été naturel que leurs jugements n'eussent point le caractère d'arrêts souverains, et qu'on pût en appeler devant les magistrats qui représentaient le corps entier de la nation. Toutefois, il paraît que, pendant assez longtemps, il en fut autrement : cela tenait sans doute à ce que, dans l'origine, les habitants des municipes d'Italie étaient, par rapport aux Romains, des alliés ou des confédérés bien plus que des sujets ou des co-citoyens.

La chute du gouvernement républicain dut nécessairement changer cet état de choses. Le prince étant dépositaire de toutes les fonctions politiques et religieuses qui constituaient la souveraineté, toutes les magistratures anciennes, autrefois souveraines, descendirent naturellement à l'état d'autorités subordonnées : la hiérarchie s'établit donc ; et en peu de temps l'empereur nous apparaît formant pour tout l'Empire un tribunal suprême, auquel on pouvait déférer les décisions de tous les magistrats.

203. III. **Participation des simples citoyens à l'administration de la justice.** — Mais le trait le plus saillant et le plus caractéristique de l'organisation judiciaire des Romains, tant en matière civile qu'en matière criminelle, est assurément la division des fonctions judiciaires entre le *magistrat*, qui détermine *à priori* les conséquences juridiques des fait allégués soit par le demandeur, soit par le défendeur (*jus dicere*) ; et le *juge* ou *juré* qui vérifie ces allégations, leur applique les principes indiqués à l'avance par le magistrat, et met ainsi fin au litige par une sentence définitive (*judicare*). Dès les temps les plus anciens, le magistrat intervenait dans les procès, non pour statuer définitivement lui-même sur le point débattu, mais pour en déférer la connaissance à un ou plusieurs jurés, que les parties choisissaient elles-mêmes, et auxquels le magistrat conférait les pouvoirs nécessaires pour juger. La *judicis datio* n'est donc point un caractère particulier à la procédure formulaire ; nous la trouvons, au contraire, dans la procédure la plus ancienne, celle des *legis actiones*, bien que, dans cette procédure, le rôle du magistrat n'eût probablement ni la nature ni l'importance qu'il obtint plus tard dans la procédure des formules.

Cette intervention active des citoyens dans le jugement des procès donnait à la justice un caractère éminemment populaire et libéral, tout à fait en harmonie avec la constitution libre de l'État, et qui survécut même à la perte de la liberté politique.

Par là se trouvaient prévenus les abus qui auraient pu résulter du pouvoir souverain et sans contrôle dont les magistrats étaient investis. En effet, comme le magistrat n'intervenait que pour instituer les juges et assurer l'exécution de leur sentence, il en résultait que les parties étaient réellement jugées par les juges qu'elles-mêmes avaient choisis, et qui, par cela même, leur offraient toutes les garanties désirables. C'est ainsi que, chez nous, l'intervention des jurés rend à peu près sans danger les erreurs ou les préventions des chambres de mise en accusation. Cet arrangement, en déchargeant les magistrats de la partie la plus longue et la plus fastidieuse des procès, à savoir, la vérification des allégations contradictoires des plaideurs, offrait encore cet avantage, que les magistrats les plus élevés de la République pouvaient, malgré leur petit nombre, s'occuper de toutes les affaires, même les plus minimes. Ainsi, d'une part, les citoyens les plus pauvres trouvaient dans la position élevée des magistrats des garanties précieuses, puisqu'ils n'avaient point à redouter l'influence qu'un adversaire puissant aurait pu exercer sur des fonctionnaires moins haut placés ; et, d'autre part, toutes les affaires étant également soumises à des magistrats

revêtus de la toute-puissance républicaine, la juridiction en tirait un caractère de grandeur et de dignité qui exerçait sur l'administration de la justice la plus salutaire influence.

204. IV. **Délégation de la juridiction.** — Chez les modernes, toutes les fonctions publiques, et notamment les fonctions judiciaires, sont considérées comme essentiellement personnelles, et nous ne comprendrions guère qu'un magistrat pût déléguer, surtout à de simples particuliers, les pouvoirs dont il est revêtu. Autres étaient les idées des Romains : dès les temps les plus anciens, les magistrats avaient été dans l'usage de déléguer, soit à des particuliers, soit à d'autres magistrats, certaines parties de leur pouvoir, et principalement la juridiction. Cette singularité remarquable, sur laquelle nous reviendrons plus tard avec détail, mérite d'être signalée, dès à présent, comme une différence caractéristique entre les idées des Romains et les nôtres sur la nature même du pouvoir judiciaire.

§ II. — IMPERIUM. — IMPERIUM MERUM. — IMPERIUM MIXTUM. — JURISDICTIO. — COGNITIO. — NOTIO. — DECRETUM.

205. Nous terminerons ce chapitre en fixant, autant que cela est possible, le sens et la portée de diverses expressions qui sont fréquemment employées par les jurisconsultes romains à l'occasion des attributions et de l'étendue du pouvoir des diverses classes de magistrats ; expressions sur le sens et la portée desquelles les interprètes ont beaucoup disputé sans pouvoir se mettre d'accord.

206. I. **Imperium.** — Dans son acception primitive, ce mot désignait par excellence l'autorité du général sur ses soldats ; plus tard, il exprima le droit de vie et de mort qu'une décision du peuple conférait aux fonctionnaires chargés du gouvernement des provinces. Dans ce dernier sens, l'*imperium* ne pouvait être exercé que dans la province même, et jamais dans l'enceinte de Rome : il était en effet considéré comme incompatible avec la liberté et l'inviolabilité assurées aux citoyens dans l'enceinte de la ville, ce domicile sacré de tous les Romains. Cela explique pourquoi, en entrant dans Rome, les licteurs des consuls déposaient les haches de leurs faisceaux, pourquoi aussi les généraux et les proconsuls perdaient leur *imperium* dès qu'ils pénétraient dans la ville.

En général, *imperium* désigne, par opposition à *jurisdictio*, le pouvoir administratif et de police, et notamment le droit de coercition et de contrainte que les magistrats peuvent exercer sur les citoyens, soit pour le salut de l'État, soit pour assurer l'exercice

de la juridiction. On distingue l'*imperium merum* de l'*imperium mixtum*.

207. II. **Imperium merum.** — Suivant la définition d'Ulpien, « *merum* est *imperium* habere *gladii potestatem* ad animadvertendum facinorosos homines, quod etiam *potestas* appellatur ».

Le mot *merum* ne signifie point que cet imperium soit *nudum*, c'est-à-dire dépourvu de *cognitio;* mais bien, et par opposition à imperium *mixtum*, qu'il est plein et entier, et qu'il a toute l'énergie et toute l'étendue possibles : « *Vehementissimum* quod et ad graviores res pertinet, et non honorariam operam amici, sed *severitátem judicis ac vim* requirit. »

Dans la définition d'Ulpien, le *jus gladii* n'est donné que comme exemple, et l'*imperium merum* comprend évidemment toutes les autres manières de sévir contre les criminels.

208. III. **Imperium mixtum.** — C'est le droit de coercition et de contrainte accordé à tous les magistrats investis de la juridiction, et sans lequel l'exercice de cette juridiction deviendrait impossible et illusoire. « Mixtum est imperium *cui etiam jurisdictio inest;* » ou plutôt, comme le remarque Paul sur Papinien, *quod jurisdictioni cohæret;* car, en attribuant à un magistrat la juridiction, la loi est réputée lui avoir accordé tous les pouvoirs nécessaires pour remplir sa mission ; et, notamment, le droit de forcer l'exécution des mesures qu'il ordonne pour l'instruction des procès et l'exécution de ses décisions.

Suivant Noodt, cet *imperium* n'est point appelé *mixtum* parce qu'il est uni à la *cognitio*, car la *cognitio* appartenait aussi à l'*imperium merum;* mais parce qu'il est moins énergique, plus doux ; qu'il n'est pas destiné à venger la majesté blessée de la République, mais à protéger les intérêts privés. « ... *Lenius* est propterea quod *minus lædit*. »

Tous les magistrats ayant juridiction avaient donc *imperium mixtum*, mais à des degrés très-inégaux. Ainsi il appartenait dans toute sa plénitude aux magistrats supérieurs, tandis que les magistrats inférieurs n'en possédaient que ce qui était rigoureusement nécessaire à l'exercice de leur juridiction ; cela explique comment certains textes semblent accorder à ces magistrats l'*imperium mixtum*, tandis que d'autres le leur refusent formellement.

Il importe de remarquer que le pouvoir judiciaire en matière criminelle, ou le *merum imperium* par excellence, n'appartenait point en général aux magistrats supérieurs comme un droit inhérent à leur charge, mais bien seulement comme un pouvoir spécial, délégué soit par le peuple, soit par l'empereur ; au contraire, le

mixtum imperium appartenait aux magistrats supérieurs comme une conséquence et un accessoire nécessaires de leur juridiction.

209. IV. **Jurisdictio.** — L'étymologie du mot *jurisdictio* permet de donner à cette expression un sens fort large, qui comprend le pouvoir *législatif* tout aussi bien que le pouvoir *judiciaire* : en effet, *dire le droit*, c'est régler les rapports sociaux des citoyens, soit en créant la règle, soit en appliquant à ces rapports une règle préexistante. En fait, il est positif que les Romains n'étaient nullement choqués de voir leurs magistrats non-seulement suppléer au silence de la loi, mais modifier fort souvent la loi elle-même par des édits généraux ; et ces édits étaient placés sans difficulté au même rang que les lois proprement dites. (Gaïus, C. I, §§ 2 et 6. — *Inst.*, §§ 3 et 7. De jure nat.)

La juridiction est donc, dans le sens le plus étendu, le pouvoir des magistrats relativement aux différends (*juridiction contentieuse*), ou autres rapports juridiques (*juridiction volontaire*) entre simples particuliers, soit que ce pouvoir se manifeste par des édits généraux, soit qu'il se borne à appliquer aux faits qui lui sont soumis les règles antérieurement établies par les lois.

Dans un sens moins large, juridiction s'entend des actes relatifs au jugement des procès, savoir, le *judicare* ou le *judicari jubere*; aux actes qui ont pour but de reconnaître les droits des parties et non d'en créer de nouveaux. Dans ce sens restreint, le mot *jurisdictio* ne comprend ni les *stipulations prétoriennes*, ni les *missiones in possessionem bonorum*, ni la *nomination des tuteurs*, ni enfin les actes qui rentrent bien plus dans le pouvoir *administratif* que dans le pouvoir *judiciaire* des magistrats ; tous actes qui, cependant, sont déclarés appartenir à la *jurisdictio* (*lato sensu*), quand le pouvoir judiciaire *civil* (*jurisdictio*) est mis en opposition avec le pouvoir judiciaire *criminel* (*merum imperium*).

Il faut, en effet, remarquer que le mot *jurisdictio* désigne seulement le pouvoir judiciaire en matière civile ; et qu'il n'est que très-rarement employé, et *latissimo sensu*, pour indiquer le droit de juger les causes criminelles que le peuple s'était réservées, et dont les magistrats, même les plus élevés, ne pouvaient jamais connaître qu'extraordinairement, c'est-à-dire en vertu d'une délégation spéciale, soit du peuple, soit de l'empereur.

210. V. **Cognitio.** — C'est l'action, de la part d'un magistrat, de prendre connaissance d'une affaire pour prononcer ensuite.

Cognitio s'emploie le plus souvent pour exprimer que le magistrat, au lieu de renvoyer à un juge, conformément au droit commun, retient la cause pour y statuer lui-même définitivement

(*cognitio extraordinaria. — Cognoscere extra ordinem.*) « ... Negantis *cognitiones*, rem *sed ordinarii juris* esse. »

211. VI. **Notio.** — C'est une expression très-élastique qui indique en général le droit ou l'action de prendre connaissance d'une affaire, soit comme *magistrat*, pour prononcer sur le droit, soit comme *juge*, pour examiner les faits et prononcer une sentence définitive : « Notionem accipere possumus et *cognitionem* et *jurisdictionem*. »

212. VII. **Decretum.** — C'est la décision rendue par le magistrat, dans son tribunal, après avoir pris connaissance de la cause, et qui statue sur le fond sans renvoi à un juge.

213. VIII. **Limites respectives de l'imperium et de la jurisdictio.** — Rien n'est plus difficile que d'établir à cet égard des règles qui soient d'accord avec les textes ; rien de moins positif et de moins clair que les définitions que les jurisconsultes romains nous ont laissées, soit de l'*imperium merum* ou *mixtum*, soit de la *jurisdictio*.

Tantôt ces expressions sont opposées l'une à l'autre, comme désignant des pouvoirs distincts et même incompatibles ; tantôt elles paraissent se confondre, ou du moins ne présentent que des nuances insaisissables. — Quelquefois la *jurisdictio* paraît considérée comme une branche de l'*imperium*, d'autres fois c'est tout le contraire. — Il est certaines attributions des magistrats qui, par les uns, sont déclarées n'appartenir ni à la *jurisdictio* ni à l'*imperium*, et qui sont comptées, par les autres, parmi les attributs de la juridiction. — D'autres attributions, et notamment la *missio in bonorum possessionem*, sont regardées comme dérivant tantôt de la *jurisdictio*, tantôt de l'*imperium*. — Enfin le droit de punir (*jus gladii*, *merum imperium*) est quelquefois confondu avec la juridiction, bien que, le plus souvent, il soit considéré comme un pouvoir tout à fait distinct. Est-il possible, est-il surtout utile de concilier ces textes contradictoires ? Je ne le pense pas. Chacun des mots *imperium* et *jurisdictio* avait, dans le langage des jurisconsultes, un sens restreint et un sens large, un sens absolu et un autre sens relatif ; de sorte que telle attribution qui, dans le sens large du mot *jurisdictio*, et par opposition à *merum imperium*, était déclarée faire partie de la juridiction, était au contraire placée dans l'*imperium mixtum*, quand on prenait le mot *jurisdictio* dans le sens strict où il ne comprend que le *judicare*, *judicarive jubere*. C'est ainsi que les envois en possession et les stipulations prétoriennes sont attribués, dans quelques passages, à la juridiction, tandis que, dans un autre texte, on dit que ces actes sont *magis imperii quam jurisdictionis*.

214. IX. **Attributs de la jurisdictio.** — Les diverses attributions comprises dans la juridiction sont résumées par ces trois mots, *dare, dicere, addicere* : « *Vocantur dies nefasti per quos dies nefas fari prætorem : Do, Dico, Addico ; itaque non potest agi, necesse est aliquo eorum uti verbo cum lege quid agitur.* » De là ce vers d'Ovide :

Ille nefastus erit per quem tria verba silentur.

Voici l'explication de ces *tria verba* :

DARE : Donner un juge, une action, un tuteur, la possession de biens.

DICERE : *Jus dicere*, dire le droit, soit en promulguant des édits généraux, soit en décidant les questions de droit que soulèvent les procès ; rendre des interdits.

ADDICERE : Déclarer quelqu'un propriétaire d'une chose. — On trouve aussi les expressions *addicere judicem, addicere judicium*, pour *dare judicem, dare judicium*.

Au surplus, cette division tripartite, qui ne repose pas sur l'examen du fond des choses, mais sur de simples accidents de langage, ne nous paraît qu'un jeu de mots assez puéril.

La juridiction se divise en plusieurs espèces, d'après les différents points de vue sous lesquels on peut la considérer.

On distingue ainsi la juridiction suivant qu'elle est : 1° *volontaire* ou *contentieuse* ; — 2° *pleine, illimitée, complète* (plenior), ou, au contraire, *restreinte, limitée, incomplète* (minus plena) ; — 3° *ordinaire* ou *extraordinaire* ; — 4° *propre* ou *déléguée* ; — 5° *propre* ou *prorogée*. Nous allons expliquer successivement chacune de ces divisions, dans les paragraphes suivants.

215. 1° *Juridiction volontaire et juridiction contentieuse.* — On dit que le magistrat exerce la juridiction *volontaire* quand il intervient dans les rapports des citoyens, non pour mettre fin à un différend proprement dit, mais uniquement pour donner aux actes que les parties veulent faire une solennité sans laquelle ces actes n'auraient aucune valeur légale ou n'auraient qu'une valeur légale moindre.

Le mot *volontaire* ne signifie pas que le magistrat est libre d'accorder ou de refuser son concours, mais bien qu'il exerce son autorité *inter volentes*, c'est-à-dire entre personnes qui viennent spontanément réclamer son intervention ; aussi n'a-t-il pas de condamnation à prononcer, mais seulement à consacrer, à ratifier, à sanctionner l'intention des parties.

La juridiction *contentieuse* est d'une tout autre nature. Elle s'exerce *inter nolentes*, *inter contendentes*, c'est-à-dire entre gens qui ne sont pas d'accord ; son but est de mettre fin aux contestations, aux différends qui divisent deux particuliers.

Pour les actes de juridiction contentieuse, le magistrat ne pouvait exercer son autorité ni sur lui-même ni sur ceux qu'il avait en sa puissance ou à la puissance desquels il était soumis, ni, en général, sur les personnes qui avaient avec le magistrat des relations telles que l'impartialité de celui-ci se serait trouvée en péril. Il en était autrement pour les actes de juridiction volontaire : « Magistratum, apud quem legis actio est, et emancipare filios suos et in adoptionem dare, *apud se*, posse et Neratii sententia est. » (Modestin, L. 4, D. De adop.) « Præses, *apud se*, adoptare potest : quemadmodum et emancipare filium et manumittere servum potest. » (Ulpien, L. 2, D. De off. præs.)

D'un autre côté, le magistrat ne pouvait faire des actes de juridiction *contentieuse* que dans la circonscription de son territoire, et dans le local à ce destiné. Au contraire, il pouvait exercer la juridiction volontaire hors de son territoire et dans un local quelconque : la juridiction volontaire semble donc inhérente à la personne du magistrat, comme sa dignité même ; elle l'accompagne partout.

216. 2° *Jurisdictio plenior ; — jurisdictio minus plena.* — La *jurisdictio plenior* appartient aux magistrats supérieurs. Elle comprend non-seulement les actes qui appartiennent à la juridiction proprement dite, mais encore tous ceux qui constituent l'*imperium mixtum*. Bornée seulement sous le rapport du territoire pour lequel chaque magistrat a été institué, elle est illimitée sous le double rapport de la *nature* et de l'*importance* des procès.

La *jurisdictio minus plena* est dévolue aux magistrats municipaux. Elle ne comprend point, en général, les actes qui sont *magis imperii quam jurisdictionis ;* elle est bornée non-seulement quant au territoire, mais aussi quant à la nature et à l'importance des causes.

217. 3° *Juridiction ordinaire. — Juridiction extraordinaire.* — Le plus souvent, le magistrat ne vérifiait pas lui-même les allégations des plaideurs ; il se bornait à préciser exactement le point en litige, et à déterminer les principes d'après lesquels la cause serait jugée ; puis il renvoyait les parties devant un juge de leur choix : c'est la juridiction *ordinaire*.

Quelquefois, au contraire, le magistrat retenait l'affaire à son tribunal et statuait lui-même sur le fond du litige : c'est la juridic-

tion *extraordinaire*. Cette manière exceptionnelle de procéder paraît avoir été employée dès les temps les plus anciens. Sous l'Empire, l'usage en devint de plus en plus fréquent, jusqu'à ce qu'enfin Dioclétien convertît l'exception en règle générale.

218. 4° *Juridiction propre*. — *Juridiction déléguée*. — Il a déjà été question (n° 204) de la faculté qu'avaient les magistrats romains de déléguer tout ou partie de leur juridiction.

Cette faculté singulière est fort ancienne, parce qu'elle paraît remonter à l'époque des rois; elle ne reposait pas sur une loi positive, mais seulement sur la coutume : *More majorum comprobatum est*, dit Julien.

Le magistrat pouvait déléguer sa juridiction en tout ou en partie.

Il pouvait, au reste, déléguer sa juridiction, soit pour une seule affaire, soit, d'une manière générale, pour un nombre indéterminé d'affaires.

La délégation ne comprend que les pouvoirs qui sont conférés au magistrat comme une conséquence de la nature même de sa charge. Quant aux attributions qui ne lui appartiennent pas d'après l'ancien droit civil, elles ne peuvent, en général, être déléguées, si ce n'est pour le cas d'absence. Ce qui tient à la juridiction criminelle est essentiellement intransmissible, même aux lieutenants des proconsuls.

La délégation ne comprenait jamais non plus les actes de juridiction volontaire, qui devaient avoir lieu dans la forme des *legis actiones*, tels que les affranchissements d'esclaves, les adoptions, etc.

Le magistrat pouvait déléguer, soit à un autre magistrat, soit même à de simples particuliers; mais la délégation ne produisait pas des effets aussi complets dans le second cas que dans le premier.

Le délégataire exerçait la juridiction avec les mêmes formes et de la même manière que le magistrat dont il avait reçu la délégation : autrement l'*ordo judiciorum* se fût trouvé interverti.

219. 5° *Juridiction propre*. — *Juridiction prorogée*. — La prorogation proprement dite a lieu toutes les fois qu'un particulier consent à se soumettre à un magistrat qui, sans ce consentement, n'aurait pas été compétent. Au reste, les particuliers ne peuvent ainsi conférer pouvoir sur eux-mêmes qu'à des personnes déjà revêtues d'un caractère public : « *Privatorum consensum judicem non facit eum qui nullo præest judicio; nec quod is statuit, rei judicatæ continet auctoritatem.* » (L. 3, C. 3, 13.) Mais quel que soit le magistrat, quelle que soit sa juridiction, fût-il un simple magistrat municipal, et la cause à juger fût-elle *causa major*, le consentement des parties suffit, d'après la loi Julia, pour que la prorogation ait lieu.

Il y a une autre espèce de prorogation qui résulte de la loi elle-même, et qui, par conséquent, n'est qu'une prorogation improprement dite, puisque le pouvoir attribué par la loi ne peut être considéré comme une extension exceptionnelle. Cela arrive dans plusieurs circonstances, et notamment pour les demandes reconventionnelles : « Si mutuæ sint actiones et alter minorem quantitatem, alter majorem petat, apud eumdem judicem agendum est ei, qui quantitatem minorem petit, ne in potestate calumniosa adversarii mei sit, an apud eumdem litigare possim. » (L. 11, § 1, D. 2, 1.)

ARTICLE III. — ORGANISATION DES TRIBUNAUX CIVILS.

220. L'organisation judiciaire des Romains se présente sous deux formes très-distinctes.

Dans la première, qui s'étend depuis les plus anciens temps jusqu'à Dioclétien, cette organisation repose sur la division du pouvoir judiciaire entre le magistrat public *qui jus dicit*, et le juge privé ou juré *qui judicat*.

Dans la seconde, qui comprend les temps postérieurs à Dioclétien, l'organisation judiciaire se rapproche de celle qui est en vigueur chez nous : les citoyens ne sont plus appelés à participer à l'administration de la justice ; la juridiction (*jurisdictio*) et le pouvoir de juger (*officium judicis*) ne sont plus séparés ; ils sont confiés l'un et l'autre à des magistrats revêtus d'un caractère public.

§ I. — PREMIÈRE ÉPOQUE. TRIBUNAUX CIVILS DEPUIS LA FONDATION DE ROME JUSQU'A DIOCLÉTIEN.

221. I. **Magistrats chargés de la juridiction.** — Les magistrats auxquels, pendant cette longue période, fut confié l'exercice de la juridiction, n'étaient pas les mêmes à Rome, dans l'Italie, dans les provinces. D'un autre côté, les magistratures subirent nécessairement le contre-coup des changements successivement apportés dans la constitution politique de l'État. Ainsi donc, pour étudier méthodiquement la nature et l'importance des magistratures, il faut avoir égard et aux temps et aux lieux.

Sous le rapport du *temps*, il faut naturellement distinguer la Royauté, la République, l'Empire.

Sous le rapport des *lieux*, il ne faut pas confondre Rome, le centre de l'empire et de la souveraineté, soit avec l'Italie, soit avec les provinces.

222. 1° *Gouvernement royal.* — Le roi, comme magistrat, était

chargé de maintenir et de faire exécuter les lois. — Dans le principe, il jugeait lui-même, et sans appel; mais, dans la suite, on put appeler de sa sentence devant l'assemblée du peuple, au moins dans les affaires criminelles. — On ignore complétement quels étaient les magistrats subordonnés aux rois qui prenaient part au gouvernement et notamment à l'administration de la justice. — Il est bien fait mention de *tribuni celerum* et d'un *præfectus urbi;* mais la première de ces fonctions était purement militaire; la seconde ne nous est connue que par un passage de Tacite, qui n'entre dans aucun détail.

223. 2° *Gouvernement républicain. — A. Histoire juridique.* — L'histoire juridique de cette période nous présente deux traits principaux : les rigueurs de la législation civile sont adoucies; le droit arrive à l'état de science proprement dite.

224. La loi des Douze Tables était en harmonie avec la rudesse de l'époque où elle fut portée. Le père de famille avait sur ses enfants droit de vie et de mort. — Les enfants ne pouvaient rien avoir en propre; tout ce qu'ils acquéraient était propriété du père de famille; la loi ne leur assurait aucune portion de l'hérédité paternelle. — Le débiteur insolvable pouvait être réduit en esclavage et même mis à mort par ses créanciers.

La succession *ab intestat* était exclusivement dévolue à la famille civile; le législateur ne tenait aucun compte des affections du défunt. Enfin la procédure était l'image d'un combat.

Ces lois, faites pour un peuple grossier et encore barbare, ne pouvaient convenir à Rome civilisée et polie; elles durent être adoucies.

225. Toutefois la réforme ne s'opéra point au moyen d'une refonte radicale du code décemviral : loin de là, les Douze Tables, entourées d'un respect presque superstitieux, continuèrent à être regardées, du moins en théorie, comme la base fondamentale du droit civil. Mais, dans la pratique, les dispositions de la loi furent éludées par l'interprétation quelquefois trop subtile des jurisconsultes, et surtout par l'autorité du préteur. Le droit prétorien, plus ami de l'équité, vint se placer à côté du droit civil proprement dit, pour le modifier, soit à l'aide de fictions de diverses natures, soit en accordant, sous un nom nouveau, ce que le droit civil refusait sous un autre. C'est ainsi, par exemple, que le préteur accorda à certaines personnes, sous le nom de *bonorum possessio*, l'hérédité que leur refusait le droit civil.

226. Dans les deux premiers siècles de la République, la connaissance du droit continua à être le monopole d'une caste : conservée et transmise comme un mystère dans les familles patriciennes,

la jurisprudence n'était point une science accessible à tous, mais le patrimoine de quelques familles.

227. Le droit se liait d'ailleurs étroitement à la liturgie du culte national : science sacrée plutôt que mondaine, il dépendait autant de l'aruspice et du pontife que du magistrat civil : *Interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant*. Le patricien disposait donc souverainement de la justice : comme pontife, il disait quel jour on pouvait plaider; comme patron, il apprenait à ses clients plébéiens la pantomime symbolique et les paroles sacramentelles dont ceux-ci devaient se servir pour réclâmer leurs droits; enfin, comme magistrat, sur son tribunal, il décidait de la fortune et de la liberté des plébéiens avec un arbitraire sans limites, puisque, d'une part, le droit était incertain, et que, de l'autre, aucun recours n'était ouvert contre la sentence.

228. La rédaction des Douze Tables avait rendu, il est vrai, un immense service en mettant à la portée de tous le texte de la loi. ais il ne suffisait pas de connaître la loi, il fallait savoir s'en servir : la symbolique et les formules ne cessèrent point, de longtemps encore, d'être un secret dont la connaissance était soigneusement dérobée aux plébéiens. Pour que le droit cessât d'être une science occulte, il fallut l'indiscrétion d'un Flavius et d'un Ælius. Enfin, vers la fin du cinquième siècle, un plébéien, Tibérius Coruncanius, arrive au pontificat; les voiles qui cachaient aux profanes les mystères de la jurisprudence sont alors déchirés complétement et pour toujours; Coruncanius enseigne publiquement le droit. A partir de cette époque, patriciens et plébéiens se livrèrent avec ardeur à l'étude des lois, les uns pour conserver leur ancienne influence, les autres pour en acquérir; car la connaissance du droit conduisait à tous les honneurs aussi bien que les triomphes militaires. A ces causes d'émulation, ajoutons encore la grandeur et l'importance des procès : des rois, des nations entières viennent plaider devant le peuple-roi!... A la fin du sixième siècle, l'importation à Rome de la littérature et de la philosophie grecques vint se joindre à ces causes de perfectionnement et donner au droit romain une impulsion nouvelle, sans lui rien faire perdre de son originalité.

229. De l'état de précepte despotique et formel, le droit, posé sur des bases plus larges, passa à l'état de science morale. La philosophie stoïque, embrassée avec ardeur par les jurisconsultes romains, imprima à leurs décisions ce haut caractère de noblesse et de raison qui distinguait la sublime morale de Zénon. En même temps, la dialectique, si soigneusement cultivée au Portique, apprit aux jurisconsultes l'art de féconder le texte des lois en tirant des

principes premiers des conséquences rigoureuses qui, à leur tour, devenaient la source intarissable de mille déductions nouvelles. Ainsi la jurisprudence devint véritablement alors une science, bien qu'elle ne soit arrivée à son entière perfection que dans les siècles suivants.

230. *B. Magistrats de Rome. — Consuls.* — Après l'expulsion des Tarquins, l'autorité assez mal définie dont avaient joui les rois fut transférée à deux consuls (*regio imperio duo sinto*). Les consuls eurent la direction suprême de toutes les parties du gouvernement, la présidence du sénat et l'administration de la justice. Ils avaient la plénitude de la juridiction civile et même une certaine juridiction criminelle.

En matière criminelle, ils n'avaient pas le droit de faire mettre à mort, ni de faire battre de verges, un citoyen romain. On pouvait appeler de leurs jugements devant l'assemblée du peuple.

Le pouvoir des consuls, limité par différentes lois, et surtout par l'institution du tribunat, éprouva un démembrement notable par la création d'une magistrature spécialement chargée de l'administration de la justice. Depuis cette époque, les consuls, surchargés d'ailleurs par les soins du gouvernement de la République et du commandement des armées, ne s'occupèrent plus que rarement de l'administration de la justice. Toutefois, comme la juridiction ne leur avait pas été formellement enlevée, ils conservaient un certain droit de se mêler des jugements ; aussi les rencontrons-nous encore quelquefois s'immisçant dans les fonctions judiciaires.

231. *Préteurs.* — De toutes les magistratures romaines, la préture est de beaucoup la plus importante pour l'étude du droit romain.

Prætor paraît dériver de *præire*. Ce nom pouvait s'appliquer, et s'appliquait en effet dans l'origine, à tout magistrat supérieur ; mais depuis qu'on eut créé un magistrat spécial pour rendre la justice, le nom de *prætor* lui fut exclusivement affecté.

L'agrandissement de la République et la nécessité où étaient les consuls de s'absenter souvent de la ville firent sentir le besoin d'une magistrature spécialement consacrée à l'administration de la justice. Les préteurs étaient élus dans les comices par centuries, en observant les mêmes formalités et les mêmes auspices que pour l'élection des consuls ; aussi le préteur est-il souvent appelé *collégise des consuls*. Comme presque toutes les autres magistratures, la préture n'était conférée que pour un an.

232. Il n'y eut d'abord qu'un seul préteur (*prætor urbanus*), mais dans la suite, ce magistrat ne pouvant plus suffire à l'expédi-

tion des procès qui se multipliaient par le grand concours des étrangers à Rome, on créa (en 507) un second préteur, auquel on donna le nom de *prætor peregrinus*, parce que c'était principalement entre les étrangers qu'il rendait la justice. La Sicile, la Sardaigne, l'Espagne et la Narbonnaise ayant été réduites en *provinces*, on établit, en 526 et 556, quatre nouveaux préteurs pour les gouverner. Sylla porta le nombre des préteurs à dix, Jules César à douze, Auguste à seize. Claude en ajouta deux pour juger les difficultés relatives aux fidéicommis, ce qui en éleva le nombre à *dix-huit*. Titus en supprima un, mais Nerva le rétablit, et lui attribua la connaissance des causes entre le fisc et les simples particuliers. Ainsi le nombre des préteurs resta fixé à dix-huit jusqu'au temps de Pomponius, contemporain de l'empereur Alexandre Sévère. Tel est du moins le récit de Pomponius.

La première et la principale fonction des préteurs était de rendre la justice ; mais ce n'était pas la seule. — D'un autre côté, quoique semblables par le nom, les différents préteurs n'avaient ni le même rang ni les mêmes attributions. Le premier en dignité était le préteur *urbain* : c'était lui qui, en l'absence du consul, exerçait le pouvoir consulaire ; c'était lui encore qui publiait ces édits célèbres qui ont joué un si grand rôle dans le droit romain ; c'était lui, enfin, qui dressait, chaque année, les listes des juges. — Le *prætor peregrinus* était le plus élevé en dignité après le préteur urbain, qu'il suppléait en cas d'empêchement de celui-ci ; mais sa principale fonction consistait à rendre la justice entre les étrangers. — Au commencement du septième siècle, quatre des préteurs furent préposés à la recherche de certains crimes, d'où ils furent nommés *quæsitores perpetui*. Les noms seuls indiquent suffisamment la nature des fonctions du préteur *fidei-commissarius* et du préteur *fiscalis*. — Quant aux autres, ils étaient envoyés comme gouverneurs dans les provinces conquises, et y jouissaient d'une autorité toute pareille à celle dont les consuls avaient été investis, à Rome, avant la création de la préture. — Le sort distribuait ces divers départements aux préteurs élus ; cependant le sénat désignait quelquefois le *prætor urbanus*.

233. 3° *Édiles*. — L'édilité est, après la préture, la magistrature la plus intéressante pour la jurisprudence, du moins sous la République.

Il y avait trois espèces d'édiles créés en différents temps : 1° deux édiles *plébéiens*, établis vers l'an de Rome 260, comme auxiliaires des tribuns du peuple ; 2° deux édiles *curules*, créés en l'an 387 ; 3° deux édiles *cérédles*, établis par Jules César en l'an 709.

En ce qui touche l'administration de la justice, ils partageaient l'espèce de juridiction arbitrale que les tribuns du peuple avaient pour les procès des plébéiens.

Puis ils figurèrent comme magistrats inférieurs dans l'ensemble de l'organisation judiciaire, et jouissaient d'une certaine juridiction restreinte, principalement en ce qui concernait la police des rues et la vente des animaux et des esclaves.

234. *C. Magistrats d'Italie.* — *Duumviri.* — Les magistrats supérieurs des cités d'Italie portaient en général le nom de *duumviri* ou *quatuorviri*, selon qu'ils étaient deux ou quatre. Leurs attributions peuvent se comparer à celles du consulat romain avant que l'établissement de la préture en eût détaché l'administration de la justice. En effet, le duumvir cumulait en sa personne la présidence du sénat ; la direction de toutes les parties de l'administration ; enfin, le pouvoir judiciaire.

Les duumvirs avaient un tribunal ; ils avaient sans doute et les actions de la loi et l'*imperium*, et connaissaient de l'exécution de leurs jugements.

235. *D. Magistrats des provinces.* — Les provinces différaient de l'Italie en ce que les cités provinciales n'avaient pas de magistrats qui leur fussent propres.

Il faut distinguer à cet égard celles qui, par une concession spéciale, avaient obtenu le *jus italicum*, de celles qui restaient soumises au droit commun des provinces.

236. *Cités provinviales jouissant du jus italicum.* — Les cités provinciales qui avaient obtenu le *jus italicum* étaient assimilées aux villes d'Italie.

Les duumvirs de ces cités privilégiées avaient, comme ceux d'Italie, une juridiction contentieuse et volontaire.

237. *Cités provinciales proprement dites.* — Les cités provinciales proprement dites différaient essentiellement de celles dont nous venons de parler, en ce qu'elles n'avaient pas de magistrats proprement dits : c'est un point que l'illustre Savigny me paraît avoir mis hors de toute contestation. Les causes étaient directement portées devant le lieutenant impérial, qui connaissait ainsi en premier et en dernier ressort.

238. *Gouverneurs des provinces.* — Ces gouverneurs réunissaient presque tous les pouvoirs divisés à Rome entre plusieurs magistrats. Ils avaient la juridiction criminelle et civile, contentieuse et volontaire. Ils avaient le *jus gladii* ; — ils pouvaient condamner aux mines, mais non à la déportation qui est cependant une peine moindre.

Ils parcouraient la province, surtout pendant l'hiver, et tenaient des assises (*sessiones*) dans les principales villes (*conventus*) : les plaideurs s'y rendaient de toutes parts. Ils pouvaient, comme les préteurs de Rome, décider l'affaire eux-mêmes ou la renvoyer à un *judex*.

239. *Lieutenants du gouverneur.* — Ces lieutenants n'avaient aucune juridiction qui leur appartînt en propre ; mais le gouverneur de la province pouvait leur déléguer sa juridiction (*mandare jurisdictionem.*)

Toutefois les règles de la juridiction mandée ne leur sont pas toutes applicables ; car les lieutenants étaient considérés aussi comme des magistrats.

L'appel de leurs décisions se portait devant le proconsul ou propréteur.

Ils pouvaient en prononcer eux-mêmes, ou donner un juge.

240. 3° *Gouvernement impérial jusqu'à Dioclétien. — A. Autorités supérieures embrassant tout le territoire de l'Empire. — Empereur.* — L'empereur influait sur l'exercice de la juridiction de deux manières fort différentes : par les *rescrits* et par les *décrets.*

241. *Les rescrits* étaient des décisions que l'empereur rendait sur des questions particulières, mais sans prendre connaissance des faits de la cause ; ils indiquaient aux magistrats le parti que ceux-ci devraient suivre dans une hypothèse dont l'examen et la vérification leur étaient abandonnés.

Les rescrits étaient donnés, tantôt sur la demande de magistrats qui désiraient être éclairés sur un point douteux, tantôt sur la demande des parties elles-mêmes ; ils avaient force de loi et liaient les magistrats et les juges.

242. *Les décrets* étaient de véritables jugements par lesquels l'empereur, *après avoir pris connaissance des faits*, prononçait définitivement sur les causes qui lui étaient soumises, soit directement, soit par voie d'appel. Les décrets obtenaient force de loi pour tous les cas analogues. Ils étaient rendus par l'empereur, tantôt seul, tantôt avec la participation du sénat, ou avec celle du conseil privé.

243. *Sacrum auditorium. — Sacrum consistorium.* — Dès les temps les plus anciens, les magistrats et les juges étaient dans l'usage de se faire assister, dans l'examen des procès, par des amis ou par telles autres personnes qu'il leur plaisait d'appeler auprès d'eux.

Cette coutume, adoptée par les empereurs, fut sans doute la première origine du conseil impérial, qui, plus tard rendu permanent, prit un rang important parmi les autorités de l'Empire.

244. *Préfets du prétoire.* — Les préfets du prétoire sont une création d'Auguste, qui en établit deux, tirés du rang des chevaliers.

Dans l'origine, les préfets du prétoire n'étaient que de simples capitaines des gardes. Mais cette charge, d'abord si bornée et purement militaire, ne tarda pas à acquérir une importance démesurée. Séjan, sous Tibère, Pérennis, sous Commode, cumulèrent tous les pouvoirs civils et militaires.

Les préfets du prétoire prenaient une part active à toutes les affaires de l'État, ainsi qu'à l'administration de la justice.

La juridiction du préfet du prétoire, douteuse encore sous Marc-Aurèle, devint incontestable sous Alexandre Sévère. Non-seulement ce fonctionnaire prenait part à toutes les affaires judiciaires portées devant le tribunal impérial, soit de l'Italie, soit des provinces; mais il formait lui-même une juridiction supérieure : ses arrêts, qui d'abord furent sujets à appel devant l'empereur, finirent par être considérés comme au-dessus de toute censure, de toute transformation.

245. *B. Magistrats de Rome.* — Quant à l'administration de la justice, Rome continua à se distinguer du reste de l'Empire par une organisation spéciale.

246. *Préfet de la ville.* — La charge de préfet de la ville, qui n'était que temporaire sous la République, devint permanente et à vie sous Auguste.

Le préfet de la ville ne tarda pas à empiéter sur les attributions des autres magistrats ; il attira à son tribunal les causes criminelles et tout ce qui concernait la police. Sa juridiction s'étendait sur Rome et dans un rayon de cent milles autour de la ville.

Les arrêts du préfet de la ville ne pouvaient être attaqués que devant le prince.

247. *Consuls.* — Le consulat ne fut guère, sous les empereurs, qu'un vain titre propre à flatter la vanité de ceux que le prince voulait bien admettre à l'honneur d'être ses collègues en consulat.

Les consuls eurent, sous l'Empire, une certaine juridiction volontaire et contentieuse. — 1° *Volontaire* : Ils présidèrent à l'affranchissement des esclaves et furent aussi, pendant quelque temps, chargés de la nomination des tuteurs. — 2° *Contentieuse* : Auguste leur attribua, concurremment avec un préteur spécial, la connaissance des fidéicommis.

248. *Préteurs.* — La juridiction prétorienne se maintint d'abord assez bien dans les deux premiers siècles de l'Empire. Mais la promulgation de l'Édit perpétuel, sous Adrien, ayant fait perdre aux préteurs le pouvoir de publier des édits généraux, et, d'un autre côté, le préfet de la ville et celui du prétoire empiétant chaque jour davantage sur les attributions des préteurs, ceux-ci tom-

bèrent du premier rang qu'ils avaient occupé dans l'ordre judiciaire et devinrent de simples magistrats locaux, subordonnés au préfet de la ville, jadis leur inférieur.

Enfin, au Bas-Empire, cette magistrature, autrefois si élevée, tomba dans un avilissement complet.

249. *Édiles.* — Après le troisième siècle, il n'est plus fait mention des édiles.

250. *C. Magistrats d'Italie. — Magistrats municipaux.* — Les magistratures municipales étaient nominalement les mêmes que sous la République ; mais leur autorité était bien diminuée par l'établissement des lieutenances impériales.

251. 1° *Le duumvir* exerce encore une juridiction limitée, mais il n'a plus l'*imperium* : en conséquence, il ne peut plus faire aucun des actes qui appartiennent plutôt à l'*imperium* qu'à la *jurisdictio*, par exemple, la *restitutio in integrum*, la *missio in possessionem*, la *cautio* et la *missio* en cas de *damnum infectum*. — 2° Toutefois, cette dernière affaire peut, en cas d'urgence, être renvoyée au magistrat municipal ; mais tout le reste, la *missio ex secundo decreto* et l'*actio in factum*, excède sa compétence. — 3° Il a cependant cette partie de l'*imperium* qui est inhérente à la *jurisdictio*, comme la *mulctæ dictio* et la *pignoris capio*. — 4° Il ne juge qu'en première instance les affaires ordinaires ; et l'appel est porté, selon les distances, soit devant le préteur de Rome, soit devant le lieutenant impérial du district. — 5° Il n'a plus le droit de punir ceux qui méprisent ses décrets. — 6° Il peut être cité en justice pendant la durée de ses fonctions. — 7° Il n'a plus de tribunal. — 8° Il ne peut plus nommer des tuteurs. — 9° Enfin sa juridiction criminelle est tellement bornée, qu'il ne peut infliger, même aux esclaves, que des châtiments légers. La juridiction criminelle est maintenant exercée, dans un rayon de cent milles autour de Rome, par le préfet de la ville ; au delà de cette distance, par les lieutenants impériaux et par le préfet du prétoire.

252. *Magistrats supérieurs.* — Les lieutenants impériaux (*consularis judicius*, *corrector*) et le préteur urbain connaissent des appels des jugements rendus par les magistrats municipaux du district. — Ils connaissent, en premier ressort, et à la charge d'appel devant l'empereur, le préfet de la ville ou le préfet du prétoire, des causes dont les magistrats municipaux ne peuvent pas connaître, notamment des différends entre deux villes.

C'est à eux qu'appartiennent exclusivement l'*imperium* et tous les actes qui en sont la conséquence.

253. *D. Magistrats des provinces. — Gouverneurs des provinces.*

— Le gouverneur exerçait dans la province un pouvoir souverain et absolu, et n'avait d'autre supérieur que l'empereur lui-même. Rien ne se faisait sans son ordre ; il réunissait en sa personne toutes les branches de la juridiction réparties à Rome entre les préfets du prétoire, le préfet de la ville, les consuls, les préteurs et les autres magistrats de la cité : ce qui nous dispense d'entrer dans de grands détails sur ses attributions.

254. *Lieutenants du gouverneur.* — En ce qui touche l'exercice de la juridiction, nous nous bornerons à rappeler : 1° que, bien que les légats n'eussent pas de juridiction propre, mais seulement une juridiction déléguée, néanmoins l'appel contre leurs décisions était porté devant le président, et non devant l'autorité supérieure au président, c'est-à-dire devant l'empereur ; en quoi les légats différaient des autres personnes à qui on pouvait déléguer la juridiction ; 2° que, dans les cas douteux, le légat ne devait point s'adresser directement à l'empereur, mais au proconsul.

Outre la juridiction déléguée, les lieutenants avaient aussi certaines attributions qui leur appartenaient en propre, et notamment le droit de nommer les tuteurs.

255. *E. Magistrats d'Égypte.* — L'Égypte était soumise à un *præfectus augustalis Ægypti*, dont les pouvoirs étaient, en général, semblables à ceux des autres gouverneurs de provinces, mais qui n'avait pas le rang d'un véritable magistrat romain. — Il avait cependant la *legis actio*, comme branche de la juridiction volontaire ; et, comme les proconsuls, il pouvait prononcer des amendes jusqu'à six livres d'or.

256. II. **Juges ou jurés chargés du jugement définitif.** — 1° *Origine et ancienneté du jugement par jurés.* — Le mot *judices* désigne, en général, les jurés auxquels les magistrats romains renvoyaient la connaissance des affaires, en les investissant du droit de prononcer sur le fond même du litige. Dès le temps de la République, ces jurés étaient connus sous le nom de *judex unus*, d'*arbiter*, de *recuperatores*, de *centumviri*. Comme l'expression française de *juge* rappelle trop l'idée d'un fonctionnaire public, nous emploierons sans scrupule l'expression moderne de *jurés* : outre qu'il existe une analogie frappante entre les *judices* romains et nos jurés, Cicéron désigne lui-même les *judices* par l'expression de *judices jurati*.

257. On ne connaît pas les causes qui firent introduire le jugement par jurés. Mais on peut conjecturer avec assez de vraisemblance que cet usage doit être principalement attribué au petit nombre des magistrats chargés de rendre la justice : sans le secours

du jury; les magistrats n'auraient jamais, en effet, pu suffire à l'expédition des affaires.

258. Comme nos jurés, les juges romains étaient de simples citoyens ; pour juger les procès, ils n'avaient d'autre pouvoir que celui qui leur était confié par le magistrat. Leur mission était essentiellement temporaire, et bornée à la décision de chaque affaire : l'affaire jugée, leurs pouvoirs expiraient de plein droit ; et un procès nouveau nécessitait une constitution nouvelle.

259. Ils avaient à juger tantôt une question de fait, tantôt une question de droit, souvent l'une et l'autre à la fois. Nous réfuterons dans le livre suivant une erreur fort accréditée, d'après laquelle les juges n'auraient jamais eu à juger que de pures questions de fait.

260. On peut distinguer en matière civile quatre espèces principales de jurés : le *judex*, l'*arbiter*, les *recuperatores* et les *centumviri*.

261. 2° *Du juré proprement dit.* — Dans les premiers temps, le juré était patricien comme le magistrat lui-même : cela est conforme au caractère général de l'époque, et résulte d'ailleurs de ce que, jusque vers la fin de la République, les juges, tant pour les affaires civiles que pour les affaires criminelles, n'étaient pris que dans l'ordre des sénateurs.

En 631, la loi Sempronia (de C. Gracchus) transporta les *judicia* du sénat aux chevaliers ; et, pendant tout le reste du septième siècle, l'importante prérogative de composer les tribunaux fut vivement disputée entre les deux ordres : elle fut successivement, et pour ainsi dire d'année en année, perdue et recouvrée, tantôt par le sénat, tantôt par les chevaliers. En 684, une loi de transaction, portée par Aurélius Cotta, établit trois décuries de juges (*decuriæ judicum*). La première décurie était composée de sénateurs ; la seconde, de chevaliers ; la troisième, des tribuns du trésor. Pompée conserva les trois décuries, avec quelques changements dans les conditions d'admission. J. César supprima la troisième décurie ; mais, deux ans après sa mort, elle fut rétablie par Antoine, qui la composa de militaires, sans égard au cens qu'ils payaient. — Aux trois décuries qu'il avait trouvées établies, Auguste en ajouta une quatrième, *ex inferiori censu*, c'est-à-dire composée de gens qui ne payaient qu'un faible cens, et auxquels on confia le jugement des affaires les moins importantes (*levioribus summis*). Les membres de cette quatrième décurie étaient appelés *ducenarii*, suivant les uns, parce qu'ils n'avaient dans leur fortune que deux cents sesterces; et, selon d'autres, parce qu'ils recevaient un traitement de deux cents sestercés. — Caligula ajouta une cinquième décurie, et ce

fut le dernier état du droit ; car Galba, au rapport de Suétone, refusa d'en établir une sixième.

Ces décuries ont une ressemblance frappante avec nos listes du jury. Elles étaient dressées chaque année, publiquement, dans le forum, par le préteur, qui jurait de n'y admettre que les gens de bien. Les listes étaient ensuite affichées : de là ces expressions que l'on retrouve si souvent de *judices selecti*, *judices in albo relati*.

262. Le nombre des jurés a beaucoup varié. Dans l'origine, et quand ils étaient exclusivement tirés de l'ordre des sénateurs, leur nombre était de trois cents. Dans la suite, il augmenta beaucoup ; sous Auguste, il y en avait mille ; et Pline nous apprend que, de son temps, leur nombre s'élevait à plusieurs milliers.

263. Il paraît certain que les juges inscrits sur les listes annuelles pouvaient être appelés aussi bien au jugement des affaires civiles (*privata judicia*) qu'à celui des affaires criminelles (*publica judicia*). Cette double mission est au moins incontestable à l'égard des jurés provinciaux, et aussi à l'égard des juges de Rome, pour le temps d'Aulu-Gelle.

264. C'était un principe de droit public incontesté, que le juge devait être agréé par les parties : *Neminem voluerunt majores nostri non modo de existimatione cujusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset.* — En général, les parties désignaient elles-mêmes le juge (*judicem sumere*) : le magistrat l'investissait du droit de juger (*judicem addicere*). Faute par les parties de choisir un juge, le magistrat le nommait d'office ; les parties pouvaient l'accepter en gardant le silence, ou le récuser sans être tenues d'alléguer aucun motif (*recusare*, *rejicere*, *ejerare*).

Enfin, quand les parties ne pouvaient s'entendre sur le choix du juge, il était désigné par la voie du sort.

Au reste, la présence du juge n'était point nécessaire pour la validité de sa nomination.

265. Les fonctions de juge étaient une charge publique dont on ne pouvait se dispenser sans une cause légitime d'excuse : *Judicis munus publicum est; qui non habet excusationem, etiam invitus, judicare cogitur.*

266. Les gouverneurs des provinces y transportaient habituellement les usages suivis à Rome. Ils formaient des décuries de juges dans les villes où ils devaient exercer leur juridiction : ces décuries portaient le nom de *conventus*, expression qui a encore plusieurs autres significations, et qui, notamment, désigne aussi les sessions ou assises que le gouverneur allait tenir dans les villes principales de la province.

267. 3° *Récuperatores.* — Les *recuperatores* étaient, comme l'*unus judex* et l'*arbiter*, des espèces de jurés auxquels le magistrat renvoyait le jugement définitif des procès. — Mais quelle est leur origine ? En quoi diffèrent-ils de l'*unus judex* ? Étaient-ils employés seulement pour un certain genre d'affaires ? Devaient-ils être pris parmi les juges inscrits sur les listes, etc., etc. ? Sur toutes ces questions, les systèmes les plus divers ont été soutenus par les auteurs. Voici, à notre avis, la conjecture la plus vraisemblable. — L'*unus judex* ne pouvait être donné que pour les procès entre citoyens ; aussi, quand les relations entre les Romains et les pérégrins devinrent plus fréquentes, on sentit le besoin d'avoir une autorité spéciale pour juger les contestations qui s'élevaient entre les citoyens et les étrangers. Ces jugés de nouvelle espèce sont précisément les *recuperatores*. Leur nom vient de ce qu'ils étaient le plus souvent chargés de faire opérer des restitutions. Il est positif, au reste, qu'ils jugeaient, comme l'*unus judex*, d'après les instructions contenues dans une formule rédigée par le magistrat.

Dans la suite, l'institution des récupérateurs fut étendue aux différends entre citoyens, de façon qu'on donnait, tantôt un seul juge, tantôt des récupérateurs.

Les jurés inscrits sur les listes décuriales de Rome avaient seuls le titre de *judices ;* les jurés provinciaux étaient tous nommés *recuperatores.*

268. Les *recuperatores* étaient toujours plusieurs pour une même affaire, tantôt trois, tantôt cinq. Il en fallait vingt pour former le conseil qui, dans les provinces, devait apprécier les motifs des affranchissements.

269. Les récupérateurs étaient principalement employés dans les causes urgentes, et notamment quand il s'agissait d'actions intéressant la possession.

270. Il paraît bien constant que la procédure devant les récupérateurs était plus expéditive que celle qui était suivie devant l'*unus judex.*

L'abréviation consistait probablement en ce qu'on n'observait pas, pour la nomination des récupérateurs, les délais prescrits pour le choix de l'*unus judex.*

271. 4° *Centumvirs.* — Dans les premiers siècles de Rome, la *justice*, comme les autres pouvoirs de l'État, était exclusivement dans les mains des patriciens et des prêtres, ce qui, à Rome, était une seule et même chose.

Il n'est donc pas étonnant que, dès les premiers efforts faits par le peuple pour arriver à son émancipation, il ait cherché à se soustraire à la tyrannie que les nobles pouvaient faire peser sur lui

sous prétexte de justice. Telle est probablement l'origine du tribunal centumviral.

Bien qu'il n'existe aucun témoignage direct concernant l'époque à laquelle remonte l'établissement de la juridiction centumvirale, l'ensemble des documents autorise à regarder cette institution comme fort ancienne.

272. On ignore si les centumvirs étaient élus par le peuple ou choisis par le préteur ; s'ils étaient institués pour une année seulement ou pour un temps plus long.

L'analogie me porte à penser que les centumvirs, comme les autres fonctionnaires, étaient nommés par le peuple et pour une année seulement. Au reste, le tribunal centumviral réunissait au plus haut degré tous les caractères que l'on regarde comme propres au jury : c'était une justice populaire, rendue par des hommes qui n'en faisaient point une profession ; et, d'un autre côté, le grand nombre des juges, et surtout leur élection par la masse des citoyens, offraient aux plaideurs toutes les garanties que l'on recherche dans l'institution du jury.

273. Comme les *récupérateurs* dont nous venons de parler, les centumvirs étaient toujours plusieurs pour juger ; mais ils différaient essentiellement des récupérateurs par l'organisation de leur tribunal et par le caractère de la procédure. D'un autre côté, les centumvirs n'étaient point nommés pour chaque affaire : ils constituaient une sorte de tribunal permanent, sous la présidence d'un magistrat romain ; enfin ils étaient particuliers à la ville de Rome : les provinces n'avaient et ne pouvaient avoir rien de pareil. Au surplus, les documents qui nous restent sur la juridiction centumvirale sont si incomplets, que l'on peut à juste titre regarder ce qui la concerne comme l'un des problèmes les plus difficiles qu'ait soulevés l'histoire du droit romain.

274. Le tribunal centumviral était divisé tantôt en deux, tantôt en quatre sections, nommées *consilia* ou *tribunalia*.

275. Les centumvirs siégeaient dans le forum ou dans la basilique Julia.

On plantait devant le tribunal une lance, *hasta* : de là ces locutions : *hastæ judicium*, *hastæ præesse*, *hastam cogere*.

Mais quelle était la signification de cette lance, et surtout pourquoi semble-t-elle un signe spécialement affecté au tribunal centumviral ?... Gaïus nous apprend que la lance était le symbole de la propriété romaine proprement dite, et qu'elle jouait un grand rôle dans la procédure de la revendication ; il ajoute que c'est pour ce motif que l'*hasta* figurait dans le tribunal centumviral. « *Festuca*

autem utebantur quasi HASTÆ *loco*, SIGNO QUODAM JUSTI DOMINII; *omnium enim maxime sua esse credebant quæ ex hostibus cepissent.* UNDE IN CENTUMVIRALIBUS JUDICIIS HASTA PRÆPONITUR. » (Gaïus, C. IV, § 16.)

276. On n'est d'accord ni sur l'étendue de la compétence du tribunal centumviral, ni sur la nature des causes qui pouvaient être portées devant ce tribunal.

Quelques-uns ont pensé que les centumvirs ne connaissaient que des causes les plus importantes ; d'autres soutiennent, au contraire, que les centumvirs connaissaient seulement des causes de peu d'importance.

Au reste, il faut bien que ce tribunal ait eu une certaine importance, puisque Paul avait écrit sur ce sujet un ouvrage spécial.

277. Quoi qu'il en soit, il est incontestable que les centumvirs avaient une compétence assez étendue en matière civile.

Une autre question non moins intéressante sur le tribunal centumviral est celle de savoir s'il dépendait des parties de se faire renvoyer soit devant l'*unus judex*, soit devant les centumvirs. — Gaïus le donne à entendre ; et son témoignage est confirmé par Pline le Jeune, qui nous apprend que les parties pouvaient convenir d'aller porter leur affaire devant les centumvirs.

278. Avant de comparaître devant les centumvirs, les parties devaient remplir devant le préteur les solennités de la *legis actio ;* et il continua d'en être ainsi, même après que la procédure formulaire eut remplacé celle des actions de la loi. Les témoignages qui établissent ce point sont fort nombreux.

Au reste, la seule action de la loi dont il soit question à l'occasion du tribunal cemtumviral est l'*actio sacramenti :* il est positif, en effet, que dès les temps les plus anciens la *condictio* et la *judicis postulatio* se portaient devant l'*unus judex.*

279. Le tribunal centumviral paraît avoir existé jusqu'à l'abolition de l'*ordo judiciorum ;* mais il dut tomber par suite des réformes profondes opérées par Dioclétien et par Constantin dans toutes les parties de l'administration de l'Empire. Ce qui est positif, c'est que, sous les empereurs chrétiens, nous ne trouvons plus aucun vestige ni des centumvirs ni des décemvirs, au moins comme institution encore existante. Justinien en parle même positivement au prétérit :

Auctoritas centumviralis judicii non PATIEBATUR. (L. 12. C. 3, 31.)

§ II. — DEUXIÈME ÉPOQUE. ORGANISATION JUDICIAIRE NOUVELLE SOUS LES EMPEREURS CHRÉTIENS.

280. Dioclétien, en introduisant le système du partage de l'Em-

pire, avait préparé la division nouvelle qui fut établie par Constantin.

281. Le territoire fut divisé en quatre grands départements ou préfectures : l'Orient, l'Illyrie, l'Italie et les Gaules.

Chaque préfecture était sous l'autorité d'un préfet du prétoire. — Chaque diocèse était administré par un *vicarius*.

Les deux capitales, Rome et Constantinople, restèrent en dehors de cette division. Elles n'étaient point soumises à l'autorité des préfets du prétoire ; mais elles avaient chacune un préfet de la ville (*præfectus urbi*), magistrat dont nous avons parlé précédemment, et qui avait acquis une prépondérance marquée.

282. Déjà, quelques années avant Constantin, Dioclétien avait porté à l'ancienne organisation judiciaire une atteinte profonde, en abolissant l'*ordo judiciorum*, c'est-à-dire en détruisant l'intervention du jury dans le jugement des procès : désormais le magistrat doit connaître du fond même des affaires, et prononcer la sentence définitive, sans renvoyer à un juré. Toutefois, quand les affaires étaient trop nombreuses, ou quand elles étaient de peu d'importance, le lieutenant impérial pouvait encore en renvoyer la connaissance aux juges *pédanés*.

283. **Juridiction ordinaire.** — 1° *Autorités supérieures embrassant de grandes divisions territoriales.* — *A. Empereur.* — La juridiction impériale se présente sous une triple forme : *relationes*, *appellationes*, *supplicationes*.

284. *Relatio ou consultatio.* — C'est l'acte par lequel un magistrat, embarrassé par quelque doute, sollicite de l'empereur une réponse qui dissipe ce doute, une interprétation qui puisse le guider dans le jugement qu'il a à rendre.

285. *Appellatio.* — C'était principalement comme juge d'appel que l'empereur exerçait la juridiction. Toutefois ces appels devinrent bientôt si nombreux, que les empereurs n'auraient pu y suffire : aussi, depuis Constantin, chercha-t-on sans cesse à réduire le nombre des cas dans lesquels l'appel pouvait être porté à l'empereur en personne.

A cet effet, on établit dans la capitale, et dans diverses parties de l'Empire, des délégations permanentes pour connaître des appels impériaux. (*Sacræ cognitiones. Judices sacrarum cognitionum. Vice sacra.*)

Ces juridictions, étant plus rapprochées des parties, avaient en outre l'avantage d'éviter aux plaideurs les frais de déplacement, et les lenteurs qui résultaient de l'encombrement des affaires au tribunal impérial.

286. *Supplicatio.* — La *supplicatio* est l'acte par lequel une par-

tie demande que la cause soit portée devant des juges autres que ceux qui, régulièrement, devraient en connaître.

287. *B. Préfets du prétoire.* — Bien que Constantin leur eût enlevé tout pouvoir militaire, les préfets du prétoire conservèrent une très-grande importance : c'est sur eux que roulaient tous les soins du gouvernement.

Les quatre préfets se partageaient toute l'administration civile de l'Empire, qu'ils dirigeaient, dans leurs préfectures respectives, avec un pouvoir presque royal.

Les attributions des préfets comprenaient la législation, l'administration et la justice.

Ils promulguaient les lois impériales, et rendaient des édits généraux dont l'autorité ne différait guère de celle des lois elles-mêmes.

Les préfets du prétoire, en tant que *judices sacri*, exerçaient, dans l'étendue de leur préfecture, la juridiction impériale (*vice sacra*). — Comme l'empereur lui-même, ils pouvaient connaître en premier et dernier ressort, *omisso medio*, dans certaines circonstances, et notamment lorsqu'il y avait des motifs de craindre que le *judex ordinarius* ne fût pas dans des conditions d'impartialité, ou lorsqu'il y avait de sa part déni de justice. — C'était devant les préfets, devant leurs vicaires, ou devant les proconsuls, que se portait, suivant les distances ou l'importance de la cause, l'appel contre les sentences du *judex ordinarius*.

Les décisions du préfet du prétoire étaient sans appel, comme celles de l'empereur qu'il représentait. Toutefois on pouvait obtenir du préfet lui-même la rétractation de la sentence : c'était une sorte de requête civile.

288. *C. Vicaires du préfet du prétoire.* — Le vicaire, préposé à l'administration civile et judiciaire de chaque diocèse, était réputé tenir la place du préfet du prétoire. Les fonctions des vicaires étaient du reste de la même nature que celles des préfets du prétoire : elles comprenaient la surveillance des gouverneurs des provinces du diocèse, la perception des impôts et la juridiction. Ils pouvaient correspondre directement avec l'empereur.

Le vicaire ne jugeait point en dernier ressort, qu'il eût été saisi *ex appellatione*, *ex delegato*, ou *ex ordine*. L'appel contre sa décision se portait devant l'empereur, qu'il représentait, il est vrai, mais moins pleinement que le préfet du prétoire.

289. *D. Gouverneurs des provinces.* — Le gouverneur est le *judex ordinarius* de la province ; il réunit toutes les branches de la juridiction civile et criminelle, divisées, à Rome et à Constantinople,

entre différents fonctionnaires ; comme juge de seconde instance, il connaît des appels dirigés contre les sentences des magistrats municipaux et des défenseurs des cités.

Il connaît, mais en premier ressort seulement, et à la charge d'appel devant le préfet du prétoire, son vicaire, ou l'un des proconsuls : 1° de toutes les causes civiles qui, à raison de leur importance, excèdent la compétence des magistrats municipaux, ou qui exigent l'exercice de l'*imperium ;* 2° de toutes les causes criminelles.

290. 2° *Autorités locales à Rome et à Constantinople. — A. Préfet de la ville à Rome.* — Sa juridiction est d'une double nature : tantôt il connaît en premier ressort, et comme *judex ordinarius*, de tous procès civils et criminels ; tantôt il juge en dernier ressort, à la place de l'empereur, *vice sacra*.

291. *B. Préfet de la ville à Constantinople.* — Le préfet de Constantinople, établi en 359, avait vraisemblablement les mêmes pouvoirs que celui de Rome.

292. *C. Préteurs.* — Le nombre en avait d'abord été fixé à deux par Constantin ; leur rôle se borna à peu près à la présidence des jeux publics, aux procès relatifs à la liberté, aux *restitutiones in integrum*, et aux actes de la juridiction volontaire.

293. 3° *Autorités locales dans les cités municipales.* — Les anciens magistrats municipaux (*duumviri*), désignés maintenant par excellence, sous le nom de *magistratus*, avaient conservé une certaine juridiction volontaire ; mais leur juridiction contentieuse avait presque entièrement passé au lieutenant impérial.

Parmi les autorités inférieures locales, il faut ranger maintenant les *defensores civitatum*, qui tirent leur origine des villes provinciales, comme les duumvirs tiraient la leur des municipes.

Dans le principe, les défenseurs avaient pour mission unique de représenter les villes dans les procès où celles-ci pouvaient se trouver engagées.

294. Une constitution de Valentinien et de Valens de l'an 365 de J.-C. leur donne le droit de recevoir les actes judiciaires, et même celui de juger les affaires civiles qui n'excèdent pas cinquante solides.

Plus tard, Justinien étendit leur juridiction contentieuse à trois cents solides, et leur accorda le droit de nommer des tuteurs quand la fortune des pupilles était modique. Les défenseurs devinrent ainsi de véritables magistrats, du moins pour les villes provinciales qui n'en avaient pas autrefois.

L'appel de leurs jugements se portait devant le lieutenant de l'empereur.

295. Pour terminer l'énumération des autorités judiciaires inférieures, il nous reste à parler des *pedanei judices*.

Les interprètes ne sont d'accord ni sur l'étymologie du mot *pedaneus*, ni sur l'origine de ces juges, ni sur la nature de leurs fonctions.

296. Trois points nous paraissent acquis aujourd'hui à la discussion :

297. I. D'abord il est incontestable que, nonobstant l'abolition de l'*ordo*, et jusqu'au temps de Justinien, les magistrats purent encore, mais exceptionnellement, renvoyer à des juges la décision de certaines affaires.

298. II. Il est certain ensuite que, sous les empereurs chrétiens, il n'existait plus rien que l'on puisse assimiler aux listes des jurés de la République et des trois premiers siècles de l'Empire.

299. III. Enfin il paraît positif que les juges, auxquels les magistrats pouvaient encore, au Bas-Empire, commettre le jugement des affaires, sont précisément les *judices pedanei*.

Ceci posé, la question se ramène à ces termes : quels étaient ces juges pédanés qui n'étaient pas les jurés de l'ancien droit, et qui, cependant, en remplissaient accidentellement les fonctions ?

300. D'après l'ensemble des documents, je crois pouvoir affirmer que les juges pédanés auxquels, depuis la suppression du jury civil par Dioclétien, les magistrats impériaux purent encore renvoyer le jugement des causes de peu d'importance, n'étaient autres que les magistrats inférieurs des localités, c'est-à-dire les magistrats municipaux et les défenseurs des cités ; ces juges étaient appelés *pédanés*, pour exprimer que, de même que les pieds sont la partie *inférieure* du corps, de même ils occupaient, dans la hiérarchie, le rang le moins élevé. Ces mêmes juges sont souvent aussi appelés *minores* ou *humiliores*, par opposition aux fonctionnaires impériaux, ou *judices majores*. — Ainsi le mot *pedaneus* désigne seulement, dans mon opinion, le dernier échelon de cette hiérarchie.

Laissant de côté l'impression générale qui résulte de la lecture attentive de l'ensemble des documents, je déduirai ici rapidement les principaux motifs de mon opinion.

301. 1° Il résulte invinciblement, de l'ensemble des sources, que les juges pédanés n'étaient pas de simples personnes privées, comme les jurés de l'aucien droit, mais des fonctionnaires inférieurs, revêtus d'un caractère public : c'est donc parmi les autorités inférieures qu'il faut les rechercher.

302. 2° Et comme, d'un autre côté, il est bien positif qu'au Bas-Empire il n'existait plus de *listes de jurés* analogues à celles de

l'ancien droit, il semble tout naturel que les gouverneurs des provinces, quand ils voulaient se dispenser de connaître eux-mêmes, renvoyassent le jugement plutôt aux magistrats municipaux qu'à de simples particuliers qui n'auraient eu absolument aucun caractère public. — Il était d'ailleurs d'autant plus naturel de s'adresser pour cela aux magistrats municipaux, que ces magistrats, étant plus rapprochés des lieux litigieux et du domicile des parties, avaient plus de moyens de connaître la vérité, et évitaient aux plaideurs des déplacements onéreux : aussi voyons-nous ordonner le renvoi aux juges pédanés, principalement dans les cas où il y a des vérifications à faire sur les lieux.

303. 3° Zénon avait publié déjà, sur l'ordre judiciaire, une constitution qui n'a pas été conservée, mais qui paraît avoir établi, relativement aux juges pédanés, un ordre de choses nouveau. — A son tour, Justinien régla leur compétence par une constitution détaillée, et la fixa à trois cents solides, comme celle des défenseurs des cités : cette équation entre les juges pédanés et les défenseurs ne peut s'expliquer qu'en supposant que les juges pédanés formaient une classe de magistrats analogues aux défenseurs eux-mêmes.

304. 4° Nous savons d'une manière certaine que les magistrats supérieurs déléguaient souvent aux magistrats municipaux la nomination des tuteurs et curateurs, pour les mêmes motifs et dans les mêmes circonstances où nous les voyons déléguer la juridiction aux juges pédanés : n'en peut-on pas conclure que ces magistrats et les juges pédanés étaient une seule et même chose ?

305. 5° L'appel contre les sentences des juges pédanés se portait, non devant l'empereur ou les *judices sacri*, mais bien devant le gouverneur de la province (*judex ordinarius*), comme cela avait lieu pour les magistrats municipaux ; tandis que, si les juges pédanés eussent été des délégataires ordinaires, l'appel aurait dû se porter au magistrat supérieur à celui qui avait délégué.

ARTICLE IV. — DES LIEUX ET DU TEMPS OU SE RENDAIT LA JUSTICE

306. Dans l'ancienne Rome, les débats judiciaires étaient environnés de la plus grande publicité ; car la justice se rendait ordinairement dans le *forum* ou dans le *comitium*. Accidentellement, cependant, les préteurs pouvaient, quand ils le jugeaient convenable, transporter leur tribunal en d'autres lieux : *Tribunal posuerunt*, dit Tite-Live.

307. Dans la suite, les séances se tinrent dans des bâtiments à ce destinés, basiliques, prétoires, etc. — Certainement la publicité en fut diminuée ; mais il ne faut pas en conclure que la justice fût pour cela devenue occulte ; il est certain, au contraire, que, même sous le Bas-Empire, elle se rendait publiquement, portes ouvertes, nonobstant les expressions *secreta*, *vela*, qui font allusion seulement au rideau que l'on tirait sur le magistrat pendant qu'il délibérait.

La salle d'audience avait la forme d'un parallélogramme, dont le fond s'arrondissait en demi-cercle : c'est dans ce demi-cercle que se plaçaient le magistrat et ses assesseurs. Le magistrat était assis sur une chaise curule, placée elle-même sur une estrade élevée : c'est même là le tribunal proprement dit, qui, dès les temps les plus anciens, fut considéré comme caractéristique des magistrats judiciaires. Les assesseurs se plaçaient à droite et à gauche du magistrat (*cornua*) sur des siéges moins élevés. Les avocats, les officiers du magistrat et le public occupaient le reste de l'enceinte.

308. Il y avait auprès du magistrat des siéges d'honneur, où pouvaient venir s'asseoir les personnes d'un rang élevé.

Les jurés n'avaient point de tribunal dans le sens propre du mot : ils n'avaient que des siéges ordinaires, *subsellia*. Ils rendaient la justice dans le forum. Sans nul doute, il y avait des lieux ordinaires pour leurs audiences ; mais il est constant qu'ils pouvaient eux-mêmes indiquer aux plaideurs le lieu où ils voulaient juger ; souvent même ce lieu était désigné par le magistrat dans l'acte par lequel il avait nommé le juge. Enfin il est vraisemblable aussi que, dans les cas où les lieux litigieux pouvaient être utiles, le juré s'y transportait et y entendait les parties, à peu près comme le font nos juges de paix.

309. Quant aux provinces, nous avons déjà dit que les gouverneurs allaient tenir des assises (*conventus*) dans les principales villes de leur gouvernement. — Par suite des réformes introduites par Dioclétien et Constantin, le nombre des magistrats ayant été considérablement augmenté, l'administration de la justice ne fut plus promenée de ville en ville ; le magistrat fixa son tribunal dans une cité où les plaideurs devaient se rendre.

Les affaires importantes devaient être jugées à l'audience, le magistrat siégeant sur son tribunal, *pro tribunali ;* les autres pouvaient être expédiées sans solennité et en tout lieu (*de plano*), sur simple requête (*libellus*).

310. Les magistrats et les jurés ne siégeaient pas tous les jours.

Outre les jours *néfastes*, il y avait encore des vacances générales aux mois de novembre et de décembre. — Les jours d'audience sont désignés par les expressions *dies fasti*, *dies cognitionum*, *dies postulationum*.

Dans les premiers temps, on ne consacrait aux affaires judiciaires qu'un jour sur neuf, ce qui, en raison de l'ancienne année de dix mois, faisait trente-huit jours par an. La loi Hortensia voulut que les jours d'audience fussent les mêmes que les jours de marché (*nundinæ*), lesquels se tenaient aussi tous les neuf jours : *uti rustici qui nundinandi causa in urbem veniebant, lites componerent.* Plus tard, ces trente-huit jours ne suffisant plus à l'expédition des affaires, les magistrats purent vaquer à leurs fonctions les jours de comices, aux heures où ne se tenait pas l'assemblée du peuple. — Les jours de l'année se divisaient en quatre espèces : 1° les *dies nefasti*, pendant lesquels le cours de la justice était absolument suspendu ; 2° les *dies fasti proprii et toti*, ceux pendant toute la durée desquels, depuis le lever jusqu'au coucher du soleil, le magistrat pouvait vaquer aux actes de la juridiction ; ce sont principalement les trente-huit jours dont nous avons déjà parlé ; 3° les *dies fasti proprie sed non toti*, ceux pendant lesquels il était permis de plaider à certaines heures seulement ; 4° enfin les *dies casu fasti*, ceux auxquels on pouvait accidentellement faire les actes de juridiction : tels étaient notamment les jours de comices, pendant lesquels, ainsi que nous l'avons dit, les magistrats pouvaient siéger, à l'heure où ne se tenait pas l'assemblée du peuple. — Pendant longtemps, la connaissance des jours fastes et néfastes fut un secret soigneusement gardé par les pontifes ; mais depuis que C. Flavius en eut dévoilé le mystère, on les marqua dans le calendrier par des lettres particulières.

Marc-Aurèle porta à deux cent trente le nombre des jours judiciaires.

Dans les provinces, l'époque et la durée du *conventus* déterminaient le temps judiciaire.

Après que le christianisme fut devenu religion de l'État, il n'y eut d'abord de jour férié que le dimanche. On y ajouta depuis diverses fêtes religieuses et civiles.

FIN DE L'INTRODUCTION

DROIT ROMAIN

PROPREMENT DIT

OU

DROIT PRIVÉ DES ROMAINS [1]

EXPOSITION SOMMAIRE

(*Inst.*, Liv. I, Tit. III.)

Pr. « Tout notre droit régit ce qui concerne les *personnes*, *les choses*, *les actions*. Occupons-nous d'abord des personnes, car ce serait peu de connaître le droit, si l'on ne connaissait les personnes pour qui il a été établi. La principale division des personnes est celle-ci : tous les hommes sont ou libres ou esclaves. »

311. Ainsi, d'après ce texte, le droit privé a trois objets : 1° les personnes, 2° les choses, 3° les actions. Le premier livre des *Institutes* est consacré aux personnes. Les livres II et III et les cinq premiers titres du livre IV sont consacrés aux choses. Enfin, il est traité des actions dans le livre IV, à partir du titre sixième.

Voyons ce qu'il faut entendre par *personnes*, par *choses*, par *actions*.

312. I. **Des personnes.** — Dans le langage juridique, le mot *personne* a deux sens :

1° Le mot *personne* désigne l'homme considéré comme capable d'avoir des droits et d'être tenu d'obligations. De même que la médecine s'occupe de l'homme au point de vue de son corps et des maladies qui peuvent l'atteindre ; de même que la psychologie s'occupe de l'homme au point de vue de ses facultés intellectuelles

---

1. M. Demangeat remplace ce titre par celui de : *Histoire interne*, mettant sous le titre : *Histoire externe*, toutes les données historiques que j'ai étudiées dans l'*Introduction*.

et morales, de même la science du droit s'occupe de l'homme au point de vue des droits qu'il peut avoir et des obligations dont il peut être tenu.

Employé en ce sens, le mot *personne* désigne encore des êtres autres que l'homme. En effet, presque toutes les législations ont créé des êtres qui, en réalité, n'ont pas une existence propre. C'est la loi qui, par sa seule puissance, donne l'existence à ces êtres. Ce sont ces êtres fictifs, créés par la loi, qu'on appelle personnes *morales*, personnes *civiles*, personnes *juridiques*. Tels sont, chez les Romains : l'État, le fisc, les corporations, les villes. C'est pour cause d'utilité pratique que la loi crée ces personnes fictives, dans le but de pouvoir les rendre propriétaires et de leur permettre d'avoir un patrimoine.

En résumé, le mot *personne*, dans ce premier sens, désigne tout être, réel ou fictif, considéré comme capable d'avoir des droits et d'être tenu d'obligations.

2° Le mot *personne* désigne le rôle que chaque homme joue dans la famille ou dans la société. Ainsi entendu, le mot *personne* a un sens figuré : de même que, dans une pièce de théâtre, chaque personnage joue un rôle ; de même, dans la famille et dans la société, chaque homme a aussi un rôle à remplir. C'est en employant le mot *personne* en ce sens qu'on dit : personne de père, personne de mari, de tuteur, etc...

313. Que faut-il entendre par l'*état des personnes*, *status* ou *conditio personarum?* L'état d'une personne est la situation, la condition qu'elle a dans la famille ou dans la société. En effet, dans la société, l'homme peut être libre ou esclave, citoyen ou pérégrin. Dans la famille, l'homme peut être *pater familias* ou *filius familias*.

Quel intérêt pratique y a-t-il à savoir quel est l'état d'une personne ? C'est que, suivant la situation, l'état qu'aura une personne soit dans la famille, soit dans la société, ses droits seront plus ou moins étendus : si un homme est *pater-familias*, il a des droits que n'a pas un *filius-familias*. Si un homme est citoyen romain, il a des droits que n'a pas un étranger, un *peregrinus*.

C'est en se plaçant au point de vue de l'état, de la condition que les personnes peuvent avoir dans la société ou dans la famille, que le droit romain a divisé les personnes en plusieurs classes. En effet, d'après le droit romain, les personnes se divisent : 1° en *libres* et *esclaves ;* 2° en *citoyens* et *pérégrins ;* 3° en *ingénus* et *affranchis ;* 4° en personnes *sui juris* et personnes *alieni juris*.

314. II. **Des choses**. — Dans le langage du droit, le mot *res* ou le mot *chose* a aussi plusieurs sens :

1° Dans un sens général, le mot *res* désigne tout objet qui, tombant sous nos sens, est susceptible de procurer de l'utilité à l'homme. C'est en employant le mot *res* en ce sens que le § 1 (*Inst.*, II, 1) dit que l'air, l'eau courante, la mer et les rivages de la mer sont des *res communes*, c'est-à-dire des choses communes à tous les hommes.

2° Dans un sens plus restreint, le mot *res*, chose, désigne tout objet qui, pouvant procurer de l'utilité à l'homme, est susceptible d'appropriation privée. Employé èn ce sens, le mot *res*, chose, devient synonyme du mot biens, *bona*. L'air, la mer n'étant pas susceptibles d'appropriation privée, ne sont pas compris dans le mot *res*, employé en ce second sens. L'air, la mer ne sont pas des *biens*.

En employant le mot *res*, chose, dans les deux sens que je viens d'indiquer, je n'ai entendu parler que des choses, objets matériels, physiques, des objets ayant un corps et dont nous pouvons nous rendre compte par nos sens. Mais en droit, on connaît encore des choses, *res*, qui n'ont rien de matériel, qui n'ont pas de corps, et que, pour cela, on appelle *res incorporales*, choses incorporelles. Ne pouvant nous en rendre compte par nos sens, nous ne pouvons les comprendre et nous en faire une idée que par un effort de notre intelligence. Tels sont : les créances, le droit d'usufruit, une hérédité, etc.

315. III. **Des actions.** — L'*action* est le moyen que la loi donne à toute personne de faire valoir et reconnaître son droit en justice, quand il est contesté. Je vous ai prêté dix écus d'or ; vous ne voulez pas me les rendre ; la loi me donne un moyen pour vous forcer à me les restituer : je vous appellerai devant un tribunal, établi par la société, pour faire respecter les droits de chacun, et le tribunal vous condamnera à me rendre la somme que je vous ai prêtée. C'est ce moyen qu'a chaque personne de faire respecter son droit, en recourant à la justice, qu'on appelle une *action*.

LIVRE PREMIER

DES PERSONNES

(*Inst.*, liv. Ier, titres III à XXVI.)

TABLEAU résumé des Personnes.

- SECTION Ire. — PREMIÈRE CLASSIFICATION.
  - CHAPITRE Ier : Esclaves.
  - CHAPITRE II : Libres.
    - ARTICLE 1er. *Première subdivision.*
      - Citoyens romains.
      - Pérégrins.
    - ARTICLE 2. *Deuxième subdivision.*
      - Ingénus.
      - Affranchis.
- SECTION II. — DEUXIÈME CLASSIFICATION.
  - CHAPITRE Ier : Alieni juris. — ART. 1er. Esclaves. — ART. 2. Fils de famille. — ART. 3. Femme in manu. — ART. 4. Mancipium.
  - CHAPITRE II : Sui juris.
    - ART. 1. Capables.
    - ART. 2. Incapables.
      - Tutelle.
      - Curatelle.

SECTION Ire. — PREMIÈRE CLASSIFICATION DES PERSONNES : LIBRES, ESCLAVES

Pr. « La division la plus générale des personnes est celle-ci : les hommes sont ou libres ou esclaves. »

316. La *summa* (principale) *divisio* des personnes, dit Justinien, est celle en *libres* et *esclaves ;* l'esclave est-il donc une personne ? Oui, car il peut figurer comme intermédiaire de son maître dans des actes juridiques ; il peut s'obliger personnellement par ses délits, contracter une obligation naturelle, être institué héritier, légataire, etc., toutes choses que ne pourrait faire un cheval ou un bœuf ; et cependant, comme ce cheval et ce bœuf, il fait partie du patrimoine du maître, il peut être vendu, légué, donné en usufruit, etc., absolument comme une *chose.*

Cette division est générale, car tous les hommes sont ou libres ou esclaves. — Il en est de même de la division, que nous retrouverons au titre VIII, nos 428 et suiv., car toutes les personnes sont *sui* ou *alieni juris*.

317. L'*homme libre* est celui qui n'a pas de maître, c'est-à-dire qui n'est pas soumis au droit de propriété d'un autre.

L'*esclave* est celui qui appartient à un autre, qui est soumis au droit de propriété d'un autre, *qui dominio alieno subjicitur*.

CHAPITRE PREMIER

ESCLAVES

ARTICLE I. — ORIGINE DE L'ESCLAVAGE

§ 2. « La servitude est une institution du droit des gens, d'après laquelle un homme est soumis, contrairement à la nature, à la propriété d'un autre. »

318. Ce texte dit que l'esclavage est une institution du *droit des gens*. Cela signifie que, du temps des Romains, l'esclavage était connu et pratiqué chez tous les peuples. Le texte ajoute ensuite que l'esclavage est contraire à la nature, c'est-à-dire au droit naturel. Les rédacteurs des *Institutes* ont tort d'opposer le droit naturel au droit des gens, puisque, pour les Romains, le droit naturel et le droit des gens étaient une seule et même chose. (Inst., II, 1, § 11.)

D'après notre § 2, l'esclave est celui qui est soumis à la propriété d'un autre, *dominio alieno*. Le mot *dominium*, en effet, ne désigne pas un pouvoir, une puissance quelconque, mais la propriété.

§ 3. « Les esclaves sont appelés *servi*, parce que les généraux ordonnent de vendre les captifs, et ont ainsi l'habitude de les conserver, *servare*, au lieu de les tuer. On les appelle encore *mancipia*, parce qu'on les prend avec la main sur les ennemis. »

Ainsi, d'après les Romains, l'origine première de l'esclavage, c'est la guerre. Le § 3 nous donne une singulière justification de l'eselavage : le vainqueur peut tuer le vaincu ; au lieu de le tuer, il peut le conserver et le réduire en esclavage. Ce raisonnement est faux, car il n'est pas vrai que le vainqueur ait le droit de tuer le vaincu.

ARTICLE II. — COMMENT UN HOMME PEUT-IL ÊTRE ESCLAVE?

§ 4. « On naît ou l'on devient esclave. Sont esclaves par naissance ceux qui naissent d'une femme esclave. On devient esclave, ou d'après le droit des gens,

par la captivité, ou, d'après le droit civil, lorsqu'un homme majeur de vingt ans se laisse vendre pour partager le prix. »

319. Un homme peut être esclave, soit parce qu'il *est né* esclave, soit parce que, étant né libre, il est ensuite *devenu* esclave.

§ Ier. — QUAND UN HOMME EST-IL ESCLAVE PAR NAISSANCE?

320. Est esclave par naissance celui qui naît d'une femme esclave. Il n'y a pas de difficulté, si la mère a toujours été esclave pendant le temps de sa grossesse : l'enfant qui naît d'elle est certainement esclave. (On l'appelle alors *verna*, esclave né à la maison.) Mais que décider si la mère n'a pas toujours été esclave pendant le temps de la gestation ? Que décider, par exemple, lorsque la mère était libre au moment de la conception de l'enfant et qu'elle se trouve esclave au moment de la naissance de son esclave ? Cette question se résout par les règles suivantes :

1ro *règle.* L'enfant conçu en justes noces suit la condition du père.

2e *règle.* L'enfant conçu hors mariage suit la condition de la mère.

3e *règle.* Lorsque l'enfant doit suivre la condition du père, parce qu'il a été conçu en mariage, il a la condition qu'avait son père au moment de la conception. Donc si, au moment de la conception, le père est libre, l'enfant naîtra libre, quand même le père serait esclave au moment de sa naissance.

4e *règle.* Lorsque l'enfant doit suivre la condition de sa mère, parce qu'il a été conçu hors mariage, il a la condition qu'a sa mère au moment de sa naissance. En conséquence, si la mère est libre au moment de la naissance, l'enfant naîtra libre, lors même que sa mère eût été esclave au moment de la conception. Que si, au moment de la naissance, la mère est esclave, l'enfant devrait être esclave ; mais nous allons voir que, par exception, l'enfant naissait libre. (Gaïus, I, § 89.)

Lorsque l'enfant doit suivre la condition du père, pourquoi suit-il la condition qu'a le père au moment de la conception, tandis que, lorsqu'il doit suivre la condition de sa mère, il suit la condition qu'a sa mère au moment de sa naissance ? Cette distinction est très-rationnelle, car il est naturel que l'enfant suive la condition qu'a son père au moment où il devient un être distinct de lui, et il est naturel aussi qu'il suive la condition qu'a sa mère au moment où il devient un être distinct d'elle. Or, l'enfant devient un être distinct de son père au moment de la conception, au moment de la

procréation ; il devient un être distinct de sa mère au moment de sa naissance.

Dérogations à la quatrième règle ci-dessus :

1re *dérogation*. Si la mère est esclave au moment de la naissance, l'enfant conçu hors mariage devrait naître esclave. Mais, par exception à la quatrième règle, il avait été admis, par faveur pour la liberté, que l'enfant naîtrait libre du moment que sa mère aurait été libre pendant un seul instant de sa grossesse. (Paul, *Sent.*, liv. II, t. XXIV, § 2 ; *Inst.*, I, IV, pr.)

2e *dérogation*. L'empereur Adrien décida par un rescrit que si une femme libre, étant enceinte, est condamnée à mort, elle mettra au monde un enfant libre, bien qu'elle soit esclave au moment de la naissance. Il est d'usage qu'on n'exécute pas la sentence avant que la mère ne soit accouchée. (L. 18, D. 1, 5.) — C'est là encore une dérogation à la quatrième règle.

3e *dérogation*. Celui qui naît d'une femme libre et d'un esclave naît libre d'après les principes (quatrième règle). Mais il faut remarquer, nous dit Gaïus, que cette règle peut être modifiée soit par une loi, soit par un sénatus-consulte. Ainsi, d'après le sénatus-consulte Claudien, une citoyenne romaine s'unissant à l'esclave d'autrui avec le consentement du maître de cet esclave, pouvait convenir qu'elle resterait libre, mais que les enfants qui naîtraient d'elle seraient esclaves. En effet, ce qui était convenu entre elle et le maître était valable d'après le sénatus-consulte Claudien. Mais Adrien, touché de ce que cela avait d'inique, rétablit la règle du droit des gens, en décidant que si la mère reste libre, les enfants resteront libres. (Gaïus, I, §§ 82, 83, 84.)

4e *dérogation*. D'après une loi dont le nom est illisible dans le manuscrit des Commentaires de Gaïus, si un homme libre s'est uni avec une esclave, la croyant libre (il n'y a pas mariage), les enfants mâles qui en naissaient étaient libres (ils auraient dû être esclaves d'après la quatrième règle), les filles étaient esclaves et appartenaient au maître de leur mère. Mais Vespasien rétablit la règle et déeida que tous les enfants seraient esclaves. (Gaïus, I, § 85.)

§ II. — COMMENT UN HOMME LIBRE DEVIENT-IL ESCLAVE?

321. Un homme peut devenir esclave ou d'après le droit des gens, ou d'après le droit civil (§ 4).

322. I. **D'après le droit des gens,** un homme libre devient esclave par la *captivité*. Lorsqu'un ennemi est fait captif par les Romains, il devient esclave. Réciproquement, lorsqu'un citoyen romain

est pris par l'ennemi, il devient esclave. (L. 5, §§ 1, 2. D. 49, 15.)

Si un citoyen romain fait captif par l'ennemi ou si un ennemi fait captif par les Romains parvient à s'échapper, il cesse d'être esclave pour l'avenir. Bien plus, par l'effet d'une fiction appelée *jus postliminii*, il est considéré comme n'ayant jamais été esclave dans le passé.

Le *postliminium* ou *jus postliminii* est donc une fiction par laquelle un citoyen romain fait captif par l'ennemi ou un ennemi fait captif par les Romains est considéré comme n'ayant jamais été esclave, s'il parvient à s'échapper et à rentrer dans son pays. On voit que les Romains appliquaient le bénéfice du *postliminium* à leurs ennemis aussi bien qu'à eux-mêmes.

323. II. **D'après le droit civil**, un homme libre peut devenir esclave dans plusieurs cas :

1^er^ *cas*. Devient esclave l'homme libre, majeur de vingt ans, qui se laisse vendre comme esclave pour partager le prix. Voici comment le droit romain était arrivé à déclarer esclave l'homme libre qui s'était laissé vendre pour partager le prix. Il était de principe, chez les Romains, que la liberté de l'homme était hors du commerce, c'est-à-dire inaliénable. Par conséquent, une convention ne pouvait faire passer un homme libre à l'état d'esclave. Mais des personnes malhonnêtes avaient profité de ce principe pour commettre la fraude suivante : un homme libre, s'entendant avec un autre, se faisait passer pour esclave et se laissait vendre comme tel par son complice. Puis, lorsque l'acheteur avait payé son prix, celui qui s'était laissé vendre comme esclave réclamait sa liberté, était forcément déclaré libre par le magistrat, et l'acheteur perdait le prix qu'il avait payé, car le plus souvent il ne pouvait retrouver le prétendu vendeur. Pour prévenir cette fraude, il fut décidé que celui qui se laisserait vendre comme esclave pour partager le prix avec le complice de sa fraude serait puni par la perte de sa liberté et serait l'esclave de son acheteur.

Cinq conditions étaient exigées pour que celui qui se laissait vendre comme esclave perdît sa liberté. Il fallait : 1° qu'il fût majeur de vingt ans ; 2° qu'il connût bien sa qualité d'homme libre ; 3° que son intention fût de partager le prix ; 4° que le prix eût été réellement payé par l'acheteur ; 5° que l'acheteur fût de bonne foi, c'est-à-dire ignorât, au moment de la vente et au moment du payement, que celui qu'il achetait était libre. (L. 7, pr. §§ 1, 2. D. 40, 12.) Si cet homme était marié, son mariage était dissous par la perte de sa liberté, mais ses enfants restaient libres.

Notre § 4 ne cite pas d'autre cas où un homme libre devient

esclave d'après le droit civil. Mais il y en avait d'autres que je vais énumérer.

324. 2e *cas*. D'après la loi des Douze Tables, le débiteur condamné qui ne payait pas sa dette pouvait être vendu comme esclave par son créancier. (P. 75, 7°.)

325. 3e *cas*. D'après la loi des Douze Tables, le voleur manifeste, c'est-à-dire pris en flagrant délit, était battu de verges, et attribué comme esclave à celui qu'il avait volé. (P. 75, 11°. Aulu-Gelle, XI; 18.)

326. 4e *cas*. Lorsqu'un citoyen omettait de se faire inscrire par le censeur sur les tables du cens, au moment du recensement, il était vendu comme esclave au profit de l'État. De même qu'un esclave, dit Cicéron, devient libre par son inscription sur le cens, de même l'homme libre qui refuse de s'y faire inscrire perd sa liberté. (Cic., *Pro Cæcina*, 34.)

327. 5e *cas*. Celui qui s'était soustrait au service militaire était vendu comme esclave au profit de l'État. Autrefois, dit le jurisconsulte Arrius Ménander, ceux qui ne répondaient pas à l'appel militaire (*ad delectum*) étaient réduits en esclavage. (L. 4, § 10, D. 49, 16.)

328. 6e *cas*. D'après le sénatus-consulte Claudien, si une femme libre, ayant des relations avec un esclave, continuait ses relations malgré la défense du maître de cet esclave, elle perdait la liberté : elle et tous ses biens devenaient la propriété du maître avec l'esclave duquel elle avait eu des relations. Si cette femme était enceinte au moment où elle devenait esclave, presque tous les jurisconsultes font la distinction suivante : Si elle était mariée au moment où elle a conçu, l'enfant suivra la condition du père et sera libre et ingénu. Mais si elle n'était pas mariée au moment de la conception, c'est-à-dire si elle a conçu *vulgo*, l'enfant suivra sa condition, naîtra esclave et appartiendra à celui qui est devenu le maître de sa mère. (Gaïus, I, § 91.) Tout ceci est l'application des principes. Justinien supprima cette cause de servitude résultant du sénatus-consulte Claudien. (*Inst.*, III, XII, § 1.)

329. 7e *cas*. Lorsqu'un affranchi se rendait ingrat envers son patron, il perdait sa liberté et redevenait esclave de son ancien maître. (L. 6, § 1. D. 25, 3.)

330. 8e *cas*. Lorsqu'un homme était condamné à combattre contre les bêtes (*ad bestias*) ou à travailler dans les mines (*ad metalla*), il perdait de suite sa liberté et l'on disait qu'il devenait esclave de la peine, *servus pœnæ*. Il n'avait pas d'autre maître que la peine. (*Inst.*, I, XII, § 3). Justinien supprima encore cette cause

d'esclavage en décidant que celui qui serait condamné aux mines ne serait plus considéré comme esclave. (*Novelle* 22, ch. 8.)

ARTICLE II. — DE LA CONDITION DES ESCLAVES EN GÉNÉRAL

331. Les textes des *Institutes* relatifs à la condition des esclaves sont le § 1 et le § 2 du titre VIII, liv. I, que je crois devoir expliquer ici pour exposer en une seule fois tout ce qui concerne l'esclavage.

§ I. « Les esclaves sont sous la puissance de leurs maîtres. Cette puissance est du droit des gens, car nous pouvons remarquer que chez tous les peuples le droit de vie et de mort sur les esclaves appartient à leur maître. Et tout ce qui est acquis par un esclave appartient à son maître. » (*Inst.*, I, VIII.)

§ 2. « Mais aujourd'hui il n'est permis à aucun homme soumis à notre empire de maltraiter outre mesure ses esclaves sans une cause reconnue par la loi. Car, d'après une constitution de l'empereur Antonin le Pieux, celui qui, sans motif, tue son esclave, est puni comme celui qui tue l'esclave d'autrui. De plus, la trop grande dureté des maîtres, à l'égard de leurs esclaves, est réprimée par une constitution du même prince. En effet, consulté par quelques présidents des provinces, il décida que, si les mauvais traitements des maîtres paraissaient avoir été insupportables, ils seraient contraints de vendre leurs esclaves à de bonnes conditions, et que le prix leur en serait remis. Et cela est fort juste; car il importe à l'État que personne n'use mal de sa chose. Au surplus, voici les termes de ce rescrit, adressé à Ælius Marcianus : « Il faut « sans doute que la puissance des maîtres sur les esclaves reste intacte et qu'on « n'enlève à personne ses droits. Mais il est de l'intérêt des maîtres eux-mêmes « qu'on ne refuse pas aux esclaves le secours qu'ils réclament justement contre « la cruauté, la faim et les injures. Examinez donc les plaintes des esclaves « de Tullius Sabinus qui, de chez lui, se sont réfugiés auprès de ma statue; et « si vous reconnaissez qu'ils ont été traités plus durement que l'équité ne le « comporte, ordonnez qu'ils soient vendus de manière à ce qu'ils ne reviennent « jamais sous la puissance de leur maître. Que Sabinus sache que s'il veut, par « fraude, éluder ma constitution, je saurai agir avec plus de rigueur. » (*Inst.*, I, VIII.)

332. Le maître est propriétaire de son esclave. Ce droit de propriété du maître sur son esclave, *dominica potestas*, lui donne deux espèces de droits : 1° droits sur la personne de l'esclave; 2° droits sur les biens acquis par l'esclave.

§ Ier. — DROIT DU MAITRE SUR LA PERSONNE DE L'ESCLAVE.

333. I. **Droit de vie et de mort du maître sur la personne de l'esclave.** — De son droit de propriété, *dominium*, *dominica potestas*, le maître tire le droit de vie et de mort sur la personne de son esclave. Ainsi le droit du maître est absolu : il peut tuer son esclave, si cela lui est agréable.

Ce droit de vie et de mort semble être resté intact pendant tout le temps que dura la République. Dans cette période, les esclaves n'étaient protégés que par les censeurs. Mais, sous l'Empire, la législation positive intervint pour protéger les esclaves contre la cruauté des maîtres.

Une loi *Petronia*, rendue sous Auguste, selon les uns, sous Néron, selon d'autres, défendit aux maîtres de livrer, sans motif, leurs esclaves pour les faire combattre contre les bêtes. Dorénavant, ils ne pourront les livrer que pour un juste motif reconnu par le juge. (L. 11, § 2. D. 48, 8.)

334. Le § 2 du titre VIII, liv. I, traduit ci-dessus, parle de deux constitutions d'Antonin ayant aussi pour but de protéger les esclaves.

Par la première de ces constitutions, Antonin décide que celui qui aura tué son esclave sans motif sera puni comme celui qui tué l'esclave d'autrui, c'est-à-dire comme homicide, et condamné aux peines établies par la loi *Cornelia De sicariis*, rendue pendant la dictature de Cornélius Sylla, prononçant la déportation et la confiscation de tous les biens du condamné. Plus tard la déportation fut remplacée par la peine de mort. (L. 3, § 5. D. 48, 8. L. 23, § 9. D. 9, 2.)

Si un maître surprend son esclave en adultère avec sa femme ou sa fille, c'est là un juste motif qui lui permet de le tuer. (L. 20 et 24. D. 48, 5.)

Par sa seconde constitution, Antonin décide que le maître qui maltraitera son esclave pourra être contraint par le préteur à le vendre *à de bonnes conditions*, c'est-à-dire à de bonnes conditions pour le maître et pour l'esclave. Les conditions doivent être bonnes pour le maître, en ce sens qu'il ne peut pas être forcé à vendre son esclave pour un prix trop faible. Les conditions de la vente doivent être bonnes pour l'esclave, en ce sens que le maître ne pourra pas imposer à l'acheteur des conditions dures pour l'esclave : par exemple, que l'esclave sera employé par l'acheteur aux plus rudes travaux.

Toutefois, ce n'est qu'autant que le maître aura maltraité son esclave sans motif qu'il pourra être forcé à le vendre. Mais s'il a juste sujet de se plaindre, il conserve sur lui un droit de correction illimité ; car si l'esclave meurt des suites de la correction, le maître n'a rien à craindre, pourvu qu'il n'ait pas eu l'intention, en le châtiant, de lui donner la mort. (*Collatio legum mosaicarum*, III, II.)

Pourquoi le § 2 du titre VIII mentionne-t-il la circonstance que les esclaves maltraités par leurs maîtres se réfugient dans les temples ou auprès des statues des princes? C'est parce que les temples

et les statues des princes étaient des lieux de refuge inviolables qui permettaient aux esclaves d'échapper, pour quelque temps, aux mauvais traitements de leurs maîtres.

Il convient de remarquer sur ce § 2 que les empereurs Antonin et Justinien ne justifient pas les mesures de protection, ordonnées par eux pour garantir les esclaves contre les mauvais traitements de leurs maîtres, par une raison d'humanité et de justice. Il ne serait pas venu à la pensée d'un empereur romain de prohiber le meurtre des esclaves, en raison de leur seule qualité d'hommes et par respect pour la vie humaine dans leur personne. Aussi Antonin, dans son rescrit à Ælius Marcianus, justifie-t-il les mesures de protection qu'il ordonne en faveur des esclaves par l'intérêt même de leurs maîtres. Et Justinien, tout en approuvant le rescrit de son prédécesseur, ajoute qu'il importe à l'État que personne *n'use mal de sa chose*. Ce n'est donc pas un motif d'humanité, mais l'intérêt des maîtres et une raison politique qui ont dicté aux empereurs romains les mesures de protection qu'ils ont ordonnées en faveur des esclaves. L'expérience, en effet, avait démontré que les mauvais traitements infligés aux esclaves pouvaient mettre l'État en danger : l'esclave Spartacus avait failli renverser l'aristocratie romaine. Il était aussi de l'intérêt du maître de ne pas trop maltraiter ses esclaves, parce que les esclaves exaspérés pouvaient se venger par quelque crime sur sa personne.

335. II. **Droit d'abandon noxal.** — Il était de principe, en droit romain, que le propriétaire d'une chose était responsable du dommage causé à autrui par sa chose et devait le réparer. Mais il était de principe aussi que le propriétaire ne pouvait pas être responsable du dommage causé, au delà de la valeur de la chose, et qu'il était quitte en abandonnant sa chose en réparation du dommage causé. Cet abandon prenait le nom d'*abandon noxal*. Ainsi, lorsqu'une maison croulait par défaut de réparations et que sa chute causait un dommage, le propriétaire de la maison était obligé de réparer pécuniairement le dommage ; mais il lui était loisible de se libérer de cette obligation en abandonnant les matériaux de la maison écroulée. Ces principes s'appliquaient aux esclaves comme aux animaux et aux choses inanimées. En conséquence, lorsqu'un esclave commettait un dommage au préjudice d'un tiers, son maître se trouvait obligé, même d'après le droit civil, à réparer le dommage ; c'est ce qu'on exprime en disant que, même d'après le droit civil, le maître est tenu des obligations résultant des délits de son esclave et des obligations résultant, *quasi ex delicto*, du fait de son esclave. Si le maître tenait à conserver son esclave ou si la valeur de

l'esclave était supérieure au montant du dommage, le maître réparait pécuniairement le dommage. Mais il pouvait aussi abandonner *noxaliter* son esclave en réparation du dommage.

§ II. — DROITS DU MAITRE SUR LES BIENS ACQUIS PAR L'ESCLAVE.

336. L'esclave est incapable d'être propriétaire ; tout ce qu'il acquiert appartient à son maître. Cependant, l'esclave peut avoir un pécule. Mais il ne faut pas croire qu'il en soit propriétaire. Le pécule est une portion de biens dont le maître abandonne la jouissance et l'administration à son esclave, soit que son maître les lui ait livrés, soit que l'esclave les ait acquis lui-même. Mais, dans tous les cas, le pécule appartient au maître qui peut, à son gré, le retirer à son esclave. (L. 8. D. 15, 1.) Toutefois, si le maître affranchit son esclave sans lui retirer le pécule, il est censé lui en avoir fait donation.

337. L'esclave ne peut pas plus devenir créancier pour son compte, qu'il ne peut devenir propriétaire. Lorsqu'un esclave contracte avec un tiers de manière à devenir créancier, c'est à son maître et non à lui qu'appartient la créance. C'est le maître, et non pas lui, qui pourra poursuivre le débiteur.

Ainsi, un esclave peut contracter avec un tiers de manière à rendre son maître créancier. A l'inverse, peut-il contracter avec un tiers de manière à obliger son maître envers ce tiers? Nullement. L'esclave ne peut contracter de manière à rendre son maître débiteur envers les tiers. Telle est la règle du droit civil; mais nous verrons plus tard que le droit prétorien apporta des exceptions à cette règle.

338. Si l'esclave ne peut contracter de manière à obliger son maître envers un tiers, peut-il au moins contracter de manière à s'obliger lui-même? Non, d'après le droit civil. Le tiers envers lequel l'esclave s'est obligé n'aura contre lui aucune action, d'après le droit civil, pour le forcer à exécuter son obligation. Du reste, l'esclave serait fort embarrassé pour exécuter son obligation, puisqu'il n'a pas de biens. Avec quoi payerait-il?

Cependant les obligations que l'esclave avait contractées n'étaient pas complétement inefficaces. Les Romains voyaient dans les obligations contractées par les esclaves des *obligations naturelles.* Ainsi, lorsqu'un esclave s'est obligé envers un tiers, son obligation est sans valeur d'après le droit civil, mais il est obligé d'après le droit naturel : il est tenu d'une obligation naturelle. Et si, devenu libre, il acquitte volontairement sa dette, il ne pourra pas répéter

ce qu'il a payé; car l'un des principaux effets d'une obligation naturelle est d'empêcher le débiteur qui l'a acquittée volontairement de réclamer la restitution de ce qu'il a payé.

339. On voit donc que si l'esclave était capable de concourir aux actes de droit, c'était uniquement dans l'intérêt et au profit de son maître. En dehors de l'intérêt du maître, l'esclave était frappé d'une incapacité complète. Ainsi, il était privé des droits politiques : il n'avait ni le *jus honorum*, ni le *jus suffragii;* il ne pouvait être témoin dans un testament; il était incapable de contracter mariage; la cohabitation habituelle d'un esclave avec une esclave s'appelait *contubernium*. L'esclave, ne pouvant contracter de justes noces, n'avait pas le droit de poursuivre pour adultère celui qui corrompait sa compagne. (L. 23. C. 9, 9.) Les Romains allaient jusqu'à nier tout lien de parenté entre esclaves. Du moins, ils ne reconnaissaient, entre les esclaves issus les uns des autres et entre les enfants d'une même esclave, qu'une *cognatio servilis* qui était un empêchement au mariage de ceux entre lesquels elle existait, si, devenus libres, ils voulaient s'épouser.

L'esclave était en quelque sorte une marchandise, pouvait faire l'objet d'un droit de propriété. Si l'on considère l'esclave en lui-même et abstraction faite de la personne de son maître, il est entièrement incapable.

340. D'après cela, on peut être surpris de voir le droit romain ranger les esclaves parmi les *personnes*. N'eût-il pas été plus exact de les ranger parmi les *choses?* Les esclaves sont à la fois des personnes et des choses. Il est certain que les esclaves sont des choses, puisqu'ils sont susceptibles de propriété. Mais, d'un autre côté, ils sont aussi des personnes, parce qu'ils peuvent participer, dans une certaine mesure, aux actes de droit. Il est vrai qu'ils n'ont par eux-mêmes aucune capacité personnelle, aucune capacité propre. Si un esclave peut figurer dans un acte juridique, c'est parce qu'il emprunte à son maître sa capacité. Mais la capacité du maître ne lui est communiquée que pour lui permettre d'acquérir pour son maître, ou de devenir créancier pour son maître. Ainsi, l'esclave n'est capable de figurer dans les actes juridiques que dans l'intérêt de son maître : s'il contracte avec un tiers de manière à devenir créancier, la créance est acquise au maître; s'il est institué héritier par un tiers, c'est le maître qui recueillera la succession. S'il contracte de manière à devenir débiteur, sa capacité cesse, car la capacité du maître ne lui est pas communiquée pour obliger son maître; en conséquence, l'obligation par lui contractée est nulle, d'après le droit civil. (N^os^ 338, 339.)

§ III. — CONDITION DES ESCLAVES.

341. L'esclavage n'admettait pas de degrés : « *In servorum conditione nulla est differentia,* » dit Justinien (*Inst.*, I, III, § 5) : ou on était esclave, ou on ne l'était pas. Ainsi, en droit, il n'y avait pas de différence dans la condition des esclaves; mais, en fait, leur condition pouvait être différente : les uns pouvaient être soumis à des travaux plus rudes que les autres. On appelait *servus ordinarius* l'esclave auquel son maître avait abandonné l'administration d'un pécule. On appelait *servi vicarii* les esclaves compris dans le pécule d'un autre esclave.

§ IV. — CONDITIONS INTERMÉDIAIRES ENTRE LA LIBERTÉ ET L'ESCLAVAGE PROPREMENT DIT.

342. Bien que Justinien dise qu'il n'y ait aucune différence dans la condition des esclaves, il y avait cependant deux espèces d'esclaves qui, même d'après la législation romaine, n'étaient pas dans la même condition que les autres, c'étaient : 1° les *servi pœnæ* ou *sine domino;* 2° les *servi publici.*

343. I. **Servus pœnæ.** — *Servus sine domino.* — Le *servus sine domino* est l'esclave qui n'appartient à personne; sa condition juridique est plus mauvaise que celle des autres esclaves. Nous avons vu, en effet, que les esclaves tirent leur capacité juridique de la personne de leur maître; par conséquent, l'esclave qui n'a pas de maître n'a aucune capacité juridique. Aussi, si l'esclave *sine domino* fait une stipulation, cette stipulation est nulle; s'il est institué héritier, l'institution est nulle; — (L. 36. D. 45, 3, L. 17. D. 48, 19) il ne peut être affranchi. — Il en est de même des *servi derelicti.*

Mais comment peut-il se faire qu'un esclave soit *sine domino?* Lorsqu'un esclave est condamné aux mines ou aux bêtes, il devient esclave de la peine, il est esclave *sine domino.* De même, l'esclave qui a été abandonné par son maître est un esclave *sine domino.*

344. II. **Servus publicus.** — Le *servus publicus* est un esclave qui appartient au peuple romain. Lorsque des ennemis étaient faits prisonniers de guerre, en masse, par l'armée romaine, ils devenaient *servi publici*, esclaves du peuple romain. Au contraire, les ennemis, qui étaient l'objet d'une capture individuelle de la part des soldats romains, appartenaient aux soldats romains qui s'en étaient emparés.

La condition juridique des *servi publici* était moins mauvaise

que celle des autres esclaves : ils pouvaient être propriétaires, et même ils pouvaient disposer de la moitié de leurs biens par testament. (Ulp., *Reg.*, XX, § 16.)

345. III. **Appendice : du colonat.** — 1° *Origine et nature du colonat.* Dans les temps primitifs, le citoyen romain cultivait lui-même sa terre avec sa famille et ses esclaves. Lorsque, plus tard, les patriciens se furent enrichis par leurs usurpations sur les terres de l'*ager publicus*, le nombre de leurs esclaves devint insuffisant pour cultiver leurs immenses domaines. Dès lors, les riches propriétaires, souvent retenus à Rome par des fonctions publiques ou par leurs plaisirs, prirent l'habitude de donner leurs biens à ferme à des hommes libres par un contrat appelé contrat de louage, *locatio-conductio*. Le fermier s'obligeait à cultiver le bien ; il devenait propriétaire des fruits produits par le bien, à la charge de payer une redevance annuelle au propriétaire. Si, d'après la convention des parties, la redevance devait consister en argent, le fermier prenait le nom de *conductor* ou de *colonus*. Si, d'après la convention des parties, la redevance devait consister en une portion des fruits à payer chaque année par le fermier au propriétaire, le fermier prenait le nom de colon partiaire, *colonus partiarius*. Ce sont les règles de ce contrat qui sont exposées par les jurisconsultes de l'époque classique au titre *Locati-conducti* au *Digeste* (19, 2). A cette époque, c'est-à-dire pendant la première moitié de l'Empire, le mot *colonus* désignait donc un fermier libre, qui prenait à bail un bien rural.

346. Il y au code de Justinien un titre intitulé : *De agricolis et censitis et colonis.* Quand on lit les constitutions impériales contenues dans ce titre, on voit que les *coloni* dont elles parlent ne sont plus les fermiers libres dont s'occupaient les jurisconsultes de la première moitié de l'Empire. La condition de ces nouveaux *coloni* est à peu près la même que celle des esclaves. Comment s'est opérée cette transformation? Quelle est l'origine du *colonat?*

347. L'origine du *colonat* paraît remonter à l'époque de Constantin. En effet, cet empereur fit un certain nombre de constitutions pour assurer la culture des terres et le payement de l'impôt. A cette époque, les cultivateurs libres, sous l'empire d'une misère excessive, abandonnaient la culture pour aller se fixer dans les villes municipales, où ils espéraient vivre des distributions de blé faites au peuple par les curions, gratuitement ou à bas prix. (L. 8. D. 50, 1.)

348. De ces constitutions promulguées par Constantin, dans le but d'assurer la culture des terres, et, par suite, le payement de

l'impôt, il résultait que les fermiers, libres jusqu'alors, seraient enchaînés à la terre qu'ils cultivaient, sans pouvoir choisir une autre profession. Parmi ces fermiers, libres jusqu'alors, se trouvait un grand nombre de Barbares. En effet, à différentes époques, les empereurs avaient distribué dans l'intérieur de l'Empire, à des familles barbares, les terres abandonnées par leurs propriétaires, faute de ressources et de bras pour les cultiver.

349. Voici l'ensemble des mesures financières ordonnées par Constantin : « Sur les bordereaux individuels que les greffiers des villes, *tabularii*, délivraient aux percepteurs (L. 1. C. Th. 11, 7. L. 1, C. *De exactor.*, 10, 19), on porta non-seulement les impôts de chaque possesseur et la capitation de ses esclaves, mais encore le tribut de ses colons. « *Unusquisque decurio pro ea portione conve-* « *niatur, in qua vel ipse, vel colonus, vel tributarius ejus convenitur et* « *colligit.* » (L. 2. C. Th., XI, 7.) Les propriétaires étaient ainsi rendus responsables envers le fisc de tous les hommes libres qui avaient été enregistrés dans les rôles du cens, *adscripti*, comme établis sur leurs possessions. La terre devenait donc la base unique de l'impôt direct, et, dans le cadastre, les censiteurs faisaient figurer, avec les objets mobiliers qui se trouvaient dans une possession, les hommes libres ou esclaves employés pour la cultiver. (C. Th., *De censu*, XIII, 10.) Il en résulta que la contribution foncière, *jugatio*, et la contribution personnelle, *capitatio*, furent confondues en une seule que l'on nomma indistinctement *capitatio* ou *jugatio*. Cette confusion dans le langage était toute naturelle, car, bien que l'impôt du sol et la cote personnelle du cultivateur fussent deux éléments bien distincts de la contribution totale qui frappait la propriété, cependant le sol et le cultivateur ne formaient plus désormais qu'une seule et même chose, et, pour nous servir des fortes expressions de Justinien, les cultivateurs étaient devenus les membres de la terre : *terram... suis quodam modo membris.* (L. 23, C. XI, 47), et ne devaient plus en être séparés. En effet, le gouvernement ne pouvait rendre le possesseur responsable du tribut de ses fermiers, sans lui donner en même temps le droit de les retenir; de sorte que le *colonat* perpétuel sortait naturellement de cette mesure financière. » (M. Ch. Revillout, *Étude sur l'histoire du colonat chez les Romains.* — *Revue historique*, III, 216, 217.)

350. Les empereurs postérieurs à Constantin firent une foule de constitutions pour régler la condition de ces colons attachés à la terre. « Par suite de toutes ces lois, dit M. Ch. Revillout, l'institution de Constantin changea de caractère; le colonat ne fut pas seulement un lien fiscal, une conséquence du tribut, mais une con-

dition nettement definie, existant par elle-même et tout à fait indépendante de la cause qui l'avait fait naître; en un mot, un état ayant son nom et ses règles spéciales, *jus colonatus* : « *Inserviant terris, non tributario nexu, sed nomine et titulo colonorum.* » (C. Just., XI, 52.) Mais cet état, n'ayant pas été créé d'un seul coup, n'existait point dans toutes les parties de l'Empire; ainsi les colons de l'Illyrie et des contrées voisines conservaient encore la liberté d'aller cultiver d'autres terres. Il en était de même en Palestine. Pour réduire les paysans de l'Illyrie à la condition de tous les autres, Valentinien et Valens ordonnèrent, en 371, que désormais les tenanciers de cette province seraient les serviteurs de la terre et y resteraient attachés, non point par les liens du tribut, mais à titre et sous le nom de colons. (C. Just., XI, 52.) Théodose acheva de généraliser dans tout l'Empire les lois nouvelles du colonat, en les imposant à la Palestine, où leur introduction avait rencontré jusqu'alors, de la part des paysans, une résistance insurmontable... La loi qu'il rendit à cette occasion est fort importante dans l'histoire du colonat, parce qu'elle indique l'origine et définit en même temps la nature de cette institution agricole. En voici les termes : « Attendu que, dans les autres provinces soumises à Notre Sérénité, une loi *établie par nos ancêtres* retient les colons par un droit éternel et ne leur permet pas de quitter les champs dont les fruits les nourrissent, ni d'abandonner les lieux qu'ils ont une fois entrepris de cultiver, et que les possesseurs de Palestine n'ont pas cet avantage; nous voulons que, même dans les Palestines, aucun colon ne se flatte d'être libre et de pouvoir aller où il lui plaira; mais qu'à l'exemple des autres provinces, il appartienne au maître du fonds et ne puisse le quitter sans punition pour celui qui le recueillerait. » (C. Just., XI, 50.)

« Ainsi Théodose achevait de placer sous le joug les derniers colons libres et complétait l'œuvre de Constantin. Le colonat était déjà si profondément entré dans les mœurs et si bien établi dans les lois, qu'il n'avait plus besoin pour subsister de s'appuyer sur le système financier. » M. (Ch. Revillout, docteur ès lettres, professeur d'histoire au lycée de Grenoble. *Revue historique*, III.)

351. 2° *Condition juridique des colons.* — Les colons sont à la fois hommes libres et esclaves : « *Licet videantur ingenui, servi tamen terræ ipsius cui nati sunt.* » (L. 1. C. 11, 51.)

Vis-à-vis des tiers, les colons sont libres et ingénus : ils peuvent être tuteurs. (L. 13. C. 5, 34.) Ils peuvent se marier et avoir la puissance paternelle. (*Nov.*, Valentinien, III, L. 1, §§ 2 et 3.) Ils peuvent acquérir pour eux. (L. 2. C. 11, 49.) Ils peuvent contracter.

(L. 8. C. 11, 47.) Les colons peuvent poursuivre la punition des injures commises contre eux ou contre les membres de leur famille : « *Non adimitur eis propter suam suorumque injuriam experiundi licentia.* » (L. 2. C. 11, 49.)

Vis-à-vis de la terre à laquelle ils sont attachés et vis-à-vis du possesseur de cette terre, les colons sont esclaves, *servi terræ*, *obnoxii terræ*. Les services de leur personne sont dus à la terre. (L. 5. C. Th., 10, 20.) Ils ne peuvent quitter la terre qu'ils cultivent pour aller habiter ailleurs. (L. 1. C. 11, 50.) Si un colon s'enfuit, le possesseur du fonds auquel il était attaché peut le revendiquer. (L. 6. C. 11, 47.) Celui chez lequel le colon est trouvé doit payer au fisc une amende de douze livres d'argent et, de plus, fournir au possesseur revendiquant, outre son colon, un autre homme de même valeur. (L. 12. C. 11, 47.)

Vis-à-vis du possesseur du fonds qu'il cultive le colon est assimilé à un esclave, *in potestate domini positus*. (L. 21. C. 11, 47.) Le colon reçoit à perpétuité du possesseur la terre qu'il s'engage à cultiver, moyennant une redevance toujours égale, consistant en nature, c'est-à-dire en fruits, à moins que la coutume du lieu ne l'astreigne à la payer en argent. (L. 5. C. 11, 47.) Cette perpétuité du bail, moyennant une redevance qui ne pouvait être ni augmentée, ni diminuée par la suite (L. 1. C. 11, 49), avait été établie pour assurer l'amélioration des terres. Le colon, en effet, avait intérêt à améliorer les terres, parce qu'il était sûr que l'excédant des produits sur le montant de la redevance serait pour lui.

Le colon, à la différence de l'esclave, est propriétaire de ce qu'il gagne et des économies qu'il fait. (L. 8. C. 11, 47.) Son patrimoine s'appelle *pécule*, mais il en est propriétaire. Toutefois il ne peut en disposer sans la volonté du possesseur du sol qu'il cultive. (L. 2. C. 11, 49.) Le colon peut même être propriétaire de quelques parcelles de terre, de quelques immeubles, qui sont inscrits sur les tables du cens en son nom et pour lesquels il doit payer directement l'impôt au fisc, « *qui in suis conscripti locis proprio nomine libris censualibus destinentur* ». (L. 4. C. 11, 47.) « Par une extension naturelle de la solidarité imposée au propriétaire, les exacteurs le rendaient responsable de tout ce que ses colons devaient au Trésor, non-seulement pour leur capitation, mais encore pour leurs biens propres. Il en résultait que si les cultivateurs étaient en fuite, leur maître était souvent obligé de payer à leur place, pour des terres dont il n'était pas le propriétaire et qui n'étaient pas même portées à son nom dans les rôles du cadastre. » (L. 14. C. Th. XI, 1. L. 4. C. Just., XI, 47). — (M. Ch. Revillout, *loco cit.*)

Le colon est immobilisé et attaché au fonds même à l'égard du propriétaire, en ce sens que si le propriétaire veut vendre la terre sur laquelle se trouvent les colons, il doit vendre les colons avec la terre, sinon la vente est nulle. Si le propriétaire a vendu les colons sans vendre la terre, la vente est encore nulle et il peut les revendiquer. (L. 7. C. 11, 47.) Un propriétaire pouvait cependant transporter des colons d'un de ses fonds qui en avait trop sur un autre fonds qui en manquait, pourvu que les deux fonds appartinssent au même propriétaire et à la condition que la famille du colon ne fût pas séparée de son chef. (L. 13, § 1. C. 11, 47.)

Les colons ainsi attachés à la terre sont désignés dans les constitutions du Code théodosien et du Code de Justinien, qui s'en occupent, sous les noms divers de : *coloni*, *coloni originales*, *coloni originarii*, *tributarii*, *censiti*, *censibus obnoxii*, *adscriptitii*, *inquilini*.

352. 3° *Comment on est colon.* — Un homme pouvait être colon par les modes suivants :

A. La naissance. — Plusieurs hypothèses sont à distinguer : s'il y a mariage entre le père et la mère qui sont colons l'un et l'autre, l'enfant naît certainement colon ; s'il n'y a pas mariage, l'enfant suit toujours la condition de la mère ; en conséquence : 1° si le père est colon et la mère esclave, l'enfant naît esclave et appartient au maître de sa mère ; 2° si la mère est *colona* et le père libre ou esclave, l'enfant est colon (L. 21 et 24. C. 11, 47) ; 3° si le père est colon et la mère libre, l'enfant naît libre, mais il ne pourra pas quitter le fonds sur lequel il est né. (L. 24. C. 11, 47. *Nov.* 162, ch. 2.) Si les deux parents sont colons, mais au service de deux fonds appartenant à deux propriétaires différents, les enfants naissent colons. Mais auquel des deux fonds doivent-ils être attachés ? La législation a varié sur cette question : à l'époque de Justinien, si les enfants sont en nombre pair, ils sont tirés au sort et attribués par moitié à chaque fonds ; s'ils sont en nombre impair, la plus forte partie reste au fonds auquel la mère est attachée. (*Nov.* 162, ch. 3.) — D'après ce qui précède, on voit que les *justæ nuptiæ* étaient possibles entre colons et *colonæ*.

B. La prescription. — Quand un homme libre avait vécu pendant trente ans sur un fonds comme colon, lui et ses enfants devenaient colons du possesseur du fonds par prescription. (L. 23, § 1. C. 11, 47.) Toutefois ce colon et ses enfants restent libres et conservent la libre disposition de leurs biens. (L. 18. C. 11, 47.)

C. L'acceptation volontaire du colonat. — Un homme libre peut devenir colon en épousant une *colona*, pourvu qu'il déclare que sa volonté est de devenir colon, et, réciproquement,

une femme peut devenir *colona* en épousant un colon, pourvu qu'elle déclare que telle est sa volonté. (Nov. de Valentinien, tit. 30. L. 1, §§ 5, 6.)

D. La loi. — Quelquefois la loi réduisait à l'état de colons les cultivateurs d'un pays entier : ce qui eut lieu pour l'Illyrie et la Palestine. (C. 11, 50.) Une constitution de Valentinien et Théodose réduit à l'état de colons tout mendiant valide, libre, et ses enfants. (C. 11, 25.)

353. 4° *Cessation du colonat.* — Il n'y avait qu'une seule manière pour un colon de sortir du colonat : la prescription. Le colon vagabond qui a erré de domaine en domaine, et s'est comporté comme libre pendant trente ans, est libre des liens du colonat et entre dans la plèbe. Mais Justinien enleva aux colons ce moyen d'arriver à la liberté. (L. 23, pr. C. 11, 47.)

CHAPITRE II

HOMMES LIBRES

§ 1. « La liberté, de laquelle les hommes libres ont pris leur nom, est la faculté naturelle à chacun de faire ce que bon lui semble, à moins qu'il n'en soit empêché par la force ou par la loi. »

354. Lorsqu'un homme est empêché par la force, par la violence, de faire ce que bon lui semble, il ne cesse pas d'être libre, d'après le droit : c'est seulement l'exercice de sa liberté qui, en fait, est entravé, restreint. D'un autre côté, celui qui obéit à la loi ne fait qu'un noble usage de sa liberté. Il faut remarquer d'ailleurs que les *Institutes* donnent ici la définition d'une liberté qui ne constitue pas la contre-partie de l'esclavage. En effet, est esclave celui qui est la *propriété* d'autrui ; donc, est libre celui qui n'est la *propriété de personne.*

355. A la différence des esclaves, on distingue parmi les hommes libres de nombreuses catégories qui se classent, d'après les *Institutes*, en deux subdivisions : les *citoyens romains* et les *pérégrins* d'une part, les *ingénus* et les *affranchis* d'autre part.

ARTICLE I. — PREMIÈRE SUBDIVISION DES HOMMES LIBRES. CITOYENS ROMAINS, — PÉRÉGRINS

§ Ier. — CITOYENS ROMAINS.

356. Le titre de *citoyen romain* avait une valeur inappréciable, car les *citoyens* seuls jouissaient de la plénitude des droits politi-

ques et des droits civils, et notamment : 1° du *jus nonorum*, ou droit d'être nommé aux magistratures ; 2° du *jus suffragii*, ou droit de voter dans les comices pour faire les lois et pour nommer les magistrats ; 3° du *connubium*, ou droit de contracter un mariage produisant les effets déterminés par le droit civil romain, notamment la puissance paternelle avec son caractère absolu ; 4° du *commercium*, ou droit d'aliéner et d'acquérir la propriété par les modes consacrés par le droit civil romain.

La nationalité romaine s'acquiert par la naissance ou par un fait postérieur à la naissance.

357. I. **Est citoyen romain par la naissance.** — 1° L'enfant conçu *ex justis nuptiis*, d'un citoyen romain ; 2° l'enfant conçu *vulgo*, et dont la mère est Romaine au moment de l'accouchement, quelle qu'ait été sa condition au moment de la conception.

Il faut remarquer que la qualité de pérégrin, chez l'un ou l'autre des deux auteurs, fait naître l'enfant pérégrin, alors même que la mère accoucherait *Romaine*. Cette dernière décision, contraire aux principes, résultait d'une loi qui a disparu sous Justinien.

358. II. **Devient citoyen romain.** — 1° L'esclave affranchi par un citoyen romain (sauf les exceptions qui constituent la matière des *Latins-juniens*, n^os^ 395,409 et suiv.), ou par le magistrat à titre de récompense ; — 2° l'homme libre, en vertu d'une concession expresse émanant, sous la République, du peuple, du sénat ou d'un magistrat autorisé à cet effet ; sous l'Empire, du sénat ou du prince.

La *civitas romana* peut être accordée : 1° à des individus (voir n^os^ 366) ; 2° à des cités entières (v. plus loin : *populi fundi ; municipes*).

§ II. — PÉRÉGRINS.

359. On divise en général les pérégrins en trois classes : 1° le Latin (intermédiaire entre le citoyen romain et le pérégrin proprement dit), qui jouit du *jus commercii*, de la *factio testamenti*, de certaines facultés pour acquérir la cité. 2° Le pérégrin proprement dit, qui n'a ni droits politiques, ni droits civils autres que ceux que l'on croyait fondés sur l'équité naturelle, sur le *jus gentium*. 3° Les pérégrins déditices, peuples qui, après avoir pris les armes contre Rome, se sont rendus à discrétion ; ils sont au dernier degré de l'échelle des hommes libres, perdent leur existence politique, ne sauraient aspirer à la cité et ne peuvent même paraître

à Rome ou dans un rayon de 100 milles autour de Rome, sans perdre leur liberté et leurs biens.

360. Voici une autre division empruntée à M. Demangeat (t. I, p. 153 et suiv.) :

361. I. **Populi fundi**[1]. — On appelle ainsi des populations qui abandonnent librement leurs lois pour adopter le droit romain comme règle de leurs rapports personnels ; ces populations n'acquièrent point pour cela la *civitas romana*, mais elles ont accompli, paraît-il, une des conditions nécessaires pour l'obtenir plus tard.

362. II. **Latini.** — Entre les pérégrins et les Romains on trouve les *Latini* (latinitas, — jus Latii) qui se divisent en trois classes :

363. 1° *Latini veteres.* — Le Latium, quand Rome entra en relations avec lui, était une association de trente peuples, ayant *Albe* comme capitale. Après la chute d'Albe, Rome prétend dominer à sa place ; de là, guerre qui se termine (sous Tarquin le Superbe) par la soumission complète du *Latium*. Mais celui-ci, après la chute des rois, se révolte de nouveau contre la domination romaine ; la bataille au lac Régille (261) met fin à la guerre par un traité d'après lequel Rome et le *Latium* partageront le butin fait en commun, et auront alternativement le commandement des troupes. En 416, nouvelle guerre où succombe définitivement la ligue latine. Les villes du *Latium*, qui ne reçoivent pas le *jus civitatis*, continuent à être désignées par l'expression *nomen latinum*.

Ces *Latini*, appelés *Latini veteres*, paraissent bien avoir eu le *commercium* (droit d'acquérir la propriété romaine, de s'obliger *jure civili*, de figurer dans une mancipation, etc.), et le *connubium* (droit de contracter de *justes noces*), ainsi peut-être que le droit de voter à Rome quand ils assistaient aux comices.

364. 2° *Latini coloniarii.* — Les Romains, à l'origine, avaient établi dans les pays conquis des colonies composées de citoyens romains tirés au sort ou volontaires, qui conservaient la *cité* dans toute sa plénitude.

Par analogie, après la soumission du *Latium*, Rome fonda des *colonies latines* avec les priviléges du *nomen latinum ;* toutefois, à la différence des *Latini veteres*, les habitants des colonies latines n'avaient pas le *connubium* avec les Romains.

365. 3° *Latini juniani.* (Voir aux affranchissements.)

366. 4° *Obtention de la cité.* — Le Latin peut devenir citoyen romain : 1° lorsque, résidant à Rome, il a laissé dans sa ville

---

1. M. Accarias donne le nom de *populi fundi* aux villes qui reçoivent la cité *à la condition* d'adopter le droit romain.

stirpem ex se ; 2° lorsqu'il a géré une magistrature dans sa cité ; 3° lorsqu'il a accusé un magistrat de concussion et qu'il l'a fait condamner.

367. 5° *Extension gratuite du jus latinitatis et du jus civitatis.* — En 584, on commence à donner le *jus Latii* à des contrées entières et Vespasien l'accorde en bloc à toute l'Espagne.

Les cités latines n'avaient pas le *jus civitatis* ; or des individus nombreux usurpaient ce titre précieux en se faisant inscrire sur les tables du cens. La loi *Licinia Mucia* (659) réprime cet abus, mais soulève la *guerre sociale*, à la suite de laquelle César accorde le *jus civitatis* à toute l'Italie en échange de sa soumission. Ces nouveaux citoyens furent répartis d'abord dans huit tribus spéciales, puis dans les trente-cinq tribus ordinaires.

Les empereurs, pour rendre les impôts plus productifs en augmentant le nombre des contribuables, concèdent largement la cité et une constitution de Caracalla l'accorde en bloc à tous les habitants de l'Empire.

Même après la constitution de Caracalla, il y eut encore des pérégrins dans l'Empire, parce que la qualité de citoyen ne fut pas accordée à tous les habitants libres de l'Empire indistinctement. En effet, il y avait, chez les Romains, des affranchis assimilés aux pérégrins, des affranchis latins juniens et des affranchis déditices, dont nous étudierons bientôt la condition. Ces affranchis latins juniens et déditices ne furent pas compris dans la constitution de Caracalla et restèrent pérégrins. De même, après la constitution de Caracalla, les esclaves qui, affranchis, ne devenaient que Latins juniens ou déditices, restaient pérégrins. De même, ceux qui avaient déjà perdu la qualité de citoyen, par suite de la condamnation à la déportation, au moment de la constitution de Caracalla, ou qui la perdirent depuis, restèrent pérégrins. Enfin, il est vraisemblable que la constitution de Caracalla n'accorda la qualité de citoyen qu'aux habitants faisant partie de l'Empire au moment où cette constitution fut rendue, de sorte que les peuples vaincus par les Romains et agrégés à l'Empire après Caracalla restèrent pérégrins.

368. III. **Jus italicum.** — On a cru que ce droit était intermédiaire entre celui des *Latins* et celui des *pérégrins* en général. M. de Savigny pense, au contraire, que c'était un titre spécial qui pouvait être accordé à une ville, à une colonie, à un municipe et qui leur conférait certains priviléges.

Les avantages que procure ce titre peuvent s'envisager à deux points de vue. — I. *Quant aux habitants* : 1° ils sont dispensés de

certaines charges, lorsqu'ils ont quatre enfants. Il en fallait cinq dans les provinces.

2° Probablement comme en Italie, aux termes de la loi *Furia*, les *sponsores* et les *fidepromissores* sont libérés *biennio* et ne sont tenus envers le créancier que *pro partibus virilibus*. Dans les provinces, ils étaient tenus *in solidum* et *in perpetuum*.

3° Les habitants sont recensés à Rome et exempts d'impôts.

II. *Quant aux biens* : 1° les immeubles d'une ville, qui jouit du *jus italicum*, sont susceptibles du *dominium ex jure Quiritium*, et sont soumis aux modes civils d'acquisition de ce domaine. 2° Ils participent à toutes les règles de droit applicables aux fonds italiques. — On peut considérer Jules César comme l'auteur de cette combinaison. — Une ville peut jouir du droit de cité indépendamment du *jus italicum*.

369. IV. **Municipes.** — On appelle *municipium* la cité qui reçoit la *civitas romana* tout en conservant son droit et ses lois propres. — Les habitants du *municipium*, appelés *municipes*, sont soumis aux charges des Romains, mais aussi ils jouissent de leurs droits (*commercium*, *connubium*, *etc.*) ; le *jus suffragii et honorum* est excepté. Toutefois certains municipes reçoivent la cité, *cum suffragio*.

Le *municipium* a une certaine autonomie ; il conserve une administration indépendante, une justice locale, ses magistrats et son sénat (*ordo*, *curia*). Les habitants sont recensés et le cens est envoyé à Rome. Ils ont donc deux patries : leur municipe et Rome. — Dans un même *municipium*, il y a souvent des citoyens romains et des Latins ; dans ce cas, les deux classes doivent être représentées au sénat et dans l'administration. (V. n° 90.)

370. V. **Provinces.** — Les provinces sont à la discrétion de Rome ; leur territoire est divisé en districts, dont chacun possède une capitale dans laquelle le gouverneur tient des assises (*conventus*. (V. n° 92.)

371. VI. **Préfectures.** — On appelle ainsi les villes auxquelles on enlève toute administration indépendante ; elles sont gouvernées par des *préfets*, nommés à Rome, et qui s'y rendent *ad jura reddenda*. — Il y a d'ailleurs des nuances très-diverses, et certaines préfectures se confondent avec les municipes. (V. n° 91.)

Je me contente de rappeler ici ces principes généraux sur la division des personnes en citoyens et pérégrins, ayant développé longuement cette matière dans l'Introduction historique, aux n^os^ 79 à 93, 111 à 117, 163.

372. VII. **Nationalité des enfants.** — Voyons maintenant d'après quelles règles se détermine la nationalité d'un enfant.

1re *règle*. — L'enfant conçu en mariage légitime suit la nationalité qu'avait son père au moment de la conception. Or il n'y avait mariage qu'autant qu'il y avait *connubium* entre les deux époux, c'est-à-dire quand le père était citoyen et la mère citoyenne. Donc, si au moment de la conception le père est citoyen, l'enfant naîtra citoyen, lors même qu'au moment de sa naissance son père aurait perdu la qualité de citoyen et serait devenu pérégrin par l'effet d'une condamnation à la déportation.

2e *règle*. — L'enfant conçu hors mariage suit la nationalité qu'a sa mère au moment de sa naissance. Donc : 1° si, au moment de la naissance, la mère est citoyenne, l'enfant sera citoyen romain. Toutefois cette règle souffre une exception : si l'enfant naît d'une citoyenne romaine et d'un *peregrinus*, d'après notre deuxième règle, l'enfant devrait être citoyen, car il n'y a pas mariage entre le père et la mère ; mais, d'après une loi *Mensia*, il naîtra pérégrin, quoique sa mère soit citoyenne (Ulp., *Reg.*, V, § 8) ; 2° si l'enfant naît d'une citoyenne romaine et d'un affranchi latin junien, on applique la règle : l'enfant naît citoyen (Gaïus, I, § 80) ; 3° une citoyenne romaine non mariée est enceinte, elle est condamnée à la déportation et devient pérégrine, son enfant sera pérégrin, parce que sa mère est pérégrine au moment de sa naissance (Gaïus, I, § 90) ; 4° une pérégrine non mariée est enceinte et devient citoyenne, son enfant naîtra citoyen, parce que sa mère est citoyenne au moment de sa naissance (Gaïus, I, § 92) ; 5° une pérégrine est mariée à un pérégrin selon les lois des pérégrins, son enfant sera pérégrin, à moins que la cité romaine n'ait été accordée à son père. (Gaïus, I, § 92.)

373. *Erroris causæ probatio*. — « Si un citoyen romain, dit Gaïus, a pris pour femme une Latine ou une pérégrine, par erreur, la croyant citoyenne, et en a eu un enfant, cet enfant est Latin ou pérégrin, c'est-à-dire de la même condition que sa mère, car un enfant ne suit la condition de son père qu'autant qu'il y a *connubium* entre son père et sa mère ; mais, d'après un sénatus-consulte, il est permis au père *de prouver son erreur* (*causam erroris probare*), et alors la mère et l'enfant acquièrent la cité romaine et, dès ce moment, l'enfant se trouve soumis à la puissance de son père. » (Gaïus, I, 67.) — « Il en est de même si un citoyen romain a épousé, par erreur, une femme qui est au nombre des *dédítices*, sauf qu'ici la femme ne deviendra pas citoyenne. — Si une citoyenne romaine s'unit, par erreur, à un pérégrin qu'elle croit citoyen, il lui est permis de prouver son erreur, et par là son enfant et son mari deviennent citoyens romains. » (Gaïus, I, § 68.) Il en est de même

si elle a épousé un pérégrin, croyant épouser un Latin, ou si elle a épousé un déditice, croyant épouser un citoyen ; mais le père reste déditice et l'enfant ne sera pas sous la puissance paternelle. (Gaïus, I, §§ 68, 69, 70, 71.) C'est là ce que les Romains appelaient *erroris causam probare*, *erroris causæ probatio*.

ARTICLE II. — DEUXIÈME SUBDIVISION DES HOMMES LIBRES. INGÉNUS — AFFRANCHIS

374. Cette division des personnes en ingénus et affranchis n'est qu'une subdivision des personnes libres. En effet, il n'y a que les personnes libres qui puissent être ingénues ou affranchies. Il y avait grand intérêt, chez les Romains, à savoir si un homme était ingénu ou affranchi, parce que la condition des affranchis était bien différente de celle des ingénus, comme nous le verrons.

§ Ier. — INGÉNUS.

(*Inst.*, I, IV.)

Pr. « Est ingénu celui qui est libre dès sa naissance, sans distinguer s'il est issu du mariage de deux ingénus, ou de deux affranchis, ou de deux personnes dont l'une est affranchie et l'autre ingénue. De plus, celui qui naît d'une mère libre et d'un père esclave naît ingénu. De même celui qui naît d'une mère libre et d'un père inconnu est ingénu, parce qu'il est vulgairement conçu, *vulgo conceptus*. Il suffit que la mère soit libre au moment de sa naissance, quoiqu'elle fût esclave au moment de la conception. A l'inverse, si la mère, libre au moment de la conception, se trouve esclave au moment de la naissance, on a admis que son enfant naît libre, parce que le malheur de sa mère ne doit pas nuire à l'enfant. D'après cela, on s'est demandé si une esclave enceinte est affranchie et redevient ensuite esclave avant qu'elle n'accouche, son enfant sera-t-il libre ou esclave? Marcellus pense que cet enfant naît libre. Il suffit, en effet, à l'enfant que la mère ait été libre un moment pendant sa grossesse. Et cela est vrai. »

375. L'ingénu est celui qui est né libre et qui est toujours resté libre. Ainsi, pour être ingénu, il faut deux conditions : 1° être né libre ; 2° être resté toujours libre. Si un homme, né libre, devient esclave et est ensuite affranchi, il n'est plus ingénu.

376. Mais quand est-ce qu'un homme naît libre et, par conséquent, ingénu ? Nous avons vu que l'enfant conçu en mariage légitime suit la condition qu'a son père au moment de la conception, que l'enfant conçu hors mariage suit la condition qu'a sa mère au moment de sa naissance. — D'après cela, l'enfant conçu en mariage naît forcément libre, parce que le mariage ne peut exister qu'entre

personnes libres, ayant la cité romaine. Donc l'enfant naît libre et ingénu : 1° lorsque son père et sa mère mariés sont ingénus ; 2° lorsque son père et sa mère mariés sont affranchis ; 3° lorsque l'un de ses parents mariés est ingénu et l'autre affranchi, pourvu que, dans ces trois cas, son père ait été libre au moment de la conception, quand même il serait esclave au moment de la naissance de l'enfant. Toutefois, si le père est pérégrin au moment de la conception et citoyen romain au moment de la naissance, l'enfant naîtra citoyen romain.

377. L'enfant conçu *hors mariage* naît libre et ingénu, lorsque sa mère est libre au moment de la naissance, puisqu'il est de règle que l'enfant conçu hors mariage suit la condition qu'a sa mère au moment de sa naissance. Le *principium* de notre titre IV nous donne plusieurs applications de cette règle : 1° celui qui naît d'une mère libre et d'un père esclave naît libre et ingénu ; 2° l'enfant qui naît d'une mère libre et d'un père inconnu naît libre et ingénu. Cet enfant était appelé *vulgo conceptus*, parce que, son père étant inconnu, sa conception, sa procréation, pouvait être attribuée vulgairement à tout le monde. — Pour que l'enfant conçu hors mariage soit libre et ingénu, il suffit, ajoute le texte, que la mère soit libre au moment de la naissance, bien qu'elle fût esclave au moment de la conception. A l'inverse, si la mère est esclave au moment de la naissance, l'enfant devrait être esclave ; mais notre texte rappelle l'exception qui avait été admise par faveur pour la liberté et d'après laquelle l'enfant conçu hors mariage naissait libre, quoique sa mère fût esclave au moment de la naissance, pourvu qu'elle eût été libre un seul instant pendant sa grossesse. D'après cela, si une esclave enceinte est affranchie et qu'elle se retrouve esclave au moment où elle accouche, son enfant sera libre et ingénu, puisqu'elle a été libre un moment pendant sa grossesse.

378. On vient de voir une exception fort importante aux règles posées précédemment, et d'après lesquelles l'enfant *vulgo conceptus* suit la condition de sa mère au moment de l'accouchement. Du reste, cette exception n'avait pas été admise dès l'origine. Gaïus et Ulpien s'en tiennent à la règle d'après laquelle on considère le moment de la naissance. Cependant Adrien avait décidé, dans un rescrit, que, si une femme libre est condamnée pendant sa grossesse au dernier supplice et devient ainsi esclave, l'enfant qu'elle mettra au monde naîtra libre, et par suite ingénu ; de son côté, Antonin Caracalla rédigea un rescrit dans le même sens ; enfin Paul formula la règle, et Justinien généralisa et consacra cette tendance inspirée par la faveur de la liberté.

Mais ce n'est pas la seule exception que nous ayons à signaler.

379. 1° Le sénatus-consulte Claudien disposait qu'une *civis romana* qui vit avec un esclave, *volente domino ejus*, peut convenir avec le maître que les enfants qu'elle mettra au monde seront esclaves. Cette disposition fut abrogée par Adrien.

380. 2° Une loi, dont le nom ne nous est pas parvenu, décidait que, parmi les enfants nés d'un homme libre et d'une esclave qu'il croit libre, les mâles seront libres et les autres esclaves. — Cette disposition bizarre fut abrogée par Vespasien.

381. 3° La même loi décidait que les enfants nés d'un esclave et d'une femme libre seraient esclaves. — Cette loi, qui subsiste encore au temps d'Adrien, est probablement une loi locale. Dans tous les cas, on peut supposer qu'elle ne visait que les *pérégrines* et qu'ainsi elle n'était pas en désaccord avec la décision d'Adrien qui abrogeait une disposition analogue du sénatus-consulte Claudien, lequel ne visait sans doute qu'une *civis romana vel latina*. (Gaïus, § 86, *in fine*.)

§ 1. « Lorsqu'un homme est né ingénu, il n'éprouve aucun préjudice d'avoir été mis en servitude et ensuite affranchi. En effet, il a été souvent décidé que la manumission ne nuit pas aux droits qu'on tient de la naissance. »

382. Les mots *esse servus* et les mots *esse in servitute* ne sont pas synonymes. *Esse servus*, c'est être véritablement esclave, c'est être esclave d'après les règles du droit. *Esse in servitute*, c'est être, de fait, en état de servitude, bien qu'en réalité on soit libre. Prenons un exemple : un individu vole un enfant libre à ses parents et le vend comme esclave. L'acheteur, qui croit que cet enfant est esclave, le traite comme tel. Cet enfant est *in servitute*, ou esclave de fait, sans être esclave d'après le droit. Mais, en réalité, il ne devient pas esclave. D'après le droit, il reste libre et ingénu. En conséquence, si celui qui l'a acheté et qui le traite comme esclave l'affranchit, il ne sera pas un affranchi, mais un ingénu, car, en droit, il n'a jamais été esclave. Or, pour être affranchi, il faut avoir été esclave conformément au droit. Voilà ce que signifie notre § 1.

Mais si un homme libre, majeur de vingt ans, se laisse vendre comme esclave pour partager le prix, il devient esclave d'après le droit : *est servus*. En conséquence, si, plus tard, il est libéré de la servitude, il sera affranchi, parce qu'il a été véritablement esclave d'après le droit.

Toutefois, la servitude de fait produit, en droit, certaines conséquences : 1° l'homme libre qui est en servitude de fait ne peut,

jusqu'à Justinien, réclamer lui-même sa liberté en justice. Il doit la faire réclamer par un autre citoyen romain, qui prend le nom d'*assertor libertatis;* 2° celui qui, de bonne foi, possède un homme libre, acquiert tout ce qui est acquis par le travail de cet homme libre qu'il considère comme son esclave.

§ II. — AFFRANCHIS.

(*Inst.*, I, v.)

383. Le mot *libertinus* désigne, d'une manière générale, celui qui a été affranchi. Le mot *libertus* désigne l'affranchi considéré dans ses rapports avec son patron.

Pr. « Sont affranchis ceux qui sont libérés d'une juste servitude (c'est-à-dire d'une servitude conforme au droit), *qui ex justa servitute manumissi sunt.* La manumission est le don de la liberté. En effet, tant qu'on est esclave on est placé sous la main et la puissance du maître : l'affranchi est libéré de tout pouvoir. La manumission tire son origine du droit des gens : comme, d'après le droit des gens, tous les hommes naissaient libres, la manumission, comme la servitude, étaient inconnues. Mais, plus tard, lorsque le droit des gens eut établi la servitude, le bienfait de la manumission s'ensuivit; et tandis qu'autrefois un seul nom désignait tous les hommes, d'après le droit des gens on commença à distinguer trois classes d'hommes : les hommes libres, les esclaves et les affranchis, c'est-à-dire ceux qui ont cessé d'être esclaves.

Ainsi, d'après notre texte, les affranchis sont ceux qui ont été libérés d'une juste servitude, *ex justa servitute*, c'est-à-dire d'une servitude conforme au droit. Par conséquent, si un enfant, né libre, a été volé à ses parents et vendu comme esclave, nous savons qu'en droit il reste libre : si celui qui l'a acheté le libère de la servitude de fait dans laquelle il se trouve, il ne sera point affranchi, mais ingénu, parce que sa servitude n'était point *justa*, conforme au droit.

384. I. **Modes d'affranchissement.** — La manumission ou affranchissement était le moyen employé par un maître pour donner la liberté à son esclave. — Dans l'ancien droit romain, les modes d'affranchissement n'étaient pas nombreux; il n'y en avait que trois : 1° affranchissement par la vindicte, *vindicta;* 2° affranchissement par le cens, *censu;* 3° affranchissement par testament, *testamento.* (Ulp., *Reg.*, I, §§ 6, 7, 8, 9.)

385. 1° *Manumission ou affranchissement vindicta.* — L'affranchissement *vindicta* n'est pas autre chose qu'un procès fictif. Voici le procès réel, sérieux, à l'imitation duquel avait été imaginé le procès fictif qui constitue l'affranchissement *vindicta* : lorsqu'un

homme libre se trouvait en esclavage de fait, quoiqu'il ne fût pas esclave d'après le droit, il ne pouvait pas lui-même exercer sa liberté en justice. Il fallait qu'un autre citoyen, qui prenait le nom d'*assertor libertatis*, réclamât pour lui sa liberté. Ainsi supposons qu'un homme libre, Mævius, se trouve esclave de fait de Titius, un tiers Sempronius se portera *assertor libertatis* pour Mævius ; Sempronius sommera Titius de comparaître avec Mævius devant le préteur ; puis Sempronius ayant prouvé que Mævius est vraiment un homme libre, le préteur le déclarera libre et dorénavant Titius ne pourra plus le traiter comme esclave. Ce procès, dans lequel la liberté de l'homme injustement traité comme esclave était réclamée, s'appelait *causa liberalis*. Un titre au *Digeste* est consacré à cette matière. (D. 40, 12.) C'est à l'imitation de ce procès sérieux que fut imaginé le procès fictif qui constitue l'affranchissement *vindicta*. Voici comment les choses se passent : Titius est propriétaire d'un esclave appelé Stichus, il veut l'affranchir ; pour atteindre ce but, il prie un autre citoyen, par exemple Sempronius, de prétendre devant le préteur que Stichus est un homme libre. En conséquence, le maître, l'esclave et Sempronius vont tous trois devant le préteur ; et là Sempronius, qui est ici un *assertor libertatis* fictif, prétend que Stichus est un homme libre ; Titius, propriétaire de l'esclave, se garde bien de contredire, puisqu'il veut affranchir son esclave. Alors, puisque le maître de l'esclave ne contredit pas, le préteur déclare que Stichus est un homme libre. Dès lors, Stichus est affranchi. Mais, en réalité, le préteur sait bien ce dont s'agit.

Ce procès fictif, c'est-à dire l'affranchissement *vindicta*, devait avoir lieu, à Rome, devant le consul ou le préteur, et, dans les provinces, devant le proconsul ou le président de la province. C'était là, pour le consul, préteur, proconsul ou président de la province, un acte de *juridiction gracieuse*, de juridiction volontaire. (N° 215.)

Quelle est l'origine de cette expression affranchissement *vindicta?* Pour les Romains, peuple guerrier par excellence, la propriété la plus légitime était celle qu'ils avaient acquise avec la lance, *hasta* : « *Maxime sua esse credebant quæ ex hostibus cepissent*, » dit Gaïus. (IV, § 16, *in fine*). Aussi avaient-ils pris l'habitude de représenter la propriété par un symbole. Ce symbole était la lance, *hasta*. En conséquence, lorsqu'un procès s'engageait entre deux personnes se prétendant l'une et l'autre propriétaires du même objet, chacune d'elles, devant le préteur, apposait sur l'objet une lance, symbole de la propriété, en prononçant des paroles sacramentelles. Plus tard, la lance fut remplacée par une baguette, *vindicta*, *festuca*.

« *Festuca utebantur quasi hastæ loco, signo quodam justi dominii*, » dit Gaïus en parlant de l'action en revendication. (Gaïus, IV, § 16.) — De même, dans l'affranchissement *vindicta*, procès fictif, il y a une question de propriété engagée; car, si le préteur déclare libre l'esclave dont l'*assertor libertatis* fictif réclame la liberté, le maître de l'esclave perdra sur lui son droit de propriété. Aussi, lorsque l'*assertor libertatis* fictif réclamait, devant le préteur, comme libre, l'esclave que le maître voulait affranchir, il apposait sur cet esclave la baguette symbolique, *vindicta*. C'est donc parce que la baguette, *vindicta*, symbole de la lance, symbole elle-même de la propriété, figurait dans ce mode d'affranchissement, qu'on l'a appelé affranchissement *vindicta*.

Pour que l'affranchissement *vindicta* ait lieu, il n'est pas nécessaire que le magistrat siége à son tribunal. Un maître, pour affranchir son esclave *vindicta*, par la vindicte, peut s'adresser au magistrat dans quelque lieu où il le trouve. (Gaïus, I, § 20.) C'est ce que dit notre § 2 :

§ 2. « Les esclaves peuvent toujours être affranchis par leurs maîtres ; ils peuvent même être affranchis au passage du magistrat; par exemple, quand le préteur, le consul, le proconsul ou le président vont au bain ou au théâtre. »

386. 2° *Manumission ou affranchissement censu.* — Le cens était le recensement, le dénombrement de la population. Il était fait tous les cinq ans par un magistrat appelé *censeur*. Tous les cinq ans, le censeur s'installait sur le forum : tous les citoyens devaient se présenter devant lui et déclarer leur nom, le nombre de leurs enfants et le chiffre de leur fortune. Le censeur inscrivait sur des registres, appelés *tables du cens*, le nom de chaque citoyen, le nom de ses enfants et le chiffre de sa fortune. Mais il n'y avait que le nom des citoyens, hommes libres, qui figurât sur les tables du cens. Les esclaves n'y étaient pas inscrits. On tira de là un moyen d'affranchir les esclaves. Lorsque le censeur faisait le recensement, le maître qui voulait affranchir son esclave le conduisait devant le censeur et le priait d'incrire son esclave comme libre sur les tables du cens. Si le censeur l'inscrivait, l'esclave était affranchi, puisque son nom figurait dorénavant sur les tables du cens parmi les noms des hommes libres. Ici encore le censeur savait bien ce dont il s'agissait.

Le cens tomba en désuétude sous l'Empire, on ne sait trop à quelle époque. (Gaïus, I, § 17. Ulp., *Reg.*, I, § 8.)

387. 3° *Manumission ou affranchissement testamento.* (*Lois Ælia Sentia et Junia Norbana.*) — La première forme du testament usi-

tée chez les Romains est la forme du testament *calatis comitiis*. Le testament de chaque citoyen romain devait être approuvé par le peuple en comices par curies, comme une loi. Pourquoi? Nous en verrons le motif en étudiant les testaments.

388. On voit que, dans les trois modes primitifs et solennels d'affranchissements, l'autorité publique intervenait : dans l'affranchissement *vindicta*, par l'intermédiaire du préteur; dans l'affranchissement *censu*, par l'intermédiaire du censeur; dans l'affranchissement *testamento*, par l'intermédiaire du peuple réuni en comices par curies. Pourquoi donc, dans le principe, l'autorité publique devait-elle ainsi intervenir dans les affranchissements? Parce que les premiers Romains, qui tenaient beaucoup à leur titre de citoyens, voulaient que l'autorité publique examinât si l'esclave que son maître voulait affranchir était digne d'entrer dans la classe des citoyens.

Un maître peut donner la liberté de deux manières différentes *par testament : 1° directement; 2° indirectement*, c'est-à-dire par fidéicommis.

389. Un maître donne la liberté *directement* à son esclave, lorsque, dans son testament, il écrit, par exemple : *Titius heres esto; Stichus servus meus liber esto*, que mon esclave Stichus soit libre. Lorsque l'esclave aura été ainsi affranchi directement, il deviendra libre, non pas à la mort de son maître, mais au moment où l'héritier institué fera adition d'hérédité, parce que le testament ne produit d'effet que par cette adition. L'esclave ainsi affranchi directement par son maître était l'affranchi du maître défunt : il avait pour patron le maître défunt. Il s'appelait *libertus orcinus*, parce que son patron était dans les enfers, *apud Orcum*. En réalité, cet affranchi n'avait pas de patron, puisque son maître était déjà mort au moment où il arrivait à la liberté.

390. Un maître donne la liberté *indirectement* à son esclave par testament, lorsqu'il charge l'héritier qu'il institue d'affranchir l'esclave, par exemple, en ces termes : « *Titius heres esto. Heres meus damnas esto dare libertatem Sticho, servo meo*. Que Titius soit mon héritier. Que mon héritier soit condamné à donner la liberté à mon esclave Stichus. » Ici l'esclave n'est plus affranchi par le testateur lui-même. Il ne deviendra libre que lorsque l'héritier, ayant fait adition, l'aura affranchi par la vindicte ou par le cens; alors il ne s'appellera plus *libertus orcinus*, car il n'est point l'affranchi du défunt : il sera *libertus heredis;* il aura pour patron l'héritier. On disait encore, dans ce cas, que la liberté avait été donnée à l'esclave par *fidéicommis*, parce que le testateur s'était confié à la bonne foi

de son héritier, en le chargeant d'affranchir l'esclave. (Ulp., *Reg.*, II, §§ 7, 8, 9.)

391. Un testateur ne peut affranchir directement que les esclaves qui lui appartiennent, et au moment où il fait son testament et au moment de sa mort; au contraire, le testateur peut donner la liberté indirectement, par fidéicommis, non-seulement à son esclave, mais encore à l'esclave de l'héritier par lui institué, ou à l'esclave d'un de ses légataires, ou à l'esclave de toute autre personne. (Ulp., *Reg.*, I, § 23; II, § 10.) Dans les deux derniers cas, l'héritier devra acheter l'esclave pour l'affranchir.

392. On appelle *statuliber* l'esclave qui a été affranchi *par testament* sous condition. La condition est un événement futur et incertain, de l'arrivée duquel dépend l'existence d'un droit. Par exemple, le testateur a dit : « Que mon esclave Stichus soit libre, si tel navire revient d'Asie. » L'esclave ainsi affranchi ne deviendra libre qu'à l'arrivée de la condition. Il reste esclave de l'héritier, tant que la condition n'est pas accomplie. Jusque-là, tout ce qu'il acquiert, il l'acquiert pour son maître, l'héritier. L'héritier peut même le vendre, l'hypothéquer. Mais aussitôt que la condition s'accomplira, il deviendra libre, en quelques mains qu'il se trouve. (Ulp., *Reg.*, II, §§ 1 à 7.)

393. Le testateur peut aussi, *par testament*, affranchir son esclave à partir d'un certain jour, *ex die;* par exemple : « Que Stichus, mon esclave, soit libre à partir de deux ans après ma mort. » Mais il ne pourrait pas l'affranchir pour un certain temps seulement, jusqu'à une certaine époque, *ad diem;* par exemple : « Que Stichus soit libre pendant deux ans, » ou bien : « Que Stichus soit libre jusqu'à ce que dix ans se soient écoulés depuis mon décès. » Cet affranchissement est valable, mais le terme est considéré comme non écrit dans le testament, c'est-à-dire que Stichus deviendra libre à l'adition; mais il restera toujours libre, même après le délai fixé par le testateur, parce que la liberté, une fois acquise, ne peut plus se perdre sans motif.

Ce n'est que par testament que la liberté peut ainsi être donnée à un esclave, sous condition, ou à partir d'un certain terme, *ex die*. Cela n'est pas possible dans l'affranchissement *vindicta*, ni dans l'affranchissement *censu*, parce que l'affranchissement *vindicta* et l'affranchissement *censu* étaient des *actus legitimi*, c'est-à-dire des actes de droit qui ne pouvaient être faits ni à terme, ni sous condition. (L. 77. D. 50, 17.)

394. A l'origine, pour qu'un esclave affranchi devînt citoyen, les deux conditions suivantes suffisaient; il fallait : 1° que l'esclave fût

affranchi par son maître, ayant sur lui le *dominium ex jure Quiritium;* 2° qu'il fût affranchi par l'un des trois modes solennels que nous venons d'étudier. Mais, à la fin de la République, les affranchissements s'étaient tellement multipliés, que le titre de citoyen, dont les premiers Romains étaient si jaloux, était exposé à perdre sa valeur. Aussi, pour empêcher la multiplicité des affranchissements, plusieurs lois furent faites pour en diminuer la facilité. Une loi *Ælia Sentia*, rendue en l'an 757 de Rome, vint exiger deux autres conditions pour la validité des affranchissements; elle exigea : 1° que le maître fût âgé de plus de vingt ans; 2° que l'esclave eût plus de trente ans.

395. A partir de la loi *Ælia Sentia*, pour qu'un esclave affranchi devînt libre et citoyen romain, il fallut donc quatre conditions : 1° que l'esclave fût affranchi par un mode solennel; 2° qu'il fût affranchi par son maître, ayant sur lui le *dominium;* 3° que le maître eût plus de vingt ans; 4° que l'esclave eût plus de trente ans. Voyons ce qui arrivait lorsque l'une de ces quatre conditions faisait défaut.

396. Et d'abord qu'arrivait-il lorsque l'esclave avait été affranchi par un mode non solennel? il pouvait se faire qu'un maître déclarât son esclave libre, devant ses amis, ou bien quelquefois il lui écrivait une lettre dans laquelle il lui disait de vivre en liberté, ou bien il le faisait asseoir à sa table comme un homme libre; dans ces divers cas, le maître avait manifesté la volonté de donner la liberté à son esclave. C'était là une manumission privée, non approuvée par l'autorité publique. Quel était l'effet de cette manumission privée? Primitivement, l'esclave ainsi affranchi restait esclave; cette manumission privée ne produisait aucun effet d'après le droit civil. Mais le droit prétorien vint lui donner un certain effet : si le maître, contrairement à la volonté qu'il avait manifestée de donner la liberté à son esclave, voulait continuer à traiter comme esclave celui qu'il avait ainsi affranchi par manumission privée, le préteur s'y opposait et maintenait l'esclave en liberté; mais ce n'était là qu'une *liberté de fait*, maintenue par le préteur. D'après le droit civil, je le répète, un esclave ainsi affranchi par une manumission privée restait esclave; aussi les biens qu'il acquérait appartenaient à son maître. (Gaïus, III, § 56. Dosithée, *Disputatio forensis de manumissionibus*, §§ 6 et 7.)

397. *Cette liberté de fait* des esclaves affranchis par manumission privée, protégée et maintenue par le préteur, dura jusqu'à une loi *Junia Norbana*. C'est un plébiscite. On n'est pas d'accord sur l'époque précise à laquelle ce plébiscite fut voté. Ce qu'il y a de certain,

c'est qu'il date de la fin de la République ou du commencement de l'Empire.

Cette loi *Junia Norbana* décida que l'esclave affranchi par manumission privée serait libre, mais ne deviendrait pas citoyen romain, et qu'il serait assimilé aux *Latini coloniarii*. On l'appela *Latin*, parce qu'il fut assimilé aux Latins des colonies, et *Junien*, parce que ce fut la loi *Junia Norbana* qui lui donna la liberté. (Gaïus, III, 56. Dosithée, *Disputatio forensis de manumissionibus*, § 8.) Ainsi cette loi *Junia Norbana* transforma en *liberté légale* la *liberté de fait*, qui, avant cette loi, appartenait aux esclaves affranchis par manumission privée.

398. Voyons maintenant ce qui arrive lorsque la seconde condition fait défaut, lorsque l'esclave a été affranchi par un autre que son maître. Si un esclave a été affranchi par un autre que son maître, l'affranchissement est nul : l'esclave reste esclave de son maître. Il est bien naturel, en effet, que je ne puisse pas, en affranchissant votre esclave, vous dépouiller de votre droit de propriété sur lui. Il faut donc, pour que l'affranchissement soit valable, que celui qui affranchit un esclave en soit propriétaire, qu'il ait sur lui le *dominium ex jure Quiritium*.

399. Mais il peut se faire qu'un homme, sans être propriétaire d'un esclave *ex jure Quiritium*, ait cet esclave *in bonis*. Si celui qui a un esclave *in bonis* l'affranchit, avant de l'avoir usucapé, *en droit* l'esclave reste esclave, mais le préteur s'oppose à ce qu'il soit traité comme tel ; donc, *en fait*, cet esclave est libre. Mais la loi *Junia* vint encore transformer cette liberté de *fait* en liberté *légale*, en décidant que celui qui aurait un esclave *in bonis*, s'il l'affranchissait avant de l'avoir usucapé, en ferait un Latin junien. Ainsi, d'après la loi *Junia Norbana*, l'esclave affranchi par celui qui l'a *in bonis* devient libre, mais seulement Latin junien. Or un homme a un esclave *in bonis* lorsqu'il a reçu *par tradition* cet esclave de celui qui en était propriétaire, au lieu de l'avoir acquis par mancipation ou par *cessio in jure*.

400. Pendant longtemps les esclaves purent être affranchis à tout âge. Mais, en l'an 757 de Rome, la loi *Ælia Sentia* vint exiger que l'esclave, pour être affranchi valablement, fût âgé au moins de trente ans. On pensait qu'avant l'âge de trente ans un esclave n'avait pas rendu assez de services à son maître pour mériter la liberté. Cependant un esclave âgé de moins de trente ans pouvait être affranchi par la vindicte, pourvu qu'un conseil eût approuvé la cause, le motif de son affranchissement. (Gaïus, I, §§ 18, 19.) D'après Gaïus, ce conseil se composait, à Rome, de cinq sénateurs

et de cinq chevaliers pubères, et, dans les provinces, de vingt récupérateurs citoyens romains. A Rome, le conseil se réunit à une époque quelconque, au jour fixé par le magistrat. Dans les provinces, le conseil, présidé par le président de la province, se réunit le dernier jour de la session, *conventus*. (Gaïus, I, § 20.)

Qu'étaient ces récupérateurs qui, dans les provinces, composaient le conseil chargé d'approuver les causes de manumission? C'étaient les citoyens appelés à rendre la justice et dont les noms figuraient à l'avance sur des listes, dressées chaque année par le président de la province. (N° 267.)

Dans chaque province, le président avait l'habitude de faire des tournées dans les villes principales de la province pour y rendre la justice. Dans chaque ville, il tenait une session, *conventus*. C'était le dernier jour de la session que le conseil se réunissait pour approuver les causes d'affranchissement.

Si un esclave âgé de moins de trente ans a été affranchi, l'affranchissement est-il nul ou l'affranchi devient-il Latin junien, d'après la loi *Ælia Sentia?* Si l'esclave âgé de moins de trente ans a été affranchi *par testament*, Ulpien déclare formellement qu'il devient Latin junien. Que s'il a été affranchi par la vindicte et sans approbation du conseil, il reste esclave : son affranchissement est nul d'après la loi *Ælia Sentia*. (Ulp., *Reg.*, I, § 12.) Cette disposition de la loi *Ælia Sentia*, d'après laquelle l'esclave âgé de moins de trente ans et affranchi par testament ne devient que Latin junien, prouve bien que la loi *Junia Norbana*, dont on ignore la date, est antérieure à la loi *Ælia*. En effet, pour que la loi *Ælia Sentia* pût décider que l'esclave âgé de moins de trente ans et affranchi par testament serait Latin junien, il fallait bien que la loi *Junia Norbana*, qui créa la classe des affranchis latins juniens, existât déjà au moment où la loi *Ælia Sentia* a été faite.

401. En résumé, il y avait trois cas dans lesquels un esclave affranchi ne devenait que Latin junien : 1° quand il avait été affranchi par son maître par un mode non solennel; 2° quand il avait été affranchi par celui qui l'avait seulement *in bonis*; 3° quand, ayant moins de trente ans, il était affranchi par le testament de son maître.

402. Jusqu'ici, nous avons trouvé deux classes d'affranchis : les affranchis citoyens romains et les affranchis latins juniens. Mais il y en avait une troisième classe : les affranchis déditices.

On appelait déditices les peuples qui, s'étant soulevés contre Rome, s'étaient ensuite rendus à discrétion aux Romains. (Gaïus, I, § 14. — N° 81.)

La loi *Ælia Sentia* décida que les esclaves, qui auraient été enchaînés par leur maître à titre de peine, ou qui auraient été marqués d'un fer chaud, ou mis à la torture à raison de quelque crime et auraient été convaincus de ce crime, s'ils étaient affranchis, seraient indignes d'être citoyens et même Latins, mais seraient assimilés aux pérégrins déditices. (Gaïus, I, §§ 13, 15. Ulp., *Reg.*, I, § 11.)

Maintenant que nous connaissons les trois classes d'affranchis, nous allons rechercher quelle était la condition des affranchis de chacune de ces classes avant Justinien.

403. II. **Condition des affranchis citoyens romains.** — Il y avait entre la condition des affranchis citoyens et celle des ingénus des différences assez considérables. Les affranchis étaient moins considérés que les ingénus dans la société ; ils se livraient au commerce et aux travaux manuels, peu honorés chez les Romains. Tous les affranchis étaient compris, à la fin de la République, dans les quatre tribus urbaines, composées de ceux qui étaient considérés comme les moins honorables. (Tite-Live, XLV, 15.) Les affranchis ne pouvait parvenir aux grandes magistratures ; ils ne pouvaient pas être sénateurs. Jusqu'à la guerre sociale, ils ne pouvaient pas même servir dans les armées romaines. Ils n'avaient pas le *jus aureorum annulorum*, c'est-à-dire le droit de porter au doigt l'anneau d'or, signe distinctif de l'ingénuité ; de même que la tunique portée par les sénateurs les distinguait des autres ingénus.

Jusqu'à la loi *Julia de maritandis ordinibus*, rendue sous Auguste, le mariage fut prohibé entre affranchis et ingénus. Même après cette loi, le mariage resta prohibé entre affranchis et sénateurs.

Enfin l'affranchi se trouvait dans un état d'infériorité vis-à-vis de son patron. Les droits du patron à l'égard de son affranchi peuvent se résumer par les trois termes suivants : 1° *obsequium*, respect dû par l'affranchi à son patron ; 2° *operæ*, services que le patron pouvait exiger de son affranchi ; 3° *jus successionis*, droit pour le patron et les enfants du patron de succéder à l'affranchi, mort sans enfants légitimes.

404. 1° *Obsequium*. — L'affranchi devait se montrer respectueux envers son patron. C'est à raison de ce respect, que l'affranchi devait à son patron, qu'il ne pouvait pas actionner en justice son patron sans en avoir obtenu préalablement la permission du préteur. (*Inst.*, IV, 16, § 3.) C'est pour le même motif qu'un affranchi ne pouvait aucunement intenter contre son patron des actions infamantes, ni même des actions qui, sans être légalement infamantes, nuisent néanmoins, en fait, à la considération de celui contre qui elles sont

intentées avec succès. Voilà pourquoi un affranchi ne pouvait intenter contre son patron, ni l'action de dol, ni l'action d'injures, ni l'action *furti*. (L. 2 pr. L. 5, § 1. D. 37, 15.) — Quand le patron tombait dans la misère, l'affranchi lui devait des aliments, à lui et à ses enfants. (L. 5, §§ 18, 19. D. 25, 3.) Réciproquement, le patron devait des aliments à son affranchi dans le besoin : s'il les lui refusait, il perdait ses droits de patronage. (L. 5, § 1. D. 37, 14.) — Enfin, si l'affranchi poussait l'irrévérence envers son patron jusqu'à l'ingratitude, il était replacé en servitude.

405. 2° *Operæ*. — Les maîtres étaient dans l'habitude de stipuler de leurs esclaves certains services, certains travaux, au moment où ils les affranchissaient. Pour que l'affranchi fût réellement obligé à fournir ces services, de manière à ce que le patron pût les exiger de lui par une action en justice, il fallait que l'affranchi, après son affranchissement, alors qu'il était devenu capable de s'obliger, les lui eût promis, soit par *stipulation*, soit par une simple *promissio jurata*. (L. 8. L. 22 pr. D. 38, 1.) Le métier de l'affranchi indiquait le genre de services qu'il devait rendre à son patron. Si, depuis son affranchissement, il avait appris quelque nouveau métier, la nature des services à rendre se trouvait modifiée. (L. 23. D. 38, 1.)

406. 3° *Jus successionis*. — Le patron et les enfants du patron avaient le droit de succéder aux biens acquis par l'affranchi depuis son affranchissement. Toutefois, si, à sa mort, l'affranchi laissait des enfants, ses enfants lui succédaient de préférence au patron et aux enfants du patron.

Lorsque l'affranchi avait aliéné tout ou partie de ses biens pour diminuer sa succession en fraude du patron, le patron pouvait faire annuler les aliénations par l'action *Faviana*, lorsqu'il venait à la succession de son affranchi en vertu d'un testament; et par l'action *Calvisiana*, lorsqu'il y venait *ab intestat*. (L. 3, §§ 2, 3. D. 38, 5.)

407. Quelquefois, les empereurs accordaient à un affranchi le *jus aureorum annulorum*, le droit de porter l'anneau d'or. L'affranchi qui avait obtenu le *jus aureorum annulorum* était assimilé à un ingénu, sauf cette différence que son patron conservait le droit de lui succéder. Mais les autres droits de patronage, l'*obsequium* et les *operæ*, disparaissaient. « *Is qui jus annulorum impetravit, ut ingenuus habetur, quamvis ab hereditate ejus patronus non excludatur*, » dit Ulpien. (L. 5, D. 40, 10.)

408. D'autres fois, les empereurs accordaient à un affranchi la *restitutio natalium* ou *jus regenerationis*. Mais un affranchi ne pouvait obtenir la *restitutio natalium* qu'avec le consentement de

son patron. Une fois que l'affranchi a obtenu cette *restitutio*, il est complétement assimilé à un ingénu. Son patron perd à son égard tous les droits de patronage, même le droit de lui succéder : « *Patrono consentiente, debet libertus ab imperatore natalibus restitui; jus enim patroni, hoc impetrato, amittitur. Libertinus, qui natalibus restitutus est, perinde habetur, atque si ingenuus factus, medio tempore maculam servitutis non sustinuisset.* » (L. 5 pr., § 1. D. 40, 11.)

409. III. **Condition des affranchis latins juniens.** — Les Latins des colonies et les Latins juniens qui leur étaient assimilés occupaient une position intermédiaire entre les citoyens et les pérégrins. Ils avaient moins de droits que les citoyens et en avaient plus que les pérégrins. Nous savons que la qualité de citoyen conférait les avantages suivants : le *jus honorum* et le *jus suffragii*, le *commercium* et le *connubium*. Les Latins juniens n'avaient ni le *jus honorum*, ni le *jus suffragii*. Ils n'avaient pas non plus le *connubium*; mais ils avaient le *jus commercii*, c'est-à-dire le droit d'acquérir et d'aliéner par les modes d'acquérir du droit civil, comme les citoyens romains. Toutefois ils n'avaient pas la *factio testamenti* active (qui rentre dans le *commercium*), c'est-à-dire ils n'avaient pas le droit de disposer par testament des biens qu'ils avaient acquis depuis leur affranchissement. A leur mort, ces biens revenaient à leur patron, qui les prenait, non en vertu d'un droit de succession, mais *jure peculii*, comme s'il reprenait le pécule de son esclave décédé. C'est ce qui faisait dire aux jurisconsultes romains que les Latins juniens vivaient comme libres et mouraient comme esclaves (Ulp., *Reg.*, XX, § 14.) A ce point de vue, la condition des Latins juniens était différente de celle des Latins coloniaires, qui avaient le droit de disposer de leurs biens par testament. (N° 85.)

410. Les Latins juniens avaient la *factio testamenti* passive, c'est-à-dire ils pouvaient être institués héritiers par un citoyen romain. Mais s'ils avaient le droit d'être institués héritiers, il semble, au premier abord, que c'était pour eux un droit illusoire, dérisoire, car ils n'avaient pas le *jus capiendi*, le droit de recueillir la succession à laquelle ils avaient été appelés. Cependant ce droit ne leur était pas inutile, car ils avaient le droit de recueillir la succession, si, avant la mort du testateur qui les avait institués, ils étaient devenus citoyens : en devenant citoyens, ils acquéraient le *jus capiendi*, tandis que s'ils n'avaient pas pu être institués héritiers valablement, si leur institution eût été nulle dès le principe, ils n'auraient pas pu recueillir la succession, lors même qu'ils seraient devenus citoyens avant la mort du testateur. En résumé, si un citoyen

romain a institué pour héritier un Latin junien, le testament est valable, et, si le Latin junien est devenu citoyen avant la mort du testateur, il recueillera la succession ; mais si, à cette époque, il est encore Latin junien, il ne pourra la recueillir. (Gaïus, I, §§ 23, 24.)

Le Latin junien pouvait concourir à la confection d'un testament, soit comme témoin, soit comme *libripens* ou comme *familiæ emptor* fictif. (Ulp., *Reg.*, XX, § 8.)

411. En résumé, les Latins juniens n'avaient pas : 1° le *jus honorum;* 2° le *jus suffragii;* 3° le *connubium;* 4° le droit de tester ; 5° le *jus capiendi;* 6° le droit d'être nommés tuteurs par testament. Mais ils avaient le *jus commercii* et le droit d'être institués héritiers. (Gaïus, III, § 56. Ulp., *Reg.*, XI, § 16 ; XX, §§ 8, 14 ; XXII, § 3 ; XXV, § 7.)

Les enfants d'un Latin coloniaire sont Latins comme leur père. Au contraire, les enfants d'un Latin junien sont ingénus.

412. Quelle était la position des Latins juniens vis-à-vis du patron qui les avait affranchis? Le patron avait sur ses affranchis latins juniens les mêmes droits que sur ses affranchis citoyens : l'*obsequium*, les *operæ* et le *jus successionis*. Au point de vue du respect et des services dus par l'affranchi au patron, il n'y avait aucune différence entre l'affranchi latin et l'affranchi citoyen. Leur position n'était différente qu'au point de vue du *jus successionis*. Plus exactement, le patron *succédait* à son affranchi citoyen, tandis qu'il ne succédait pas à son affranchi latin junien. C'était en quelque sorte son propre bien qu'il venait reprendre à la mort de celui-ci, *jure peculii*. C'était un droit de pécule et non un droit de succession qu'il exerçait, comme si l'affranchissement n'avait pas eu lieu, comme si le Latin junien défunt avait continué à être esclave. (Gaïus, III, §§ 57, 58 et suiv.)

413. Un Latin junien avait plusieurs moyens pour devenir citoyen. Ces moyens sont indiqués par Ulpien et par Gaïus :

« *Latini jus Quiritium consequuntur his modis : beneficio principali, liberis, iteratione, militia, nave, ædificio, pistrino; præterea, ex senatus-consulto, vulgo quæsit ter enixa.* » (Ulp., *Reg.*, III, § 1.) Un Latin junien devenait donc citoyen romain :

1° *Beneficio principali.* — L'empereur pouvait, par un rescrit, accorder à un Latin junien la qualité de citoyen.

2° *Liberis* ou par la *causæ probatio*. — Lorsqu'un affranchi ne devenait que Latin junien, parce qu'il avait moins de trente ans au moment de son affranchissement, la loi *Ælia Sentia* décidait que, si cet affranchi latin junien épousait une Latine junienne, une Latine des colonies ou une citoyenne et *en avait un enfant*, il pourrait, quand cet enfant aurait un an, se présenter devant le magistrat et,

en prouvant ces faits (*causam probare*, *causæ probatio*), il deviendrait citoyen, ainsi que son enfant et sa femme si elle était Latine. (Gaïus, I, §§ 28, 29, 30. Ulp., *Reg.*, III, § 3.)

La loi *Ælia Sentia* n'avait accordé ce moyen de devenir citoyen qu'au Latin affranchi avant l'âge de trente ans. Mais un sénatus-consulte, rendu pendant le règne de Vespasien, étendit cette faveur à tous les affranchis latins juniens. (Gaïus, I, § 31. Ulp., *Reg.*, III, § 3.) C'est dans ce cas qu'on disait qu'un Latin junien devenait citoyen *liberis* ou par la *causæ probatio*. Son enfant et sa femme, si elle était Latine, devenaient aussi citoyens par cette *causæ probatio*.

3° Par l'*erroris causæ probatio*. (N° 373.)

4° *Iteratione*, c'est-à-dire par un nouvel affranchissement. Le Latin junien devenait citoyen lorsqu'il était affranchi de nouveau avec les conditions qui manquaient à son premier affranchissement. (Ulp., *Reg.*, III, § 4.)

5° *Militia*. — Le Latin junien qui avait servi primitivement, pendant six ans et, plus tard, pendant trois ans, dans les gardes de Rome, acquérait la qualité de citoyen. (Ulp., *Reg.*, III, § 5.)

6° *Nave*. — « Acquiert la cité romaine le Latin junien qui a construit un navire d'une contenance d'au moins dix mille mesures et a transporté du blé à Rome pendant six ans, et ceci d'après un édit de l'empereur Claude. » (Ulp., *Reg.*, III, § 6.)

7° *Ædificio*. — Devient citoyen le Latin junien qui a construit une maison. (Ulp., *Reg.*, III, § 1.)

8° *Pistrino*. — Le Latin junien qui établit un moulin devient citoyen. (Ulp., *Reg.*, III, § 1.)

9° Devient citoyenne l'affranchie latine *quæ vulgo sit ter enixa*. D'après un sénatus-consulte, dont Ulpien n'indique pas le nom, l'affranchie latine junienne qui avait mis au monde trois enfants *vulgo concepti*, c'est-à-dire illégitimes, devenait citoyenne. (Ulp., *Reg.*, III, § 1.)

414. IV. **Condition des affranchis déditices.** — La condition des affranchis déditices était la plus mauvaise, *pessima*, dit Gaïus. (I, § 26. *Inst.*, I, v, § 3). Pour eux, aucune possibilité de devenir citoyen. On tenait éloignés de Rome ces affranchis qui, pendant leur esclavage, avaient subi certaines peines. En conséquence, « il leur était défendu de rester dans la ville de Rome et dans la distance de cent milles autour de Rome. S'ils contrevenaient à cette défense, ils étaient vendus, eux et leurs biens, au profit du trésor public, sous la double condition qu'ils ne serviraient pas dans la ville de Rome, ni dans la distance de cent milles autour de Rome, et que jamais ils ne pourraient être affranchis à l'avenir. Si, malgré cette

défense, leur maître leur accordait la liberté, ils étaient déclarés esclaves du peuple romain. Telles étaient les dispositions de la loi *Ælia Sentia.* » (Gaïus, I, 27.)

Bien entendu, les affranchis *déditices* n'avaient ni le *jus honorum*, ni le *jus suffragii*, ni le *connubium*. Ils n'avaient pas même le *jus commercii*, c'est-à-dire ils ne pouvaient acquérir que par les modes d'acquérir du droit des gens. Ils étaient privés de la *factio testamenti active* et *passive*, c'est-à-dire ils ne pouvaient, ni tester, ni recueillir par testament. Ils ne pouvaient pas même servir de témoins dans le testament d'un citoyen romain. A leur mort, leur ancien maître venait prendre leurs biens par *droit de succession*, s'ils avaient été affranchis par un acte solennel et avec toutes les conditions voulues ; sinon, par droit de pécule, *jure peculii*, comme s'il en fût toujours resté propriétaire. (Gaïus, I, § 25 ; III, §§ 74, 75, 76.) — De leur vivant, ils étaient tenus de l'*obsequium* et des *operæ*, comme les affranchis latins et les affranchis citoyens. — L'enfant né d'un affranchi déditice n'est pas déditice comme son père : il sera pérégrin, ou même citoyen, en cas d'*erroris causæ probatio* faite par sa mère. (N° 373).

415. V. **Des affranchissements résultant de la loi.** — Il pouvait se faire qu'un esclave arrivât à la liberté sans que son maître l'eût affranchi. Il y avait, en effet, des cas où la loi déclarait un esclave libre en dehors de la volonté du maître :

1° Si un maître abandonne son esclave malade, pour se dispenser de le soigner, l'esclave devient libre de plein droit, d'après un édit de Claude. (L. 2. D. 40, 8.)

2° Lorsqu'un maître a vendu son esclave sous la condition que l'acheteur l'affranchirait dans un certain délai, l'esclave devenait libre de plein droit, si, le terme expiré, l'acheteur ne l'affranchissait pas. (L. 1. L. 3. D. 40, 8.)

3° L'esclave qui dénonçait le meurtre de son maître obtenait la liberté en récompense. (L. 5. D. 40, 8.)

4° Lorsqu'une femme esclave a été vendue sous la condition qu'elle ne serait pas prostituée, elle devient libre si l'acheteur la prostitue. (L. 7. D. 40, 8.)

5° L'esclave qui dénonçait de faux monnayeurs devenait libre, et le fisc indemnisait le maître. (L. 2. C. 7, 13.)

6° Lorsqu'un esclave avait possédé la liberté pendant dix ou vingt ans, c'est-à-dire s'était comporté comme libre pendant dix ou vingt ans, il devenait libre.

Voyons maintenant quel était l'effet de ces affranchissements de plein droit, opérés par la loi elle-même.

Il ne faut pas croire que, dans les divers cas où la loi prononce l'affranchissement de plein droit, la condition soit du maître, soit de l'esclave affranchi soit la même. Il y a, sur ce point, des distinctions à faire.

416. 1° *Condition de l'esclave affranchi de plein droit.* — En principe, l'esclave affranchi de plein droit sera affranchi citoyen. Cependant il est des cas où des textes ne lui donnent que la qualité de Latin junien. Ainsi, lorsqu'un esclave devient libre parce que son maître l'a abandonné pendant sa maladie, il ne devient que Latin junien. (L. *un.*, § 3. C. 7, 6.)

Si nous supposons que l'esclave déclaré libre de plein droit par la loi a été, pendant son esclavage, condamné pour quelque crime, devient-il citoyen, ou Latin, ou seulement déditice? Je ne connais pas de texte qui résolve cette question, mais je crois qu'il devenait seulement déditice. En effet, du moment qu'un esclave se trouve dans un cas d'indignité, s'il est affranchi volontairement par son maître, il ne devient que déditice; pourquoi l'affranchissement de plein droit rendrait-il sa condition meilleure? Si la loi accorde la liberté à un esclave dans certains cas, c'est à raison de quelque motif particulier, mais ce n'est pas pour le relever de l'indignité dont il est frappé. Donc, si un esclave se trouve dans un des cas où il mérite d'être affranchi, il le sera; mais, d'un autre côté, s'il est indigne parce qu'il a été condamné pour quelque crime, au lieu de devenir citoyen ou Latin, il deviendra déditice.

En résumé, l'esclave affranchi de plein droit par la loi devient citoyen, excepté dans le cas où il a été abandonné malade par son maître, cas auquel il ne devient que Latin, et dans le cas où, pendant son esclavage, il a été condamné pour quelque crime, cas auquel il ne devient que déditice.

417. 2° *Droits du maître à l'égard de son esclave affranchi de plein droit.* — L'esclave affranchi de plein droit est-il soumis aux droits de patronage vis-à-vis de son ancien maître? Il faut distinguer : si l'affranchissement de plein droit est basé sur l'indignité du maître, les droits de patronage lui sont enlevés aussi bien que la puissance dominicale. Au contraire, si l'affranchissement a lieu de plein droit pour récompenser l'esclave ou parce que le maître ne veut pas faire un affranchissement auquel l'esclave a droit, les droits de patronage subsistent : la servitude seule disparaît; en conséquence, les droits de patronage disparaissent : 1° quand le maître prostitue ses esclaves (L. 1, § 4. C. 7, 6); 2° quand il abandonne son esclave malade. (L. 1, § 3. C. 7, 6.) Au contraire, le maître, qui perd la puissance dominicale, conserve les droits de patronage : 1° quand

l'esclave lui a été vendu sous la condition qu'il l'affranchirait dans un certain délai et qu'il ne l'a pas affranchi (L. 8. D. 37, 14); 2° quand l'esclave est affranchi pour avoir dénoncé le meurtre de son maître, il devient *libertus orcinus;* mais les enfants du maître tué auront les droits de patronage, à moins qu'ils ne soient indignes, pour n'avoir pas cherché à venger la mort de leur père. (L. 5. D. 40, 8); 3° l'esclave affranchi pour avoir dénoncé des faux-monnayeurs devait, malgré l'indemnité que le fisc payait au maître, subir les droits de patronage. (L. 2. C. 7, 13). — La loi 2 : *De longi temporis præscriptione*, qui décide que l'esclave qui aura, de bonne foi, possédé la liberté pendant vingt ans, deviendra libre, ne s'explique pas sur le point de savoir si cet esclave, devenu libre, sera soumis aux droits de patronage.

418. VI. **Législation de Justinien sur les affranchissements.** — Le § 1 de notre titre v, aux *Institutes*, indique les modes d'affranchissement en vigueur d'après la législation de Justinien.

§ 1. « La manumission se fait de plusieurs manières : ou bien dans les saintes églises en vertu des constitutions, ou bien par la vindicte, ou entre amis, ou par lettre, ou par testament, ou par un acte quelconque de dernière volonté. Du reste, il y a encore, pour un esclave, plusieurs autres manières d'acquérir la liberté, qui ont été introduites soit par les anciennes constitutions, soit par les nôtres. »

Ce texte ne parle plus de l'affranchissement *censu*. Depuis longtemps, en effet, le recensement n'avait plus lieu chez les Romains; en conséquence, l'affranchissement *censu* avait disparu.

Voyons rapidement les modes d'affranchissement énumérés par le § 1.

1° Affranchissement *in sacrosanctis ecclesiis*. Quand la religion chrétienne fut reconnue par les empereurs, l'affranchissement put se faire dans les églises : le maître devait y déclarer sa volonté d'affranchir son esclave devant l'évêque en présence du peuple. (L. 1. C. 1, 13.)

2° Par la *vindicte*. C'est l'ancien mode solennel, consistant dans un procès fictif.

3° Affranchissement *per epistolam*. Le maître écrit à son esclave une lettre dans laquelle il le déclare libre. Justinien exige que la lettre soit signée par cinq témoins. (L. *un.*, §§ 1, 2. C. 7, 6.)

4° Affranchissement *inter amicos*. Le maître, devant ses amis, déclare son esclave libre. Cette déclaration doit être constatée par un écrit signé de cinq témoins. (L. *un.*, C. 7, 6.)

5° Affranchissement par testament. C'est l'ancien mode solennel d'affranchissement *testamento*. A l'époque de Justinien, il faut encore

distinguer si le maître a donné la liberté à son esclave *directement*, cas auquel l'affranchi est *libertus orcinus*, ou *indirectement* par fidéicommis, cas auquel l'affranchi est *libertus heredis*. (N° 390.)

6° *Par un acte quelconque de dernière volonté*, c'est-à-dire par *codicille*. Le codicille est un écrit, sans formes spéciales indiquées par la loi, qui contient une disposition de dernière volonté. Le codicille, contenant volonté d'affranchir un esclave, doit être signé par cinq témoins.

Enfin le § 1 ajoute qu'il y a beaucoup d'autres modes d'affranchissement introduits par les anciennes constitutions ou par celles de Justinien. Ces autres modes sont indiqués dans le titre : *De latina libertate tollenda*. (C., liv. VII, tit. VI.) Je n'en citerai ici que deux : 1° si un maître donne son esclave en mariage, en lui constituant une dot, à un citoyen, cette esclave devient libre et citoyenne; 2° si un maître donne le titre de fils à son esclave dans un acte public, cet esclave devient libre, affranchi citoyen. (L. 1; §§ 9, 10. C. 7, 6.)

§ 3. « Les affranchis pouvaient se trouver autrefois dans trois situations différentes. En effet, ceux qui étaient affranchis obtenaient tantôt une liberté complète et devenaient citoyens, tantôt une liberté moindre et devenaient Latins d'après la loi *Junia Norbana*, tantôt une liberté inférieure encore, et devenaient déditices d'après la loi *Ælia Sentia*. Mais déjà les déditices, dont la condition était la plus mauvaise, ont disparu depuis longtemps; depuis longtemps aussi, le titre de Latin était devenu rare. Aussi, dans notre bienveillance, désirant augmenter et améliorer la condition des affranchis, par deux constitutions nous avons corrigé cela et rétabli l'ancien état de choses. En effet, dans les premiers temps de Rome, il n'y avait qu'une seule liberté, la même pour l'affranchi et l'affranchissant, avec cette différence que l'un était affranchi et l'autre ingénu. Et d'abord, nous avons supprimé les déditices par notre constitution que nous avons promulguée avec d'autres décisions, sur l'avis de Tribonien, questeur illustre, pour mettre fin aux discussions de l'ancien droit. Pareillement, nous avons supprimé les Latins juniens, et corrigé ce qui concernait leur condition par une autre constitution, rendue aussi sur l'avis du même questeur, et qui brille parmi les constitutions impériales. En conséquence, nous avons donné la qualité de citoyen romain, comme autrefois, à tous les affranchis sans distinguer l'âge de l'esclave affranchi, ni le genre de propriété de l'affranchissant, ni le mode d'affranchissement employé. En outre, nous avons ajouté plusieurs modes pour donner aux esclaves la liberté avec la cité romaine, la seule qui existe présentement. »

419. Ainsi Justinien supprime la classe des affranchis latins juniens et la classe des affranchis déditices. D'après lui, il n'y aura plus qu'une seule classe d'affranchis : tous les affranchis seront citoyens romains. Cette décision de Justinien ne doit pas surprendre, car, depuis longtemps, le titre de citoyen avait perdu sa valeur.

420. Bien que Justinien dise qu'il n'y a plus que des affranchis citoyens, il ne faut pas croire que la condition des affranchis fût

identique à celle des ingénus. Même à l'époque de Justinien, il y a toujours, entre les affranchis citoyens et les ingénus, les différences que j'ai indiquées. (Nos 403 à 408.)

Toutefois, postérieurement à la promulgation des *Institutes*, Justinien, par la *Novelle* 78, décida qu'à l'avenir tout affranchi aurait de plein droit le *jus aureorum annulorum* et le *jus regenerationis*, pourvu que le patron y consentît. Que si le patron se refusait à abandonner ses droits de patronage, il les conservait, malgré cette décision de Justinien, qui accordait à tout affranchi le *jus regenerationis*. C'est, du reste, Justinien lui-même qui le veut ainsi dans la *Novelle* 78.

VII. **Par qui et pour quelles causes les manumissions ne peuvent être faites.** — (*Inst.*, I, VI.)

Pr. « Il n'est pas toujours permis à chacun d'affranchir ses esclaves quand bon lui semble ; car celui qui les affranchit en fraude de ses créanciers fait un acte inutile, parce que la loi *Ælia Sentia* empêche la liberté. »

421. Lorsqu'un maître affranchit un ou quelques-uns de ses esclaves en fraude de ses créanciers, l'affranchissement est inutile et non avenu d'après la loi *Ælia Sentia*. Mais quand est-ce que l'on peut dire que l'affranchissement est fait par un maître *en fraude* de ses créanciers? Le § 3 de notre titre VI va nous l'apprendre :

§ 3. « Celui-là affranchit en fraude de ses créanciers qui, au moment de l'affranchissement, est déjà insolvable, ou qui, par l'affranchissement même, se rend insolvable. Il a prévalu cependant que, s'il n'a pas eu l'intention de frauder ses créanciers, la liberté des esclaves affranchis ne sera pas empêchée, quoique ses biens ne soient pas suffisants pour payer ses créanciers ; car souvent les hommes croient que leur patrimoine est plus grand qu'il ne l'est en réalité. La liberté des esclaves n'est donc empêchée que lorsque les créanciers sont fraudés de deux manières, c'est-à-dire par l'intention du manumisseur et par l'affranchissement même, les biens du manumisseur ne suffisant plus pour payer ses créanciers. »

D'après ce texte, pour que l'affranchissement soit considéré comme fait en fraude des créanciers, deux conditions sont exigées ; 1° il faut l'*eventus*, c'est-à-dire, il faut que l'affranchissement ait causé un préjudice aux créanciers. Or l'affranchissement cause un préjudice aux créanciers, lorsqu'en faisant cet affranchissement le maître se met dans l'impossibilité de payer ses créanciers. Ainsi un homme a un patrimoine qui est juste suffisant pour payer ses créanciers ; son actif est égal à son passif : s'il affranchit quelques-uns de ses esclaves, il diminue son patrimoine, il cause un préjudice à ses créanciers, puisqu'il se met dans l'impossibilité de les payer. En effet, s'il n'eût pas affranchi ses esclaves, ses créanciers

auraient pu se faire payer sur ces esclaves, car les esclaves sont des biens sur lesquels les créanciers d'un débiteur peuvent se faire payer. Ou bien un homme se trouve avoir plus de dettes que de biens : son actif est inférieur à son passif. Dans cette situation, cet homme affranchit quelques-uns de ses esclaves; il diminue encore par là son patrimoine, il cause un préjudice à ses créanciers, puisqu'il augmente encore l'impossibilité où il est de les payer. En un mot, le préjudice des créanciers, *eventus*, consiste donc en ce que le débiteur, en faisant l'affranchissement, crée son insolvabilité ou augmente son insolvabilité qui existe déjà. 2° Il faut l'*animus fraudendi* ou *consilium fraudis;* c'est-à-dire, il faut que le débiteur sache bien qu'en faisant l'affranchissement il se met dans l'impossibilité de payer ses créanciers; en d'autres termes, il faut qu'il ait connaissance du préjudice qu'il cause à ses créanciers. Mais si, au moment où il fait l'affranchissement, le débiteur croit qu'indépendamment des esclaves qu'il affranchit il lui reste assez de biens pour payer ses créanciers, il n'y a pas fraude de sa part et l'affranchissement sera valable. (L. 79. D. 50, 17.)

Lorsqu'un maître a affranchi son esclave en fraude de ses créanciers, l'affranchissement est valable quant à lui; ses créanciers seuls peuvent en demander la nullité. Ce n'est qu'en faveur des créanciers que la loi *Ælia Sentia impedit libertatem*. Par conséquent, si, par suite d'événements postérieurs à l'affranchissement frauduleux, les créanciers parviennent à être payés, sans être obligés de faire annuler l'affranchissement, par exemple, parce qu'il survient au débiteur une succession considérable, qui lui permet de payer ses créanciers, l'affranchissement se trouvera valable et l'esclave affranchi restera libre.

Cette disposition de la loi *Ælia Sentia* était applicable même aux pérégrins. En conséquence, si un pérégrin affranchit ses esclaves en fraude de ses créanciers, ceux-ci pourront demander la nullité de l'affranchissement. (Gaïus, I, § 47.)

422. Il y avait cependant un cas où, par exception, un maître insolvable pouvait valablement affranchir un de ses esclaves. Ce cas nous est indiqué par le § 1 de notre titre VI.

§ 1. « Il est cependant permis à un maître insolvable d'affranchir son esclave par testament et de l'instituer héritier, pour que cet esclave soit libre et héritier *unique et nécessaire* du testateur; pourvu toutefois qu'en vertu de ce testament il n'y ait aucun autre héritier, soit parce que le testateur n'en a institué aucun autre, soit parce que celui qu'il a institué n'est pas devenu héritier pour une cause quelconque. C'est ce qui a été décidé justement par la loi *Ælia Sentia*. Il fallait, en effet, pourvoir à ce que les hommes insolvables, auxquels personne ne voudrait succéder, eussent pour héritier nécessaire leur esclave,

qui payerait leurs créanciers; et que, s'il ne les payait pas, les créanciers pussent vendre l'hérédité au nom de l'esclave, afin que la mémoire du défunt ne fût pas entachée. »

Lorsqu'un homme mourait insolvable, aucun des héritiers qu'il avait institués ne voulait accepter sa succession; car ces héritiers, s'ils eussent accepté, auraient été soumis, par leur acceptation, à l'obligation de payer toutes les dettes du défunt, même avec leurs propres biens. Cet homme mourait donc sans héritiers. Alors ses créanciers faisaient vendre, en son nom, les biens de sa succession pour obtenir leur payement, ce qui était une tache pour la mémoire du défunt. Pour éviter cette honte, les hommes insolvables avaient l'habitude d'instituer pour héritier un de leurs esclaves, parce qu'un esclave institué héritier par son maître était *forcément* héritier : il ne pouvait pas répudier l'hérédité; il était héritier malgré lui. Voilà pourquoi on l'appelait héritier nécessaire, *heres necessarius*.

Ainsi, l'esclave institué héritier par son maître était héritier malgré lui; dès lors, les créanciers du défunt, au lieu de faire vendre les biens de la succession en son nom, les faisaient vendre au nom de l'esclave héritier nécessaire. Par là, la mémoire du défunt était sauvegardée. La loi *Ælia Sentia* consacra cet usage, et, tout en déclarant inefficace l'affranchissement fait par un maître en fraude de ses créanciers, elle décida que, par exception, si un maître insolvable affranchissait son esclave par testament pour en faire son héritier, l'affranchissement serait valable, bien qu'il causât un préjudice aux créanciers, et que l'esclave ainsi affranchi serait libre et citoyen, sans distinguer s'il avait plus ou moins de trente ans, ou si, pendant son esclavage, il avait été ou non puni pour quelque crime, tant les Romains avaient à cœur de préserver la mémoire des citoyens de la honte résultant de la vente de leurs biens, en leur nom, pour insolvabilité. (Gaïus, I, § 21.) Toutefois, pour que l'affranchissement fût valable, dans ce cas, il fallait qu'il n'y eût aucun autre héritier en vertu du testament du maître insolvable, car s'il y en eût eu un autre, la vente des biens de la succession aurait pu être faite au nom de cet autre héritier et la mémoire du défunt eût été épargnée. — Du reste, le maître insolvable ne pouvait affranchir qu'un seul de ses esclaves par testament pour en faire son héritier : s'il en avait affranchi plusieurs, c'était le premier inscrit dans le testament qui seul était libre et héritier nécessaire, *solus et necessarius heres*.

D'après l'ancien droit romain, pour qu'un esclave fût héritier nécessaire de son maître, il ne suffisait pas que son maître l'eût

institué héritier, il fallait tout d'abord qu'il eût commencé par l'affranchir dans son testament. (Ulp., *Reg.*, 22, § 12.) Mais Justinien, comme va nous l'apprendre le § 2, décida que, par cela seul qu'un maître aura institué son esclave pour héritier, l'esclave sera libre et héritier. Dès lors l'affranchissement est sous-entendu : l'institution d'héritier entraîne l'affranchissement de l'esclave comme conséquence.

§ 2. « Il en est ainsi, quoique l'esclave ait été institué héritier sans être affranchi. En effet, par une constitution nous avons décidé, non-seulement pour le maître insolvable, mais pour tous les maîtres en général, que, par le seul fait de son institution, l'esclavage sera libre, car il n'est pas vraisemblable qu'en instituant pour héritier son esclave, et en oubliant de l'affranchir, le maître ait voulu le laisser esclave et ne pas avoir d'héritier. »

423. Voici un autre cas dans lequel l'affranchissement d'un esclave n'était pas valable d'après la loi *Ælia Sentia*. C'est le § 4 de notre titre VI qui nous l'indique.

§ 4. « D'après la même loi *Ælia*, il n'est permis à un maître mineur de vingt ans d'affranchir ses esclaves que par la vindicte et en vertu d'une juste cause de manumission, approuvée par un conseil. »

En principe, l'affranchissement fait par un maître mineur de vingt ans est complétement nul. Remarquons que le maître, pour affranchir son esclave, n'a pas besoin d'avoir vingt ans accomplis : il suffit que la vingtième année soit commencée, car la loi *Ælia Sentia* n'exige pas que le maître soit majeur de vingt ans ; elle exige qu'il ne soit pas mineur de vingt ans ; or, dès que la vingtième année est commencée, il n'est plus mineur de vingt ans. C'est ainsi, du moins, que l'entendaient les jurisconsultes romains. (L. 1. D. 40,1.)

Par exception, un maître mineur de vingt ans peut affranchir son esclave par la vindicte, pourvu qu'il y ait une juste cause d'affranchissement approuvée par un conseil. Ce conseil est le même que celui qui doit approuver les justes causes d'affranchissement quand il s'agit d'affranchir un esclave qui a moins de trente ans. A Rome, ce conseil était composé de cinq sénateurs et de cinq chevaliers et présidé par le préteur. Dans les provinces, il était composé de vingt récupérateurs et présidé par le proconsul ou le président de la province (n° 400).

L'affranchissement doit être fait *vindicta et apud consilium*, pour que l'affranchi devienne libre et citoyen. Mais si le maître mineur de vingt ans veut que son affranchi devienne seulement Latin junien, il lui suffira de faire approuver la cause d'affranchissement par le conseil et ensuite d'affranchir l'esclave *per epistolam* ou *inter ami-*

cos. Que si l'affranchissement est fait sans l'approbation du conseil, il est nul dans tous les cas. (Gaïus, I, § 38.)

Le § 5 indique des exemples de justes causes que peut invoquer un maître mineur de vingt ans pour affranchir un de ses esclaves.

§ 5. « Les justes causes d'affranchissement sont, par exemple, si quelqu'un veut affranchir son père ou sa mère, son fils, son frère ou sa sœur naturels, son précepteur, sa nourrice ou son nourricier, son nourrisson, son frère ou sa sœur de lait, ou son esclave pour en faire son mandataire, ou une de ses esclaves pour l'épouser, pourvu qu'il l'épouse dans les six mois, à moins qu'un empêchement légal ne s'y oppose; et, quant à l'esclave dont on veut faire un mandataire, pourvu qu'il n'ait pas moins de dix-sept ans. »

424. Il peut se faire qu'un homme ait sous sa puissance, comme esclaves, son père, sa mère, ses frères et sœurs et même ses enfants, par exemple, si, étant esclave avec eux et sous la puisssance du même maître, il est affranchi et institué héritier par son maître. Après la mort de son maître, devenu libre et héritier, il se trouvera propriétaire de tous ses parents. Quoique mineur de vingt ans, il pourra les affranchir par la vindicte avec l'approbation du conseil.

D'après le § 5, le maître mineur de vingt ans peut affranchir, par la vindicte avec approbation du conseil, une de ses esclaves pour l'épouser, pourvu que le mariage ait lieu dans les six mois. L'affranchissement sera donc valable, *si* le mariage a lieu dans les six mois. Donc, dans cette hypothèse, l'affranchissement est conditionnel, subordonné à la condition que le mariage aura lieu. Alors comment concilier notre § 5 avec la loi 77 *De regulis juris* (D. 50, 17), qui décide que les *actus legitimi* sont nuls lorsqu'ils sont faits à terme ou sous condition? Or il est certain que l'affranchissement *vindicta* est un *actus legitimus*. La conciliation est facile : les *actus legitimi* ne sont nuls qu'autant que ce sont les parties elles-mêmes qui les font à terme ou sous condition ; mais ils ne sont pas nuls lorsque le terme ou la condition s'y trouve ajouté tacitement par une règle générale de droit. Or, ici, c'est une loi, la loi *Ælia Sentia*, qui met à la validité de l'affranchissement d'une esclave, affranchie pour être épousée, la condition que le mariage aura lieu dans les six mois de l'affranchissement.

§ 6. « Vraie ou fausse, la cause d'affranchissement une fois approuvée ne peut plus être rétractée. »

§ 7. « Puisqu'un mode particulier d'affranchissement avait été établi par la loi *Ælia Sentia* à l'usage des maîtres mineurs de vingt ans, il arrivait que celui qui avait accompli sa quatorzième année, bien qu'il pût faire un testament, y instituer un héritier et y faire un legs, ne pouvait pas cependant, s'il avait moins de vingt ans, donner la liberté à son esclave par testament. Or il était intolérable que celui qui pouvait, par testament, disposer de tous ses biens ne

pût pas donner la liberté à un seul de ses esclaves. Aussi nous lui avons permis de disposer, comme il voudra, de ses esclaves comme de ses autres biens, et même de leur donner la liberté. Mais comme la liberté est un bien inappréciable, et comme, pour cela, l'antiquité défendait à un maître de la donner, avant qu'il n'eût vingt ans, à un esclave : prenant, en quelque sorte, un parti intermédiaire, nous n'avons permis à un maître mineur de vingt ans d'affranchir ses esclaves qu'autant qu'il aurait accompli sa dix-septième année, et atteint sa dix-huitième. En effet, l'antiquité permettait aux mineurs de cet âge de postuler pour autrui; pourquoi ne seraient-ils pas considérés comme ayant un jugement assez solide pour leur permettre de donner la liberté à leurs esclaves? »

425. Le mode particulier d'affranchissement établi par la loi *Ælia Sentia* à l'usage des maîtres mineurs de vingt ans était l'affranchissement *vindicta*, avec l'approbation du conseil. Mais le maître mineur de vingt ans ne pouvait affranchir ses esclaves, ni *censu*, ni *testamento*. Et cependant, sous l'empire de la loi *Ælia Sentia*, le maître mineur de vingt ans pouvait, pourvu qu'il fût pubère, c'est-à-dire âgé de plus de quatorze ans, disposer de tous ses biens par testament, même de ses esclaves ; mais il ne pouvait les affranchir. Voici pourquoi : dans la disposition qu'un citoyen fait de ses biens, il ne s'agit que d'un intérêt privé, tandis que l'affranchissement d'un esclave est un acte qui intéresse l'ordre public, puisqu'il s'agit, par cet acte, de faire entrer un esclave dans la classe des citoyens. Mais on conçoit que Justinien, qui vivait à une époque où le titre de citoyen avait complétement perdu sa valeur, ne devait plus tenir compte de cette considération. En conséquence, il permet au maître mineur de vingt ans d'affranchir ses esclaves par testament dès qu'il aura accompli sa dix-septième année ; et, plus tard, par la *Novelle* 119, ch. 2, revenant à l'ancien droit, antérieur à la loi *Ælia Sentia*, il permet au maître d'affranchir ses esclaves par testament dès l'âge de quatorze ans.

« *Et pro aliis postulare concesserit ;* » *postuler*, c'est exposer devant le juge la défense d'un plaideur. Il fallait avoir dix-sept ans accomplis pour pouvoir postuler pour autrui. (L. 1. D. 3, 1.)

VIII. **De la suppression de la loi Fusia Caninia.** — (*Inst.*, I, VII.)

« La loi *Fusia Caninia* avait fixé une certaine limite aux affranchissements des esclaves par testament. Nous avons pensé qu'elle devait être abrogée parce qu'elle était, en quelque sorte, un obstacle odieux aux affranchissements ; car il était assez injuste de permettre aux vivants d'affranchir tous leurs esclaves, à moins qu'il n'y eût quelque empêchement, et d'enlever ce droit aux mourants. »

426. Primitivement un maître était libre d'affranchir tous ses esclaves. Mais à la fin de la République les affranchissements

s'étaient tellement multipliés que le titre de citoyen était exposé à perdre sa valeur. Aussi, sous Auguste, en l'an 661 de Rome, une loi *Fusia* ou *Furia Caninia* vint restreindre, pour les maîtres, la liberté des affranchissements par testament, en décidant : que le maître, qui aurait deux esclaves, pourrait les affranchir tous les deux; que celui, qui en aurait plus de deux jusqu'à dix, pourrait en affranchir la moitié (donc s'il en a huit, il peut en affranchir quatre) ; plus de dix jusqu'à trente, le tiers ; plus de trente jusqu'à cent, le quart ; plus de cent jusqu'à cinq cents, le cinquième et jamais plus de cent. La loi *Caninia* ne limitait ainsi que les affranchissements par testament. On comprend, en effet, que dans les affranchissements entre-vifs, *censu*, *vindicta*, par lesquels le maître se dépouille lui-même de sa propriété sur ses esclaves, l'intérêt des maîtres était un mobile suffisant pour les empêcher d'affranchir un trop grand nombre d'esclaves; tandis que, dans l'affranchissement par testament, le maître ne se dépouille pas lui-même de sa propriété sur les esclaves qu'il affranchit, puisque les affranchissements ne doivent produire d'effets qu'après sa mort : il ne dépouillera que son héritier. D'après la loi *Caninia*, le maître doit désigner par leur nom les esclaves qu'il affranchit par testament, et s'il y en a plus que la loi ne le permet, les premiers nommés dans le testament seront seuls affranchis. (Gaïus, I, §§ 42, 43, 44, 45.)

« Si la liberté a été donnée par testament à des esclaves dont les noms ont été écrits en cercle, comme on ne trouve aucun ordre d'affranchissement, aucun d'eux ne devient libre, parce que la loi *Furia* rescinde tout ce qui est fait en fraude de ses dispositions. » (Gaïus, I, § 46.)

Justinien supprima la loi *Fusia Caninia ;* en conséquence, à l'avenir les maîtres eurent, comme dans le droit primitif, la latitude d'affranchir par testament tel nombre d'esclaves qu'il leur plut.

427. Avant de quitter cette matière importante des affranchissements, je rappelle que trois lois avaient été faites sur les affranchissements : 1° la loi *Junia Norbana*, qui créa la classe des Latins juniens ; 2° la loi *Furia Caninia*, qui limita le nombre des affranchissements par testament ; 3° la loi *Ælia Sentia*, dont voici les dispositions principales :

1° Elle créa la classe des affranchis déditices.

2° Elle exigea, pour que l'esclave affranchi devînt citoyen, qu'il eût plus de trente ans.

3° Elle déclara non avenu l'affranchissement fait en fraude des créanciers du manumisseur.

4° Elle déclara nul l'affranchissement fait par un maître mineur

de vingt ans, à moins qu'il n'y eût une juste cause d'affranchissement, approuvée par un conseil.

Il y avait d'autres cas, non cités par les *Institutes*, dans lesquels l'affranchissement d'un esclave n'était pas possible : 1° un esclave ne pouvait être affranchi, lorsqu'il avait été vendu sous la condition qu'il ne serait pas affranchi (L. 9. D. 40, 1) ; 2° lorsqu'un esclave avait été condamné pour avoir commis le délit appelé *plagium*, consistant à avoir séquestré un citoyen, il ne pouvait plus être affranchi, car il était condamné aux bêtes (L. 6, § 2. L. 7. D. 48, 15. L. 16. C. 9, 20) ; 3° le maître qui avait été condamné pour un crime emportant peine capitale ne pouvait plus affranchir ses esclaves. (L. 8, § 1. D. 40, 1.)

SECTION II. — DEUXIÈME CLASSIFICATION DES PERSONNES ALIENI JURIS. — SUI JURIS

(*Inst.*, I, VIII.)

428. Cette division des personnes en personnes maîtresses d'elles-mêmes, *sui juris*, et en personnes qui sont sous la puissance d'autrui, *alieni juris*, est une division générale, *summa divisio*. Toutes les personnes sont comprises dans cette division : on est ou *sui juris* ou *alieni juris*.

Dans cette division des personnes, on considère les personnes au point de vue de la famille, tandis que, dans les divisions précédentes des personnes en *libres* et *esclaves*, en *citoyens* et *pérégrins*, en *ingénus* et *affranchis*, on considérait les personnes au point de vue de la société. (N^os^ 44, 312 à 313.)

Pr. « Suit une autre division relative à la condition des personnes. En effet, certaines personnes sont maîtresses d'elles-mêmes, d'autres sont sous la puissance d'autrui. Quant aux personnes qui sont soumises à la puissance d'autrui, les unes sont sous la puissance de leurs parents, les autres sont sous la puissance de leurs maîtres. Voyons d'abord celles qui sont soumises à la puissance d'autrui, car une fois que nous les connaîtrons, nous saurons par là même quelles sont celles qui sont maîtresses d'elles-mêmes. »

Ainsi toutes les personnes sont ou maîtresses d'elles-mêmes, *sui juris*, ou sous la puissance d'un autre, *alieni juris*. Est *sui juris* celui qui n'est soumis à aucune puissance, qui est indépendant et maître de lui-même. Le mot *pater familias* est synonyme du mot *sui juris*. En conséquence, un homme peut être *sui juris* ou *pater familias*, sans avoir d'enfants. Il peut même être *pater familias* en naissant. Ainsi celui qui a été conçu hors mariage d'une femme

libre est *sui juris* ou *pater familias* dès sa naissance. De même, l'enfant conçu en mariage légitime est *sui juris* ou *pater familias* dès sa naissance, lorsque son père et tous ses ascendants paternels mâles sont morts avant sa naissance, car alors il ne se trouve sous la puissance paternelle de personne. La femme qui n'est soumise à aucune puissance est également *sui juris* ou *mater familias*, sans distinguer si elle est fille, mariée ou veuve, ingénue ou affranchie, ayant des enfants ou n'en ayant pas. Toutefois, dans l'usage, on réservait le nom de *mater familias* aux femmes honnêtes, aux femmes de bonnes mœurs. (L. 46, § 1. D. 50, 16.)

CHAPITRE PREMIER

PERSONNES ALIENI JURIS

429. Sont *alieni juris* ceux qui se trouvent soumis à la puissance d'un autre. Or, d'après le droit romain, il y avait quatre espèces de puissances différentes : 1° la puissance du maître sur ses esclaves ou *dominica potestas ;* 2° la puissance du chef de famille sur ses enfants ou *patria potestas ;* 3° la puissance qu'un mari pouvait avoir sur sa femme ou *manus ;* 4° la puissance qu'un homme libre pouvait avoir sur un autre homme libre ou *mancipium.*

Le § 1 de notre titre ne parle que de la puissance dominicale et de la puissance paternelle, parce qu'elles sont les seules qui subsistent encore à l'époque de Justinien. Depuis longtemps, la *manus* et le *mancipium*, que nous étudierons bientôt, ont disparu.

J'ai déjà parlé longuement de la première de ces puissances, la puissance dominicale. (N^os^ 331 à 339.) Je ne donne ici qu'un court résumé.

ARTICLE I^er^. — ESCLAVES (PUISSANCE DOMINICALE)

« Tout d'abord examinons celles qui sont sous la puissance de leurs maîtres. »

§ 1. « Sous la puissance des maîtres sont les esclaves. Cette puissance du maître sur ses esclaves est du droit des gens, car nous pouvons remarquer que, chez tous les peuples, les maîtres ont droit de vie et de mort sur leurs esclaves, et que tout ce qui est acquis par un esclave est acquis à son maître. »

430. La *potestas dominica* est la seule institution romaine du droit des gens qui soit contraire au droit naturel. Elle s'exerce sur les biens et les personnes.

431. *Sur les biens.* — Toute acquisition faite par l'esclave profite au maître. — L'esclave est incapable de posséder. Cependant

le maître peut lui laisser un *pécule* qui, en principe, continue à appartenir au maître, mais qui, en pratique, est presque traité comme le patrimoine d'un homme libre.

Étant incapable d'être propriétaire, l'esclave ne peut songer à *se racheter* lui-même. Cependant, s'il trouve un tiers qui consente à l'acheter, et promette de l'affranchir quand le prix d'achat sera remboursé, un rescrit des emp. Vérus et Marc-Aurèle décide que cet esclave « *in eam conditionem redigitur ut libertatem adipiscatur* ».

432. *Sur les personnes.* — Le pouvoir du maître sur la personne de l'esclave était d'abord illimité ; mais il reçut successivement de nombreux tempéraments : déjà, sous Auguste, la loi Petronia enlève au maître le droit de condamner son esclave *ad bestias depugnandas ;* Adrien lui défend ensuite de condamner son esclave *à mort*, et même il frappe de cinq ans de relégation une femme qui, sans motifs graves, avait maltraité ses esclaves. Enfin deux constitutions d'Antonin le Pieux complètent le progrès. D'après la première, le maître qui tue son esclave est puni comme s'il avait tué l'esclave d'autrui ou un homme libre (L. Cornélia, *De sicariis*) ; d'après la deuxième, adressée au préteur de Bétique (au sujet d'esclaves qui, par suite de mauvais traitements excessifs, s'étaient réfugiés *ad fana deorum vel ad statuas principum*), il décide que les esclaves, qui auront trop à souffrir, s'adresseront au proconsul qui, la cause entendue, les fera vendre au profit du maître, de façon à ce qu'ils ne puissent jamais retomber sous sa puissance. Cette vente doit être faite *bonis conditionibus*, en faveur du maître, mais aussi en faveur de l'esclave ; ainsi : le maître recevra une *indemnité suffisante ;* mais il ne pourra insérer, dans la vente, des clauses défavorables à l'esclave.

Quand le *dominium* est scindé, la puissance appartient à celui qui a la propriété bonitaire.

N.-B. L'esclave peut contracter, en empruntant la *personnalité juridique* de son maître.

433. Les textes disent qu'il n'y a aucune différence dans la condition des esclaves. Ce n'est pas exact ; sans compter les différences *de fait* qui résultent du caprice du maître, il y a des différences *de droit*, correspondant à certaines classes spéciales d'esclaves.

Servus pœnæ. — Le *servus pœnæ* ou *sine domino* n'est pas soumis à la puissance dominicale ; de là plusieurs conséquences et surtout celle-ci : comme cet esclave n'a pas de maître dont il puisse emprunter la personnalité juridique pour contracter, il est incapable de rien acquérir. Il ne saurait non plus être affranchi. (Il en est de même des *servi derelicti.*)

Servus publicus. — L'État possède des *servi publici* affectés à certains emplois assez élevés (entretien des routes, garde des prisons, recouvrement de l'impôt, service des magistrats) ; ces esclaves peuvent posséder un pécule et disposer par testament *de la moitié* de leurs biens. — Sont ordinairement *servi publici* les prisonniers de guerre, ou les *déditices* vendus comme esclaves (pour avoir pénétré à Rome ou dans la zone qui leur est interdite), et qui ont été affranchis.

Colons. — Ces personnes (appelées *coloni*, *originarii*, *adscriptitii vel censiti*) étaient établies dans les domaines des grands propriétaires, presque à titre de *serfs*. Elles ne pouvaient quitter le *fonds*, mais par contre on ne pouvait les en détacher ni augmenter leur redevance. — Les premières règles sur le colonat furent établies, d'abord, dans l'intérêt de l'agriculture, pour réprimer l'arbitraire des propriétaires fonciers ; mais surtout ensuite, quand, à partir de Dioclétien et de Constantin, le gouvernement prit l'habitude de répartir les captifs entre les propriétaires fonciers. — Les colons peuvent *contracter mariage ;* ils *restent propriétaires* de ce qu'ils acquièrent, mais ne peuvent en disposer. — Ils sont soumis à la *potestas*, ne peuvent citer leur maître en justice, et, s'ils s'enfuient, sont poursuivis comme esclaves.

Condition des enfants. — Les enfants nés : 1° de deux colons ? Sont colons et attachés au même fonds que leurs parents. (Si les parents appartiennent à deux fonds différents, les enfants se partagent entre les deux fonds) ; 2° d'une personne *adscriptitiæ conditionis* et d'une personne esclave ? Suivent la condition *de la mère ;* 3° d'une *adscriptitia* et d'un père libre ? Sont colons comme leur mère ; 4° d'un *adscriptus* et d'une mère libre ? Sont libres, mais restent attachés au fonds ; toutefois ce qu'ils acquièrent n'est pas un pécule.

La qualité de colon s'acquiert par trente ans ; mais ces colons par prescription, et leurs descendants, conservent la disposition de leurs biens.

On peut devenir colon en épousant une *adscriptitia* et en faisant sa déclaration *gestis municipalibus*.

Autrefois on pouvait s'affranchir du colonat par prescription ; mais, sous Justinien, l'épiscopat *seul* libère de cette condition. La puissance dominicale se dissout de différentes manières. (Voir aux AFFRANCHISSEMENTS.)

ARTICLE II. — FILS DE FAMILLE (PUISSANCE PATERNELLE)

(*Inst.*, I, IX.)

434. Cette matière est assez compliquée, par suite des matières importantes (mariage, adoption, etc.) qui s'y rattachent nécessairement. On peut la diviser en 3 §§ principaux, de la façon suivante :

SUBDIVISION DE L'ART. II : **FILS de FAMILLE.**

- § Ier. En quoi consiste la puissance paternelle.
- § II. Sur qui s'exerce la puissance paternelle.
  - Enfants issus du mariage : (*ex justis nuptiis*).....
    - Définition du mariage. — Élément constitutif. — Conditions particulières (Puberté, consentement, *connubium*, etc., etc.).
    - Dissolution du mariage. — (Appendice. — *Concubinatus*, etc.)
  - Enfants légitimés.
  - Enfants adoptés ou adrogés. (Différences. — Ressemblances.)
- § III. Comment finit la puissance paternelle.

§ Ier. — EN QUOI CONSISTE LA PUISSANCE PATERNELLE.

§ 2. « La puissance que nous avons sur nos enfants est propre aux citoyens romains, car il n'est pas d'autres peuples qui aient sur leurs enfants une puissance semblable à celle que nous avons sur les nôtres. »

435. D'après ce §, la puissance paternelle, telle qu'elle était organisée chez les Romains, avec le caractère absolu que nous lui verrons, était propre aux seuls citoyens romains. C'était une institution du droit civil. Chez aucun autre peuple, en effet, ni chez les modernes, ni chez les anciens, la puissance paternelle n'a donné au père un pouvoir aussi considérable que chez les Romains. Néanmoins Gaïus cite les Galates comme ayant une puissance paternelle semblable à celle des Romains. (Gaïus, I, § 55 [1].)

---

1. Dans ce texte, Gaïus paraît rattacher à un édit d'Adrien le principe que la puissance paternelle est de droit civil. Mais ce n'est là qu'une apparence de texte ; il est évident que le principe dont nous parlons est aussi ancien que le droit romain ; mais comme Adrien en a fait une application particulière, les jurisconsultes se bornèrent à invoquer l'édit d'Adrien, sans remonter plus haut. Voici ce que dit M. Demangeat à ce sujet (t. I, p. 285) : « Quelle était précisément la disposition de cet édit d'Adrien ? Gaïus nous l'indique dans un autre paragraphe de son commentaire premier (§ 93). Il s'agissait de savoir si, lorsqu'un *peregrinus* obtient le *jus civitatis* avec ses fils, par là même il acquiert sur eux la puissance paternelle. L'édit décide qu'il ne l'obtient qu'autant que l'empereur l'a déclaré expressément ; que l'empereur ne fait une déclaration de ce genre qu'après avoir reconnu que tel est l'intérêt des enfants ; enfin, qu'il examine surtout l'affaire avec grand soin quand les enfants sont impubères ou absents. Il suit de là que le *peregrinus*, avant d'obtenir le *jus civitatis*, n'a jamais la *patria*

436. *Caractères de la puissance paternelle chez les Romains.* — Au point de vue du droit public, le fils de famille a la même capacité que le *pater familias*. Les *filii familias* ont le *jus honorum* et le *jus suffragii* aussi bien que les *patres familias*. Ce n'est qu'au point de vue du droit privé que la condition des fils de famille est différente de celle des *patres familias*.

La puissance paternelle, comme la puissance dominicale, s'étend sur la personne et sur les biens.

437. I. **Puissance paternelle sur la personne du fils.** — La puissance paternelle donne au père : 1° droit de vie et de mort sur ses enfants ; 2° droit de les exposer ; 3° droit de les vendre ; 4° droit de les abandonner *noxaliter*.

438. 1° *Droit de vie et de mort.* — Dès les premiers temps de Rome et pendant longtemps, le père était maître absolu dans sa famille, dans sa maison ; il avait un pouvoir sur ses enfants tellement absolu qu'il pouvait les mettre à mort. (L. 11, *in fine*. D. 28, 2.) Toutefois, ce n'était qu'après avoir consulté ses proches, ses agnats, que le père prononçait la sentence de mort. Mais son droit de justice domestique n'était pas, pour cela, amoindri : les agnats appelés par lui au jugement ne faisaient que donner leur avis, lui restant libre de s'en écarter. Tel est le droit ancien. Plus tard, sous l'Empire, des mesures furent prises pour que le père n'abusât pas de sa puissance. Ainsi, au dire de Papinien, Trajan exigea d'un père qu'il émancipât son fils, *quem male contra pietatem adficiebat ;* et ce fils étant venu à mourir, le père fut exclu de sa succession, conformément à l'avis de Nératius Priscus et d'Ariston. De même, l'empereur Adrien déporta dans une île un père qui avait tué son fils à la chasse, bien que le fils fût coupable d'adultère avec sa belle-mère : en effet, « *Latronis magis quam patris jure eum interfecit : nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere.* » (Marcien, D. L. 5, 48, 9.)

D'un autre côté, l'intervention du magistrat était exigée, et ce n'était qu'après que le magistrat avait ratifié la sentence que le fils pouvait être tué. (L. 2. D. 48, 8.) La Constitution 3 au Code : *De*

---

potestas sur ses enfants. On peut donc dire avec raison qu'il ressort de l'édit d'Adrien que la puissance paternelle est du droit civil et non du droit des gens. — Gaïus ajoute (§ 94) que, même au cas où le droit de cité serait accordé à un *peregrinus* et à sa femme enceinte, l'enfant, bien que naissant citoyen romain, ne sera cependant pas soumis à la puissance paternelle, à moins que l'empereur n'ait déclaré le contraire. Ce deuxième cas avait été réglé par un rescrit (subscription) du même empereur Adrien. — Enfin Gaïus remarque (§ 95) que la règle dont il s'agit est applicable aux *peregrini* en général, mais non aux Latins. Le droit de cité, lorsqu'il est obtenu par un Latin et par ses enfants, emporte virtuellement concession à ce Latin de la puissance paternelle. »

patria potestate, qui est de l'empereur Alexandre, porte, en effet : « Si ton fils manque au respect qu'il doit à son père, tu auras le droit de le châtier, en vertu de ta puissance paternelle ; s'il persévère dans sa désobéissance, tu pourras le conduire devant le président de la province, qui devra confirmer la sentence que tu auras rendue toi-même. » (L. 3. C. 8, 47.) Enfin Constantin décida que le père qui tuerait son fils, sans approbation préalable du magistrat, serait puni de la même peine que le fils qui tuait son père, c'est-à-dire de la peine du parricide. Or la peine du parricide consistait, pour le condamné, à être enfermé et cousu dans un sac de cuir avec un chien, un coq, une vipère et un singe, et ensuite jeté à la mer ou dans un fleuve. (L. *un.*, C. 9, 17.)

Le mariage, chez les Romains, n'émancipait point l'enfant en puissance. Aussi la fille, bien qu'elle fût mariée, restait sous la puissance de son père. En conséquence, pendant longtemps, reconnut-on au père le droit de garder sa fille et de la séparer de son mari. (Paul, *Sent.*, V, 6, § 15.) Mais, plus tard, la puissance paternelle fut encore restreinte sur ce point, et le droit du père dut fléchir devant le droit du mari. (L. 1, § 5. D. 43, 30.)

439. 2° *Droit d'exposer les enfants.* — Le père pouvait exposer ses enfants, c'est-à-dire les abandonner sur la voie publique, sans encourir aucune peine. Mais Dioclétien défendit aux pères d'abandonner leurs enfants, sous peine d'être déchus de la puissance paternelle. (L. 6. C. 8, 47. — L. 16. C. 5,4 .)

440. 3° *Droit de vendre les enfants.* — Le père pouvait aliéner ses enfants, par mancipation, comme ses esclaves, et même la *patria potestas* n'était épuisée qu'après la troisième vente. La loi des Douze Tables lui reconnaissait ce droit : « *Si pater filium ter venumduit...* » (Gaïus, I, § 132.) Mais la vente, la mancipation du fils n'avait pas le même effet que la mancipation de l'esclave : l'esclave mancipé devenait la propriété de l'acheteur. Au contraire, le fils mancipé par son père se trouvait seulement sous le *mancipium* de l'acquéreur, puissance particulière que nous étudierons plus loin.

Les empereurs vinrent encore restreindre la puissance paternelle au point de vue du droit de vendre les enfants. Une constitution d'Antonin Caracalla proclama que le père qui vendait ses fils ingénus commettait une action illicite et déshonnête. (L. 1. C. 7, 16.) Puis Dioclétien et Maximien constatent qu'un père ne peut conférer de droit sur ses enfants, en faveur d'un tiers, ni à titre de vente, ni à titre de donation, ni à titre de gage (L. 1. C, 4, 43.) Constantin décide que le père ne pourrait plus vendre son enfant que dans le cas d'une extrême misère et seulement lorsque l'enfant

vient de naître, lorsqu'il est encore *sanguinolentus* (L. 2. C. 4, 43), et du reste le père peut toujours reprendre ses enfants, ainsi vendus, en désintéressant l'acheteur. (L. *un.*, C. Th. 5, 8.)

La misère força sans doute les pères à vendre leurs enfants, car une constitution de Valentinien, Théodose et Arcadius décida que les enfants, ainsi réduits en servitude, recouvreront leurs qualités premières d'ingénus, sans même qu'il y ait lieu à indemnité pour celui « *cui non minimi temporis spatio satisfecit ingenuus* ». (L. *un.*, C. Th. 3, 3.) Enfin Justinien reproduit la constitution de Constantin, et ajoute que *toute personne*, en désintéressant l'acheteur, peut *repetere ad ingenuitatem propriam* l'enfant qui a été vendu. (L. 2. C. 4, 43.)

Primitivement, les pères pouvaient sans doute donner leurs enfants en gage; mais, plus tard, ce droit leur fut enlevé, car nous trouvons plusieurs constitutions impériales qui prohibent la mise en gage des enfants par leur père. (L. 12. C. 4, 10. — L. 1. C. 4, 43.) Le créancier qui recevait en gage un fils de famille était puni de la relégation. (L. 5. D. 20, 3.)

441. 4° *Droit d'abandon noxal.* — Lorsqu'un fils de famille cause à autrui un dommage, le père, sous la puissance duquel il est, se trouve obligé à réparer pécuniairement le dommage; mais il peut s'en dispenser en abandonnant son fils *noxaliter* à celui qui a éprouvé le dommage. Le fils ainsi abandonné *noxaliter* ne devient pas esclave; il est sous le *mancipium* de celui auquel il a été abandonné. (Gaïus, IV, § 75, 79.) Ce droit fut supprimé sous Justinien. (Voir *Action noxale*.)

442. II. **Puissance paternelle sur les biens.** — Pendant tout le temps que dura la République, les fils de famille ne purent pas être propriétaires : tout ce qu'ils acquéraient était acquis au père. Il est vrai que les fils de famille, comme les esclaves, pouvaient avoir un pécule. Mais ce pécule était une portion de biens dont leur père leur abandonnait l'administration et qu'il pouvait leur retirer à son gré. Ils n'en restaient donc pas propriétaires. — Au commencement de l'Empire, les empereurs décidèrent que les fils de famille resteraient propriétaires des biens qu'ils auraient acquis au service militaire, et ces biens, ainsi acquis au service militaire par un fils de famille, formèrent pour lui ce qu'on appela *peculium castrense*. Plus tard, d'autres empereurs décidèrent que les fils de famille resteraient propriétaires des biens qu'ils auraient acquis dans des emplois à la cour de l'empereur; et ces biens, ainsi acquis par un fils de famille, formèrent pour lui ce qu'on appela *peculium quasi-castrense*. Enfin, plus tard encore, il fut admis que les fils de

famille resteraient propriétaires des biens qu'ils auraient recueillis dans la succession de leur mère ou de leurs ascendants maternels, ou qu'ils auraient reçus de leur conjoint, ou qu'ils auraient acquis autrement qu'avec la fortune du père « *aliunde ex re patris* », et ces biens formèrent, pour le fils de famille, un patrimoine propre, que les commentateurs du droit romain ont appelé *pécule adventice*, *peculium adventitium*, pour le distinguer des autres pécules. De sorte que, dans le dernier état du droit, on peut distinguer, pour les fils de famille, quatre espèces de pécules : 1° le pécule *profectice*, ainsi appelé parce qu'il doit retourner d'où il est sorti, *reversurum est unde profectum est*. C'est le pécule primitif, comprenant les biens dont le père laissait l'administration à son fils et qu'il pouvait lui retirer à son gré ; 2° le pécule *castrense ;* 3° le pécule *quasi-castrense ;* 4° le pécule adventice. Nous aurons l'occasion d'étudier avec plus de détails ces divers pécules.

§ II. — SUR QUI S'EXERCE LA PUISSANCE PATERNELLE.

Pr. « Sous notre puissance sont nos enfants que nous avons procréés en justes noces. »

§ 3. « Celui qui naît de toi et de ta femme est sous ta puissance. De même, ceux qui naissent de ton fils et de sa femme, c'est-à-dire ton petit-fils et ta petite-fille, sont également sous ta puissance. De même, ton arrière-petit-fils, ton arrière-petite-fille, et ensuite tous les autres descendants, sont sous ta puissance. Au contraire, l'enfant né de ta fille n'est pas sous ta puissance, mais sous la puissance de son père. »

443. Un citoyen romain peut avoir sous sa puissance : 1° les enfants issus de son mariage ou du mariage de ses descendants mâles ; 2° les enfants qu'il a légitimés ; 3° les enfants qu'il a adoptés ou adrogés.

Occupons-nous successivement de ces trois classes de personnes.

I. **Enfants issus du mariage.** « *Ex justis nuptiis.* » — Ces textes indiquent les enfants qu'un citoyen romain peut avoir sous sa puissance paternelle. Ce sont d'abord les enfants nés de son mariage, puis les enfants nés du mariage de son fils, c'est-à-dire ses petits-fils et petites-filles, puis les enfants nés du mariage de son petit-fils. En un mot, sont sous la puissance paternelle du citoyen romain tous ses propres enfants, fils ou filles, et tous les descendants de ses descendants mâles. Mais il n'a pas sous sa puissance les enfants de sa fille, ni les enfants de sa petite-fille : ces enfants sont sous la puissance du mari de leur mère (leur père), ou sous la puissance du père du mari de leur mère (leur grand-père).

La puissance paternelle n'appartient jamais à la mère. Voilà

pourquoi le posthume, c'est-à-dire l'enfant né après la mort de son père, naît *sui juris*, pourvu que les ascendants mâles de son père soient aussi morts avant sa naissance, car s'il avait encore son grand-père paternel, par exemple, il se trouverait sous sa puissance.

En résumé, lorsqu'un citoyen romain a sous sa puissance des fils et des filles, si ses fils se marient et ont des enfants, ces enfants se trouveront sous sa puissance. Si, au contraire, ses filles se marient, leurs enfants ne seront pas sous sa puissance, mais sous la puissance du mari de leur mère, ou sous la puissance du père de celui-ci, s'il se trouve lui-même en puissance. Exemple : Titius a un fils, Primus, et une fille, Prima, sous sa puissance. Primus se marie et a lui-même des enfants ; ces enfants seront, comme leur père Primus, sous la puissance de leur grand-père Titius. Si, au contraire, Prima, fille de Titius, se marie avec Mævius, par exemple, ses enfants ne seront pas sous la puissance de leur grand-père, Titius, mais sous la puissance de leur père Mævius, ou sous la puissance du père de Mævius, si ce dernier se trouve lui-même sous la puissance de son père.

444. Ainsi l'enfant issu d'un mariage est l'agnat des agnats de son père ; mais il n'est jamais que le cognat des agnats de sa mère. — Ainsi s'explique, d'après M. Demangeat, cette phrase d'Ulpien : « *mulier familiæ suæ et caput et finis est.* » Voici comment : une femme, conçue hors mariage même d'un père connu, n'a aucun lien civil avec son père, et aucun lien civil avec les agnats de sa mère ; elle est donc la première de sa famille : *caput familiæ suæ ;* d'un autre côté, alors même qu'elle aurait des enfants, ceux-ci ne seraient pas de sa famille ; donc, si elle a été *caput familiæ suæ*, elle sera également *finis familiæ suæ.*

La première cause qui produit la puissance paternelle, c'est le mariage ; c'est donc ici le lieu de traiter cette grande matière.

445. I *bis*. **Des justes noces.** — La définition des justes noces ou du mariage se trouve dans le § 1 du titre IX que nous venons d'étudier :

« *Nuptiæ autem, sive matrimonium, est viri et mulieris conjunctio, individuam vitæ consuetudinem continens.* Les noces ou mariage sont l'union de l'homme et de la femme, établissant une communauté d'existence indivisible entre eux. » (*Inst.*, I, IX, § 1.)

D'après ce texte, le mariage est l'union de l'homme et de la femme, union qui établit une communauté d'existence indivisible entre eux. Le mot *individuam*, en effet, signifie indivisible et non pas indissoluble, parce que, chez les Romains, le mariage pouvait être dissous par le divorce.

Le mariage établit entre les époux un état indivisible, une communauté d'existence indivisible. Dans le mariage, en effet, la femme est associée à la condition du mari; elle participe à ses honneurs et à ses dignités : elle est son égale. (L. 8. D. 1, 9.) Même après la mort de son mari, la femme conserve sa condition, pourvu toutefois, qu'elle s'abstienne de contracter une nouvelle union : si elle se remarie, elle s'élève ou descend au rang de son nouvel époux. (*Fragm. Vatic.*, § 104. — L. 10. C. 5, 4.) — Si le mari acquiert la *manus* sur sa femme, la femme sort de sa famille et y perd tous ses droits, pour entrer dans la famille de son mari et y acquérir les droits qu'elle a perdus dans la sienne : *jus humanum;* elle prend les *sacra privata* ou culte privé de son mari : *jus divinum*. C'est ce que veut dire le jurisconsulte Marcellus dans la définition qu'il donne du mariage : « *Nuptiæ sunt conjunctio maris et fœminæ, et consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio*. Les noces sont l'union de l'homme et de la femme, une communauté de toute la vie et une communauté du droit divin et humain. » (L. 1, D. 23, 2.)

Ainsi, communauté d'existence entre les époux, égalité dans les honneurs et dans la condition, voilà ce qui caractérise le mariage romain et ce qui le distingue du concubinat. Comme nous le verrons, dans le concubinat, la femme ne devient pas l'égale de l'homme avec lequel elle s'est unie : elle ne participe point à ses dignités; elle ne partage pas sa position sociale.

446. 1° *Élément constitutif du mariage.* — A Rome, il n'y a rien qui ressemble à ce que nous appelons chez nous la *célébration du mariage;* la loi romaine ne prescrit aucune formalité, l'intervention d'aucun officier public; le mariage est donc un contrat purement civil, et Léon le Philosophe le premier (*Nov.* 89) exige une cérémonie religieuse. En l'absence de toute célébration, il ne pouvait donc y avoir qu'une *présomption de mariage*, dérivant des circonstances. C'est ainsi qu'on supposait que le mariage existait entre deux personnes *honnêtes*, qui vivaient en commun.

447. Justinien pour la première fois (*Nov.* 74) exige que la volonté des parties de contracter mariage soit manifestée par des actes extérieurs; c'est ainsi qu'il exige la rédaction d'*instrumenta dotalia* pour les *personnes illustres;* et, pour les personnes de condition moyenne, une déclaration devant le *defensor Ecclesiæ*, qui en dresse un acte en présence de trois témoins. — Cette dernière disposition fut d'ailleurs supprimée par la novelle 117.

448. Puisqu'il n'y a pas de célébration, quel est l'élément constitutif du mariage? Voici sur ce point spécial un court résumé de la dissertation de M. Demangeat qu'on pourra lire t. I, n^os^ 238 à 243.

L'*élément constitutif* du mariage est la volonté, chez deux personnes de *sexe différent*, de vivre ensemble comme mari et femme; cette volonté *doit être réalisée* par un commencement d'exécution. Cette dernière proposition paraît contraire à la règle : « *Nuptias non concubitus* SED CONSENSUS *facit...* » Malgré cette règle (qui pourrait d'abord s'expliquer en ce sens, parfaitement exact, que le *concubitus seul* ne peut produire le mariage), il y a des arguments probants qui montrent que le consentement *seul* ne suffit pas; mais ce n'est pas à dire que la *cohabitation* proprement dite soit indispensable :

1er Argument. VIR ABSENS *uxorem ducere potest;* FEMINA ABSENS *nubere non potest...* La cohabitation n'est donc pas nécessaire, mais le consentement ne suffit pas non plus. Il faut un élément matériel, qui est *la présence de la femme au domicile conjugal avec* POSSIBILITÉ *de cohabitation.*

2e Argument. Il ne peut y avoir concubinat *solo consensu.* (Les textes le montrent formellement.) Si donc le mariage pouvait avoir lieu *solo consensu*, on n'aurait pas manqué de noter une différence aussi importante.

3e Argument. Le mariage est rompu par la *captivité* du mari, *alors même* que les deux conjoints auraient la *volonté* (consensus) de rester mariés, et que la femme continuerait à habiter le domicile conjugal. Pour que le mariage subsistât, il faudrait donc, avec le *consentement*, non-seulement la présence de la femme au domicile conjugal, mais encore la *possibilité de cohabitation.* Or, comment admettre que le *consentement* seul, incapable de maintenir un état de choses préexistant, ait le pouvoir de le créer?

On étudiera ces questions avec plus de détail aux nos 516 à 521.

449. 2° *Des conditions nécessaires à l'existence et à la validité du mariage.* — Cinq conditions étaient nécessaires à l'existence et à la validité du mariage, chez les Romains : 1° la puberté; 2° le consentement des époux; 3° le consentement des ascendants; 4° l'absence d'un premier mariage; 5° le *connubium.*

450. *A*. LA PUBERTÉ. — Pour pouvoir se marier, l'homme devait être pubère, *pubes*, et la femme nubile, *viripotens.* Mais à quel âge l'homme était-il pubère? A quel âge la femme était-elle nubile? Primitivement, la législation romaine n'avait pas déterminé un âge fixe auquel les hommes seraient pubères. La question de savoir si un adolescent était arrivé à un développement corporel suffisant pour être considéré comme pubère était laissée à l'appréciation du père. Les chefs de famille avaient pris l'habitude d'attester par un signe extérieur la puberté de leurs enfants : au jour des *Liberalia*, fêtes

célébrées en l'honneur du dieu Liber [1], le 17 mars de chaque année, les chefs de famille faisaient quitter la robe prétexte et revêtir la toge virile à ceux de leurs enfants qu'ils jugeaient parvenus à un développement physique suffisant. Mais, comme les chefs de famille ne pouvaient ainsi fixer l'âge de puberté de leurs enfants qu'après un examen du corps, on abandonna bientôt, comme contraire à la pudeur, cet examen corporel, pour les filles, et l'on fixa à douze ans la nubilité des femmes. Ainsi, déjà sous la République, les femmes étaient considérées comme nubiles à douze ans et pouvaient se marier. Gaïus et Ulpien nous apprennent que, dès les premiers temps de l'Empire, les Proculiens soutenaient que la puberté devait être fixée, pour les hommes, à un âge uniforme, à l'âge de quatorze ans. (Gaïus, I, § 196. — Ulp., *Reg.*, XI, § 28.) — Justinien consacra cette opinion des Proculiens, en décidant que tous les hommes seraient pubères à quatorze ans, tout en maintenant l'ancienne règle, d'après laquelle les femmes étaient nubiles à douze ans accomplis. (*Inst.*, I, xx pr.)

451. Qu'arrivait-il si un homme et une femme s'étaient unis dans l'intention de se marier avant d'avoir atteint la puberté? Il n'y avait point mariage. Mais si, parvenus à l'âge de puberté, l'homme et la femme persistaient toujours dans la volonté d'être époux, le mariage commençait alors, mais sans effet rétroactif : il ne datait que du jour de la puberté des époux. (L. 4. D. 23, 2.)

452. *B.* Consentement des époux. — Le premier consentement

---

1. « A côté de Cérès, dit Preller, on adorait *Liber* et *Libera*. *Liber* ou, comme on l'appelait communément, *Liber Pater*, c'est le libérateur, le dieu de la plaisanterie et de la joie désordonnée; de même que *Libertas*, la liberté de paroles, était représentée sous les traits d'une belle femme, richement ornée. C'est cet air d'abondance et de prospérité qu'on donne toujours à *Liber* et à *Libera*, et toujours la fête des vendanges est considérée comme une époque de liberté illimitée dans le langage et dans les mœurs. *Liber* et *Libera* sont d'ailleurs les dieux de toute production féconde, ce qui fait qu'on les implore non-seulement pour la fertilité des champs, mais encore pour celle des hommes et des animaux... La principale fête de *Liber* et de *Libera* resta toujours à l'époque de la vendange qui se célébrait par toute l'Italie avec une grande gaieté, et interrompait, comme la moisson, toutes les affaires politiques et judiciaires. Tous les instruments de la vendange et du pressoir étaient consacrés à *Liber;* on lui offrait, ainsi qu'à *Libera*, les prémices du moût au milieu des danses et des jeux. On célébrait encore à Rome d'autres *Liberalia*, le 17 mars; c'était une fête de la ville, et qui avait, par conséquent, surtout un caractère municipal. Les offrandes ordinaires étaient des *liba*, gâteaux de *far*, de miel et d'huile; des prêtresses âgées, couronnées de lierre, allaient dans les rues, vendant ces gâteaux, et suivies d'un petit troupeau pour fournir immédiatement à l'acheteur l'animal du sacrifice... C'était aussi ce jour-là qu'on donnait à l'adolescent devenu homme la robe de liberté, *toga libera.* » (Preller, *les Dieux de l'ancienne Rome*, traduction de M de Dietz, p. 304, 305.)

exigé est celui des futurs époux, qu'ils soient *sui* ou *alieni juris*. Il faut que le consentement des époux soit réel et sérieux. Or, la personne en démence, étant incapable de consentir, ne peut se marier. (L. 16, § 2. D. 23, 2.) D'ailleurs on comprend sans peine que le mariage, valablement contracté, ne serait pas dissous par cela seul que l'un des époux tomberait en démence.

Le consentement des époux doit être libre et non arraché par la contrainte. D'où il suit que le père ne peut forcer son fils à se marier malgré lui. (L. 21. D. 23, 2.) Mais le mariage une fois consommé, le fils n'était pas admis à demander la nullité du mariage sous prétexte qu'il yavait été contraint par son père. « Si, contraint par son père, un fils a épousé une femme qu'il n'eût pas épousée volontairement, il a néanmoins contracté mariage, *quod inter invitos non contrahitur : maluisse hoc videtur*, dit le jurisconsulte Celsus. » (L. 22. D. 23, 2.)

453. Le principe de la nécessité du consentement des futurs conjoints était si respecté que le patron n'aurait pu épouser son affranchie malgré elle (*invitam*) que s'il l'avait affranchie spécialement dans cette *intention*.

S'il faut toujours le consentement de la personne qui se marie, ce consentement n'est pas toujours le seul qui soit nécessaire; c'est ce que nous allons examiner en parlant des personnes *alieni juris* : mais auparavant il faut remarquer que si, dans le premier état du droit, l'homme ou la femme *sui juris* n'avait besoin du consentement de personne pour pouvoir se marier, cette règle avait été modifiée sous le Bas-Empire, relativement à la femme mineure de vingt-cinq ans. Celle-ci, bien que *sui juris*, a besoin du consentement de son père; à défaut de son père, il lui faut le consentement de sa mère et de ses proches parents; enfin, si elle n'a ni père ni mère et si elle n'ose choisir entre les prétendants qui la recherchent, c'est le juge qui choisira *coram positis propinquis*. (L. 20, C. V, IV.)

454. *C.* CONSENTEMENT DES ASCENDANTS. — Lorsque les futurs époux sont en puissance paternelle, ils ne peuvent se marier qu'à la condition d'obtenir le consentement du *pater familias* sous la puissance duquel ils se trouvent :

Pr. « Les citoyens romains contractent de justes noces, lorsqu'ils s'unissent selon les lois, les hommes étant pubères, les femmes nubiles, qu'ils soient *patres familias* ou *filii familias;* pourvu que, s'ils sont fils de famille, ils aient le consentement des parents sous la puissance desquels ils sont, car le droit natu rel et le droit civil l'exigent, à ce point que l'autorisation du père doit précéder le mariage. De là, on s'est demandé si le fils d'un insensé peut se marier. Comme

on était en désaccord en ce qui concerne le fils, nous avons rendu une décision par laquelle il est permis, à l'exemple de la fille, au fils d'un insensé de se marier sans le consentement du père, selon le mode indiqué par notre constitution. » (*Inst.*, I, x.)

Le *principium* de notre titre x dit que le consentement du chef de famille est exigé et par le droit naturel et par le droit civil. Mais, en réalité, la nécessité du consentement du chef de famille ne résulte pas du droit naturel : s'il en était ainsi, le consentement de la mère eût été exigé tout aussi bien que le consentement du père. Or, en droit romain, jamais le consentement de la mère au mariage de ses enfants n'a été exigé. En réalité, le consentement du chef de famille n'était exigé que par le droit civil, en raison de la constitution de la famille romaine et du caractère absolu de la puissance paternelle. C'est, en effet, de la seule volonté du *pater familias* qu'il dépend que la famille soit augmentée ou diminuée. Le fils, pour pouvoir se marier, doit obtenir le consentement du *pater familias* sous la puissance duquel il est, parce que les enfants qui naîtront de son mariage seront sous la puissance de ce *pater familias* : la famille se trouvera ainsi accrue ; or elle ne peut s'accroître sans le consentement du chef. La fille, pour se marier, doit obtenir le consentement du *pater familias* sous la puissance duquel elle est, parce qu'il est possible qu'elle tombe *in manu mariti;* alors la fille sortira de la famille et de la puissance de son père, pour passer sous la puissance du mari : la famille du *pater familias* se trouvera ainsi diminuée ; or elle ne peut diminuer sans le consentement du chef. Si, en se mariant, la fille ne tombe pas *in manu mariti*, elle restera, il est vrai, dans sa famille et sous la puissance de son chef de famille ; mais, en fait, cette puissance se trouvera amoindrie par l'influence du mari. C'était là une raison suffisante pour exiger le consentement du *pater familias* au mariage de sa fille.

455. Bien plus, quelquefois le consentement du *pater familias* qui a la puissance paternelle ne suffit pas : Titius a sous sa puissance un fils Primus qui lui-même a un fils Secundus et une fille Secunda. Si Secundus veut se marier, il doit obtenir non-seulement le consentement de son grand-père Titius, chef de la famille, sous la puissance duquel il se trouve actuellement, mais encore le consentement de son père Primus, sous la puissance duquel il se trouvera plus tard, lorsque Titius, son grand-père, sera mort. Au contraire, si Secunda veut se marier, il lui suffit d'obtenir le consentement de son grand-père Titius, sous la puissance duquel elle est actuellement ; elle n'a pas besoin du consentement de son père Primus ;

sous la puissance duquel elle pourra se trouver plus tard, quand son grand-père Titius mourra. Pourquoi cette différence entre le petit-fils et la petite-fille? C'est parce que les Romains ne voulaient pas qu'un homme pût avoir des héritiers siens sans y avoir consenti. Les héritiers siens d'un homme sont ses enfants ou descendants qui se trouvent immédiatement et sans intermédiaire sous sa puissance, au moment de son décès. Or, dans notre hypothèse, si Secundus pouvait se marier avec le consentement de son grand-père, sans avoir besoin du consentement de son père Primus, il pourrait donner à Primus des héritiers siens, sans que Primus y eût consenti. En effet, les enfants qui naîtront de son mariage seront un jour sous la puissance de son père Primus, lorsque son grand-père Titius sera mort, et ces enfants pourront ainsi se trouver héritiers siens de Primus, ce qui arrivera si Secundus vient lui-même à sortir de la famille par la mort ou l'émancipation, cas auquel ses enfants se trouveront directement et sans intermédiaire sous la puissance de Primus. Voilà pourquoi on avait exigé pour le mariage du petit-fils, non-seulement le consentement du grand-père, actuellement investi de la puissance paternelle, mais encore le consentement du père, éventuellement appelé à cette puissance. — Au contraire, si c'est la petite-fille Secunda qui veut se marier, il lui suffira du consentement de son grand-père Titius : elle n'a pas besoin du consentement de son père Primus, parce que les enfants qui naîtront de son mariage ne seront jamais sous la puissance de son père Primus, et, par suite, ne seront jamais les héritiers siens de Primus : ils seront sous la puissance de son mari, ou sous la puissance du père de son mari. (L. 16, § 1. D. 23, 2.)

456. Si un homme et une femme se sont unis sans avoir obtenu le consentement du *pater familias* sous la puissance duquel ils se trouvent, il n'y a pas mariage. Par conséquent, s'il naît des enfants de cette union, ils ne seront pas légitimes. Toutefois, aussitôt que le chef de famille donnera son consentement, ou aussitôt que la puissance paternelle viendra à cesser, le mariage commencera, mais il ne se trouvera pas validé pour le passé. (L. 13, § 6. D. 48, 5.)

457. Pendant longtemps, le consentement du chef de famille fut exigé non-seulement pour que le mariage commençât, mais encore pour qu'il subsistât. En un mot, le père avait le droit de revenir sur le consentement qu'il avait donné et de dissoudre le mariage de son enfant, en le forçant à divorcer. (*Fragm. Vatic.*, § 116. — L. 1. § 5. D. 43, 30.) Mais ce droit exorbitant fut enlevé aux chefs de famille par Antonin le Pieux. (Paul, *Sent.*, II, 19, § 2.)

Pendant longtemps aussi, le consentement du chef de famille au

mariage du fils devait être formel et exprès ; tandis que le consentement tacite suffisait pour le mariage de la fille. Mais, sous l'Empire, on se contenta du consentement tacite pour le mariage du fils comme pour celui de la fille. (L. 7, § 1. D. 23, 1. — L. 5. C. 5, 4.)

458. Par exception, il y avait des cas où l'enfant pouvait se marier sans le consentement du chef de famille. Le consentement du chef de famille n'était pas exigé :

1° Lorsque le chef de famille était *furiosus*. Le *furiosus* est l'homme en état de démence, avec intervalles lucides. La démence du père ne lui fait pas perdre sa puissance paternelle et ne l'empêche pas d'acquérir cette puissance sur les enfants qui naissent de lui ou de ses fils. — Si les enfants d'un insensé veulent se marier, leur père est incapable de donner un consentement valable. En résulte-t-il que les enfants ne pourront se marier faute de ce consentement? Il avait été admis sans difficulté que la fille de l'homme en démence pouvait se marier sans le consentement de son père, tandis que cela avait fait doute pour le fils, toujours par ce motif qu'il pouvait, par son mariage, donner des héritiers siens à son père ; au contraire, la fille ne pouvait, par son mariage, donner des héritiers siens à son père. Mais, enfin, il fut admis que le fils de l'homme en démence pourrait se marier sans le consentement de son père, en obtenant, à Constantinople, le consentement du préfet de la ville, et, dans les provinces, le consentement du président ou de l'évêque en présence des parents et du curateur du père. (L. 25. C. 5, 4. — L. 28. C. 1, 4.)

Le fils ou la fille du *mente captus*, c'est-à-dire de l'homme en état d'imbécillité continue, peut se marier sans le consentement de son père et même sans la permission de l'empereur. (L. 25. C. 5. 4 [1].)

2° Lorsque le père est captif chez l'ennemi (L. 12. § 3. D. 49, 15. — L. 9, § 1. L. 10 et 11. D. 23, 2), il ne peut donner de consentement valable au mariage de ses enfants ; d'un autre côté, s'il revient à Rome, il sera considéré, *jure postliminii*, comme n'ayant jamais perdu la puissance paternelle sur ses enfants, qui se trouve-

---

1. C'est une constitution de Marc-Aurèle qui avait établi cette règle, différente de celle appliquée aux enfants du *furiosus* ; et cela s'explique : en effet, l'état du *furiosus* comportant des intervalles lucides, on pouvait à la rigueur attendre un de ces intervalles lucides pour obtenir le consentement du père : au contraire, pour le fils du *mente captus*, il était à peu près certain que ce moment n'arriverait jamais. — Du reste, de même que Justinien ne distingue plus entre le fils et la fille, de même il supprime toute différence entre les enfants du *furiosus* et ceux du *mente captus* ; — dans tous les cas, l'enfant peut contracter un mariage valable, sans le consentement de son père.

ront être ainsi restés toujours *alieni juris*, c'est-à-dire incapables de se passer du consentement de leur père. On arriverait donc à dire, dans la rigueur des principes, que les enfants du captif ne peuvent contracter un mariage légitime, tant que leur père est en captivité. C'est pour obvier à une telle situation qu'on décide que, si le père revient, il ne pourra méconnaître le mariage de ses enfants qui se sont mariés pendant sa captivité, bien qu'il soit considéré, par l'effet du *postliminium*, comme ayant toujours conservé sur eux la puïssance paternelle.

459. C'est probablement les compilateurs de Justinien qui auront ajouté, aux principes posés par les jurisconsultes, que les enfants du captif ne jouiront de cette faculté de se marier sans le consentement de leur père, qu'autant qu'il se sera écoulé au moins trois ans depuis la disparition ou la captivité du père; il est peu admissible que ce délai arbitraire, dont la fixation appartenait exclusivement au législateur, ait été établi par les jurisconsultes.

3° Quelque considérable que fût la puissance paternelle chez les Romains, ils n'admettaient pas qu'un père pût forcer son fils à un célibat perpétuel. En conséquence, lorsque le père refuse, sans motifs légitimes, de consentir au mariage de ses enfants, le magistrat peut le contraindre à les marier et même à leur constituer une dot. (L. 19. D. 23, 2.)

460. *D.* Absence d'un premier mariage. — Celui qui est déjà marié ne peut contracter un nouveau mariage, tant que le premier n'est pas dissous, parce que la polygamie fut toujours défendue par la législation romaine. (Gaïus, I, § 63. *Inst.*, I, x, §§ 6, 7. — L. 2. C. 5, 5.) L'homme ou la femme *sui juris*, qui s'engage dans un second mariage avant la dissolution du premier, est noté d'infamie. Le chef de famille, qui consent au mariage de son fils déjà marié, est noté d'infamie. (L. 13, §§ 1, 2, 3. D. 3, 2. — L. 18. C. 9, 9.) A l'époque de Justinien, l'époux condamné pour bigamie est puni de mort. (Théophile, *Paraphrase*, X, §§ 6, 7.)

461. *E.* Connubium. — Pour que le mariage soit valable et produise les effets du mariage romain, il faut que chacun des époux réunisse en sa personne toutes les conditions exigées par le droit romain, pour contracter de justes noces, c'est-à-dire la liberté, la cité, la puberté, le consentement des ascendants et l'absence d'un premier mariage. La réunion de toutes ces conditions constitue ce qu'on appelle la capacité *absolue* de contracter un mariage.

Pour que le mariage soit valable et produise les effets du mariage romain, il ne suffit pas que chacun des époux soit séparément et individuellement capable de se marier; il faut encore qu'ils soient

capables de se marier l'un avec l'autre. Ainsi, chacun d'eux réunit toutes les conditions exigées pour les justes noces; mais, s'ils sont unis l'un à l'autre par des liens de parenté, s'ils sont frère et sœur par exemple, quoique capables, chacun individuellement, ils ne pourront pas néanmoins s'épouser; car, pour que le mariage soit possible, il faut que les parties ne soient point parentes au degré prohibé. En un mot, pour que le mariage soit possible entre deux personnes, il faut que chacune d'elles ait la capacité *absolue* de se marier et qu'elles aient en outre la capacité *relative* de se marier l'une avec l'autre. Lorsque la capacité relative de s'épouser n'existe pas entre deux personnes, on dit qu'il n'y a pas *connubium* entre elles. Le *connubium* est donc la capacité relative de se marier avec telle personne.

En principe, le *connubium* n'existe qu'entre citoyens romains : c'est-à-dire, pour qu'il y ait mariage produisant les effets du mariage romain, il faut que l'homme soit citoyen et la femme citoyenne. Alors il y a *justum matrimonium*, *justæ nuptiæ*. L'homme et la femme prennent respectivement le nom de *vir* et d'*uxor*. Les enfants qui naîtront de ce mariage seront sous la puissance de leur père. La femme devient l'égale du mari, elle participe à sa condition et partage ses dignités.

Mais il y avait un assez grand nombre de personnes entre lesquelles le *connubium* n'existait pas.

462. *a.* — *Défaut de connubium résultant de l'esclavage.* — Le *connubium* n'existe pas entre citoyens et esclaves. Si un esclave cohabite avec une femme libre, ou avec une esclave, cette cohabitation prend le nom de *contubernium*. Cette union est peu différente de celle des animaux : l'adultère n'y est pas possible. (L. 6 pr. D. 48, 5. — L. 23 pr. C. 9, 9.) Cependant, comme je l'ai déjà dit, on finit par admettre que la parenté servile, *cognatio servilis*, résultant du *contubernium*, serait, en cas d'affranchissement, une cause d'empêchement au mariage.

463. *b.* — *Défaut de connubium résultant de la pérégrinité.* — Un pérégrin peut bien épouser une pérégrine, car le mariage est une institution du droit des gens, et les Romains reconnaissaient que les étrangers pouvaient, à Rome, participer au droit des gens. Mais ce mariage du pérégrin avec une pérégrine, *matrimonium*, ne sera pas le *justum matrimonium*, réservé aux seuls citoyens romains : notamment, les enfants nés de ce mariage ne seront point soumis à la puissance paternelle du droit romain. (*Inst.*, I, II, § 1.)

464. Le *connubium* n'existe pas entre citoyens et pérégrins; ce qui signifie qu'un citoyen ne peut pas épouser une pérégrine, et

réciproquement qu'un pérégrin ne peut pas épouser une citoyenne, de manière que leur mariage produise les effets du mariage romain. Si un citoyen épouse une pérégrine ou un pérégrin une citoyenne, il n'y a pas *justum matrimonium;* mais ce mariage est-il complétement nul? Non. Avec le temps, les rapports étaient devenus très-fréquents entre les Romains et les pérégrins : dès lors, on comprend qu'un citoyen ait pu avoir de justes motifs d'épouser une pérégrine, avec laquelle il n'avait pas le *connubium;* il aurait pu la prendre pour concubine; mais le concubinat ne fait pas à la femme une situation honorable. Pour ne pas empêcher le mariage entre un citoyen et une pérégrine, auxquels il convenait de se prendre pour époux, il leur fut permis de contracter un mariage, qu'on appela *mariage selon le droit des gens* ou mariage *sine connubio*. Plusieurs textes, insérés au *Digeste*, parlent de ce mariage *non legitimum, sine connubio*. (L. 37, § 2. D. 50, 1.) Ce mariage du droit des gens différait tout à la fois des *justæ nuptiæ* et du concubinat. Dans ce mariage *sine connubio*, le père n'acquiert pas sur ses enfants la puissance paternelle avec son caractère absolu; la femme ne peut jamais passer *in manu*. Les enfants naissent pérégrins d'après la loi *Mensia*. (Ulp., *Reg.*, V, § 8.) Mais les enfants ont un père connu, le mari de leur mère. La femme prend le nom d'*uxor injusta*. (L. 13, § 1. D. 48, 5.) Si les deux époux veulent rompre ce mariage, ils doivent recourir au divorce, à la différence du concubinat, qui cesse par la seule volonté des parties. C'est ce qui résulte d'un texte de Cicéron, qu'il est important de connaître, parce qu'il nous apprend aussi qu'une dot peut être constituée, dans ce mariage *sine connubio*, par la femme, et réclamée par elle à la dissolution du mariage, d'après les règles du droit des gens : « *Si mulier, quum fuisset nupta cum eo, qui cum connubium non esset, nuntium remisit; quoniam qui nati sunt patrem non sequuntur, pro liberis manere nihil oportet.* Si une femme, mariée à un homme avec lequel elle n'avait pas le *connubium*, a envoyé sa répudiation, comme les enfants issus de ce mariage ne suivent pas leur père, celui-ci ne peut exercer, sur la dot, des retenues à cause des enfants. » (Cic., *Topic.*, n° 4.)

465. La femme doit garder fidélité à son mari dans ce mariage du droit des gens; sinon, le mari trompé peut l'accuser d'adultère. Mais, même à ce point de vue, la qualité d'époux du droit des gens ne lui donne pas le même droit qu'à l'époux du droit civil. En cas de justes noces, si la femme commettait un adultère, tout citoyen pouvait se porter accusateur de la femme, parce que les Romains considéraient l'adultère comme un délit contre l'ordre public. En conséquence, la punition de ce délit était poursuivie par un *judi-*

cium publicum ou action populaire, c'est-à-dire pouvant être exercée par tous les citoyens. Cependant on avait réservé au mari trompé le droit exclusif de poursuivre sa femme pendant un délai utile de soixante jours, à partir du moment où le divorce avait été notifié par lui à sa femme. On disait alors que le mari intentait l'action *jure mariti*. Mais, une fois les soixante jours écoulés, l'action devenait populaire : chacun pouvait l'intenter, le mari comme tout autre. Lorsque le mari n'intentait l'action qu'après les soixante jours, les jurisconsultes disaient qu'il l'intentait *jure extranei*. (L. 4, § 1. L. 14, §§ 2, 3. D. 48, 5.) Au contraire, en cas de mariage du droit des gens, de mariage *sine connubio*, le mari trompé n'avait pas le droit exclusif de poursuivre sa femme pendant soixante jours, il ne pouvait pas la poursuivre *jure mariti*. L'action devenait immédiatement populaire et le mari pouvait l'intenter *jure extranei*, comme tout autre. Toutefois, le mari était plus favorisé qu'un *extraneus* ordinaire. En effet, celui qui était noté d'infamie ou qui, étant affranchi et sans enfants, n'avait pas une fortune d'au moins 30,000 sesterces, ne pouvait, d'après la loi *Julia de adulteriis*, se porter accusateur d'une femme adultère. Au contraire, le citoyen romain, marié à une pérégrine, était admis à poursuivre sa femme adultère, quoiqu'il fût noté d'infamie ou affranchi sans enfants et n'ayant pas 30,000 sesterces. (L. 4, § 1. — L. 14, § 2. D. 48, 5. — L. 6. L. 21. C. 9, 9. — *Collatio legum mosaicarum et romanarum*, tit. IV, c. 5, § 1.)

466. Ce mariage du droit des gens, *sine connubio*, qui pouvait avoir lieu entre un citoyen et une pérégrine, différait aussi du concubinat. Ce qui le prouve, c'est qu'il n'y avait pas, dans le concubinat, devoir de fidélité pour la femme, ou, si ce devoir existait, il n'avait pas de sanction, car la concubine ne pouvait pas être poursuivie pour adultère. (L. 13. D. 48, 5.)

467. Quelquefois les empereurs accordaient le *connubium* à des pérégrines ou à des Latines pour leur permettre d'épouser des citoyens. Alors le mariage qui s'ensuivait n'était plus un mariage du droit des gens *sine connubio ;* c'était un *justum matrimonium*, produisant tous les effets des justes noces. (Gaïus, I, §§ 56, 57.)

468. A l'époque de Justinien, il n'y a plus de pérégrins dans l'Empire : tous les habitants de l'Empire sont citoyens, de sorte que par pérégrins on entend les Barbares. Par conséquent, lorsqu'on dit, à l'époque de Justinien : Le *connubium* n'existe pas entre citoyens et pérégrins (*Inst.*, I, x, pr.), cela signifie qu'un citoyen de l'Empire ne peut pas épouser une Barbare. Bien mieux, d'après une constitution de Valentinien et de Valens, il est défendu, *sous*

peine de mort, à tous citoyens, habitants de l'Empire, d'épouser des Barbares. (L. *un.*, C. Th. 3, 14.) Toutefois, comme cette constitution n'a pas été insérée dans la compilation justinienne, on doit en conclure que la pénalité exorbitante qu'elle prononçait a été supprimée par Justinien.

469. *c.* — *Défaut de connubium résultant de la parenté.* — Le *connubium* n'existait pas entre certains parents et certains alliés.

Chez les Romains, il y avait deux espèces de parenté : 1° la *cognatio*, ou parenté naturelle, résultant des liens du sang ; 2° l'*agnatio*, ou parenté civile, résultant de la puissance paternelle.

470. La *cognatio* est le lien naturel qui existe entre deux personnes qui descendent l'une de l'autre, ou qui sont nées d'un auteur commun. (L. 1, § 1. D. 38, 8.) Quand les deux parents descendent l'un de l'autre, on dit qu'ils sont parents en *ligne directe*. Quand ils sont nés d'un auteur commun, on dit qu'ils sont parents en *ligne collatérale*.

471. L'agnation est un lien purement civil que la loi fait résulter de la puissance paternelle. Sont agnats entre eux tous ceux qui sont sous la puissance du même chef, ou qui s'y trouveraient si ce chef vivait encore, — et tous sont agnats du chef sous la puissance duquel ils sont. (Ulp., *Reg.*, XI, 4. — L. 7. D. 26, 4.)

472. Il est possible qu'il y ait agnation entre deux personnes, sans qu'il y ait entre elles aucune parenté naturelle : Titius a un fils, Primus, sous sa puissance ; il adopte Secundus à titre de fils. Par l'adoption, Secundus passe sous la puissance paternelle de Titius. Comme Primus et Secundus se trouvent tous deux sous la même puissance, ils sont agnats, sans être cognats, c'est-à-dire sans être parents par le sang. Toutefois, les jurisconsultes avaient fait admettre que, du moment où deux personnes étaient agnates, par voie de conséquence, elles étaient aussi cognates. (L. 1, § 4. D. 38, 8.) Mais il y avait une grande différence entre la cognation véritable résultant des liens du sang et cette cognation artificielle, résultant de l'agnation. En effet, si, dans notre hypothèse, nous supposons que Titius émancipe Secundus, son fils adoptif, Secundus cesse d'être sous sa puissance ; l'émancipation détruit l'agnation. Secundus, n'étant plus sous la même puissance que son frère Primus, cesse d'être son agnat et son cognat. Ainsi, l'agnation disparaissant, la cognation, qui en était la conséquence, disparaît avec elle. (L. 4, § 10. — L. 10, § 4. D. 38, 10.)

473. Il est possible qu'il y ait à la fois entre deux personnes agnation et cognation. Ainsi deux frères germains, c'est-à-dire nés du même père et de la même mère, et deux frères consan-

guins, c'est-à-dire nés du même père, mais de deux mères différentes, sont à la fois unis par les liens du sang et soumis à la même puissance : ils sont agnats et cognats. Si l'un d'eux vient à être émancipé, l'agnation cesse, mais la cognation véritable qui existe entre eux subsiste, à la différence de la cognation artificielle qui disparaît en même temps que l'agnation à laquelle elle était attachée.

474. Enfin, il est possible qu'il y ait entre deux personnes cognation sans qu'il y ait agnation. Ainsi, deux frères utérins, c'est-à-dire nés de la même mère, mais de pères différents, sont simplement cognats sans être agnats. Ils sont cognats, car il y a entre eux lien du sang ; mais ils ne sont pas agnats, parce qu'ils ne sont point soumis à la même puissance : chacun d'eux est soumis à la puissance d'un père différent.

475. Comme je l'ai dit déjà, on distingue la *cognatio* en ligne directe et la *cognatio* en ligne collatérale. La cognation en ligne directe est la parenté qui existe entre personnes qui descendent les unes des autres ; par exemple, entre père, fils, petit-fils, arrière-petit-fils. La cognation en ligne collatérale est la parenté qui existe entre personnes qui sont nées d'un auteur commun ; par exemple, entre frères, sœurs, entre oncles et neveux, tantes et nièces.

476. En matière de parenté, on entend par *degré* l'espace qui sépare deux parents l'un de l'autre. Comment compte-t-on les degrés, c'est-à-dire, deux parents étant donnés, comment fera-t-on pour voir combien il y a entre eux de degrés ? On comptera entre eux autant de degrés qu'il y a de générations qui les séparent. Ainsi, en ligne directe, entre le père et le fils, il y a une génération, par suite un degré ; entre le grand-père et le petit-fils, il y a deux générations, par suite deux degrés, etc. En ligne collatérale, on compte aussi les degrés par le nombre des générations, comme en ligne directe ; mais, pour cela, il faut partir de l'un des parents, puis remonter à l'auteur commun et redescendre à l'autre parent. Ainsi Titius a deux fils, Primus et Secundus ; Primus a lui-même un fils, que j'appellerai Primulus ; Secundus a aussi un fils, que j'appellerai Secundulus. Primulus et Secundulus, enfants des deux frères, sont cousins germains. Je veux savoir combien il y a de degrés entre eux : je pars de Primulus pour remonter à l'auteur commun Titius et redescendre à Secundulus, et je dis : Entre Primulus et son père Primus, il y a une génération, par suite un degré ; entre Primus et son père Titius, l'auteur commun, une autre génération, par suite un autre degré, ce qui fait deux ; entre Titius, l'auteur commun, et son fils Secundus une autre généra-

tion, par suite un autre degré, ce qui fait trois degrés ; enfin, entre Secundus et son fils Secundulus une autre génération, par suite un autre degré, ce qui fait en tout quatre degrés. Il y a donc entre Primulus et Secundulus, cousins germains, quatre degrés. Il est facile de voir, par cet exemple, qu'entre Primulus et son oncle Secundus, il y a trois degrés.

477. Entre quels parents le mariage est-il défendu? Entre parents en ligne directe, c'est-à-dire entre ascendants et descendantes, et entre ascendantes et descendants, aussi bien en cas de parenté civile résultant de l'adoption qu'en cas de parenté naturelle, le mariage est défendu à l'infini. (Gaïus, I, § 59.) — Entre parents en ligne collatérale, le mariage est défendu *toutes les fois que l'un des deux parents qui veulent se marier n'est éloigné que d'un degré de l'auteur commun*. Un oncle ne peut épouser sa nièce, parce que l'oncle n'est éloigné qué d'un degré de l'auteur commun. Maintenant voyons les textes des *Institutes* sur cette matière :

§ 1. Il ne nous est pas permis d'épouser toute femme, car il en est que nous ne devons pas épouser. Le mariage, en effet, est défendu entre personnes qui sont au rang d'ascendants et de descendants; par exemple, entre le père et la fille, le grand-père et la petite-fille; la mère et le fils, la grand'mère et le petit-fils, et ainsi à l'infini. Si ces personnes se marient entre elles, leur mariage est criminel et incestueux. Et quoique ce soit par suite d'une adoption que deux personnes se trouvent au rang d'ascendant et de descendant, elles ne peuvent pas néanmoins se marier, de sorte que, même après l'adoption dissoute, la prohibition subsiste. En conséquence, vous ne pourrez pas épouser celle qui est devenue, par adoption, votre fille ou votre petite-fille, même après que vous l'aurez émancipée. » (*Inst.*, I, x.)

478. Ainsi, le mariage est défendu entre ascendants et descendants adoptifs, même après que la parenté civile a cessé par l'émancipation.

§ 2. « Entre parents en ligne collatérale, une prohibition semblable existe, mais moins étendue. Ainsi le mariage est défendu entre le frère et la sœur, qu'ils soient nés du même père et de la même mère, ou de l'un des deux seulement. Mais lorsque, par adoption, une femme est devenue votre sœur, tant que dure l'adoption, vous ne pouvez l'épouser; au contraire, lorsque l'adoption sera dissoute par l'émancipation, vous pourrez l'épouser; et il en est ainsi, lors même que c'est vous qui êtes émancipé. Il est donc certain que si quelqu'un veut adopter son gendre, il doit, au préalable, émanciper sa fille; que si quelqu'un veut adopter sa bru, il doit émanciper son fils. » (*Inst.*, I, x.)

479. Le mariage est défendu entre le frère et la sœur. Mais si la parenté qui les unit n'est qu'une parenté civile résultant de l'adoption, il suffit alors que l'un des époux soit renvoyé de la famille par une émancipation, pour que le mariage devienne possible entre eux

480. Un chef de famille a marié sa fille avec Mævius; peut-il ensuite adopter le mari de sa fille, son gendre Mævius ? S'il l'adopte sans avoir émancipé sa fille, l'adoption est valable, mais le mariage est dissous. (L. 17, § 1. L. 67, § 3. D. 23, 2.) En effet, par l'adoption, Mævius devient le frère de sa femme, puisqu'ils se trouvent sous la même puissance paternelle ; or le mariage est défendu entre le frère et la sœur. Mais comment comprendre qu'un mariage valablement contracté soit ensuite annulé par une adoption? C'est plutôt l'adoption qui devrait être nulle et le mariage maintenu. Pour comprendre ce résultat, il faut se rappeler que jusqu'à Antonin le Pieux le *pater familias* a eu le droit de détruire le mariage de ses enfants soumis à sa puissance, en signifiant le divorce à leur conjoint. Or le chef de famille qui adopte son gendre, sans avoir d'abord émancipé sa fille, montre suffisamment par là l'intention de détruire le mariage. Quoique, à partir d'Antonin, le père n'eût plus le droit de rompre le mariage de ses enfants directement, on continua sans doute à admettre qu'il pourrait encore le rompre indirectement par l'adoption de son gendre ou de sa bru, car Théophile, dans sa *Paraphrase* des *Institutes*, dit positivement que si le chef de famille adopte son gendre, sans avoir émancipé sa fille, le mariage est dissous. (Théophile, *Paraphrase*, I, x, § 2.)

Mais si le chef de famille commence par émanciper sa fille, il peut ensuite adopter son gendre et le mariage reste valable. (§ 2. — L. 17, § 1. D. 23, 2.)

§ 3. « Un homme ne peut prendre pour épouse la fille de son frère ou de sa sœur. Un homme ne peut pas non plus épouser la petite-fille de son frère ou de sa sœur, bien qu'elle lui soit parente au quatrième degré; car celui qui ne peut épouser la fille d'une personne, ne peut non plus épouser sa petite-fille. Mais vous pouvez épouser la fille de la femme qui a été adoptée par votre père, car elle ne vous est parente ni d'après le droit naturel, ni d'après le droit civil. » (*Inst.*, I, x.)

481. Ce texte contient trois hypothèses : 1° un homme ne peut épouser la fille de son frère ou de sa sœur, c'est-à-dire sa nièce. — Cependant l'histoire nous apprend qu'après le meurtre de Messaline Claude épousa Agrippine, fille de son frère. Mais, pour cela, Claude changea tout simplement la règle et décida qu'à l'avenir un homme pourrait épouser la fille de son frère, ce qui lui permit d'épouser Agrippine. Mais la règle ne fut changée qu'en ce point et il resta défendu d'épouser la fille de sa sœur. (Gaïus, I, § 62.) Du reste, l'exception apportée par Claude à la règle générale fut supprimée par Constantin. (L. 1. C. Th., III, 12.) De sorte qu'à partir de Constantin il ne fut plus permis, comme autrefois, à un homme d'épouser la fille de son frère.

2° Un homme ne peut épouser la petite-fille de son frère ou de sa sœur, c'est-à-dire sa petite nièce, quoiqu'elle ne soit sa parente qu'au quatrième degré, parce que, dit notre § 3, celui qui ne peut pas épouser la fille d'une personne ne peut pas non plus épouser la petite-fille de cette personne. C'est là un mauvais motif. En effet, je ne puis pas épouser la fille de mon grand-père, c'est-à-dire ma tante, et cependant je puis très-bien épouser la petite-fille de mon grand-père, fille de ma tante, c'est-à-dire ma cousine. En réalité, un homme ne peut épouser sa petite-nièce, parce qu'il n'est qu'à un degré de l'auteur commun.

3° Un homme peut épouser la fille d'une femme adoptée par son père. Exemple : Titius a sous sa puissance un fils, Mævius ; Titius adopte une femme Prima qui a une fille Secunda ; par l'adoption, Prima passe sous la puissance de Titius, mais sa fille Secunda n'y passe pas. Secunda reste sous la puissance et dans la famille de son père, si elle est légitime. Puisque Secunda ne passe pas sous la puissance de Titius, elle ne devient pas la sœur agnate de Mævius, fils de Titius. Donc Mævius peut l'épouser, car il n'y a entre eux ni parenté naturelle, ni parenté civile.

§ 4. « Les enfants de deux frères ou de deux sœurs et les enfants d'un frère et d'une sœur peuvent s'épouser. » (*Inst.*, I, x.)

Ainsi, d'après ce texte, un cousin peut épouser sa cousine, car tous les deux sont à deux degrés de l'auteur commun, leur grand-père, et, entre eux, ils sont parents au quatrième degré. Du reste, il paraît que pendant longtemps le mariage entre cousins germains a été inconnu. (Tacite, *Annales*, XII, 6.) Les empereurs chrétiens de leur côté ont quelquefois défendu le mariage entre cousins germains. Il paraît avoir été définitivement permis, en 405, par Honorius et Arcadius, mais seulement pour l'empire d'Orient.

§ 5. « Un homme ne peut épouser sa tante paternelle, même adoptive, ni sa tante maternelle, parce qu'elles lui tiennent lieu d'ascendantes. Par la même raison, il ne peut épouser sa grand'tante paternelle ou maternelle. »

482. Un homme ne peut épouser ni la sœur de son père, c'est-à-dire sa tante paternelle, *amita*, ni la sœur de sa mère, c'est-à-dire sa tante maternelle, *matertera*, parce que sa tante paternelle ou maternelle n'est éloignée que d'un degré de l'auteur commun.

Un homme ne peut pas non plus épouser sa grand'tante paternelle ou maternelle, c'est-à-dire la sœur de son grand-père ou de sa grand'mère, parce que sa grand'tante n'est éloignée que d'un degré de l'auteur commun.

Est-ce qu'un homme peut avoir une tante paternelle par adoption ? Oui. Exemple : Primus a sous sa puissance son fils Secundus et son petit-fils Tertius. Primus adopte une femme qui devient sœur agnate de Secundus et, par conséquent, tante de Tertius. Tertius ne pourra pas l'épouser. Au contraire, un homme ne peut pas avoir de tante maternelle par adoption. Exemple : Primus a une fille Secunda qui épouse Secundus. De ce mariage naît Tertius. Tertius se trouve sous la puissance de son père Secundus et non pas sous la puissance de son grand-père maternel Primus. Si Primus adopte une fille, cette fille adoptive ne deviendra pas la tante agnate de Tertius, car elle ne sera pas sous la même puissance paternelle. En effet, elle se trouve sous la puissance de Primus, tandis que Tertius se trouve sous la puissance de Secundus.

483. *d.—Défaut de connubium résultant de l'alliance.*—L'alliance, *affinitas*, est un lien qui existe entre l'un des époux et les parents de l'autre. Elle résulte donc du mariage. En droit romain, l'alliance était un empêchement au mariage en ligne directe à l'infini ; par exemple, après la mort de sa femme [1], un homme ne pouvait pas épouser la mère de sa femme, *socrus*, ni la fille que sa femme aurait eue d'un précédent mariage, *privigna*. Un homme ne pouvait pas épouser sa belle-mère, seconde femme de son père décédé, *noverca*, ni la femme de son fils décédé, c'est-à-dire sa bru, *nurus*. (L. 14, § 4. D. 23, 2 [2].)

En ligne collatérale, l'alliance, pendant longtemps, ne fut pas un empêchement au mariage. C'est l'empereur Constance qui, le premier, défendit le mariage entre beau-frère et belle-sœur. (L. 2. C. Th. 3, 12 ; L. 5 ; L. 8 ; L. 9. C. 5, 5) ; défense qui fut reproduite par une constitution de Valentinien, Théodose et Arcadius, insérée au code de Justinien. (L. 5. C. 5, 5.)

§ 6. « Par respect pour l'alliance, il y a encore des mariages dont on doit s'abstenir. Ainsi vous ne pouvez épouser ni votre belle-fille ni votre bru, car l'une et l'autre vous tiennent lieu de fille. Cela doit s'entendre de celle qui a été votre bru ou votre belle-fille ; car si elle est encore votre bru, c'est-à-dire si elle est encore mariée avec votre fils, c'est pour un autre motif que vous ne pouvez l'épouser, c'est parce qu'elle ne peut pas être mariée avec deux hommes

---

1. En effet, il faut remarquer que la question ne se présente qu'après que l'événement, qui avait produit l'alliance, a cessé. En effet, tant que le mariage, source de l'*affinitas*, subsiste, chacun des époux ne peut penser à se marier, pas plus avec ses alliés qu'avec tout autre. (V. à ce sujet Gaïus, C. 1, § 63, et *Inst.*, § 6.)

2. On suppose la femme morte ; mais au point de vue commun la question reste la même, et il faut dire : La femme, après la mort de son mari, ne peut épouser son *socer*, son *privignus*, son *vitricus* ou son *gener*.

en même temps. De même, si elle est encore votre belle-fille, c'est-à-dire si sa mère est encore votre épouse, vous ne pouvez pas l'épouser, parce qu'il ne vous est pas permis d'avoir deux femmes à la fois. »

484. D'après ce texte, un homme ne peut pas épouser la femme qui est son alliée à titre de fille. Or, est son alliée à titre de fille : 1° la femme de son fils, *nurus;* 2° la fille que sa propre femme aurait eue d'un précédent mariage, *privigna.*

§ 7. « Vous ne pouvez pas épouser votre belle-mère ni votre marâtre, parce qu'elles vous tiennent lieu de mère. Cette défense ne peut avoir d'application qu'après la dissolution de l'alliance; car si elle est encore votre marâtre, c'est-à-dire si elle est encore la femme de votre père, d'après le droit naturel, elle ne peut pas vous épouser, parce qu'elle ne peut pas être mariée avec deux hommes en même temps. De même, si elle est encore votre belle-mère, c'est-à-dire si sa fille est encore votre femme, vous ne pouvez l'épouser parce que vous ne pouvez pas avoir deux femmes en même temps. »

485. Un homme ne peut pas épouser la femme qui est son alliée à titre de mère. Or, est son alliée à titre de mère : 1° sa belle-mère, *socrus*, c'est-à-dire la mère de sa femme; 2° sa belle-mère, *noverca*, c'est-à-dire la femme de son père. (La seconde femme du père est la *noverca* de l'enfant de la première femme du père.)

§ 8. « Le fils né du mari et d'une autre femme, la fille née de la femme et d'un autre mari se marient valablement, quoiqu'ils aient un frère et une sœur nés du mariage contracté entre le père et la mère. »

486. Voici l'hypothèse prévue par ce texte : Mævius, qui est veuf, épouse Mævia, qui est veuve. Mævius a un fils de son premier mariage et Mævia a une fille de son premier mari. Le fils de Mævius peut-il épouser la fille de Mævia ? Oui, car ces deux enfants ne sont pas alliés entre eux, puisque l'alliance n'existe qu'entre chacun des époux et les parents de l'autre, mais non entre les parents des deux époux.

Si un enfant naissait du mariage de Mævius et de Mævia, il aurait le fils de Mævius pour frère consanguin, la fille de Mævia pour sœur utérine, et chacun des époux se trouverait ainsi avoir des liens de frère et de sœur avec une même personne.

487. *Peines de l'inceste.* — Le jurisconsulte Paul donne de l'inceste la définition suivante : « *Si quis ex his quas moribus prohibemur uxores ducere, duxerit, incestum dicitur committere.* Celui qui épouse quelqu'une de ces femmes que les mœurs nous défendent d'épouser commet un inceste. » (L. 39, § 1. D. 23, 2.) Le mot *incestum* était donc employé pour qualifier le mariage prohibé par les mœurs, par les lois de la nature, plutôt que par les lois positives; de sorte qu'en droit romain on peut définir l'inceste le commerce

de deux personnes qu'un lien de parenté empêche de s'unir par mariage. (L. 14, § 2. D. 23, 2; L. 38 pr., §§ 1. 2, 3. D. 48, 5; L. 5. D. 48, 18.)

L'inceste entraînait tout à la fois des peines corporelles et des peines pécuniaires.

488. *Peines corporelles.* — L'époux incestueux est puni de la déportation. (Paul, *Sent.*, II, 26, § 15.) Justinien remplaça d'abord la peine de la déportation par l'exil perpétuel; mais, plus tard, il établit contre l'inceste la peine de mort. (*Nov*, 12, ch. 1; *Nov.* 134.)

489. *Peines pécuniaires.* — Les peines pécuniaires sont la confiscation de la dot et des libéralités entre époux, puis l'incapacité de faire un testament, excepté en faveur des parents légitimes les plus proches. (L. 52. D. 23, 2; L. 4; L. 6. C. 5, 5.) Dans le dernier état du droit, le patrimoine des époux leur est enlevé de suite et attribué à leurs enfants légitimes, et, s'ils n'en ont pas, au fisc. (*Nov.* 12, ch. 1, 2; *Nov.* 115, ch. 3, § 6; ch. 4, § 3.)

L'inceste se divise en inceste du droit des gens et en inceste du droit civil. L'union des parents ou alliés en ligne directe constitue un inceste du droit des gens, parce qu'elle répugne à la conscience de tous les peuples et est défendue dans tous les temps et par les lois de tous les pays. — L'union des parents ou alliés en ligne collatérale constitue l'inceste du droit civil, parce que les règles morales qui prohibent cette union sont plus incertaines, et parce qu'elle n'est pas défendue chez tous les peuples. Chez les Juifs, un frère pouvait épouser sa sœur. — Quel intérêt pratique y avait-il à distinguer l'inceste du droit des gens et l'inceste du droit civil? 1° L'inceste du droit des gens n'admet aucune excuse, tandis qu'en cas d'inceste du droit civil l'homme lui-même échappe quelquefois à la punition. (L. 38, § 3. D. 48. 5.) 2° En cas d'inceste du droit des gens, les deux parents qui se sont unis sont punis l'un et l'autre, tandis qu'en cas d'inceste du droit civil la femme, en principe, n'est pas punie. (L. 38, §§ 2, 4. D. 48, 5.) Cujas en donne pour raison que la femme peut ignorer le droit civil, tandis qu'il ne lui est pas permis d'ignorer le droit des gens : « *Mulier jus civile ignorare potest, jus gentium ignorare non potest.* » (Cujas, II, c. 1049.)

490. *e. — Défaut de connubium résultant des convenances.* — Il peut se faire qu'il n'y ait entre deux personnes aucun rapport de parenté ou d'alliance et que cependant le mariage leur soit défendu par un motif de convenance, car, dit le jurisconsulte Modestin : « *In conjunctionibus non solum quid liceat considerandum est, sed et quid honestum sit.* » (L. 197, D. 50, 17.) Il arriva donc que certaines unions, qui eussent été possibles d'après les principes généraux du droit,

furent réprouvées par l'usage et défendues comme contraires aux convenances :

§ 9. « Si, après le divorce, votre femme a une fille d'un nouveau mari, cette fille n'est pas votre belle-fille, mais Julien dit que vous devez vous abstenir de vous marier avec elle. La fiancée du fils n'est pas la bru du père, et la fiancée du père n'est pas la belle-mère du fils ; cependant ils feront bien de ne pas les épouser. »

491. Ce texte contient deux prohibitions : 1° Primus est marié avec Prima : survient un divorce entre eux. Prima se remarie, et, de son nouveau mariage, naît une fille. Il n'y a entre Primus et cette fille ni parenté ni alliance, et cependant ils ne pourront pas s'épouser. Il n'eût pas été convenable, en effet, de permettre à un homme d'être successivement le mari de la mère et de la fille. 2° Un père ne peut pas épouser la fiancée de son fils, et, réciproquement, un fils ne peut pas épouser la fiancée de son père, quoiqu'il n'y ait entre eux ni parenté ni alliance, car les fiançailles, qui n'étaient qu'une promesse de mariage, ne produisaient pas l'alliance.

C'est encore par des motifs de convenance que l'adoptant ne pouvait pas épouser sa fille adoptive après l'avoir émancipée, quoique l'émancipation eût fait disparaître entre eux tout lien d'agnation. (§ 1 de notre titre x.)

§ 10. « Il est certain que la *cognatio* servile est un empêchement au mariage, si par hasard le père et la fille, le frère et la sœur sont affranchis. »

492. L'union des esclaves, *contubernium*, ne produit aucun effet d'après le droit civil romain : les enfants nés d'un *contubernium* ne sont point cognats de leur père et mère, ni cognats entre eux. Néanmoins on finit par reconnaître, entre les esclaves, une espèce de parenté et d'alliance serviles, qui devinrent, après leur affranchissement, une cause de prohibition au mariage, analogue à la prohibition qui résultait de le cognation et de l'alliance entre personnes libres. Ainsi un esclave et une esclave vivent en *contubernium* : ils ont des enfants ; puis le père, la mère, les enfants sont affranchis. Le père ne peut pas épouser sa fille, la mère ne peut pas épouser son fils, et les fils ne pourront pas épouser leurs sœurs. De même, l'homme né d'un père esclave ne pourra pas épouser, après la mort de son père, la femme que son père a eue *in contubernio*, parce qu'elle est, en quelque sorte, son alliée à titre de belle-mère, *noverca*. (L. 8 ; L. 14, §§ 2, 3. D. 23, 2.)

493. Un empêchement au mariage résultait encore du concubinat. Ainsi un fils ou un petit-fils ne pouvait pas épouser la femme

qui avait été la concubine de son père ou de son grand-père : « *Liberi concubinas parentum suorum uxores ducere non possunt; quia minus religiosam et probabilem rem facere videntur. Qui si contra fecerint, crimen stupri committunt.* (L. 4. C. 5, 4. L. 1, § 3. D. 25, 7.)

494. Un empêchement résultait encore du commerce illicite, appelé *stuprum*. Ainsi le mariage n'était pas possible entre le père et sa fille *vulgo quæsita* : « *Unde nec vulgo quæsitam filiam pater naturalis potest uxorem ducere : quoniam in contrahendis matrimoniis naturale jus et pudor inspiciendus est.* » (L. 14, § 2. L. 54. D. 23, 2.)

495. Enfin il est défendu à l'affranchi, sous peine d'être condamné aux mines ou aux travaux publics, d'épouser sa patronne, la femme ou la fille de son patron : « *Libertum qui nuptias patronæ vel uxoris filiæque patroni affectaverit, pro dignitate personæ, metalli pœna vel operis publici coerceri placuit.* » (Paul, *Sent.*, II, XIX, § 9.)

§ 11. « Il est d'autres personnes entre lesquelles le mariage est défendu pour divers motifs, que nous avons fait énumérer dans les livres du *Digeste* ou *Pandectes*, recueil de droit romain. »

Comme ce texte nous l'indique, il y avait d'autres empêchements au mariage, que Justinien n'a pas pris la peine d'énumérer dans les *Institutes*, mais qui sont indiqués au *Digeste*. Nous allons les examiner.

496. *f.* — *Défaut de connubium résultant de la différence de caste.* — D'après la loi des Douze Tables, le *connubium* n'existait pas entre patriciens et plébéiens. Cet empêchement au mariage était basé sur un motif politique. On sait que la République romaine était une république aristocratique, dans laquelle la suprématie appartint pendant longtemps à la caste patricienne. Aussi, pour conserver leur prépondérance et pour ne pas se laisser absorber par les classes inférieures, les patriciens écrivirent dans la loi des Douze Tables la prohibition du mariage entre patriciens et plébéiens. Cette prohibition subsista jusqu'au quatrième siècle de Rome. En l'an 309, elle fut abrogée par un plébiscite, connu sous le nom de *lex Canuleia*, sur la proposition du tribun Canuléius.

497. *g.* — *Défaut de connubium résultant de l'inégalité des conditions.* — A partir de la loi *Canuleia*, le mariage fut possible entre patriciens et plébéiens ; mais il resta défendu entre *affranchis* et *ingénus*, patriciens ou plébéiens, jusqu'aux lois *Julia de maritandis ordinibus* et *Papia Poppæa*, promulguées sous Auguste. Ces lois permirent le mariage entre affranchis et ingénus. (L. 23. D. 23, 2.) Mais la loi *Julia* et la loi *Papia Poppæa* défendirent en même temps le mariage :

1° *Entre les ingénus et les femmes infâmes.* — Or, sont infâmes : 1° la proxénète, *lena* (L. 43. §§ 6, 7, 8, 9. D. 23, 2. — L. 4, §§ 2, 3. D. 3, 2); — 2° l'affranchie du proxénète ou de la proxénète; — 3° la femme surprise en adultère (L. 43, §§ 12, 13. D. 23, 2); — 4° la femme condamnée sur une accusation publique (L. 43, § 10. D. 23, 2); — 5° la femme qui s'est prostituée publiquement ou secrètement, gratuitement ou moyennant salaire (L. 41 pr. L. 43 pr. §§ 1, 2, 3, 4, 5. D. 23, 2); 6° la femme qui est ou a été comédienne (L. 2, § 5. L. 3; L. 4 pr., § 1. D. 3, 2); 7° la femme qui a été condamnée par le sénat : « *Cæteri autem ingenui prohibentur ducere lenam, et a lenone lenonave manumissam, et in adulterio deprehensam, et judicio publico damnatam, et quæ artem ludicram fecerit : adjicit Mauricianus, et a senatu damnatam.* » (Ulp., *Reg.*, XIII, § 2.)

2° *Entre affranchis et sénateurs et descendants de sénateurs.* — Les lois *Julia* et *Papia Poppæa* défendent aux sénateurs et aux fils et filles, petits-fils et petites-filles de sénateurs d'épouser : d'abord les personnes avec lesquelles il était défendu aux ingénus de se marier, c'est-à-dire les personnes infâmes, et en outre les affranchis et les affranchies [1]. « *Lege Julia ita cavetur : Qui senator est, quive filius, neposve ex filio, proneposve ex filio nato, cujus eorum est, erit : ne quis eorum sponsam uxoremve sciens dolo malo habeto libertinam, aut eam, quæ ipsa, cujusve pater, materve artem ludicram facit, fecerit; neve senatoris filia, neptisve ex filio, proneptisve ex nepote, filio nato, nata, libertino, sive, qui ipse, cujusve pater materve artem ludicram facit, fecerit : sponsa nuptave sciens dolo malo esto : neve quis eorum dolo malo, sciens sponsam uxoremve eam habeto.* Il est ordonné par la loi *Julia* qu'un sénateur, son fils ou son petit-fils, né de son fils, ne peut prendre pour fiancée ni pour épouse une affranchie, ni la femme qui est ou a été comédienne ou dont le père ou la mère est ou a été comédien ou comédienne ; — que la fille d'un sénateur ou sa petite-fille, née de son fils, ou son arrière-petite-fille, née de son petit-fils, né lui-même de son fils, ne peut être ni fiancée, ni épouse d'un affranchi, ni de celui qui est ou a été comédien, ou dont le père ou la mère est ou a été comédien ou comédienne. »(L. 44 pr., §§ 1 à 8. D. 23, 2. L. 5; L. 10. D. 1, 9.)

Par exception, l'empereur peut permettre à un sénateur d'épouser une affranchie. Mais c'est là une faveur spéciale, *indulgentia principis.* (L. 31. D. 23, 2.)

498. Quelle était la sanction de la loi *Julia de maritandis ordinibus* et de la loi *Papia Poppæa?* Si un sénateur a épousé une affran-

1. Cependant ces lois n'empêchèrent pas Néron d'épouser l'affranchie Acté.

chie, ou si un ingénu a épousé une femme infâme, le mariage est-il nul? Pour répondre à cette question, il faut distinguer deux époques : une première époque, qui va depuis les lois *Julia* et *Papia Poppæa* jusqu'à un sénatus-consulte de Marc-Aurèle; la deuxième époque qui est postérieure à ce sénatus-consulte.

Dans la période qui s'écoule depuis les lois *Julia* et *Papia Poppæa* jusqu'au sénatus-consulte de Marc-Aurèle, le mariage n'est pas nul. Le mariage est valable et les enfants sont soumis à la puissance paternelle. Les enfants deviennent à la mort de leur père *heredes sui*, héritiers siens. En effet, le jurisconsulte Paul dit : « *Sui heredes sunt hi primo loco filius, filia in potestate patris constituti, nec interest adoptivi sint aut naturales, et secundum legem Juliam Papiamve quæsiti, modo maneant in potestate.* » (*Collatio leg. mosaic.*, XV, III).

La loi *Julia*, ne prononçant pas la nullité du mariage contracté contrairement à ses dispositions, est une de ces lois romaines qu'on appelle *minus quam perfectæ*. « *Minus quam perfecta lex est, quæ vetat aliquid fieri, et si factum sit, non rescindit, sed pœnam injungit ei qui contra legem facit.* C'est une loi qui défend de faire un acte; que si l'acte défendu a été fait, la loi ne le rescinde pas, mais inflige une peine à celui qui a fait l'acte contrairement à la loi. » (Ulp., *Reg.*, 1, § 2.)

499. Mais quelle était la sanction des lois *Julia* et *Papia Poppæa*? Pour la comprendre, il faut savoir que ces lois accordaient certains avantages, certains priviléges aux personnes mariées ayant des enfants, tandis que les personnes non mariées ou celles qui étant mariées n'avaient pas d'enfants, étaient frappées de certaines déchéances. Les célibataires étaient frappés de l'incapacité de recueillir les successions pour lesquelles ils avaient été institués héritiers : ils étaient privés du *jus capiendi*. En conséquence, lorsqu'un citoyen instituait pour héritiers tout à la fois un *pater*, c'est-à-dire un homme marié, ayant des enfants, et un célibataire, le célibataire ne pouvait pas recueillir la part pour laquelle il avait été institué héritier : sa part devenait *caduque* et était attribuée à l'autre héritier institué *pater*, de sorte que les héritiers *patres* étaient récompensés par les parts caduques des héritiers célibataires. — Ceci dit, on comprendra facilement la sanction de la loi *Julia* : lorsque deux personnes s'étaient mariées contrairement aux prohibitions de la loi *Julia*, elles étaient considérées comme n'étant pas mariées et comme n'ayant pas d'enfants, quand même elles en auraient eu : elles étaient considérées comme célibataires et n'avaient pas le *jus capiendi*. (Ulp., *Reg.*, XVI, § 2.) — De plus, nous verrons que le

citoyen qui avait trois enfants légitimes pouvait s'excuser de la tutelle ; or les enfants nés d'un mariage contracté contrairement aux prohibitions des lois *Julia* et *Papia Poppæa* ne comptaient pas comme enfants légitimes pour dispenser de la tutelle, du moins d'après l'avis de quelques jurisconsultes. (*Fragm. Vatic.*, § 168.) Enfin les époux qui avaient contracté un mariage prohibé par les lois *Julia* et *Papia Poppæa* ne pouvaient recevoir aucune libéralité l'un de l'autre : « Quelquefois les époux ne peuvent rien recevoir l'un de l'autre, c'est-à-dire s'ils ont contracté un mariage contrairement aux lois *Julia* et *Papia Poppæa*, par exemple, si un sénateur a épousé une femme infâme ou une affranchie. » (Ulp., *Reg.*, XVI, § 2.)

500. Mais un sénatus-consulte, rendu sous le règne de Marc-Aurèle, déclara nuls les mariages contractés contrairement aux prohibitions des lois *Julia* et *Papia Poppæa* : « *Oratione divi Marci cavetur, ut si senatoris filia liberto nupsisset, nec nuptiæ essent.* Il est ordonné, par le sénatus-consulte de Marc-Aurèle, que si la fille d'un sénateur épouse un affranchi il n'y a pas mariage. » (L. 16 pr. D. 23, 2. — L. 16. D. 23, 1.)

501. D'après l'historien Procope, Justin, oncle et père adoptif de Justinien, permit aux comédiennes d'épouser même les personnages de la condition la plus élevée, à la condition qu'elles renonceraient au théâtre, qu'elles obtiendraient de l'empereur un rescrit leur permettant de contracter un mariage légitime, et qu'on rédigerait un *instrumentum dotale*. Voici le motif de cette réforme : épris de la comédienne Théodora, fille d'un belluaire du cirque et prostituée de l'*embolum* [1], Justinien détermina Justin, son père adoptif, à prononcer l'abrogation des lois qui empêchaient son mariage avec la comédienne Théodora. (L. 23. C. 5, 4.) Cette constitution, qui est de Justin, a été mise dans le Code par inadvertance sous le nom de Justinien par les compilateurs du Code. — Plus tard, Justinien abrogea définitivement les prohibitions des lois *Julia* et *Papia Poppæa* en permettant le mariage des affranchies et des comédiennes avec les sénateurs et les personnages de la condition la plus élevée, sans rescrit du prince, sous la seule condition qu'un *instrumentum dotale* serait dressé. (L. 29. C. 5, 4. *Nov.* 117, ch. VI.)

502. *h.* — *Défaut de connubium résultant de la différence des religions.* — Tant que la religion païenne fut pratiquée à Rome, la législation romaine n'établit aucun empêchement au mariage entre personnes de religions différentes. Mais la religion chrétienne, devenue

---

1. Procope, *Historia arcana*, ch. IX.

dominante, se montra moins tolérante et fit établir des prohibitions. Les empereurs chrétiens défendirent, sous peine de mort, le mariage entre les Juifs et les chrétiens. (L. 6. C. Th., 16, 8. — L. 2. C. Th., 3, 7. — L. 6. C. J., 1, 9.)

503. *i.* — *Défaut de connubium résultant de certaines fonctions.* — Celui qui exerce une fonction civile ou militaire dans une province ne peut épouser une femme originaire de cette province ou qui y est domiciliée. (L. 38 pr. D. 23, 2.) Cette prohibition était basée principalement sur un motif politique : si un fonctionnaire avait pu se marier avec une femme de la province qu'il administrait, il eût été à craindre que son mariage ne le rendît plus accessible aux influences locales ou que, devenu puissant, il ne cherchât à secouer la domination de Rome. On craignait aussi qu'il n'abusât du pouvoir que lui donnaient ses fonctions pour forcer une femme de la province, soumise à son administration, à l'épouser.

Lorsqu'un fonctionnaire a cessé ses fonctions, il devient libre de se marier avec une femme de la province qu'il a administrée. (L. 65, § 1. D. 23, 2. — L. 6. C. 5, 4.)

Il est permis au fonctionnaire de contracter des fiançailles avec une femme de la province qu'il administre. Alors il pourra l'épouser à l'expiration de ses fonctions, pourvu qu'à cette époque la fiancée consente au mariage. (L. 38 pr. D. 23, 2.)

De même, le fonctionnaire peut prendre une concubine dans la province où il exerce ses fonctions. (L. 5. D. 25, 7.)

Le fils du fonctionnaire ne peut pas non plus épouser une femme de la province tant que durent les fonctions de son père. (L. 57. D. 23, 2.)

504. *j.* — *Défaut de connubium résultant de la tutelle et de la curatelle.* — La prohibition du mariage entre la pupille et certains hommes, pour cause de tutelle ou curatelle, fut établie par un sénatus-consulte de Marc-Aurèle et de Commode. (L. 60; L. 67, § 3. D. 23, 2.) Cette prohibition avait été établie dans la crainte que le tuteur et le curateur infidèles ne cherchassent dans le mariage avec leur pupille un moyen de se dispenser de rendre compte ou, si le compte avait été rendu, d'empêcher la pupille de l'attaquer.

La prohibition s'applique au tuteur et au curateur, ainsi qu'à leurs descendants mâles, fils, petit-fils et à leur affranchi. (L. 36; L. 37; L. 59, D. 23, 2.) En conséquence, si un tuteur épouse celle qui a été sa pupille avant qu'elle ait vingt-six ans accomplis, ou s'il l'a fait épouser par son fils, le mariage est nul. Pourquoi cet âge de vingt-six ans? J'ai dit que cette prohibition avait été établie pour que

le tuteur et le curateur ne cherchassent point un moyen de se dispenser de rendre compte en épousant leur pupille ou en la faisant épouser par leur fils. Or ce compte ne pouvait être rendu qu'à la fin de la curatelle, c'est-à-dire lorsque la mineure avait atteint l'âge de vingt-cinq ans; mais elle pouvait attaquer ce compte pendant une année utile, à partir de sa vingt-cinquième année, et obtenir la *restitutio in integrum*. — Lorsque le compte aura été rendu et que la jeune fille aura vingt-six ans accomplis, il est à croire que le compte est inattaquable; alors on peut lui permettre, sans danger, d'épouser son ex-tuteur ou son ex-curateur ou leur fils. (L. 66. D. 23, 2.)

La sanction de cette prohibition est : 1° la nullité du mariage ; 2° l'infamie encourue par le tuteur ou curateur ou leur fils ; 3° une peine prononcée contre lui par le magistrat, en raison de la dignité de la pupille. (L. 66. D. 23, 2.)

La prohibition n'était faite que pour la pupille. Aussi un citoyen pouvait marier sa fille à celui dont il avait été tuteur ou curateur.

Par exception, le mariage est possible entre la pupille et son tuteur ou son curateur, si le père de la pupille, avant de mourir, l'a fiancée au tuteur ou curateur, ou bien si, dans son testament, il a manifesté la volonté que sa fille épousât son tuteur ou curateur.

505. *k.* — *Défaut de connubium résultant du rapt.* — Constantin prohiba le mariage entre le ravisseur et la jeune fille qu'il a enlevée, lors même que celle-ci avait favorisé l'enlèvement.

Sanction. — La sanction de cette prohibition était d'abord la nullité du mariage. De plus, Constantin avait édicté des peines d'une cruauté atroce : 1° contre le ravisseur ; 2° contre la jeune fille; lorsqu'elle l'avait suivi volontairement ou ne lui avait pas suffisamment résisté ; 3° contre les complices du rapt ; 4° contre les parents de la jeune fille enlevée, s'ils ne poursuivaient pas la punition du ravisseur. (L. 1. C. Th. 9, 24.)

Constantin n'avait établi cette prohibition que pour le cas de rapt d'une jeune fille. L'empereur Constance, son fils, l'étendit au cas d'enlèvement des femmes veuves et des religieuses. (L. 1. C. Th. 9, 25.)

506. *F.* SANCTION DES EMPÊCHEMENTS AU MARIAGE. — Le mariage qui intervenait entre personnes absolument ou relativement incapables de se marier était radicalement nul. Nullité du mariage, telle est la sanction générale qui s'applique à tous les mariages prohibés, excepté au mariage défendu par la loi *Julia*, jusqu'au sénatus-consulte de Marc-Aurèle. Il n'y a alors ni époux, ni épouse, ni dot valablement constituée ; les enfants issus d'une pareille

union naissent *vulgo conceptï* et ne sont pas sous la puissance paternelle. (L. 3. D. 23, 3. Gaïus, I, § 64. Ulp., *Reg.*, V. § 7. — L. 23. D. 1, 5.)

§ 12. « Si, contrairement à ce que nous avons dit, des personnes ont contracté mariage, il n'y a ni époux, ni épouse, ni noces, ni mariage, ni dot. Les enfants qui naissent d'une pareille union ne sont pas sous la puissance de leur père, mais ils sont *vulgo concepti*, vulgairement conçus. Ces enfants sont considérés comme n'ayant pas de père, car leur père est incertain. Voilà pourquoi on les appelle *spurii*, c'est-à-dire, d'après le mot grec, σποράδην, ou enfants sans père. D'où il suit qu'à la dissolution d'une pareille union, il n'y a pas lieu à la demande en restitution d'une dot. Enfin ceux qui contractent une union prohibée subissent d'autres peines contenues dans les constitutions impériales. »

507. En effet, indépendamment de cette sanction générale, nullité du mariage, souvent des peines plus ou moins graves étaient appliquées aux personnes qui avaient contracté un mariage prohibé.

Peines pécuniaires. — Les biens constitués en dot, donnés par donation *ante nuptias* ou par donation entre-vifs, les biens laissés par testament à l'un des époux par l'autre, étaient attribués au fisc. « *Et quasi ab indignis ea quæ donata sunt, oblata, fisco vindicantur.* (L. 32, § 28. L. 3, § 1. D. 24, 1. — L. 52; L. 61. D. 23, 2. — L. 128. *De legatis*, 1°, D. 30, I. — L. 6. C. 5, 5.)

508. *Peines corporelles.* — La bigamie et l'inceste sont punis de mort par Justinien. (Théophile, *Paraphrase*, X, §§ 6, 7.) Le rapt avec violence d'une femme mariée, d'une fille, d'une veuve, est puni de la peine de mort prononcée contre le ravisseur et ses complices, d'après une constitution de Justinien. (*Inst.*, IV, XXVI, § 8.)

509. 3° *De quelques empêchements spéciaux au mariage de certaines personnes.*

A. EMPÊCHEMENT RÉSULTANT DU DÉLAI DE VIDUITÉ. — Lorsque le mariage se dissout par la mort de la femme, le mari n'est pas obligé de porter le deuil de sa femme et peut se remarier immédiatement. (L. 9. D. 3, 2.) Au contraire, quand le mariage se dissout par la mort du mari, la femme doit porter le deuil pendant dix mois et ne peut se remarier pendant ce délai. (Ovide, *Fastes*, l. I, vers 28 et suiv. ; l. III, vers 99 et suiv.) Plus tard, les empereurs Gratien, Valentinien et Théodose augmentèrent le délai de deuil et le portèrent à douze mois, pendant lesquels il était défendu à la femme de se remarier. (L. 2. C. 5, 9. — L. 10, § 1. D. 3, 2.)

Pourquoi la femme ne pouvait-elle pas se remarier pendant ce délai? Cette prohibition avait été faite pour empêcher la confusion de part, *propter turbationem sanguinis, generationis incertitudinem.* (L. 53, § 3. C. 1, 3. — L. 11, § 1. D. III, II.) En effet, si la femme avait pu se remarier de suite après la mort de son mari et qu'elle

eût accouché peu de temps après, on n'aurait pu savoir si l'enfant avait été conçu du premier ou du second mari.

510. Toutefois, il y avait quelques cas où la femme était dispensée de porter le deuil de son mari : 1° lorsque le mari avait été condamné pour trahison, *perduellionis damnatus ;* 2° lorsqu'il s'était suicidé pour échapper au châtiment d'un crime. (L. 11, §§ 1, 3. D. 3, 2.) Mais, même dans ces cas, la veuve ne pouvait pas se remarier pendant le délai de viduité. Il n'y avait qu'un cas où la veuve pouvait se remarier avant l'expiration du délai de viduité : c'est lorsqu'elle accouchait avant l'expiration de ce délai. Alors elle pouvait se remarier, après l'accouchement, avant d'attendre l'expiration du délai de viduité, parce que, dans ce cas, la confusion de part n'était pas possible. (L. 11, § 2. D. 3, 2.)

511. Si la femme se remarie avant l'expiration du délai de viduité, le mariage n'est pas nul : mais l'infamie est encourue par le nouveau mari, et, s'il est en puissance paternelle, par son père ; par la femme, si elle est *sui juris ;* et par le père de la femme, si elle est en puissance paternelle. De plus, la femme perd le droit d'être instituée héritière. (L. 1. C. 5, 9. L. 15. C. 2, 12. — L. 1. — L. 11. §§ 3, 4. D. 3, 2.)

512. *B.* EMPÊCHEMENT RÉSULTANT DU DIVORCE. — Si le mariage se dissout par le divorce, la femme doit-elle, pour éviter la confusion de part, s'abstenir de se remarier pendant une année ? Aucun des textes des jurisconsultes insérés au *Digeste* n'indique cette prohibition pour la femme divorcée. On ne doit pas en être surpris, car, jusqu'aux empereurs chrétiens, la liberté du divorce fut complète. Mais les empereurs chrétiens fixèrent limitativement les causes du divorce, et dès lors celui des époux qui signifia le *repudium*, sans motif légal, encourut des peines sévères. En effet, d'après une constitution de Constantin, la femme qui divorce sans motif légal est déportée. Par conséquent, elle ne peut plus contracter de justes noces, puisqu'elle est devenue pérégrine. Si c'est le mari qui divorce sans motif légitime, il lui est défendu pour toujours de se remarier. (L. 1. C. Th. 3, 16.)

513. Les empereurs Honorius et Théodose allèrent plus loin. Une constitution de ces empereurs décide : 1° que l'époux qui divorce sans motif légitime ne pourra plus jamais se marier, que l'autre époux peut se remarier : immédiatement, si c'est le mari ; — un an après le divorce, si c'est la femme, pour éviter la confusion de part ; 2° que si le *repudium* est signifié pour des motifs peu graves (*ob culpas mediocres*), si c'est par la femme, elle perd pour toujours la capacité de se marier ; si c'est par le mari, il perd pour deux

années seulement le droit de se remarier ; 3° que si le mari divorce pour une cause légitime, il peut se remarier de suite ; mais si c'est la femme qui divorce pour une cause légitime, elle ne pourra se remarier qu'après cinq ans, pour qu'elle ne soit pas soupçonnée d'avoir divorcé moins par haine de son mari que par désir d'épouser un autre homme : « *Tunc enim videbitur, sui magis viri execratione, quam alieni appetitione id fecisse.* » (L. 2. C. Th. 3, 16.)

514. *C.* Empêchement résultant de l'adultère. — L'adultère est le commerce illicite d'une femme mariée avec un autre homme que son mari. Nous trouvons dans les *Sentences* de Paul des détails intéressants sur l'adultère. (Paul, *Sent.*, II, xxvi.) L'adultère fut d'abord puni de la relégation dans une île. La femme et son complice devaient être relégués chacun dans une île différente. De plus, la moitié de la dot et le tiers des biens de la femme étaient confisqués. Le tiers des biens du complice était aussi confisqué. (Paul, *Sent.*, II, xxvi, § 14.) Mais, plus tard, une constitution de Constantin prononça la peine de mort contre la femme adultère et son complice. (L. 30, § 1. C. 9, 9.)

Lorsqu'une femme a commis un adultère, le mari doit la répudier immédiatement ; sinon, le tiers qui voudrait poursuivre la femme par l'action populaire qui peut être exercée par tout citoyen contre une femme adultère devrait, au préalable, faire condamner le mari aux peines du *lenocinium*. (L. 2, § 2. — L. 26. D. 48, 5.)

515. *D.* Empêchement spécial au mariage de la femme affranchie. — Un patron ne peut épouser son affranchie sans qu'elle consente au mariage, à moins qu'il ne l'ait affranchie dans le but de l'épouser, cas auquel il peut l'épouser malgré elle.

Lorsqu'un patron a épousé son affranchie, la loi *Julia* défend à l'épouse de divorcer sans le consentement du patron, son mari. Bien que la femme affranchie ait signifié le *repudium* au patron, son mari, bien qu'elle ait cessé avec lui toute vie commune, le mariage n'est pas légalement dissous : la femme ne peut réclamer la dot et ne peut se remarier ni devenir la concubine d'aucun autre que de son patron. (L. 11 pr. D. 24, 2. L. *un.*, § 1. D. 38, 11.)

Mais le mariage est dissous et la femme peut se remarier si le patron, son mari, renonce à conserver l'affranchie comme épouse : par exemple, en prenant lui-même une autre épouse ou une concubine. (L. 11, § 2. D. 24, 2.)

516. *4° A quel moment et de quelle manière le mariage se formait-il chez les Romains* ? — Sur cette question, les interprètes du droit romain ne sont pas d'accord.

517. 1re *opinion*. — Le mariage, chez les Romains, était un con-

trat consensuel, n'exigeant, pour sa formation, que le seul consentement des époux, de sorte que le mariage existait aussitôt que l'homme et la femme avaient consenti à se prendre pour époux. Telle est l'opinion de nos anciens jurisconsultes, Cujas, Pothier, Donèau, et, parmi les modernes, du Caurroy (8e édition, I, 79.)

518. 2e *opinion*. — Le mariage était un contrat réel, exigeant pour sa formation d'abord le consentement des époux, et en outre la tradition de la femme au mari [1].

« Je pense, dit M. Ortolan, que le mariage était du nombre des contrats réels, et que, semblable à tous les contrats, il n'existait que par la tradition (*re contrahebantur*). Il fallait nécessairement qu'il y eût tradition de la femme au mari ; que la femme eût été mise à la disposition du mari ; jusque-là, il n'y avait que mariage projeté. »

519. 3e *opinion*. — Le seul consentement des époux ne suffisait pas pour la formation du mariage. Il résulte de plusieurs textes que le mariage n'était pas un contrat consensuel. « *Vir absens uxorem ducere potest ; fœmina absens nubere non potest.* » (Paul, *Sent.*, II, XIX, §8.) Ainsi, d'après ce texte, un citoyen domicilié à Rome est momentanément absent de Rome ; son absence ne l'empêche pas d'épouser une femme restée à Rome. Dès que cette femme a consenti au mariage, dès que l'absent a envoyé son consentement par lettre ou par un messager, *per litteras* ou *per nuncium*, *dès que la femme a été conduite au domicile du citoyen absent et a été mise, de cette manière, à sa disposition*, il y a mariage, de sorte que, si l'absent vient à mourir avant son retour à Rome, l'épouse, qui peut-être ne l'a jamais vu, n'en devra pas moins porter son deuil. (L. 6. D. 23, 2.) Au contraire, supposons l'homme présent et la femme absente ; le mariage n'est pas possible : pourquoi ? parce que la femme, absente de la ville où celui qu'elle veut épouser a son domicile, ne peut venir se mettre à sa disposition, et faire acte de femme mariée en habitant dans sa maison. Si l'on ne permettait pas à la femme absente de se marier et de manifester son consentement par messager ou par lettre, c'est donc que le mariage n'était pas un contrat purement consensuel, car il était parfaitement admis en droit romain qu'un contrat consensuel pouvait se former entre absents, par lettre ou par messager. (L. 1, § 2. D. 18, 1. L. 2, § 2. D. 44, 7.)

Que fallait-il donc de plus que le consentement des époux pour la formation du mariage ? Le texte suivant de Pomponius va nous

---

1. Le contrat réel est un contrat qui, pour sa formation, exige, outre le consentement des parties, la tradition d'une chose, par exemple : le prêt à usage.

l'apprendre : « *Deductione enim opus esse in mariti, non in uxoris, domum, quasi in domicilium matrimonii.* Pour la formation du mariage, il faut la *deductio*, la conduite de la femme dans la maison du mari, comme, en quelque sorte, au domicile du mariage. » (L. 5. D. 23, 2.) Outre le consentement des époux, il fallait donc la *deductio*, la conduite de la femme *in domum mariti* : il fallait que la femme se rendît dans la maison du mari, ou que, sans s'y rendre, elle se mît à la disposition du mari. Voilà pourquoi, lorsque la femme se trouvant à Rome s'est rendue au domicile de celui qu'elle veut épouser, il y a mariage, bien que le mari soit absent; mais la femme s'est mise à sa disposition : tandis que, lorsque c'est la femme qui est absente, en vain l'homme qu'elle veut épouser se rendrait-il au domicile de la femme, il n'y aurait pas mariage. Du reste, plusieurs autres textes exigent, pour la formation du mariage, outre le consentement des époux, la *deductio* de la femme *in domum mariti.* (L. 6. C. 5, 3.) (Voyez en ce sens M. Demangeat, *Cours élémentaire de droit romain*, p. 242, 243.)

Il est donc certain que la formation du mariage exige la *deductio* de la femme *in domum mariti.* Faut-il conclure de là que le mariage, chez les Romains, était un contrat réel ? Je ne le crois pas. A proprement parler, le mariage n'était pas un contrat. Les Romains, en effet, considéraient le mariage plutôt comme un état de fait que comme un contrat. Il est bien vrai qu'on peut trouver des textes qui qualifient le mariage de contrat ; mais il ne faut pas, pour cela, assimiler le mariage aux contrats ordinaires. Le caractère des contrats était d'engendrer des actions ; or, on serait bien embarrassé de citer, comme le remarque M. Machelard, quelle est l'action qui résulte du mariage. Si le mariage, en droit romain, était un contrat, c'était un contrat d'une nature particulière que les Romains considéraient, je le répète, comme un état de fait. C'était une union des sexes et la mise en commun de deux existences. Ce qui prouve bien que les Romains considéraient le mariage comme un état de fait, c'est que, — si l'on suppose qu'un citoyen romain marié est fait captif, son mariage est dissous, parce qu'il devient esclave ; et, s'il parvient à s'échapper et à revenir à Rome, son mariage reste dissous et ne revit pas par l'effet du *postliminium.* Pourquoi ? parce que le *postliminium* ne s'applique qu'aux droits et non aux faits : or le mariage est précisément un état de fait, un pur fait. (N° 525.)

520. En résumé, il est certain que le droit romain avait laissé le mariage au nombre des actes privés et qu'il n'exigeait aucunement l'intervention de l'autorité publique pour sa formation. Le mariage

n'était ni un contrat réel, ni un contrat consensuel. Il exigeait pour sa formation : 1° le consentement des époux ; 2° l'établissement d'une communauté d'existence se réalisant par la *deductio* de la femme *in domum mariti* ou bien d'une autre manière, par exemple, lorsque le mari allait trouver celle qu'il voulait prendre pour femme et commençait à nouer avec elle cette vie commune qui constituait le mariage. (Voyez en ce sens M. Machelard, *Textes de droit romain sur la possession, les hypothèques et les donations entre époux*, p. 2, 10 à 217.)

521. Quel intérêt pratique y a-t-il à savoir à quel moment précis le mariage se formait chez les Romains ? Les donations entre époux étaient interdites en droit romain. Or, si l'on suppose qu'un homme a fait une donation à une femme, après avoir consenti l'un et l'autre à se prendre pour époux, mais avant que la communauté d'existence ait commencé entre eux, il faut déclarer cette donation nulle, si l'on décide que le mariage se formait par le seul consentement, car déjà il y a mariage. Or la donation entre personnes mariées est nulle ; tandis qu'il faut déclarer la donation valable, si l'on admet que le mariage ne se formait qu'autant que les époux avaient établi entre eux une communauté d'existence, réalisée soit par la *deductio* de la femme *in domum mariti*, soit de toute autre manière.

522. 5° *Dissolution du mariage.* — D'après le jurisconsulte Paul, le mariage se dissout : *A* par le divorce ; *B* par l'esclavage de l'un des époux ; *C* par la mort de l'un des époux. (L. 1. D. 24, 2.)

523. *A.* Le divorce. — D'après les historiens, le divorce aurait été admis dès les temps les plus anciens par la législation romaine. D'après Cicéron, la loi des Douze Tables permettait au mari de répudier sa femme, sans permettre à la femme de répudier son mari, et Plaute nous apprend qu'il en était encore ainsi de son temps, c'est-à-dire deux siècles et demi après la loi des Douze Tables. (*Mercator*, acte IV, vers 796.) Mais à la fin de la République et sous l'Empire la femme a le droit de répudiation aussi bien que le mari. J'ai dit que le divorce pouvait avoir lieu par la volonté de l'ascendant du mari ayant sur lui la puissance paternelle.

Dans les premiers temps de Rome, les divorces furent très-rares ; mais ils devinrent très-fréquents à la fin de la République et sous l'Empire. On peut définir le divorce : la séparation légitime des deux époux, dans l'intention de faire cesser la communauté d'existence qui constitue le mariage.

Jusqu'à la loi *Julia de adulteriis*, aucune forme ne fut exigée par

la législation romaine pour opérer le divorce. Il suffisait que l'un des époux exprimât la volonté de divorcer, soit par messager, soit par lettre. Ainsi Cicéron envoya à Térentia un *repudium* écrit de sa main.

La loi *Julia de adulteriis* indiqua, pour le divorce, certaines formes qui devaient être observées à peine de nullité. D'après cette loi, la répudiation doit se faire par lettre, *libellus repudii*, en présence de sept témoins pubères et citoyens romains et d'un affranchi de celui des époux qui répudie. (L. 9. D. 24, 2. — L. *un.* D. 38, 11.)

Le divorce peut avoir lieu de deux manières différentes : 1° par la répudiation. Lorsque l'un des époux veut divorcer, il n'a qu'à signifier à son conjoint l'acte de répudiation, le *libellus repudii* : le consentement de celui qu'on répudie n'est pas nécessaire ; 2° par consentement mutuel des deux époux, *bona gratia*. On comprend, en effet, que si la volonté de l'un des époux suffit pour rompre le mariage, à plus forte raison leur volonté commune pourra dissoudre le mariage. (L. 62. D. 24, 1.)

Lorsque les époux divorçaient d'un commun accord, ils n'avaient à justifier d'aucune cause de divorce. Au contraire, lorsque l'un des époux répudiait son conjoint, il devait justifier d'une cause de divorce. Cependant, même pour ce cas, la législation romaine, pendant longtemps, n'indiqua pas limitativement les causes de divorce : elles étaient abandonnées à l'appréciation du juge, qui devait examiner par la faute duquel des deux époux le mariage était rompu. Justinien fixa limitativement les causes de divorce dans les *Novelles* 22 et 117.

Des peines pécuniaires étaient prononcées contre l'époux qui répudiait son conjoint sans motif ou qui, par sa mauvaise conduite, amenait la répudiation. (V. M. Pellat, *Traité de la dot, en droit romain*, p. 17.)

524. Il y avait deux cas dans lesquels le mariage était rompu par une sorte de répudiation tacite :

1° Le premier cas est mentionné dans un texte du jurisconsulte Tryphoninus (L. 67, § 3. D. 23, 2) : « Si le fils de Titius a épousé une femme qui a été votre pupille, et qu'ensuite vous adoptiez Titius ou son fils, devons-nous dire que le mariage est rompu (comme dans l'hypothèse d'un homme adoptant son gendre), ou bien devons-nous dire que c'est l'adoption qui est impossible ? La question se présentera à plus forte raison si un curateur, pendant la curatelle, adopte le mari de la femme dont il est le curateur. — La tutelle une fois finie, et la jeune fille mariée à un tiers, je craindrais qu'on n'allât trop loin en décidant que l'adoption du mari est nulle, sous

prétexte qu'elle n'intervient que pour éluder l'obligation de rendre le compte de tutelle. »

D'après ce texte (qui ne traite qu'incidemment la question de savoir ce qui arrive quand un homme adopte son gendre sans avoir au préalable émancipé sa fille), on voit énoncer de la façon la plus formelle que, dans cette hypothèse, l'adoption a pour effet de dissoudre le mariage, car le mari montre suffisamment son intention de répudier sa femme, en acceptant d'être adopté par son beau-père. C'est là une véritable répudiation tacite. (V. aussi nº 562.)

2º Dans l'ancien droit, une affranchie ne pouvait être l'épouse d'un sénateur. Si donc un ingénu, ayant valablement épousé une affranchie, accepte la dignité de sénateur, son mariage est rompu : « *quia lex Papia inter senatores et libertas stare connubia non patitur.* » Il y a encore là, de la part du mari, qui, connaissant les conséquences de son acceptation, devient sénateur, une véritable répudiation tacite de sa femme affranchie. — Même décision, si le père ingénu d'une fille qui a épousé un affranchi devient sénateur.

Du reste, Justinien a supprimé ces causes de dissolution indirecte du mariage. (L. 28. C. 5, 4.)

525. *B.* ESCLAVAGE DE L'UN DES ÉPOUX. — Toutes les fois que l'un des époux devient esclave, son mariage est dissous pour toujours. Or nous savons comment une personne libre devient esclave. (Nº 321 et suiv.)

Cependant, si un époux est devenu esclave parce qu'il a été fait captif par l'ennemi, son mariage est-il dissous ? La raison de douter, c'est que, si le captif s'échappe et revient à Rome, il recouvre tous ses droits par l'effet du *postliminium ;* notamment il recouvre sur ses enfants la puissance paternelle et il est considéré comme ne l'ayant jamais perdue. Son mariage sera-t=il considéré comme n'ayant jamais cessé d'exister ? Non. Le mariage est dissous par la captivité de l'un des époux et reste dissous, malgré le retour du captif. Le rétablissement de la vie commune entre les deux conjoints n'est pas la continuation du mariage ; c'est un mariage nouveau, pour la formation duquel on exige un nouveau consentement des parties. (L. 8. D. 49, 15. L. 56. D. 24, 3. L. 12, § 4. L. 14, § 1. L. 49, 15.)

Le jurisconsulte Tryphoninus indique très-bien le motif pour lequel le *postliminium* ne s'applique pas au mariage : « *Quæ in jure sunt, posteaquam postliminio redit, pro eo habentur, ac si nunquam iste hostium potitus fuisset. Facti autem causæ infactæ nulla*

constitutione fieri possunt. » (L. 12, § 6 et § 2. D. 49, 15.) Ce qui signifie : « La loi peut bien, au moyen de fictions, réputer un droit acquis ou conservé rétroactivement ; mais les faits, qui toujours existent ou n'existent pas matériellement, n'admettent point de semblables fictions. » En d'autres termes, les fictions de droit n'ont pas d'influence sur les faits. Le *postliminium* s'applique aux droits, tels que la puissance paternelle, la puissance dominicale, mais il ne s'applique pas aux faits. Or le mariage est précisément un état de fait. Il n'est pas, comme la puissance paternelle, un droit existant indépendamment des faits ; il ne se forme pas sans le fait de la vie commune des époux ; il ne peut subsister dès que cette vie commune n'est plus possible. Voilà pourquoi le mariage cesse par la captivité de l'un des conjoints et pourquoi le retour du captif ne le fait pas revivre rétroactivement.

526. *C.* Mort de l'un des époux. — Lorsque le mariage se dissout par la mort du mari, la femme ne peut se remarier pendant l'année qui suit le décès du mari et doit porter le deuil pendant cette même année. (L. 2. C. 5, 9.) Si la veuve se remarie avant l'expiration de l'année, le mariage n'est pas nul, mais l'infamie est encourue par elle et par son nouveau mari. (L. 1. D. 3, 2.)

Le mariage est-il dissous par la perte de la cité encourue par l'un des époux par suite d'une condamnation à la déportation ? Le mariage n'est pas dissous par la perte de la cité : « Si une *filia familias* est déportée, Marcellus dit, et son opinion est vraie, que son mariage n'est pas dissous par la déportation ; car, puisque la femme reste libre, rien n'empêche le mari de conserver pour elle l'affection maritale, rien n'empêche la femme de conserver la pensée d'être épouse. » (Ulpien, L. 5, § 1. D. 48, 20 ; L. 1. C. 5, 17.) Toutefois, je crois que la condamnation de l'un des époux à la déportation avait pour effet de transformer le *justum matrimonium* en mariage du droit des gens, en mariage *sine connubio*, et que les enfants nés de ce mariage n'étaient pas sous la puissance paternelle et naissaient pérégrins. (Ulp., *Reg.*, V, § 8. — N° 464.)

527. *Appendice : Concubinat.*— Le mot *concubinatus* n'avait pas, chez les Romains, le sens défavorable de notre mot concubinage. Le concubinat était une union licite, qui différait du mariage par la considération moins grande dont jouissaient les femmes vivant en cet état. Dans le concubinat, la femme ne devenait pas l'égale de celui avec qui elle vivait : elle ne participait point à ses honneurs et à ses dignités. L'homme n'y prenait point la qualification de *vir*, la femme n'y prenait point la dénomination honorable d'*uxor*, ni de *mater familias*. La femme ingénue, qui consentait à des-

cendre au rang de concubine, perdait sa considération. (L. 41. D. 23, 2.)

La législation romaine avait réglementé le concubinat aussi bien que le mariage. De même qu'on ne pouvait épouser une femme de moins de douze ans, de même on ne pouvait prendre pour concubine une femme âgée de moins de douze ans. (L. 1, § 4. D. 25, 7.) Un homme ne pouvait avoir à la fois plusieurs concubines, et, s'il était marié, il ne pouvait pas avoir de concubine pendant la durée de son mariage. (*Nov.* 18. ch. 5. L. *un.* C. 5, 26. L. 3. C. 7, 15.)

Un oncle ne pouvait prendre pour concubine sa nièce. Celle qui avait été la concubine du père ne pouvait pas être ensuite la concubine du fils. Si, malgré cette défense, le fils entretenait des relations avec la concubine de son père, c'était là une juste cause qui permettait au père d'exhéréder son fils. (L. 56. D. 23, 2; L. 1, § 3. D. 25, 7. *Nov.* 115, ch. 3.)

Un citoyen pouvait prendre pour concubine une femme avec laquelle il n'aurait pu se marier, par exemple, une comédienne ou une femme réputée infâme, qu'il était défendu aux ingénus et aux sénateurs d'épouser.

Un gouverneur de province pouvait prendre pour concubine une habitante de la province, tandis qu'il n'aurait pu l'épouser. (L. 5. D. 25, 7.) Une femme condamnée pour adultère ne pouvait pas se remarier; mais il lui était permis de vivre en concubinat. (L. 1, § 2. D. 25, 7.)

La législation romaine n'exigeait aucune forme pour l'existence du concubinat, pas plus que pour la formation du mariage. Alors, lorsqu'un homme et une femme vivaient ensemble, comment pouvait-on distinguer s'ils étaient mariés ou bien, au contraire, s'ils vivaient en concubinat? Il y avait des cas où aucune difficulté ne se présentait. En effet, il y avait des femmes avec lesquelles un citoyen ne pouvait se marier. Ainsi le mariage n'était pas possible entre un sénateur et une affranchie, entre un ingénu et une femme infâme, entre un gouverneur de province et une femme de la provinceq u'il administrait. Dans tous ces cas, l'union de ces personnes ne pouvait être qu'un concubinat. D'un autre côté, les jurisconsultes avaient fait admettre des présomptions générales qui ne laissaient subsister aucun doute dans certains cas. Ainsi, toutes les fois que la femme était ingénue et honnête, c'est-à-dire de bonnes mœurs, le mariage était présumé. Mais si l'homme et la femme n'étaient pas de même condition ou si la femme était de mœurs dissolues, le concubinat était présumé, à moins qu'il n'eût été dressé un acte dotal, un *instrumentum dotale*, ou à moins que les

parties ne prouvassent leur intention d'être mariées par toute autre preuve évidente, *testatione hoc manifestum faciente*. (L. 31 pr. D. 39, 5 ; L. 24. D. 23, 2 ; L. 3 pr. ; L. 4. D. 25, 7.) Justinien décida que le mariage serait toujours présumé, lors même qu'il n'y aurait pas eu d'acte dotal dressé. (L. 23, § 7. C. 5, 4.)

528. Les enfants nés d'un concubinat s'appelaient enfants naturels, *liberi naturales*. Vis-à-vis de la mère, ils avaient les mêmes droits que les enfants légitimes. Vis-à-vis du père, ils n'étaient pas en puissance paternelle, mais ils avaient un père connu : le concubin de leur mère. Ils n'étaient pas dans la famille civile de leur père. Toutefois, après avoir prouvé sa paternité, c'est-à-dire après avoir prouvé qu'ils étaient nés de son concubinat, ils pouvaient exiger de lui des aliments. (L. 5, §§ 1, 2. D. 25, 3.) Les enfants nés d'un concubinat n'avaient aucun droit de succession *ab intestat* sur les biens de leur père. Mais leur père pouvait disposer de ses biens à leur profit par donation ou par testament. Constantin, dans son ardeur pour la religion catholique qui réprouvait le concubinat, frappa les enfants naturels d'une incapacité cruelle : il leur enleva le droit de recevoir aucun bien par donation ou par testament de leur père, lorsque celui-ci aurait des parents légitimes pour héritiers *ab intestat*. (L. 1. C. 5, 27.) Une constitution des empereurs Valens et Valentinien, insérée au Code théodosien, permit au père naturel, ayant des enfants légitimes ou des ascendants au premier degré, de laisser à ses enfants naturels, par donation ou par testament, le douzième de ses biens, — et les trois douzièmes de ses biens, s'il avait pour héritiers d'autres parents ; que, si le père naturel n'avait aucun parent légitime, il pourrait laisser à ses enfants naturels, par donation ou par testament, la totalité de ses biens. Cette constitution de Valens et Valentinien fut adoptée par Arcadius et Honorius. (L. 2. C. 5, 27.) Pour le cas où le père naturel mourrait sans enfants légitimes et sans ascendants, Justinien décida qu'il pourrait disposer de la totalité de ses biens, par donation ou par testament, au profit de ses enfants naturels. (L. 8. C. 5, 27. *Nov.* 139, ch. 12.) Enfin Justinien appela les enfants naturels même à la succession *ab intestat* de leur père mort sans enfants légitimes, en leur donnant un sixième de la succession. (*Nov.* 18 ; *Nov.* 139.)

529. Sous l'influence du christianisme, le concubinat fut supprimé, en Orient, par l'empereur Léon. (*Nov.* 91.) En Occident, le concubinat subsista plus longtemps. Nous voyons, en effet, qu'un canon du premier concile de Tolède permettait expressément aux *fidèles* d'avoir une concubine : « *Si quis habens uxorem fidelem, con-*

cubinam habeat, non communicet. Cæterum qui non habet uxorem et pro uxore concubinam habet, a communione non repellatur ; tantum ut unius mulieris, aut uxoris, aut concubinæ, sit conjunctione contentus. Si un fidèle ayant une épouse a en même temps une concubine, il ne communiera pas. Celui qui n'a pas d'épouse, mais qui a une concubine pour femme, ne sera pas repoussé de la communion : qu'il se contente seulement d'une union avec une seule femme, soit une épouse, soit une concubine ». (Canon 17 du premier concile de Tolède, cité par Pothier : *Contrat de mariage*, n° 8.)

530. II. **Enfants légitimés : de la légitimation.** — Nous savons que, d'après le droit romain, il y avait trois espèces d'enfants par rapport au père : les enfants légitimes, c'est-à-dire conçus en mariage, les enfants naturels nés d'un concubinat, et enfin les *spurii* ou *vulgo concepti*, dont la conception peut être attribuée vulgairement à tout le monde.

L'enfant légitime se trouve en puissance paternelle dès sa naissance, pourvu que son père ou autre ascendant paternel mâle soit encore vivant au moment de sa naissance.

Les enfants naturels, nés d'un concubinat, ne sont pas en puissance paternelle dès leur naissance, parce que le concubinat, à la différence du mariage, ne confère pas au père la puissance paternelle. Mais le père pourra acquérir la puissance paternelle sur les enfants naturels, nés de son concubinat, au moyen de la *légitimation*. Quant aux *spurii* ou *vulgo concepti*, comme ils n'ont pas de père connu, ils ne peuvent être légitimés.

D'après cela, on peut donner de la légitimation la définition suivante : La légitimation est l'acquisition de la puissance paternelle par un citoyen romain sur ses enfants naturels, nés de son concubinat ; en d'autres termes, la légitimation est le moyen de rendre légitime un enfant naturel.

531. Sous la République, il n'y eut aucun mode de légitimation. Ce n'est que dans la dernière moitié de l'Empire qu'on voit apparaître les modes de légitimation.

532. Le § 13 *De nuptiis* aux *Institutes* (I, x) indique deux modes de légitimation : 1° *l'oblation à la curie ;* 2° *le mariage subséquent :*

§ 13. « Il arrive quelquefois que des enfants, ne se trouvant pas sous la puissance de leurs parents au moment où ils naissent, tombent ensuite sous cette puissance. Tel est celui qui, d'abord enfant naturel, a été offert à la curie et est entré sous la puissance de son père. Tel est aussi celui qui est né d'une mère libre, dont le mariage n'était défendu par aucune loi, mais avec laquelle le père avait vécu en concubinat, et qui ensuite, en vertu de notre constitution, l'acte dotal ayant été dressé, entre sous la puissance de son père. Si d'autres enfants naissent de ce mariage, notre constitution leur profitera pareillement. »

533. Mais, indépendamment de ces deux modes de légitimation : *oblation à la curie*, *mariage subséquent*, indiqués par ce § 13 des *Institutes* (I, x), il y avait deux autres modes de légitimation qui avaient été établis par des novelles : *le rescrit du prince* et *le testament*. Il y avait donc quatre modes de légitimation que nous allons étudier successivement.

534. 1° *Légitimation par oblation à la curie.* — La curie était le sénat des villes municipales. Les membres de la curie s'appelaient *curiales*, curions ou décurions. Pendant longtemps ce fut un honneur d'être curial, décurion ; de même qu'à Rome c'était un honneur d'être sénateur. Mais, à la fin de l'Empire, la dignité de curial, loin d'être un honneur, devint une lourde charge. En effet : 1° les décurions devaient subvenir aux dépenses des jeux de la plèbe (L. 1. C. 11, 40) ; 2° ils étaient responsables du recouvrement de l'impôt ; 3° eux seuls étaient tenus d'un impôt extraordinaire appelé *aurum coronarium*. (N° 163.)

Avec le temps, ces charges devinrent si lourdes que les curions cherchèrent, par tous les moyens possibles, à se soustraire à leurs fonctions, en fuyant le municipe. L'empereur Valens décida que le décurion qui se serait fait moine, pour échapper à ses fonctions, serait forcé de rentrer dans la curie et qu'on le dépouillerait de ses biens. En vain les curions courent-ils s'enrôler dans l'armée, se cacher dans les monastères, dans les campagnes ; ils sont poursuivis partout et ramenés dans leurs villes. Dès lors, les empereurs leur défendent de quitter la ville sans une permission régulièrement obtenue : s'ils ne reparaissent pas au bout d'un certain temps, leurs biens sont confisqués. (N° 163.)

535. Comment devenait-on curial ? Dans le principe, c'était la curie elle-même qui choisissait ses nouveaux membres. Pour être élu curial, il fallait payer un cens d'au moins cent mille sesterces (environ 20,000 fr.). A partir de Constantin, il suffit d'avoir 25 arpents, *jugera*, de propriété foncière. Plus tard, lorsque la dignité de curial cessa d'être un honneur pour devenir une charge, personne ne se présenta plus à l'élection de la curie. Dès lors, les empereurs imaginèrent divers moyens pour recruter les curies : 1° la dignité de curial fut déclarée héréditaire, c'est-à-dire transmissible aux enfants légitimes du curial ; 2° des priviléges furent accordés à ceux qui entreraient volontairement dans la curie ; 3° on créa l'oblation à la curie. (N° 163.)

536. Pour comprendre comment l'oblation à la curie devint un moyen de devenir curial, et, par suite, un moyen de légitimation, il faut savoir que les enfants naturels d'un curial ne succédaient

pas à sa dignité de curial et étaient incapables de recevoir, par testament de leur père, plus d'un douzième de ses biens. Les empereurs Théodose et Valentinien décidèrent qu'un citoyen curial ou non curial, n'ayant que des enfants naturels et propriétaire d'au moins 25 *jugera* de terre, pourrait offrir à la curie de sa ville tous ses enfants naturels ou quelques-uns, et leur donner, par donation entre vifs ou par testament, même la totalité de ses biens. L'enfant ainsi offert à la curie devient curial. Plus tard, il fut décidé que l'enfant naturel offert à la curie acquerrait, sur les biens de son père, même des droits de succession *ab intestat* et passerait sous la puissance paternelle. Dès lors, la condition de cet enfant naturel, offert à la curie, fut la même que celle d'un enfant légitime. De cette manière, l'oblation à la curie devint indirectement un mode de légitimation. (L. 3; L. 4. C. 5. 27.) Justinien consacra ce mode de légitimation et le permit même à ceux qui avaient des enfants légitimes. Quant à la fille naturelle d'un curial, les empereurs Théodose et Valentinien avaient décidé que, par cela seul qu'elle épouserait un curial, elle deviendrait capable de recevoir la totalité des biens de son père, de sorte qu'elle devenait légitime par le seul fait de son mariage avec un curial. — L'oblation à la curie était un mode de légitimation à la portée seulement des personnes riches, puisqu'il fallait être propriétaire de 25 *jugera* de terre pour pouvoir offrir ses enfants à la curie.

537. Quels sont les effets de la légitimation par oblation à la curie? L'enfant légitimé passe sous la puissance de son père, acquiert sur ses biens les mêmes droits de succession que s'il était légitime; mais il n'acquiert aucun droit de succession sur les biens des parents agnats ou cognats de son père. A l'égard de la mère, la légitimation ne produit aucun effet pour l'enfant : vis-à-vis de sa mère, l'enfant reste ce qu'il était auparavant.

538. Dans sa novelle 89, Justinien règlemente d'une manière complète la légitimation par oblation à la curie, et, entre autres dispositions intéressantes, il décide qu'un enfant naturel, son père étant mort sans laisser de postérité légitime, peut s'offrir lui-même à la curie et devenir ainsi simultanément *legitimus* et *curialis*.

539. 2° *Légitimation par mariage subséquent*. — Elle a lieu lorsqu'un homme, ayant des enfants naturels d'une concubine, épouse cette concubine. Ce mode de légitimation fut établi par une constitution de Constantin.

540. Le texte de cette constitution ne nous est pas parvenu; mais en 476 Zénon annonce qu'il veut renouveler la constitution de Constantin et il décide que ceux qui ont actuellement des enfants

naturels issus de femmes ingénues pourront acquérir la puissance paternelle sur ces enfants, en épousant leurs concubines ; — il faut remarquer que cette mesure n'était que transitoire, et l'empereur spécifie que ce bénéfice ne pourra être invoqué que par les individus ayant actuellement un ou plusieurs enfants naturels, et non par ceux qui en auraient plus tard ; — enfin une constitution d'Anastase, en 508, vint poser d'une façon générale, et pour l'avenir, le principe de la légitimation par mariage subséquent, ce qui fut à nouveau consacré par Justinien.

541. D'après la constitution d'Anastase, cette légitimation était soumise à quatre conditions principales :

1° Un père ne pouvait légitimer ses enfants naturels, en épousant sa concubine, que s'il n'avait pas d'enfants légitimes issus d'un précédent mariage. — Justinien, dans sa nov. 12, ch. 2, supprime cette restriction.

2° D'après le § 13 aux *Inst.* et le L. 11, C. *De nat. lib.*, il fallait, pour légitimer ses enfants naturels, que le mariage fût possible, au moment de la conception, entre le concubin et la concubine. — D'où il résulte que : les enfants nés du concubinat d'une provinciale avec un citoyen exerçant des fonctions dans la province de cette femme ; — ceux qu'un sénateur aurait eus d'une affranchie ; — ceux que le tuteur aurait eus de sa pupille avant que celle-ci n'eût accompli sa vingt-sixième année, ne pouvaient être légitimés par le mariage subséquent, devenu possible, de leur père et mère naturels. — Du reste, par une grave dérogation à cette règle, Justinien, dans ses novelles 18 (ch. 2) et 78 (ch. 3 et 4), permet au père de légitimer les enfants qu'il aurait eus de son esclave, pourvu que, dans ce cas, il n'eût pas d'enfants légitimes.

3° Pour qu'il y ait mariage emportant légitimation, il faut nécessairement qu'un acte constatant une constitution de dot, *instrumentum dotale*, soit rédigé au moment du mariage, non pas qu'il soit nécessaire à la validité du mariage, mais parce qu'il est indispensable pour indiquer que le concubinat cède la place aux *justæ nuptiæ*.

4° Dans l'ancien droit, il était déjà de principe qu'un *pater familias* ne pouvait acquérir la puissance paternelle sur un homme *sui juris*, sans le consentement de ce dernier : « *Inviti* (dit Modestus, L. 11. D. 1. 6), *filii naturales vel emancipati non rediguntur in patriam potestatem.* » Justinien applique ce principe, d'une façon formelle, à la légitimation, en décidant que l'enfant naturel ne pourra être légitimé malgré lui ; il est du reste probable qu'on n'exigeait pas le consentement formel de l'enfant, mais seulement le défaut d'opposition.

542. Le § 13 *De nuptiis* des *Institutes*, traduit ci dessus, dit : « *Quod si alii liberi ex eodem matrimonio fuerunt procreati, similiter nostra constitutio præbuit.* » Ce qui signifie : « Si d'autres enfants naissent de ce mariage, notre constitution leur profitera pareillement. » En effet, voici un homme qui a des enfants naturels, il épouse sa concubine ; son mariage a d'abord pour effet de légitimer ses enfants naturels, mais, en outre, ce mariage profitera aux enfants qui naîtront plus tard de ce mariage, parce que, si ce mariage n'avait pas eu lieu et que le concubinat eût continué, ces enfants seraient nés naturels, tandis que, par suite du mariage, qui a remplacé le concubinat, ils naîtront légitimes [1].

De même, l'enfant conçu en concubinat, qui naîtra après le mariage de ses père et mère, sera légitime (L. 11. C. 5, 27) ; mais cette disposition ne se rattache aucunement, comme l'ont prétendu quelques interprètes ayant à leur tête M. du Caurroy, à notre phrase finale du § 13, qu'ils envisagent comme étendant le bénéfice de la légitimation aux enfants qui, conçus avant le mariage de leur père et mère, sont nés depuis que ce mariage a été contracté.

543. Enfin Justinien décide que celui qui a des enfants légitimes et qui, son mariage étant dissous, a ensuite des enfants naturels d'une concubine, peut, en épousant sa concubine, légitimer ses enfants naturels, ce qui auparavant n'était pas possible, d'après une constitution d'Anastase. (*Nov.* 12, ch. 4.)

Les effets de la légitimation par mariage subséquent sont plus étendus que les effets de la légitimation par oblation à la curie. Non-seulement l'enfant légitimé par mariage subséquent passe sous la puissance paternelle, mais encore il entre dans la famille de son père et a droit de succéder aux parents de son père. (*Nov.* 89, ch. 8.)

544. 3° *Légitimation par rescrit du prince.* — C'est Justinien qui a établi ce mode de légitimation. (*Nov.* 74.) Le citoyen romain qui a des enfants naturels peut s'adresser à l'empereur pour obtenir un rescrit permettant la légitimation. Mais l'empereur ne prononce la légitimation qu'autant que le père n'a pas d'enfants légitimes et qu'il lui est impossible d'épouser la mère de ses enfants naturels, soit parce qu'elle est morte, soit parce qu'elle a disparu.

Les enfants légitimés par rescrit du prince ont tous les droits des enfants légitimes. (*Nov.* 74.)

545. 4° *Légitimation par testament,* — Si un homme n'ayant que

---

1. C'est l'explication enseignée par M. Demangeat ; il conviendra de se reporter à l'ouvrage du savant professeur (t. I, p. 284 et 285), pour passer en revue deux autres explications fort intéressantes de notre petite phrase finale.

des enfants naturels a exprimé dans son testament la volonté de légitimer ses enfants, les enfants ne seront pas légitimés par cela seul, mais ils pourront eux-mêmes s'adresser à l'empereur pour obtenir un rescrit prononçant leur légitimation, et, si l'empereur l'accorde, ils seront légitimés. (*Nov.* 89, ch. 9, 10.)

Remarquons qu'au temps des jurisconsultes classiques un homme pouvait acquérir la puissance paternelle sur ses enfants autrement que par légitimation : 1° en cas de *causæ probatio* (n° 413, 2°); 2° en cas d'*erroris causæ probatio* (n° 373).

546. Les quatre modes que l'on vient d'étudier en détail sont les seuls que l'on puisse employer, dans le dernier état du droit romain, pour légitimer des enfants naturels. Mais il n'en avait pas toujours été ainsi. Dans l'ancien droit, l'homme qui avait un enfant naturel pouvait le rendre *suus* en l'adrogeant. Cela dura jusqu'à Anastase; ce prince, en même temps qu'il organisait la légitimation par mariage subséquent, paraissait (L. 6, C. 5, 27) défendre à l'avenir l'adrogation des enfants naturels. Onze ans plus tard, Justinien, dans sa constitution de 519, décide que les adrogations d'enfants naturels, faites avant ou depuis la constitution d'Anastase, conserveront toute leur efficacité, mais qu'il les prohibe absolument pour l'avenir. Cette prohibition a été formellement consacrée par Justinien. (Nov. 74, ch. 3, et 89, ch. 2, § 2.)

547. III. **Enfants adoptés : des adoptions.** (*Inst.*, I, XI.) — Ce n'est pas seulement sur ses propres enfants qu'un citoyen romain peut avoir la puissance paternelle; il peut encore acquérir cette puissance sur les enfants d'un autre, au moyen de l'adoption.

C'est ce que dit le *principium* du titre XI :

> Pr. « Ce ne sont pas seulement nos enfants naturels, *naturales liberi*, que nous avons sous notre puissance, nous y avons encore ceux que nous adoptons. »

Dans ce texte, les mots *liberi naturales* désignent non pas les enfants naturels nés d'un concubinat, mais les enfants légitimes d'une personne, nés de son mariage.

Le droit romain distinguait deux espèces d'adoption : l'*adrogation* et l'*adoption proprement dite*.

Lorsqu'un citoyen romain adopte une personne *sui juris*, l'adoption prend le nom d'*adrogation*. Lorsqu'un citoyen adopte un fils de famille, c'est-à-dire un enfant soumis à la puissance de son père, l'adoption garde le nom d'*adoption*. (L. 1. D. 1, 7.)

548. 1° *De l'adrogation.* — L'adrogation est un acte solennel par lequel un citoyen romain acquiert la puissance paternelle sur une personne *sui juris*, sur un *pater familias*. Titius, je suppose, est *sui*

juris, *pater familias*, soit parce qu'il n'a plus aucun ascendant paternel mâle, soit parce qu'il a été émancipé ; un autre citoyen romain, Mævius, également *pater familias*, peut acquérir sur lui la puissance paternelle au moyen de l'adrogation. Dans ce cas, Mævius, qui acquiert la puissance paternelle sur Titius, s'appelle *adrogeant* et Titius s'appelle *adrogé*. Voyons quelles étaient les formes de l'adrogation.

549. *A*. Formes anciennes de l'adrogation. — Dans le principe et pendant longtemps, l'adrogation ne pouvait être faite qu'avec l'autorisation du peuple et avec l'approbation des pontifes. « Les adrogations ne se font pas légèrement et sans précaution. Les comices s'assemblent par curies, d'après une décision des pontifes ; on examine si réellement celui qui veut adroger n'est plus d'âge à donner le jour à des enfants, et s'il n'a pas plutôt en vue d'acquérir, par des moyens illicites, les biens de celui qu'il prend pour fils. » (Aulu-Gelle, V, 19.)

L'adrogation se fait dans les comices au moyen de trois interrogations adressées successivement à l'adrogeant pour lui demander s'il veut prendre telle personne pour fils légitime, à l'adrogé pour lui demander s'il consent à devenir fils de l'adrogeant, et au peuple pour lui demander s'il autorise l'adrogation. (Gaïus, I, § 99.) C'est de ces trois interrogations, *rogationes*, que vient le mot *adrogation* (*rogare ad*).

Voici la formule de la *rogatio* adressée au peuple : « Qu'il vous plaise, Romains, d'ordonner que Lucius Valérius devienne le fils de Lucius Titius, d'après le droit et la loi, comme s'il était né de lui et de sa femme. Que son nouveau père ait sur lui droit de vie et de mort, comme tout père l'a sur son fils. Je vous prie, Romains, qu'il en soit comme je l'ai dit. » (Aulu-Gelle, V, 19.)

Tant que l'adrogation se fit dans cette forme, elle ne fut possible qu'à Rome, parce que les comices ne pouvaient se réunir qu'à Rome. — On sait qu'à partir de Servius Tullius les comices par centuries remplacèrent les comices par curies pour le vote des lois et pour la nomination des magistrats. Néanmoins, même après l'introduction des comices par centuries, les comices par curies continuèrent à fonctionner pour autoriser les adrogations. Mais nous savons qu'en fait le peuple finit par ne plus s'assembler réellement dans ses comices par curies et qu'il était remplacé par trente licteurs. Dès lors, l'adrogation se fit devant trente licteurs représentant les trente curies anciennes.

Tant que l'adrogation se fit dans les comices par curies, ni les femmes, ni les impubères *sui iuris* ne purent se donner en adroga-

tion, « parce que les femmes n'avaient pas entrée dans les comices et parce que la loi ne donne pas au tuteur sur son pupille assez d'autorité pour livrer à un étranger l'enfant libre confié à ses soins. » (Aulu-Gelle, V, 19.)

550. *B.* Formes nouvelles de l'adrogation. — Sous l'Empire, l'autorité du prince ayant remplacé l'autorité du peuple, l'adrogation se fait par rescrit du prince. (L. 2. C. 8, 48.) Il suffit de s'adresser à l'empereur et d'obtenir de lui un rescrit permettant l'adrogation. A l'époque de Justinien, ce mode d'adrogation est encore en vigueur. En effet, le § 1 de notre titre porte :

§ 1. « L'adoption se fait de deux manières : ou par rescrit du prince, ou par l'autorité des magistrats. Avec l'autorisation de l'empereur, on peut adopter ceux ou celles qui sont *sui juris*. Cette espèce d'adoption s'appelle *adrogation*. »

551. *C.* Conditions exigées pour la validité de l'adrogation. — 1° Le motif de l'adrogation doit être honnête, non contraire aux bonnes mœurs; 2° l'adrogeant doit avoir plus de soixante ans; 3° il doit avoir dix-huit ans de plus que l'adrogé (§ 4); 4° celui qui a adrogé une personne ne peut en adroger une autre, si ce n'est en vertu d'une juste cause (L. 15, § 3. D. 1, 7); 5° toute adrogation devait être précédée d'une *cognitio causæ*, c'est-à-dire d'une enquête, dans laquelle on recherchait si ces conditions étaient remplies. Cette enquête était faite par le magistrat.

552. *D.* Effets de l'adrogation. — L'effet de l'adrogation est de faire acquérir à l'adrogeant la puissance paternelle sur l'adrogé. De *pater familias* qu'il était, l'adrogé devient *filius familias*. Si l'adrogé, avant l'adrogation, avait lui-même des enfants sous sa puissance, ils passent également sous la puissance de l'adrogeant, en qualité de petits-fils. Les enfants légitimes que l'adrogé pourra avoir par la suite seront aussi sous la puissance de l'adrogeant [1]. (Gaïus, I, § 107.) De plus, l'adrogeant acquiert tous les biens qu'a l'adrogé au moment de l'adrogation et tous les biens que l'adrogé acquerra par la suite, tant qu'il sera sous la puissance de l'adrogeant. En un mot, par l'adrogation une famille entière renonce à son existence jusque-là distincte et vient, en la personne de son chef, s'absorber dans une autre famille. Cette suppression d'une famille

---

1. C'est ce que dit aussi le § 11 de notre titre :

« Si celui qui a des enfants sous sa puissance se donne en adrogation, non-seulement il est soumis lui-même à la puissance de l'adrogeant, mais ses enfants y sont soumis aussi, en qualité de petits-fils. C'est ainsi qu'Auguste n'adopta Tibère qu'après que Tibère eut adopté Germanicus, afin qu'aussitôt après l'adoption Germanicus se trouvât être le petit-fils d'Auguste. »

amène l'extinction du culte privé qui lui est propre : l'adrogé perd ses dieux domestiques et ses *sacra privata* pour accepter les dieux domestiques et les *sacra privata* de sa nouvelle famille. Par *sacra privata*, on entendait le culte propre à chaque famille, culte qui consistait principalement à offrir des sacrifices aux divinités de la famille à des jours déterminés. (N° 30.) Enfin l'adrogé prend le nom de l'adrogeant auquel il ajoute le sien comme adjectif : ainsi Octave, adopté par Cæsar, s'appelle Cæsar Octavianus.

Dans la législation de Justinien, les effets de l'adrogation sont les mêmes, sauf une innovation. A l'époque de Justinien, l'adrogeant n'acquiert plus la pleine propriété des biens qu'a l'adrogé au moment de l'adrogation, ni la pleine propriété des biens que l'adrogé acquiert tant qu'il reste sous la puissance de l'adrogeant. L'adrogeant n'acquiert plus que l'usufruit des biens de l'adrogé. L'adrogé conserve, à titre de pécule *adventice*, la nue propriété des biens qu'il a au moment de l'adrogation et de ceux qu'il acquiert par la suite. (*Inst.*, III, x, § 2.)

A partir du moment où l'adrogation se fit par rescrit du prince, l'adrogation des femmes *sui juris* et des impubères *sui juris* devint possible. L'adrogation des femmes *sui juris* ne présentant rien de particulier, nous allons nous occuper spécialement de l'adrogation des impubères *sui juris*.

553. *E.* ADROGATION DES IMPUBÈRES. — L'adrogation des impubères fut permise, pour la première fois, par un rescrit d'Antonin le Pieux. (Gaïus, I, § 102.) Voici ce que dit le § 3 de notre titre relativement à l'adrogation des impubères.

§ 3. « *Cum autem impubes per principale rescriptum adrogatur, causa cognita permittitur, et exquiritur causa adrogationis an honesta sit expediatque pupillo, et cum quibusdam conditionibus adrogatio fit : id est, ut caveat adrogator personæ publicæ, hoc est tabulario, si intra pubertatem pupillus decesserit, restiturum se bona illis qui, si adoptio facta non esset, ad successionem venturi essent...* etc. Lorsqu'un impubère se donne en adrogation en vertu d'un rescrit du prince, l'adrogation n'est permise qu'en connaissance de cause : on recherche si la cause de l'adrogation est honnête et profitable au pupille, et l'adrogation ne se fait qu'à certaines conditions : c'est-à-dire l'adrogeant doit donner caution à une personne publique, savoir à un tabellion, que si le pupille meurt avant sa puberté, il restituera ses biens à ceux qui lui auraient succédé si l'adrogation n'avait pas été faite. De même, l'adrogeant ne peut émanciper l'adrogé que si celui-ci a été digne d'être émancipé; mais alors, en l'émancipant, il doit lui rendre ses biens. Que s'il l'exhérède, en mourant, ou l'émancipe de son vivant sans juste cause, il doit lui laisser le quart de ses propres biens, sans compter les biens que l'adrogé lui a apportés au moment de l'adrogation ou qu'il a acquis ensuite. »

554. Ainsi, d'après ce texte, pour que l'adrogation de l'impubère soit valablement faite, il faut les conditions suivantes : 1° avant

que le rescrit impérial n'intervienne, l'adrogation de l'impubère doit être précédée d'une enquête faite par les magistrats. Dans cette enquête, les magistrats recherchent si la cause de l'adrogation est honnête et profitable au pupille, car on ne veut pas qu'un homme cupide puisse adroger un impubère dans l'unique but d'acquérir ses biens. (L. 17, § 2. D. 1, 7.) 2° Les parents de l'impubère doivent être consultés sur l'adrogation proposée. 3° Les tuteurs de l'impubère doivent consentir à l'adrogation. (L. 2. C. 8, 48. L. 5. C. 5, 59.) En effet, leur tutelle va cesser par suite de l'adrogation. 4° L'adrogation de l'impubère n'est permise qu'à certaines conditions : l'adrogeant, au moment de l'adrogation, doit donner caution de restituer les biens de l'adrogé, s'il vient à mourir avant sa puberté, à ceux qui lui auraient succédé, si l'adrogation n'eût pas été faite. Or, quels sont ceux qui auraient succédé à l'adrogé mort impubère, si l'adrogation n'avait pas été faite? Ce sont ses héritiers *ab intestat*, c'est-à-dire ses agnats. En effet, le citoyen romain impubère ne peut pas tester. Donc, s'il vient à mourir impubère, sa succession s'ouvre *ab intestat*, à moins que son père n'ait fait pour lui un substitution pupillaire. (Voyez *Institutes*, II, XVI.) Dès lors, on ne voulait pas que l'adrogation dépouillât les héritiers *ab intestat* de l'impubère qui étaient en quelque sorte assurés d'avoir ces biens, au cas où cet impubère mourrait avant d'avoir atteint sa puberté. Mais, une fois la puberté arrivée, les héritiers *ab intestat* ne peuvent plus considérer la succession comme certaine pour eux, parce que le pubère peut tester et priver de sa succession ceux qui y sont appelés par la loi. Dès lors, l'adrogeant n'est plus tenu de restituer les biens de l'adrogé mort après avoir atteint sa puberté.

Arrivé à sa puberté, l'adrogé pouvait apprécier l'adrogation, et, s'il n'en était pas satisfait, il pouvait la faire annuler. (L. 33. D. 1, 7.)

555. De quelle manière l'adrogeant prenait-il l'engagement de restituer les biens de l'adrogé au cas où il mourrait avant d'avoir atteint sa puberté? Par stipulation. La stipulation est un contrat qui se forme au moyen de paroles sacramentelles prononcées sous forme d'interrogation et de réponse. Or le contrat, chez les Romains, était une opération de droit qui avait pour but d'*obliger* une personne envers une autre. Dans le contrat de stipulation, celui qui voulait devenir créancier disait à celui qui consentait à devenir débiteur, par exemple : « *Spondesne mihi dare centum aureos? Promets-tu de me donner cent sous d'or?* » Et celui qui consentait à devenir débiteur répondait : « *Spondeo. Je promets.* »

C'est au moyen d'une stipulation semblable que l'adrogeant s'obligeait à restituer les biens de l'adrogé, pour le cas où ce dernier mour-

rait impubère. On interrogeait l'adrogeant, on lui disait : « *Spondesne te restituturum bona impuberis si decesserit intra pubertatem?* » L'adrogeant répondait : « *Spondeo.* » Dès lors, il était obligé. Mais qui est-ce qui interrogeait ainsi l'adrogeant? Nous savons que, dans la stipulation, c'est celui qui veut devenir créancier qui interroge. Ici ce sont les héritiers *ab intestat* de l'adrogé qui doivent devenir créanciers de l'adrogeant, puisque c'est à eux que les biens de l'adrogé doivent être restitués, s'il meurt impubère. Ce sont donc les héritiers de l'adrogé qui interrogeront l'adrogeant? Non. Ce ne sont pas les héritiers de l'adrogé qui interrogeront l'adrogeant, parce qu'au moment de l'adrogation on ne sait pas quels sont ceux qui seront les héritiers de l'adrogé quand il mourra, attendu qu'on ne connaît pas les héritiers d'une personne tant qu'elle n'est pas morte. Ceux qui se trouvent héritiers de l'adrogé au jour de l'adrogation pourront très-bien ne pas être ses héritiers au jour de sa mort, car peut-être seront-ils morts eux-mêmes avant lui. Qui est-ce donc qui interrogeait l'adrogeant? Ce fut d'abord un *servus publicus*, un esclave public, c'est-à-dire un esclave appartenant au peuple romain. Pour comprendre pourquoi c'était un esclave public qui interrogeait l'adrogeant, il faut savoir qu'il était de règle, en droit romain, qu'un esclave pouvait devenir créancier pour son maître, par stipulation, en interrogeant un tiers. Or, comme l'esclave public était considéré comme appartenant à tous les citoyens romains, on avait dit : Un esclave public interrogera l'adrogeant et il se trouvera avoir stipulé, être devenu créancier de l'adrogeant pour ceux des citoyens romains qui se trouveront être héritiers *ab intestat* de l'impubère au jour de sa mort. Plus tard, ce ne fut plus un *servus publicus*, un esclave public, qui interrogea l'adrogeant; ce fut une *persona publica*, un *tabularius*. Un *tabularius* était, non plus un esclave, mais un homme libre, dont la profession ordinaire consistait en ce que, installé sur le forum devant une table, *tabula*, il écrivait les conventions que les particuliers venaient le prier de constater. (L. 3. C. 10, 69.)

Le *servus publicus* ou, plus tard, le *tabularius*, interrogeait donc l'adrogeant en ces termes : « *Spondesne te restituturum bona impuberis, si intra pubertatem decesserit?* » L'adrogeant répondait : « *Spondeo.* » Par cela seul, l'adrogeant se trouvait obligé à restituer les biens de l'adrogé à ses héritiers *ab intestat*, si l'adrogé mourait impubère. — Mais cette simple promesse, cette simple obligation que l'adrogeant contractait par stipulation était-elle suffisante? Non. La promesse, l'obligation de l'adrogeant, devait être garantie par un *fidéjusseur* (une caution), c'est-à-dire par une per-

sonne qui contractait la même obligation de restituer les biens de l'adrogé. De quelle manière le fidéjusseur s'obligeait-il? De la même manière que l'adrogeant, c'est-à-dire par une stipulation. De sorte que le *servus publicus* ou le *tabularius*, après avoir interrogé l'adrogeant, s'adressait à celui qui consentait à se porter fidéjusseur et lui disait : « *Idem fidejubesne?* Promets-tu la même chose? — *Idem fidejubeo.* Je promets la même chose. » Dès lors, celui qui a répondu *fidejubeo* se trouve tenu de la même obligation que l'adrogeant, de l'obligation de restituer les biens de l'adrogé à ses héritiers, s'il meurt impubère. (L. 20. D. 1, 7.)

556. Si l'adrogeant émancipe, avec justes motifs, l'adrogé avant sa puberté, il doit lui restituer tous ses biens au moment de l'émancipation. — Si l'adrogeant émancipe l'adrogé, sans motifs, avant sa puberté, non-seulement il doit, au moment de l'émancipation, lui restituer tous ses biens, mais, de plus, il devra, au moment de sa mort, laisser le quart de sa succession à l'adrogé. C'est là un droit de succession pour un quart qu'Antonin accorda à l'adrogé, émancipé sans motifs, sur les biens de l'adrogeant. C'est ce qu'on appelle la *quarte Antonine.* (§ 3.)

557. Enfin, si l'adrogeant exhérède l'adrogé impubère, la constitution d'Antonin donne encore à l'adrogé le quart de la succession de l'adrogeant sans distinguer si l'exhérédation a eu lieu ou non avec justes motifs.

Mais toutes ces dispositions, toutes ces règles ne concernent que l'adrogé impubère. Une fois la puberté arrivée, toutes ces règles deviennent inapplicables : l'adrogeant ne devra plus, à la mort de l'adrogé, restituer ses biens aux héritiers *ab intestat* de celui-ci. Que si l'adrogeant émancipe ou exhérède l'adrogé pubère, celui-ci aura les ressources accordées aux pubères adrogés et ensuite émancipés ou exhérédés, ressources que nous verrons plus loin. (*Inst.*, II, XIII.)

558. 2° *De l'adoption.* — L'adoption est un acte solennel par lequel un citoyen romain acquiert la puissance paternelle sur le fils de famille d'un autre citoyen romain. Exemple : Primus a sous sa puissance un fils, Secundus : il le donne en adoption à Mævius. Par l'adoption, Secundus passe de la puissance paternelle de son père Primus sous la puissance de Mævius, l'adoptant.

559. *A.* FORMES ANCIENNES DE L'ADOPTION. — D'après l'ancien droit romain, l'adoption se faisait tantôt par trois mancipations successives, suivies d'une *cessio in jure*, tantôt par une seule mancipation suivie d'une *cessio in jure*. Pour comprendre la nécessité de ces

mancipations et de cette *cessio in jure*, il suffit de remarquer quel est le but de l'adoption. L'adoption a pour but de faire acquérir à un citoyen romain la puissance paternelle sur le fils, la fille ou le petit-fils, petite-fille d'un autre citoyen romain. Or, pour que l'adoptant puisse acquérir la puissance paternelle sur l'adopté, il faut que la puissance paternelle du père de l'adopté soit préalablement éteinte, pour qu'ensuite l'adoptant puisse l'acquérir. Voici Primus qui veut donner son fils Secundus en adoption à Mævius. Pour cela, il faut que Primus commence par éteindre sa puissance paternelle sur Secundus. Or, d'après la loi des Douze Tables, un père éteignait sa puissance paternelle sur son fils en le mancipant trois fois ; un père éteignait sa puissance paternelle sur sa fille, sur son petit-fils, ou sa petite-fille (nés de son fils), en les mancipant une seule fois. On tira de là un moyen d'adoption. En effet, supposons que Primus veuille donner son fils Secundus en adoption à Mævius, voici comment les choses vont se passer : Primus va manciper une première fois son fils soit à Mævius, à qui il veut le donner en adoption, soit à un autre citoyen romain, peu importe. L'enfant ainsi mancipé se trouve sous le *mancipium* de celui auquel il a été mancipé. Le *mancipium* est une puissance particulière qui ressemble beaucoup à la servitude ; en conséquence, l'enfant qui se trouve sous le *mancipium* est à peu près dans la même situation qu'un esclave, il est *loco servi*. Supposons que le citoyen romain, auquel l'enfant a été mancipé et sous le *mancipium* duquel il se trouve, l'affranchisse du *mancipium* : l'enfant ainsi affranchi du *mancipium* retombe sous la puissance de son père Primus. — Son père le mancipe une seconde fois, soit à Mævius, à qui il veut le donner en adoption, soit à un autre citoyen romain. L'enfant se trouve encore sous le *mancipium* de celui à qui il a été mancipé. Celui-ci l'affranchit du *mancipium* : l'enfant retombe encore sous la puissance de son père Primus. — Son père le mancipe une troisième fois à n'importe qui. Par cette troisième mancipation, la puissance paternelle de Primus sur son enfant est complétement éteinte. Il ne reste plus qu'à la faire acquérir par l'adoptant Mævius, qui l'acquerra par une *cessio in jure*. Mais, auparavant, il faut que le citoyen romain, auquel la troisième mancipation a été faite, et qui a l'enfant sous son *mancipium*, le remancipe à Primus. L'enfant ainsi remancipé à son père se trouve sous le *mancipium* de son père et non plus sous sa puissance paternelle qui est éteinte. C'est dans cette situation qu'interviendra la *cessio in jure* qui a lieu de la manière suivante : Primus, l'enfant et Mævius, qui veut adopter, iront devant le préteur. Là Mævius revendique l'enfant comme sien. Primus ne contredisant pas cette

prétention de Mævius, le préteur déclare que l'enfant est le fils de Mævius. Et dès lors Mævius a la puissance paternelle sur l'enfant. (Gaïus, I, § 134.) Du reste, le préteur sait bien ce dont il s'agit.

Lorsque c'est sa fille, son petit-fils ou sa petite-fille (nés de son fils) que Primus veut donner en adoption à Mævius, comment les choses se passent-elles? Pour éteindre sa puissance paternelle sur sa fille, son petit-fils ou sa petite-fille, il suffit à Primus d'une seule mancipation. L'enfant se trouve alors sous le *mancipium* de celui à qui il a été mancipé. Celui-ci le remancipe à son père Primus qui, dès lors, a sa fille, son petit-fils ou sa petite-fille sous son *mancipium* et non plus sous sa puissance paternelle, qui est éteinte par une seule mancipation. Comment Mævius acquerra-t-il la puissance paternelle? Encore par une *cessio in jure*, comme dans le cas précédent. (Gaïus, I, § 134.)

560. *B.* Formes nouvelles de l'adoption. — A l'époque de Justinien, ces formalités ont disparu, car il n'est plus nécessaire de faire ces mancipations pour éteindre la puissance paternelle. Dès lors, les parties n'ont qu'à aller devant le préteur à Rome, devant le président dans les provinces, et à déclarer leur volonté. Le père déclare qu'il consent à donner son fils en adoption; l'adoptant déclare qu'il consent à adopter l'enfant, et, si le fils ne s'y oppose pas, il est dressé acte de ces déclarations, et l'adoption est faite. C'était là un acte solennel. (L. 11. C. 8, 48.) Par l'adoption faite en cette forme, l'adoptant acquiert la puissance paternelle sur l'adopté. C'est ce que dit la fin du § 1 de notre titre.

§ 1. «..... Par l'autorité du magistrat, nous adoptons ceux ou celles qui sont sous la puissance paternelle de leur père : qu'ils soient au premier degré, comme le fils, la fille, où à un degré inférieur, comme le petit-fils, la petite-fille, l'arrière-petit-fils ou l'arrière-petite-fille. »

561. *C.* Conditions de l'adoption. — L'adoption a pour but de faire acquérir la puissance paternelle à l'adoptant sur la personne de l'adopté. De là les conditions suivantes exigées chez l'adoptant: 1° l'adoptant doit être citoyen romain, ingénu ou affranchi, peu importe, parce que la puissance paternelle, telle qu'elle était organisée chez les Romains, ne pouvait appartenir qu'aux citoyens; 2° l'adoptant doit être *sui juris*, car celui, qui est lui-même en puissance, *alieni juris*, ne peut avoir personne sous sa puissance. Les jurisconsultes avaient fait admettre que la paternité légale résultant de l'adoption et destinée à imiter la paternité naturelle devait lui ressembler. De là les deux conditions suivantes : 3° l'adoptant doit être capable d'avoir des enfants. Les *castrati*, ne pouvant pas avoir d'enfants, ne pouvaient pas adopter. Les impuissants pou-

vaient adopter, parce que leur impuissance ne pouvait pas être vérifiée d'une manière certaine ; 4° l'adoptant doit être plus âgé que l'adopté : il faut qu'il ait la *plena pubertas*, c'est-à-dire qu'il ait au moins dix-huit ans de plus que l'adopté. (L. 40, § 1. D. 1, 7.)

Ces conditions de l'adoption sont indiquées dans les §§ 4 et 9 de notre titre.

§ 4. « On ne peut pas adopter une personne plus âgée que soi. En effet, l'adoption imite la nature ; or, il serait monstrueux que le fils fût plus âgé que le père. Celui qui se donne un fils par adoption ou adrogation doit avoir la puberté pleine, *plena pubertas*, c'est-à-dire avoir dix-huit ans de plus que l'adopté. »

§ 9. « Ce qu'il y a de commun aux deux espèces d'adoption, c'est que ceux qui ne peuvent procréer, tels que les impuissants, *spadones*, peuvent adopter ; mais les castrats, *castrati*, ne le peuvent pas. »

562. *D.* EFFETS DE L'ADOPTION. — Par l'adoption, le fils de famille donné en adoption sort de la puissance paternelle et de la famille de son père pour entrer sous la puissance et dans la famille de l'adoptant. Comme il était, avant l'adoption, sous la puissance de son père, il n'avait pas de biens ; par conséquent il n'apporte, par l'adoption, aucun bien à son père adoptant ; mais tous les biens qu'il acquerra après l'adoption, tant qu'il restera sous la puissance de l'adoptant, appartiendront à l'adoptant. Si, au moment de l'adoption, l'adopté est marié et a des enfants, ses enfants ne le suivent pas sous la puissance et dans la famille de l'adoptant : ils restent sous la puissance et dans la famille de leur grand-père, père légitime de l'adopté leur propre père.

Une fois adoptés, les enfants adoptifs sont assimilés aux enfants légitimes de l'adoptant.

§ 8. « A plusieurs points de vue, celui qui a été adopté ou adrogé est assimilé à un enfant né d'un mariage légitime. En conséquence, si quelqu'un a adopté un enfant par rescrit du prince, ou devant le préteur, ou devant le président de la province, il peut le donner en adoption à un autre. »

Les enfants adoptifs, entrant dans la famille de l'adoptant, deviennent les agnats de tous les membres de cette famille. Quand l'adoptant mourra, ses enfants adoptifs viendront à sa succession aussi bien que ses enfants légitimes. Cependant il y a entre les enfants adoptifs et les enfants légitimes cette différence, que le double lien d'*agnatio* et de *cognatio* fictive, qui existe entre l'adoptant et son fils adoptif, peut être détruit entièrement par une émancipation, tandis que le lien d'agnation qui existe entre le père et son fils légitime peut bien être détruit par une émancipation, mais le lien de cognation naturelle ne l'est pas : la cognation subsiste entre le fils légitime et son père et les cognats de son père, malgré

l'émancipation. Il y a encore une autre différence entre les enfants adoptifs et les enfants légitimes : quand des lois accordent des priviléges aux pères qui ont donné des enfants à l'État, il ne faut tenir compte que des enfants légitimes. (N° 771.)

563. Tels étaient les effets de l'adoption ; mais Justinien, par sa constitution 10, *De adoptionibus* (Code 8, 48), a apporté une dérogation considérable aux effets de l'adoption des fils de famille. D'après cette constitution, il faut distinguer si le fils de famille est adopté par un de ses ascendants paternels ou maternels, ou bien, au contraire, par un *extraneus*. Quiconque n'est pas l'ascendant de l'enfant est un *extraneus*. Dès lors, on distingua l'*adoptio plena*, faite par un ascendant, et l'*adoptio minus plena*, faite par un *extraneus*. Suivant que l'adoption était *plena*, ou *minus plena*, les effets de l'adoption étaient différents.

564. *a.* — *Adoptio minus plena, c'est-à-dire faite par un extraneus.* — D'après la constitution de Justinien, lorsqu'un fils de famille est donné en adoption à un *extraneus*, l'adoption ne produit plus ses anciens effets : l'enfant ne passe plus sous la puissance paternelle de l'adoptant, il n'entre pas dans la famille adoptive, ne devient ni agnat ni cognat des membres de cette famille. Il reste dans la famille et sous la puissance de son père légitime. Toutefois il acquiert un droit de succession, *ab intestat* seulement, sur les biens de son père adoptif, car il suffit à l'adoptant de faire un testament pour priver de sa succession son fils adoptif. Mais comme il n'entre pas dans la famille de l'adoptant, l'adopté ne sort pas de sa famille naturelle et n'y perd aucun de ses droits ; de sorte qu'il a à la fois sur la succession de son père légitime et sur les biens de son père adoptif des droits de succession *ab intestat*.

Quel était le but de cette innovation ? En apportant cette innovation aux effets de l'adoption, Justinien voulut supprimer une injustice résultant, pour l'enfant donné en adoption, des effets de l'ancienne adoption. En effet, avant la réforme de Justinien, lorsqu'un fils de famille était donné en adoption, il perdait tout droit de succession sur les biens de son père légitime, et, d'un autre côté, si l'adoptant l'émancipait, le fils adoptif perdait aussi ses droits de succession sur les biens de ce dernier ; de sorte qu'il n'était plus appelé à aucune succession. C'est cette injustice que Justinien a voulu supprimer, en décidant que l'enfant adopté par un *extraneus* ne perdrait plus son droit de succession sur les biens de son père légitime.

565. *b.* — *Adoptio plena, c'est-à-dire faite par un ascendant de l'adopté.* — Dans ce cas, l'adoption produit tous ses anciens effets.

parce que Justinien pensa qu'ici l'adoptant, étant un ascendant de l'adopté, n'émanciperait pas l'adopté pour le priver de sa succession. L'enfant adopté par son ascendant sort de la puissance de son père et passe sous la puissance paternelle et dans la famille de l'adoptant; peu importe que cet ascendant soit l'ascendant paternel ou maternel de l'adopté; il peut même se faire que ce soit le père de l'adopté; ce qui semble impossible au premier abord. Mais supposez qu'un fils en puissance paternelle se soit marié; ses enfants sont tombés sous la puissance de leur grand-père. Si le grand-père émancipe son fils, ce fils, quoique devenu *sui juris*, n'aura pas la puissance paternelle sur les enfants qu'il a laissés sous la puissance de son père; mais il pourra l'acquérir par l'adoption, en adoptant ses propres enfants. De même, si un fils émancipé se marie, les enfants nés de son mariage tombent sous sa puissance et non sous la puissance de leur aïeul qui a émancipé leur père. Mais l'aïeul pourra acquérir la puissance paternelle sur ses petits-fils par l'adoption. Enfin, comme les ascendants maternels n'ont jamais la puissance paternelle, il est facile de comprendre qu'un ascendant maternel adopte un de ses descendants pour acquérir sur lui la puissance paternelle.

566. Lorsqu'un *petit-fils* est donné en adoption par son aïeul à un *extraneus*, la question de savoir si l'adoption sera *plena* ou *minus plena* reste en suspens jusqu'à la mort de l'aïeul. Exemple : Titius a sous sa puissance son fils Primus et son petit-fils Secundus, fils de Primus. Titius, l'aïeul de Secundus, le donne en adoption à un *extraneus*. Si le père de l'adopté, Primus, est encore sous la puissance de l'aïeul Titius au moment de la mort de cet aïeul, c'est Primus qui est appelé à la succession; mais le petit-fils donné en adoption n'étant pas, dans ce cas, appelé par la loi à la succession de l'aïeul, l'adoption ne lui fait pas perdre cette succession : l'adoption sera *plena*, produira tous ses effets. Que si, à la mort de l'aïeul, son fils Primus ne se trouve plus sous sa puissance, parce qu'il est mort ou émancipé, le petit-fils donné en adoption se trouverait appelé par la loi à la succession de son aïeul, si l'adoption n'avait pas été faite; dans ce cas, l'adoption sera *minus plena*, le petit-fils sera considéré comme étant resté sous la puissance de son aïeul. (L. 10, § 4. C. 8, 48.)

567. *E.* QUELLES SONT LES PERSONNES QUI PEUVENT ADOPTER OU ADROGER? — Il n'y a que les *patres familias*, c'est-à-dire les citoyens *sui juris*, qui puissent adopter, ou adroger, car celui qui est *alieni juris*, étant lui-même sous la puissance d'un autre, ne peut avoir personne sous sa puissance.

568. Par l'adoption ou l'adrogation, l'adoptant ou l'adrogeant peut se donner non-seulement un fils, mais encore un petit-fils, même quand il n'a pas de fils au premier degré. C'est ce que dit les §§ 5 et 6 de notre titre :

§ 5. « On peut adopter une personne pour petit-fils, petite-fille, arrière-petit-fils ou arrière-petite-fille, même lorsqu'on n'a point de fils. »

§ 6. « On peut adopter le fils d'un autre en qualité de petit-fils ou bien son petit-fils en qualité de fils. »

569. Mais pourquoi l'adoptant ou l'adrogeant adopte-t-il quelqu'un à titre de petit-fils plutôt qu'à titre de fils? Il pouvait avoir à cela plusieurs intérêts : 1° nous verrons, en étudiant les testaments, que les formalités exigées pour exhéréder les fils étaient plus compliquées que celles exigées pour exhéréder les petits-fils; 2° l'omission d'un fils dans le testament du père entraînait la nullité de ce testament, tandis que l'omission d'un petit-fils dans le testament de son grand-père n'entraînait pas la nullité (*Inst.*, II, XIII); 3° il est plus difficile d'émanciper un fils que d'émanciper un petit-fils, car il faut trois mancipations pour émanciper un fils, tandis qu'une seule mancipation suffit pour émanciper un petit-fils.

570. Un homme a sous sa puissance un fils : peut-il adopter ou adroger quelqu'un à titre de petit-fils, de manière à le faire considérer comme fils de son fils? Ainsi, par exemple, Primus a sous sa puissance un fils Secundus. Primus peut-il adopter ou adroger Mævius à titre de petit-fils de manière à le faire considérer comme fils de son fils Secundus? Oui, pourvu que son fils Secundus y consente, parce qu'au moment où Primus mourra, Mævius se trouvera sous la puissance de Secundus et sera son héritier sien. Or le droit romain ne permettait pas qu'un homme pût donner à un autre un héritier sien sans son consentement.

Mais si Primus veut adopter ou adroger quelqu'un à titre de petit-fils sans le faire considérer comme fils de son fils Secundus, il n'a pas besoin du consentement de son fils Secundus, parce que, quand lui Primus mourra, l'adopté ne sera pas sous la puissance de Secundus ni l'héritier sien de Secundus.

§ 7. « Si un citoyen adopte un petit-fils, en le supposant né d'un fils déjà adopté ou d'un fils naturel qu'il a sous sa puissance, dans ce cas son fils doit consentir à l'adoption, pour qu'il n'ait pas malgré lui un héritier sien. A l'inverse, si un aïeul donne en adoption son petit-fils né de son fils, il n'a pas besoin du consentement de son fils. »

571. Les femmes ne pouvaient ni adopter ni adroger, parce qu'elles ne pouvaient pas avoir la puissance paternelle. Les *Institutes* nous disent que l'adoption fut néanmoins permise, comme con-

solation, aux femmes qui avaient perdu leurs enfants. Mais cette adoption ne produisait pas la puissance paternelle au profit de l'adoptante : elle n'établissait que des droits de succession réciproques entre l'adoptante et l'adopté.

§ 10. « Les femmes ne peuvent pas adopter, parce qu'elles n'ont pas leurs propres enfants sous leur puissance ; mais, en vertu de l'indulgence du prince, elles peuvent adopter pour se consoler de la perte de leurs enfants. »

572. *F.* QUELLES SONT LES PERSONNES QUI PEUVENT ÊTRE ADOPTÉES? — Ce sont les enfants légitimés qui sont en puissance paternelle. Un citoyen romain peut donner en adoption à un autre son petit-fils, aussi bien que son fils, pourvu qu'il soit sous sa puissance.

Les enfants naturels nés d'un concubinat, n'étant pas en puissance paternelle, étant *sui juris*, peuvent se donner en adrogation. (*Nov.* 74, ch. 3.)

L'affranchi n'est pas en puissance paternelle, il est *sui juris*, peut-il se donner en adrogation ? L'affranchi ne pouvait se donner en adrogation qu'à son patron, car, s'il avait pu se donner en adrogation à un tiers, il serait entré sous la puissance paternelle de ce tiers adrogeant et son patron eût été privé par là des droits de succession que le patronage donne au patron sur les biens de son affranchi, mort sans enfants. (L. 15, § 3. D. 1, 7.) L'affranchi ne pouvait donc se donner en adrogation qu'à son patron. Du reste, cette adrogation ne lui procurait pas l'ingénuité.

573. L'adoption d'un esclave par son maître avait pour unique effet d'affranchir l'esclave sans lui donner la qualité de fils :

§ 12. « Les anciens rapportent que Caton a écrit que les esclaves, s'ils sont adoptés par leur maître, peuvent par là même devenir libres. En conséquence, nous avons décidé, dans notre constitution, qu'un esclave, auquel son maître aura donné, dans un acte public, le nom de fils, sera libre, quoiqu'il ne puisse par là acquérir les droits d'un fils. »

L'adoption et l'adrogation n'étaient point indissolubles ; l'adoptant et l'adrogeant pouvaient faire cesser l'adoption et l'adrogation, soit en émancipant l'adopté ou l'adrogé, soit en le donnant en adoption à un autre. L'enfant, ainsi renvoyé de la famille adoptive, n'était plus ni l'agnat ni le cognat d'aucun membre de la famille de l'adoptant ou de l'adrogeant. Tous les liens de famille étaient détruits, sauf la prohibition du mariage entre l'adoptant et l'adoptée.

Une fois dissoute, l'adoption ou l'adrogation ne pouvait plus être renouvelée entre les mêmes personnes.

574. 3° *Différences entre l'adrogation et l'adoption.* — L'adrogation et l'adoption diffèrent sous plusieurs points de vue : 1° les formes sont différentes ; 2° les effets ne sont pas les mêmes ; 3° ce

sont des personnes *sui juris* qui se donnent en adrogation ; ce sont des personnes *alieni juris* qui sont données en adoption ; 4° l'adrogation doit être précédée d'une enquête, qui n'est pas exigée pour l'adoption.

575. 4° *Ressemblances entre l'adrogation et l'adoption.* — 1° Il faut que l'adoptant et l'adrogeant aient dix-huit ans de plus que l'adopté ou adrogé ; 2° l'adopté et l'adrogé prennent le nom de l'adoptant ou adrogeant auquel ils ajoutent le leur comme adjectif ; 3° l'adopté et l'adrogé entrent dans la caste sociale de l'adoptant ou adrogeant : ainsi un patricien adopté par un plébéien devient plébéien ; 4° un citoyen peut adopter ou adroger quelqu'un, soit à titre de fils, soit à titre de petit-fils, même quand il n'a pas de fils.

576. 5° *Adrogation par testament.* — Les écrivains romains parlent souvent de personnes *sui juris* adrogées par testament. C'est ainsi que César adopta Octave. Cette adrogation par testament n'était valable et ne pouvait produire d'effets qu'autant qu'elle était confirmée, approuvée par une loi ou par un plébiscite. Ainsi approuvée, cette adrogation n'avait pour effet que de donner à l'adrogé des droits de succession sur les biens de l'adrogeant, qui, étant mort, ne pouvait pas avoir la puissance paternelle.

§ III. — DE QUELLE MANIÈRE SE DISSOUT LA PUISSANCE PATERNELLE.

(*Inst.*, I, XII.)

577. Nous avons vu comment cesse la puissance dominicale. (N^os^ 384 et suiv. 418.) Nous verrons comment cessent la *manus* (n° 599) et le *mancipium* (n° 605). Il ne nous reste à étudier ici que les modes de dissolution de la puissance paternelle.

Pr. « Voyons maintenant de quelles manières les personnes soumises à la puissance d'autrui en sont libérées. Nous savons déjà comment les esclaves sont libérés, d'après ce que nous avons exposé sur les manumissions des esclaves. Ceux qui sont sous la puissance paternelle de leur ascendant deviennent maîtres d'eux-mêmes par la mort de celui-ci. Cependant une distinction doit être faite : sans doute, après la mort du père, ses fils ou filles deviennent maîtres d'eux-mêmes. Mais après la mort de l'aïeul, les petits-fils ne deviennent pas toujours maîtres d'eux-mêmes ; ils ne deviennent maîtres d'eux-mêmes que si, après la mort de leur aïeul, ils ne doivent pas tomber sous la puissance de leur père. En effet, si, à la mort de l'aïeul, le père est encore vivant et soumis à la puissance de l'aïeul, alors, après la mort de l'aïeul, les petits-fils passent sous la puissance de leur père. Mais si, au moment de la mort de l'aïeul, le père est déjà mort ou sorti de la famille, alors ses enfants ne peuvent point passer sous sa puissance et deviennent maîtres d'eux-mêmes. »

La puissance paternelle s'éteint :

578. I. **Par la mort du chef de famille.** — Il ne faut pas

croire que la mort du chef de famille rende *sui juris* tous ceux qui se trouvent sous sa puissance au moment de sa mort : elle ne rend *sui juris* que ceux des enfants qui se trouvent directement, immédiatement, sans intermédiaire, sous sa puissance, c'est-à-dire ses fils et filles au premier degré. Donc, si des petits-fils ou petites-filles se trouvent directement, sans intermédiaire, sous la puissance de leur aïeul, parce que leur père est déjà mort ou sorti de la famille par l'émancipation, ils deviennent *sui juris* à la mort de leur aïeul. Mais si, à la mort de leur aïeul, leur père n'est pas encore sorti de la famille par la mort ou l'émancipation, ils tombent sous la puissance de leur père. (Pr. de n. t.)

579. II. **Par la perte de la liberté**, encourue soit par le père, soit par le fils. — Or nous savons comment un homme libre perd la liberté, devient esclave. (N^os^ 319 à 330.) Notre titre XII ne rappelle que deux des manières dont la liberté se perd : la condamnation aux mines ou aux bêtes et la captivité.

§ 3. « Celui qui devient esclave de la peine cesse d'avoir ses enfants sous sa puissance. Or, deviennent esclaves de la peine ceux qui sont condamnés aux mines ou à être exposés aux bêtes. »

§ 5. « Si le père a été fait captif par les ennemis, bien qu'il devienne leur esclave, l'état des enfants reste en suspens, à cause du *jus postliminii;* parce que ceux qui sont faits captifs par l'ennemi, s'ils reviennent, recouvrent tous leurs anciens droits. En conséquence, le père, s'il revient, aura ses enfants sous sa puissance, parce que, d'après la fiction du *postliminium*, celui qui a été fait captif est censé être resté toujours dans la cité. Que si le père meurt en captivité, ses enfants sont considérés comme ayant été *sui juris* dès le jour où il a été pris. De même, si le fils ou le petit-fils a été fait captif par l'ennemi, il faut dire, pareillement que, par l'effet du *postliminium*, la puissance du père reste en suspens. Le mot *postliminium* vient de *post* et *limen*, *seuil*. De là celui qui, pris par les ennemis, revient ensuite dans nos frontières, est dit : *reversum postliminio*, *revenu au seuil*. En effet, les anciens ont voulu que la frontière de l'Empire en fût considérée comme le seuil, de même que le seuil d'une maison en est en quelque sorte la frontière. De là on dit *limes*, seuil, pour dire frontière, limite; de là on dit *postliminium*, parce que celui qui a été pris et s'échappe revient au même seuil où il a été pris. Celui qui est repris sur l'ennemi vaincu est encore considéré comme revenu *postliminio*. »

580. On sait que la liberté se perd, d'après le droit des gens, par la captivité. Si un citoyen romain devient captif, la puissance paternelle qu'il a sur ses enfants est-elle dissoute? En cas de captivité, les droits du citoyen romain captif sont en suspens, de sorte que si le captif s'échappe et recouvre la liberté, il est censé, par l'effet du *postliminium*, n'avoir jamais été esclave et avoir conservé tous ses droits : dès lors, la captivité venant à cesser, la puissance paternelle est censée avoir toujours duré, sans distinguer si c'est le père ou le fils qui a été captif.

Si le père vient à mourir en captivité, ses enfants doivent-ils être considérés comme *sui jùris* dès le jour de la captivité du père, ou seulement à partir du jour de sa mort? Une loi *Cornelia*, pour maintenir valable le testament fait par un citoyen avant sa captivité, considérait le testateur comme mort dès l'instant où il avait été fait captif. Fallait-il aussi appliquer la fiction de la loi *Cornelia* à la puissance paternelle et réputer le captif mort dès le jour de sa captivité, pour considérer ses enfants comme ayant été *sui juris* dès ce jour-là? Les jurisconsultes romains n'étaient pas d'accord sur ce point. (Gaïus, I, § 129.) Mais on finit par admettre que le père captif serait considéré comme mort dès le jour de sa captivité, et que les enfants seraient considérés comme *sui juris* dès le jour de la captivité de leur père. C'est ce que dit le § 5 de notre titre.

581. III. **Par la perte de la cité**, encourue par le père ou par le fils. Or la qualité de citoyen se perdait, dans le principe, par la condamnation à la peine de l'interdiction de l'eau et du feu; c'est-à-dire par l'exil (Gaïus, I, § 128), et, plus tard, elle se perdit par la condamnation à la déportation dans une île, peine qui, sous Auguste, remplaça l'interdiction de l'eau et du feu. (L. 2, § 1. D. 48, 19.)

§ 1. « Celui qui est condamné pour quelque crime à la déportation dans une île perd la qualité de citoyen : il est rayé du nombre des citoyens romains, et ses enfants cessent d'être sous sa puissance, comme s'il était mort. Pareillement, si celui qui est sous la puissance de son père est déporté, il cesse d'être sous la puissance de son père. Mais si les déportés obtiennent de l'indulgence du prince une restitution entière, ils recouvrent leur ancien état. »

Ainsi, lorsqu'un citoyen romain est condamné à la déportation, ses fils et filles deviennent *sui juris*; ses petits-fils, petites-filles deviennent également *sui juris* si leur père est mort ou émancipé. Que si leur père est encore vivant et non émancipé, ils tombent sous sa puissance.

Celui qui est déporté cesse d'être citoyen et est assimilé à un *peregrinus*. Il ne recouvre le droit de citoyen que si l'empereur, lui faisant grâce, lui accorde la *restitutio*. Mais il y a deux espèces de *restitutio* : 1° la *restitutio* simple, qui ne rend au déporté la qualité de citoyen et les droits civils que pour l'avenir; 2° la *restitutio per omnia* ou restitution *entière*, par laquelle le déporté rentre complétement dans son ancien état et recouvre même la puissance paternelle sur ses enfants et ses biens confisqués. (L. 2; L. 13. C. 9, 51.)

§ 2. « Les relégués dans une île conservent leurs enfants sous leur puissance, et, à l'inverse, les enfants relégués restent sous la puissance paternelle. »

582. A la différence de la déportation, la *rélégation* dans une île est une peine qui ne fait pas perdre, à celui qui l'encourt la qualité de citoyen : il conserve tous ses droits, il est seulement obligé à ne pas sortir de l'île où il a été relégué. Il y a entre la déportation et la relégation cette autre différence que la déportation est une peine perpétuelle, tandis que la relégation peut être temporaire. (L. 7. D. 48, 22.)

583. IV. **Par suite de certaines dignités** obtenues par le fils de famille.

Au point de vue du droit public, les fils de famille étaient aussi capables d'arriver aux fonctions publiques que les *patres familias*. Mais lorsqu'un fils de famille devenait consul ou même sénateur, il n'était pas, pour cela, affranchi de la puissance paternelle. Toutefois la dignité de flamine accordée à un fils de famille, la dignité de vestale accordée à une *filia familias*, les libéraient de la puissance paternelle. (Gaïus, I, § 130.)

584. A l'époque de Justinien, la dignité de patrice (conseiller du prince), accordée à un fils de famille, le libérait de la puissance paternelle :

§ 4. « Si un fils de famille devient soldat, sénateur ou consul, il reste sous la puissance de son père ; car ni les dignités militaires ni les fonctions consulaires ne libèrent de la puissance paternelle. Mais, en vertu de notre constitution, la haute dignité de patrice accordée par lettres impériales à un fils de famille le libère aussitôt de la puissance paternelle. Il ne serait pas tolérable, en effet, qu'un père pût, par émancipation, libérer son fils de sa puissance, tandis que l'empereur ne pourrait pas soustraire à une puissance étrangère celui qu'il a choisi pour père ! »

Par la *Novelle* 81, Justinien décida que les *filii familias* appelés aux fonctions d'évêque, de consul, de préfet et de *magister militum* seraient affranchis de la puissance paternelle.

Il convient de remarquer que la dissolution de la puissance paternelle par la mort du chef de famille, par la perte de la liberté ou de la cité, encourue par le chef de famille, — l'obtention, par le fils, d'une dignité affranchissant de la puissance paternelle, ne font perdre aux enfants devenus *sui juris* aucun droit de famille : ils restent agnats entre eux ; il n'en est pas de même en cas d'émancipation et d'adoption.

585. V. **Par l'émancipation.**

1° *Formes anciennes de l'émancipation.* — Relativement à la forme de l'émancipation usitée de son temps, voici ce que dit Gaïus : « Les enfants sortent de la puissance paternelle par l'émancipation : le fils par trois mancipations, les autres descen-

dants du sexe masculin ou féminin par une seule mancipation; car la loi des Douze Tables ne parle de trois mancipations que pour la personne du fils en ces termes : Si un père a vendu son fils trois fois, que le fils soit libre de la puissance paternelle. Voici comment les choses se passent : le père mancipe son fils à quelqu'un; celui-ci l'affranchit par la vindicte; cela fait, le fils revient sous la puissance de son père. Le père le mancipe de nouveau soit au même, soit à un autre, mais il est d'usage de le manciper au même; celui-ci l'affranchit encore par la vindicte : l'enfant retombe de nouveau sous la puissance de son père. Enfin le père le mancipe une troisième fois soit au même, soit à un autre, mais ordinairement au même, et, par cette mancipation, l'enfant cesse d'être sous la puissance de son père, quoiqu'il n'ait point encore été affranchi, mais qu'il soit encore en état de *mancipium*. » (Gaïus, I, § 132.) Ulpien, de son côté, dit : « Le fils mancipé trois fois et affranchi trois fois devient *sui juris*, les autres enfants du sexe masculin ou du sexe féminin deviennent *sui juris* par une seule mancipation et une seule manumission. » (Ulp., *Reg.*, X, § 1.)

Voici un père qui veut émanciper son fils : il le mancipe trois fois pour éteindre sa puissance paternelle. Après la troisième mancipation, la puissance paternelle est éteinte et l'enfant se trouve sous le *mancipium* du troisième *coemptionator*, qui peut le manciper à d'autres ou l'affranchir du *mancipium*. Mais supposons qu'il ne le mancipe pas à un autre, alors de deux choses l'une : on bien ce troisième *coemptionator* affranchit lui-même l'enfant du *mancipium*, et alors l'enfant est émancipé; mais c'est le tiers, *manumissor*, qui a émancipé l'enfant, qui aura le droit de lui succéder, si, plus tard, l'émancipé meurt *intestat* et sans enfants; de plus, si, au moment de l'émancipation, l'émancipé est impubère, c'est le tiers *manumissor* qui sera son tuteur; — ou bien, au contraire, au moment de la troisième mancipation, le père a eu soin de faire, avec le troisième *coemptionator*, un contrat de fiducie par lequel ce troisième *coemptionator* s'est obligé à remanciper l'enfant à son père; en conséquence, l'enfant remancipé à son père se trouve, non plus sous la puissance paternelle qui est éteinte, mais sous le *mancipium* de son père. Si, dans cette situation, le père affranchit son fils de son *mancipium*, le fils se trouve ici émancipé par le père. C'est le père émancipateur qui aura droit de succéder à l'émancipé, si, plus tard, l'émancipé meurt *intestat* et sans enfants. Si, au moment de l'émancipation, l'émancipé est impubère, c'est le père émancipateur qui sera son tuteur.

En d'autres termes, si, après la dernière vente, l'ami qui inter-

vient comme acheteur affranchissait l'enfant, il aurait sur lui les droits du patron, tutelle et hérédité *ab intestat;* or, comme on désire naturellement assurer au *père naturel* les droits de patron sur l'enfant émancipé, l'acheteur s'engage, par un *contrat de fiducie,* à remanciper l'enfant au père, qui, l'affranchissant alors, consommera l'émancipation sans perdre les droits du patronage, très-importants en ce qui concerne la tutelle et les droits à l'hérédité *ab intestat.*

Si le père avait oublié le *contrat de fiducie*, par lequel l'acheteur s'est obligé à lui remanciper l'enfant, il obtiendrait du préteur, en cas de mort *intestat* de son enfant affranchi, le *bonorum possessio unde decem personæ.*

Pour émanciper une fille, un petit-fils, une petite-fille, il suffit d'une seule mancipation, suivie d'un affranchissement; si c'est le tiers *coemptionator* qui affranchit l'enfant du *mancipium*, c'est lui qui est émancipateur et qui a le droit de succession *ab intestat*, si l'émancipé meurt sans enfants, et qui est tuteur, si l'émancipé est impubère. Que si, au moment de la mancipation unique, il y a eu contrat de fiducie, par lequel le *coemptionator* s'est obligé à remanciper l'enfant au père, — lorsqu'une fois l'enfant est remancipé au père, si le père l'affranchit de son *mancipium*, l'enfant se trouve émancipé par son père qui aura le droit de succéder à l'émancipé mort *intestat* et sans enfants, — et qui sera tuteur, si, au moment de l'émancipation, l'enfant est impubère.

Ainsi, primitivement et pendant longtemps, l'émancipation se fit, pour les fils, par trois mancipations, suivies d'un affranchissement du *mancipium;* pour les filles, par une seule mancipation suivie d'un affranchissement du *mancipium.*

Ces mancipations, employées dans l'émancipation, furent sans doute sérieuses dans le principe, mais elles finirent par ne plus être que *fictives*, c'est-à-dire uniquement faites pour arriver à l'émancipation. Elles pouvaient se faire le même jour et avec la même personne, ou, au contraire, à des jours différents et avec des personnes différentes. (Paul, *Sent.*, II, 25, § 2.)

Supposons que le fils, mancipé pour être émancipé, soit marié. Sous la puissance de qui sera l'enfant conçu de lui après sa première ou seconde mancipation, mais avant que l'émancipation soit accomplie? Gaïus répond à cette question en ces termes : « Celui, qui a été conçu d'un fils mancipé pour la première ou seconde fois, quoiqu'il naisse après la troisième mancipation de son père, se trouve néanmoins sous la puissance de son aïeul, et, par conséquent, peut être émancipé ou donné en adoption par lui. Mais celui

qui a été conçu du fils après la troisième mancipation ne naît pas sous la puissance de son aïeul. Labéon pense qu'il est sous le *mancipium* de la même personne que son père. Mais, d'après le droit dont nous nous servons, tant que le père est sous le *mancipium*, le droit du fils est en suspens; si le père est affranchi du *mancipium*, le fils tombe sous sa puissance; mais si le père meurt, étant encore sous le *mancipium*, le fils devient indépendant. » (Gaïus, I, § 135.)

2° *Formes nouvelles de l'émancipation.* — L'*émancipation anastasienne*, ainsi appelée parce qu'elle fut introduite par l'empereur Anastase, consiste à obtenir de l'empereur un rescrit permettant l'émancipation. (L. 5. C. 8, 49.)

L'empereur décide que le père pourra ainsi émanciper ses enfants *même absents*, ce qui ne se pouvait pas dans la forme précédente. Il faut d'ailleurs le consentement de celui qu'il s'agit d'émanciper, à moins qu'il ne soit *infans*, auquel cas sa non-opposition tient lieu de consentement.

586. 3° *Forme d'émancipation introduite par Justinien.* — L'ascendant qui veut émanciper son descendant n'a qu'à se présenter devant le magistrat et à déclarer que sa volonté est d'émanciper son descendant.

Dans ce cas, le contrat de fiducie est toujours supposé au profit du père émancipateur.

Remarquons que Justinien laisse subsister l'émancipation anastasienne concurremment avec le mode fort simple qu'il introduit.

587. Aux différentes époques du droit romain, pour que l'émancipation fût possible, il fallait que l'enfant ne s'opposât pas à son émancipation. (L. 5. C. 8, 49.)

§ 6. « Les enfants cessent d'être sous la puissance de leur père par l'émancipation. Autrefois, l'émancipation se faisait, en observant les anciennes formes de la loi, au moyen de ventes fictives et de mancipations intermédiaires ou par rescrit du prince. Mais nous avons réformé cela par une constitution, en décidant que les ascendants, abandonnant l'ancienne fiction, devront se présenter directement devant les juges ou magistrats compétents et ils pourront libérer de leur puissance leurs fils, filles, petites-filles ou autres. »

§ 7. « Nous devons avertir que celui qui a sous sa puissance un fils ou un petit-fils ou une petite-fille, nés de ce fils, peut émanciper son fils et retenir sous sa puissance son petit-fils et sa petite-fille; à l'inverse, il peut émanciper le petit-fils ou la petite-fille, et tous autres descendants, en retenant son fils sous sa puissance; il peut aussi les émanciper tous. »

Le chef de famille, pour émanciper son petit-fils, n'a pas besoin du consentement de son fils, duquel ce petit-fils est issu.

§ 9. « Il faut savoir que si tu émancipes ton fils ou si tu le donnes en adoption, pendant que ta bru est enceinte, l'enfant dont elle accouchera sera sous

ta puissance. Que si elle a conçu après l'émancipation ou l'adoption, l'enfant sera sous la puissance de son père émancipé ou de son grand-père adoptif. »

Le fils de famille, une fois émancipé, est *sui juris* et commence une famille nouvelle. (L. 195, § 2. D. 50, 16.) Donc les enfants qui seront conçus et nés de lui, après son émancipation, seront sous sa puissance. Mais son enfant conçu avant son émancipation, quoique né depuis son émancipation, reste sous la puissance de son aïeul.

§ 10. « Les enfants naturels ou adoptifs ne peuvent forcer leurs ascendants à les émanciper. »

588. Il y avait cependant quelques cas où un ascendant pouvait être forcé d'émanciper ses enfants : 1° s'il prostituait ses filles (L. 6. C. 11, 40); 2° s'il maltraitait ses enfants (L. 5. D. 37, 12); 3° la femme *in manu* pouvait, en envoyant le *repudium*, forcer son mari à l'émanciper. « La femme, après avoir envoyé la répudiation, peut forcer son mari à la libérer de la *manus*, comme si elle n'eût jamais été mariée avec lui. » (Gaïus, I, § 137.)

589. VI. **Quand le père donne son fils en adoption à un autre.**

§ 8. « Si un père donne son fils en adoption à l'ascendant de son fils, d'après notre constitution, c'est-à-dire en déclarant sa volonté dans un acte devant le magistrat, en présence et sans opposition de l'adopté et en présence de l'adoptant, la puissance paternelle du père s'éteint et passe à l'ascendant adoptant, pour lequel l'adoption est complète. »

Avant Justinien, lorsqu'un père donnait son fils en adoption à un citoyen romain quelconque, l'adoptant acquérait la puissance paternelle sur l'enfant adopté. Mais nous avons vu que Justinien décida que si l'enfant est adopté par un de ses ascendants, l'ascendant adoptant acquiert la puissance paternelle; que si l'enfant est adopté par un *extraneus*, l'adoptant *extraneus* n'acquiert plus la puissance paternelle sur l'adopté qui reste sous la puissance et dans la famille de son père. (N° 465.)

590. VII. **Lorsqu'un père donne sa fille in manu par coemptio.** — « Les femmes qui ont fait *coemptio* par mancipation sont libérées de la puissance paternelle, et il importe peu qu'elles entrent sous la *manus* de leur mari ou sous la *manus* d'un tiers, *extraneus*; quoique celles-là seules soient *in loco filiarum*, qui sont sous la *manus* de leur mari. » (Gaïus, I, § 136, d'après la restitution proposée par Lachmann. *Voy.* les *Institutes* de Gaïus, traduites et commentées par M. Pellat.)

Si un enfant émancipé se montre ingrat envers son père émancipateur, il perd le bénéfice de l'émancipation, est replacé en puissance paternelle ; en un mot, l'émancipation est révoquée. (L. *un.*, *De ingratis liberis*. C. 8, 50.)

ARTICLE III. — FEMMES IN MANU

591. A l'époque de Gaïus, indépendamment de la *dominica potestas* et de la *patria potestas*, il y avait une autre puissance, connue des Romains, appelée *manus*. C'était une puissance particulière à laquelle pouvaient se trouver soumises les femmes. Cette puissance n'était pas du droit des gens, mais du droit civil : elle ne pouvait appartenir qu'aux citoyens romains. (Gaïus, I, § 108.)

La *patria potestas* et la *dominica potestas* s'appliquaient aux personnes des deux sexes. Les femmes seules pouvaient être *in manu*. (Gaïus, I, § 109.)

En quoi consistait cette puissance appelée *manus?* C'était une puissance analogue à la puissance paternelle. En effet, la femme qui se trouvait *in manu mariti* était assimilée à une fille de son mari, elle était *loco filiæ mariti*. Si le mari était lui-même sous la puissance paternelle de son père, la femme *in manu* était bien encore *loco filiæ mariti*, mais elle devenait, en même temps, la petite-fille du père de son mari et c'était le père du mari qui exerçait la *manus* sur elle. De même que la femme *in manu* devenait la fille de son mari, de même elle devenait la sœur de ses enfants, vis-à-vis desquels elle était *loco sororis*. La femme, par cela seul qu'elle entrait sous la *manus* de son mari, sortait de la famille et de la puissance paternelle de son père, y perdait tous ses droits d'agnation et de succession, pour entrer dans la famille de son mari et y acquérir les droits d'agnation et de succession. Tous les biens que la femme avait au moment où elle tombait *in manu* devenaient la propriété du mari. Tous les biens qu'elle acquérait par la suite appartenaient au mari, de même que ce qui est acquis par la fille est acquis au père. Enfin le mari qui avait la *manus* sur sa femme pouvait la manciper, l'aliéner à un tiers.

592. Il faut bien remarquer que la *manus* ne résultait pas du mariage. En d'autres termes, tout mari n'avait pas sur sa femme la *manus* par le seul fait du mariage. Pour avoir la *manus* sur sa femme, le mari devait l'acquérir. Or Gaïus nous apprend qu'il y avait trois moyens, trois modes par lesquels un mari pouvait acquérir la *manus* sur sa femme : 1° l'*usus;* 2° la *confarreatio;* 3° la *coemptio*.

593. 1° *L'usus*. — L'*usus* était l'usucapion appliquée à la personne de la femme. Le mari acquérait la *manus* sur sa femme par l'*usus*, par l'usucapion, lorsqu'il l'avait possédée pendant une année entière, c'est-à-dire lorsque la femme était restée une année entière sans s'absenter du domicile conjugal. Mais la femme pouvait empêcher l'usucapion et éviter la *manus* en s'absentant, chaque année, pendant trois nuits consécutives, de la maison conjugale. « Une femme, dit Gaïus, passe sous la *manus* du mari par l'*usus*, quand elle reste en état de mariage une année de suite, car elle est en quelque sorte usucapée par une possession annuelle. Mais, d'après la loi des Douze Tables, la femme qui ne veut pas passer de cette manière sous la *manus* de son mari n'a qu'à s'absenter pendant trois nuits du domicile du mari : par là elle interrompt l'usucapion de cette année-là. » (Gaïus, I, § 111.) Mais Gaïus ajoute que, de son temps, l'*usus* est déjà tombé en désuétude comme mode d'acquérir la *manus*.

594. 2° *La confarreatio*. — La *confarreatio* était un mode d'acquérir la *manus*, consistant en un sacrifice dans lequel on employait un gâteau de froment, *farreus panis*. Ce sacrifice devait être fait en présence de dix témoins et avec des formalités et rites, accompagnés de paroles sacramentelles : « Les femmes, dit Gaïus, sont soumises à la *manus* par *confarreatio* au moyen d'un certain sacrifice dans lequel on emploie un gâteau de froment, *farreus panis* : de là le mot *confarreatio*. Mais cet acte juridique devait être fait avec des formalités et rites, accompagnés de paroles sacramentelles, en présence de dix témoins. Cette cérémonie est encore en usage de nos jours. » (Gaïus, I, § 112.)

La *confarreatio* avait une certaine importance au point de vue religieux ; car ce n'étaient que ceux qui étaient nés de parents *confarreati*, c'est-à-dire dont le mariage avait été accompagné de la *confarreatio*, qui étaient aptes à remplir les fonctions sacerdotales de *flamines majores*. (N° 35.)

La *confarreatio* produisait la *manus* immédiatement, aussitôt qu'elle avait eu lieu.

595. 3° *La coemptio*. — La *coemptio* n'était pas autre chose que la mancipation de la personne de la femme faite au mari par la femme elle-même ou par son père, si elle était en puissance paternelle. « Les femmes, dit Gaïus, passent sous la *manus* par *coemptio*, au moyen d'une mancipation, en présence de cinq témoins citoyens romains et d'un *libripens*, porte-balance. » (Gaïus, I, § 113.)

596. La femme se mancipe elle-même à son mari si elle est *sui juris*. Que si elle est *alieni juris*, c'est l'ascendant sous la puissance

duquel elle est qui la mancipe au mari, ou elle se mancipe elle-même avec la permission de son ascendant. La *coemptio* produit la *manus* immédiatement.

597. La femme peut faire la *coemptio*, soit *matrimonii causa*, soit *fiduciæ causa*.

La femme fait la *coemptio matrimonii causa* quand elle veut entrer sous la *manus* de son mari, et alors elle ne peut faire la *coemptio* qu'avec son mari.

La femme fait la *coemptio fiduciæ causa* lorsqu'elle veut, non pas entrer sous la *manus* du mari, mais atteindre un autre but, et alors elle peut faire la *coemptio* soit avec son mari, soit avec un tiers, *extraneus*. C'est ce que nous apprend Gaïus : « La femme peut faire *coemptio*, non-seulement avec son mari, mais encore avec un tiers, *extraneus*. Voilà pourquoi on dit que la *coemptio* est faite soit pour cause de mariage, *matrimonii causa*, soit pour cause de fiducie, *fiduciæ causa*. En effet, la femme qui a fait *coemptio* avec son mari, pour être vis-à-vis de lui dans la position d'une fille, est dite avoir fait *coemptio* pour cause de mariage, *matrimonii causa;* mais celle qui fait *coemptio pour un autre but*, avec son mari ou avec un tiers, *extraneus*, par exemple pour éviter la tutelle, *tutelæ evitandæ causa*, est dite avoir fait *coemptio* pour cause de fiducie, *fiduciæ causa*. » (Gaïus, I, § 114.) Voici comment les choses se passent : si une femme ne veut plus des tuteurs qu'elle a et désire en obtenir un autre, elle fait, autorisée par eux, *coemptio* avec un tiers, *extraneus;* ensuite, remancipée par ce tiers *coemptionator* à celui qu'elle désigne, elle a alors pour tuteur celui qui l'a affranchie, et ce tuteur est appelé tuteur fiduciaire, *tutor fiduciarius*. — Autrefois, la *coemptio fiduciæ causa* pouvait avoir lieu aussi *dans le but de faire un testament*, *testamenti faciendi gratia;* car alors, à l'exception de quelques personnes, les femmes n'avaient le droit de faire un testament qu'autant qu'elles avaient fait la *coemptio* et qu'elles avaient été remancipées et affranchies. Mais un sénatus-consulte, rendu sur la proposition d'Adrien, dispensa les femmes de la nécessité de faire une *coemptio* pour pouvoir tester. » (Gaïus, I, §§ 115, 115 *a*.)

598. Ainsi, d'après ce texte de Gaïus, la *coemptio fiduciæ causa* peut être faite par une femme, soit avec son mari, soit avec un tiers, *extraneus*. Ici la femme entre bien sous la *manus*, soit du mari, soit du tiers *coemptionator*, mais la *manus* ne leur est pas acquise d'une manière difinitive. La *manus* ne peut être acquise d'une manière définitive qu'au mari et seulement quand la femme a fait avec lui la *coemptio matrimonii causa*. Au contraire, quand

la femme fait la *coemptio*, soit avec son mari, soit avec un tiers, mais *fiduciæ causa*, ce n'est pas pour faire acquérir au mari ou au tiers une *manus* définitive, c'est pour arriver à l'un ou à l'autre des deux buts suivants, qu'on vient sommairement d'indiquer :

1° *Tutelæ evitandæ causa.* — Une femme ne veut plus des tuteurs qu'elle a et veut en avoir un autre; alors elle fait *coemptio* avec Titius, c'est-à-dire elle se mancipe à Titius, qui acquiert sur elle la *manus* et qui prend vis-à-vis d'elle le nom de *coemptionator*. Mais cette mancipation que fait la femme de sa personne est accompagnée d'un contrat, appelé contrat de fiducie, par lequel Titius s'oblige à remanciper la femme à celui qu'elle lui désignera. En conséquence, le coemptionateur la remancipe à un autre qu'elle lui désigne, par exemple, à Mævius. Mævius affranchit la femme par la vindicte et devient son tuteur. On voit qu'ici Titius, avec lequel la femme a fait *coemptio fiduciæ causa*, n'a eu la *manus* sur la femme qu'un seul instant de raison, parce que la femme a fait avec lui *coemptio*, non pas pour entrer définitivement sous sa *manus*, mais *pour changer de tuteurs*.

2° *Testamenti faciendi gratia.* — Autrefois les femmes, à l'exception de quelques-unes, n'avaient le droit de tester qu'autant qu'elles avaient fait *coemptio* et qu'elles avaient été remancipées et affranchies. Ainsi, par exemple, voici une femme qui veut tester : elle se mancipe à Titius, avec contrat de fiducie, par lequel Titius s'oblige à la remanciper à un tiers qu'elle lui désignera. En conséquence, Titius remancipe la femme à Mævius qu'elle lui désigne. Mævius affranchit la femme qui, dès lors, est capable de tester. Ici encore Titius n'a eu la *manus* qu'un moment.

Quelles étaient les femmes qui, par exception, avaient dans l'ancien droit romain le droit de tester sans faire la *coemptio?* C'étaient les vestales : « Dès qu'une jeune fille a été *prise*, qu'elle a touché le seuil du temple de Vesta et qu'elle a été livrée aux pontifes, elle est, sans émancipation ni perte de ses droits, soustraite à la puissance paternelle et acquiert le droit de tester. » (Aulu-Gelle, I, 12.) — Quant aux femmes *sui juris*, elles étaient sous la tutelle perpétuelle de leurs agnats et ne pouvaient tester qu'après y avoir été autorisées par leurs tuteurs. Quant aux femmes *alieni juris*, *filiæ familias*, elles ne pouvaient pas tester, parce qu'elles n'avaient pas de biens. Quant aux affranchies, elles sont *sui juris*, elles peuvent avoir des biens, mais elles ne peuvent tester qu'après y avoir été autorisées par leur patron. (Gaïus, III, § 43.)

Dans les deux cas de *coemptio fiduciæ causa* : 1° *tutelæ evitandæ*

causa, 2° *testamenti faciendi gratia*, on disait que la *coemptio* se faisait *fiduciæ causa*, parce que, au moment où la femme se mancipait, faisait la *coemptio*, elle faisait avec son coemptionateur un *contrat de fiducie* par lequel le coemptionateur s'obligeait à remanciper la femme à un tiers par elle désigné.

599. La *manus* acquise par le mari, *matrimonii causa*, cesse : 1° par la mort du mari; 2° par la mort de la femme ; 3° par le divorce. — Si le mari avait acquis la *manus* par la *confarreatio*, s'il voulait ensuite répudier sa femme, les époux devaient accomplir un sacrifice analogue à la *confarreatio*, mais en sens inverse, et appelé pour cela *diffarreatio*.

La *manus* finit par tomber en désuétude et, à l'époque de Justinien, il y a longtemps que cette puissance n'existe plus. Voilà pourquoi il n'en est pas question aux *Institutes*.

ARTICLE IV. — PERSONNE IN MANCIPIO

600. Au temps de Gaïus, il y avait encore une autre puissance, appelée *mancipium*. C'était une puissance particulière à laquelle pouvaient se trouver soumises des personnes libres. C'était une puissance analogue à la *dominica potestas*.

« Tous les enfants, dit Gaïus, du sexe masculin ou du sexe féminin, qui sont sous la puissance paternelle de leur ascendant, peuvent être mancipés par lui de la même manière que les esclaves peuvent être mancipés par leur maître. » (Gaïus, I, § 117.) « Il en est de même pour les femmes qui sont *in manu*, parce que les femmes peuvent être mancipées par leurs coemptionateurs de la même manière que les enfants sont mancipés par leurs ascendants ; de sorte que, bien qu'il n'y ait que la femme mariée au *coemptionator* qui soit vis-à-vis de lui *loco filiæ*, néanmoins celle-là même, qui n'a pas été épousée et qui n'est pas vis-à-vis du *coemptionator loco filiæ*, peut être mancipée par lui. » (Gaïus, I, § 118.)

Ainsi les personnes libres qui peuvent être soumises au *mancipium*, au moyen de la mancipation, sont : 1° les enfants, fils ou filles, petits-fils ou petites-filles, mancipés par l'ascendant qui a sur eux la puissance paternelle ; 2° les femmes, données *in manu* par *coemptio* et qui sont remancipées à un tiers par leur *coemptionator*. (N° 597.)

601. Mais pourquoi un ascendant donnait-il ainsi ses enfants en *mancipium* à un autre citoyen romain ? Quelquefois un père pressé par la nécessité mancipait son enfant pour en tirer profit.

(Paul, *Sent.*, V, I, § 1.) — Le plus souvent les ascendants ne mancipaient leurs descendants que pour les faire sortir de leur puissance, que pour les émanciper ou les donner en adoption. — Même observation pour le *coemptionator* dans ses rapports avec la femme *in manu*. Quelquefois un père mancipait son enfant *noxali causa*. (N° 441.)

602. Les personnes libres sont soumises au *mançipium* au moyen d'une mancipation : « La mancipation est une aliénation solennelle, faite en présence de cinq citoyens romains pubères et, en outre, d'un sixième citoyen romain pubère qui tient une balance d'airain et qui s'appelle porte-balance, *libripens*. Celui qui reçoit une personne sous son *mancipium*, tenant d'une main cette personne, dit : « J'affirme que cet homme est mien d'après le droit des « Quirites, et il a été acheté par moi avec cet airain et cette balance « d'airain. » Ensuite il frappe la balance avec le morceau d'airain et le donne, pour prix, à celui qui fait la mancipation. » Voici les paroles sacramentelles de la mancipation : « *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio, isque mihi emptus est hoc ære æneaque libra.* » (Gaïus, I, § 119.)

Celui auquel une personne libre est mancipée n'acquiert pas sur elle la propriété, le *dominium*, mais cette puissance particulière appelée *mancipium*.

Celui qui est *in mancipio* est dans une situation analogue à celle de l'esclave. Toutefois, s'il y avait entre le *mancipium* et l'esclavage certaines ressemblances, il y avait aussi des différences.

603. *Ressemblances.* — 1° Celui qui était *in mancipio* ne pouvait, de même que l'esclave, avoir un patrimoine propre : ce qu'il acquérait était acquis à celui sous le *mancipium* duquel il était (Gaïus, II, §§ 86, 90) ; 2° celui qui était *in mancipio* pouvait être transmis à un autre par mancipation ou succession par celui sous le *mancipium* duquel il était, comme l'esclave pouvait être aliéné par son maître ; 3° celui qui était *in mancipio* en était libéré par les mêmes modes que ceux par lesquels l'esclave était libéré de la servitude, c'est-à-dire par l'affranchissement *censu*, *vindicta*, *testamento* ; 4° les rapports d'affranchi et de patron et les droits de succession existaient entre l'homme libéré du *mancipium* et celui qui l'en avait affranchi, comme les mêmes rapports s'établissaient entre l'esclave affranchi et son patron.

604. *Différences entre le mancipium et la servitude.* — 1° L'homme libre sorti du *mancipium* est considéré comme ayant toujours été ingénu ; l'homme libre qui devient esclave, et est ensuite libéré de la servitude, n'est plus ingénu, mais affranchi ; 2° le mariage de celui

qui passe sous le *mancipium* subsiste ; le mariage de l'homme qui devient esclave est dissous ; 3° l'enfant conçu d'un père soumis au *mancipium* est *sui juris*, tant que son père reste *in mancipio*, mais il tombe sous la puissance paternelle de son père, si celui-ci sort du *mancipium* ; quant aux enfants conçus *avant* la troisième mancipation qui a constitué leur père *in mancipio*, ils naissent sous la puissance de leur grand-père ; 4° l'esclave est susceptible de propriété et de possession ; l'homme libre *in mancipio* n'est susceptible ni de propriété ni de possession (Gaïus, II, § 90) ; 5° celui qui a le *mancipium* sur une personne n'a pas le droit de l'outrager ; s'il l'outrage, il est tenu d'une action d'injures. (Gaïus, I, § 141.) Au contraire, le maître n'est jamais tenu d'une action d'injures à raison de ses outrages envers son esclave ; 6° les restrictions apportées par les lois *Ælia Sentia* et *Fusia Caninia* aux affranchissements des esclaves ne s'appliquent pas aux affranchissements des personnes *in mancipio* (Gaïus, I, § 139) ; 7° l'individu *in mancipio*, à la différence de l'esclave, peut exiger son affranchissement, sauf les restrictions ci-après. (N° 605.)

« Si l'on demande, dit Gaïus, quelle différence il y a entre la coemption d'une femme et la mancipation, cette différence consiste en ce que la femme qui fait une coemption ne tombe pas sous une condition servile, tandis que les hommes ou les femmes mancipés par les ascendants ou les coemptionateurs sont placés au rang des esclaves, tellement qu'ils ne peuvent recevoir ni une hérédité ni des legs de celui dans le mancipe duquel ils sont, qu'autant qu'ils sont aussi déclarés libres dans le même testament, selon la règle établie pour la personne des esclaves. Mais la raison de cette différence est manifeste, puisque les parents et coemptionateurs font cette mancipation avec les mêmes paroles qu'on emploie dans la mancipation des esclaves, ce qui n'a pas lieu pareillement dans la coemption. » (Gaïus, I, § 123, traduction de M. Pellat, qui a suppléé dans ce texte les mots qui manquaient dans le manuscrit des œuvres de Gaïus.) Mais Gaïus n'indique pas quelles étaient les paroles de la *coemptio*, de sorte que nous ne pouvons pas savoir quelle différence il y avait entre les paroles de la mancipation et les paroles de la *coemptio*.

605. Comment cesse le *mancipium* ? Le *mancipium* cesse par les mêmes modes que l'esclavage, c'est-à-dire par l'affranchissement *censu*, *vindicta*, *testamento*.

Bien plus, celui qui est sous le *mancipium* peut toujours s'en affranchir, mais seulement par l'affranchissement *censu*, malgré la volonté de celui sous le *mancipium* duquel il est, excepté dans deux

cas : 1° quand un enfant a été mancipé par son ascendant *contracta fiducia ;* 2° quand un enfant a été mancipé par son ascendant *noxali causa*. C'est ce que nous apprend Gaïus : « Ceux qui sont sous le *mancipium* peuvent obtenir la liberté *par le cens*, malgré celui sous le *mancipium* duquel ils se trouvent. Il faut excepter l'enfant que son père a donné en *mancipium* sous la condition qu'il lui serait remancipé (*contracta fiducia*) ; car alors le père paraît, en quelque sorte, se réserver la puissance qui lui est propre, par cela seul qu'il s'assure le retour de son fils par la remancipation. De même, ne peut pas obtenir la liberté par le cens, malgré celui sous le *mancipium* duquel il est, celui que son père a donné en *mancipium pour cause noxale ;* par exemple, lorsqu'un père, condamné à raison du vol commis par son fils, a donné celui-ci en *mancipium* au demandeur, car alors le demandeur l'a reçu en payement de l'argent qui lui était dû à raison du vol. » (Gaïus, I, § 140.)

606. Le *mancipium* finit par ne plus être que fictif le plus souvent. En effet, dès le temps de Gaïus, les ascendants ne mancipaient plus guère leurs enfants que pour les faire sortir de leur puissance, pour les émanciper ; les coemptionateurs ne mancipaient les femmes, à eux données en *coemptio*, que pour les mettre à même de tester ou de changer de tuteurs : « La plupart du temps, les personnes libres ne sont mancipées par les ascendants et par les coemptionateurs que quand ceux-ci veulent les faire sortir de leur puissance. » (Gaïus, I, § 118 *a.*) « Elles ne sont pas retenues longtemps dans le *mancipium ;* mais elles n'y entrent le plus souvent que pour la forme, pendant un moment, à moins qu'elles n'aient été mancipées pour cause noxale. » (Gaïus, I; § 141.)

A l'époque de Justinien, il y a longtemps que le *mancipium* est tombé en désuétude ; aussi il n'en est pas question dans les *Institutes.*

CHAPITRE II

PERSONNES SUI JURIS

TABLEAU d'ensemble des SUI JURIS. *incapables.*

ARTICLE Ier. — SUI JURIS *capables*. — Sont capables toutes les personnes qui ne sont pas incapables.— Il n'y a pas de développement à donner à ce point.

ARTICLE II.

§ Ier. TUTELLE.
- I. Tutelle en général.
- II. Comment sont désignés les tuteurs.
- III. Fonctions du tuteur.
- IV. Comment finit la tutelle.
- V. Comptes de tutelle.
- VI. Tutelle des femmes.

§ II. CURATELLE.
- I. Généralités.
- II. Des *prodigi* et *furiosi*, etc.
- III. Des mineurs de 25 ans.
- IV. Du *mente captus*, du sourd, etc.
- V. Des pupilles.

§ III. RÈGLES communes à la *tutelle* et à la *curatelle*.
- I, II, III, IV, V.
- VI. Garanties accordées aux personnes en tutelle ou en curatelle.
- VII. Incapacité. — Exclusion. — Excuses.
- VIII. Tuteurs suspects.

ARTICLE II. — SUI JURIS INCAPABLES

§ Ier. — TUTELLE

(*Inst.* I, XIII.)

Pr. « Passons maintenant à une autre division des personnes. Parmi les personnes qui ne sont pas sous la puissance d'autrui (qui sont *sui juris*), les unes sont en tutelle ou en curatelle; les autres n'y sont pas soumises. Voyons donc celles qui sont en tutelle ou curatelle; par là même, nous saurons quelles sont les personnes dont l'indépendance est complète. Traitons d'abord des personnes qui sont en tutelle. »

§ 1. « *Est autem tutela, ut Servius definivit, vis ac potestas, in capite libero, ad tuendum eum qui propter ætatem se defendere nequit, jure civili data ac permissa.* La tutelle, d'après la définition de Servius, est un pouvoir et une puissance sur une personne libre, donnée et permise par le droit civil, pour protéger celui qui ne peut se défendre à cause de son âge. »

607. I. **Tutelle en général.** — Je crois que, dans cette définition de la tutelle, les mots *vis ac potestas* forment pléonasme, comme dans plusieurs autres textes du droit romain. Ainsi le § 3 (*Inst.*, IV, XV) dit, en parlant de l'interdit *quorum bonorum* : « *Ejus vis ac potestas hæc est.* » De même le jurisconsulte Celsus dit :. « *Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem.* La science des lois ne consiste pas à en savoir les termes, mais à en connaître la force et la puissance. » (L. 17, D. 1, 3.)

Toutefois, des auteurs ont prétendu donner à ces expressions un sens différent : suivant les uns, le mot *vis* désignerait le pouvoir du tuteur sur la personne du pupille ; le mot *potestas* désignerait le pouvoir du tuteur sur les biens du pupille. Suivant d'autres, le mot *vis* indiquerait le pouvoir qu'a le tuteur d'agir seul dans les actes d'administration qu'il fait pour le pupille, et le mot *potestas* indiquerait le pouvoir qu'a le tuteur d'assister aux actes de droit que fait le pupille, en lui donnant son *auctoritas*.

608. Quoi qu'il en soit, d'après le texte, la tutelle est une puissance sur une personne libre, *in capite libero*, c'est-à-dire libre de toute autre puissance : libre de la puissance dominicale et de la puissance paternelle, en un mot sur une personne *sui juris*. *Ad tuendum eum* : la tutelle est donc une puissance de protection. La puissance du tuteur est une puissance de protection, organisée en faveur de ceux qui y sont soumis et non en faveur de ceux qui ont cette puissance. Quoique la tutelle soit une puissance de protection, il y a cependant, chez le tuteur, un certain pouvoir, une certaine puissance à l'égard du pupille. En effet, celui qui est en tutelle n'est pas complétement indépendant, car il y a beaucoup d'actes de droit qu'il ne peut pas faire sans l'*auctoritas* de son tuteur, et, sous ce rapport, il est bien soumis à une espèce de puissance.

609. Sont en tutelle ceux qui, à cause de leur âge, *propter ætatem*, ne peuvent se défendre. Cet âge est l'impuberté. Il n'y a, en tutelle, que les impubères *sui juris*. Or, les impubères *sui juris* sont ceux qui, âgés de moins de quatorze ans, sont libres de toute puissance paternelle ou dominicale. On les appelle encore *pupilli*, pupilles (de *puer*, *pueri*). Quelquefois le mot *pupillus* désigne aussi l'impubère qui se trouve en puissance paternelle. (L. 141, § 2. D. 45, 1.)

A l'époque de Gaïus, il y avait encore des personnes qui étaient en tutelle, non pas à raison de la faiblesse de leur âge, mais *propter animi levitatem*, à raison de la légèreté de leur esprit : c'étaient les femmes. — Cette tutelle des femmes a disparu sous Justinien. (V. nos 700 et suiv.)

...*Jure civili data ac permissa.* — En effet, quelquefois la loi elle-même désigne ceux qui seront tuteurs d'un impubère *sui juris*; en pareil cas, on peut dire que la tutelle est *data jure civili*. Mais la loi permet aussi à un chef de famille de nommer, par testament, un tuteur à ceux de ses enfants qui, après sa mort, en auront besoin : on peut dire, dans ce cas, que cette tutelle est *permissa jure civili*.

610. La tutelle des impubères est-elle une institution du droit naturel ou une institution du droit civil? D'après le § 1 de notre titre, il semble que la tutelle doit être considérée comme une institution du droit civil, puisque, d'après ce texte, la tutelle est *data ac permissa jure civili*. Mais Gaïus dit : « *Impuberes quidam in tutela esse omnium civitatum jure contingit, quia id est naturali rationi conveniens ut is qui perfectæ ætatis non sit, alterius tutela regatur.* Que les impubères soient en tutelle, c'est ce qui a lieu d'après le droit de toutes les cités, parce qu'il est conforme à la raison naturelle que celui qui n'est pas d'un âge parfait soit dirigé par la tutelle d'un autre. » (Gaïus, I, § 189.) C'est ce que dit aussi Justinien : « *Impuberes in tutela esse naturali juri conveniens est, ut is qui perfectæ ætatis non sit, alterius tutela regatur.* » (*Inst.*, I; XX, § 6.)

Il est facile de concilier ces textes. En effet, il est certain que la tutelle des impubères est une institution du droit naturel ou des gens, parce qu'il est conforme à la nature que les enfants soient protégés et parce qu'on la retrouve chez tous les peuples. Mais le droit civil romain, notamment la loi des Douze Tables, ayant organisé la tutelle, à Rome, d'une manière particulière, lui ayant appliqué des règles à lui propres, on peut dire aussi, à ce point de vue, que la tutelle est une institution du droit civil romain. — Quant à la tutelle perpétuelle des femmes, que nous étudierons plus tard, elle n'était pas une institution du droit des gens, mais du droit civil. En effet, il n'est pas conforme à la nature que les femmes soient toute leur vie en tutelle ; aussi la tutelle perpétuelle des femmes ne se rencontrait pas chez les autres peuples de l'antiquité.

§ 2. « Les tuteurs sont ceux qui ont ce pouvoir et cette puissance. De là, on les appelle tuteurs pour indiquer que ce sont des protecteurs, *tuitores*, défenseurs, de même qu'on appelle *ædilui*, édiles, ceux qui protégent les édifices. »

Il y avait, chez les Romains, six espèces de tutelle : 1° la tutelle testamentaire ; 2° la tutelle légitime des agnats ; 3° la tutelle légitime du patron et des fils du patron ; 4° la tutelle de l'ascendant émancipateur ; 5° la tutelle fiduciaire ; 6° la tutelle dative ou déférée par le magistrat.

611. II. **Comment sont désignés les tuteurs.**

1° *De la tutelle testamentaire.*

A. PAR QUI ET A QUI UN TUTEUR TESTAMENTAIRE PEUT-IL ÊTRE DONNÉ? — La tutelle testamentaire est préférée à toute autre, c'est pourquoi elle tient ici la première place ; et en effet ce n'est qu'à son défaut qu'on a recours aux autres tutelles.

§ 3. « Il est permis aux ascendants de donner, par testament, des tuteurs à leurs descendants impubères qu'ils ont sous leur puissance. Cela est absolument vrai pour le fils et pour la fille ; quant aux petits-fils et petites-filles, les ascendants ne peuvent leur donner un tuteur qu'autant qu'ils ne doivent pas, après sa mort, se trouver sous la puissance de leur père. En conséquence, si, au moment de ta mort, tu as ton fils sous ta puissance, tes petits-fils issus de lui ne pourront recevoir de toi des tuteurs par testament, quoiqu'ils soient sous ta puissance, parce qu'après ta mort ils doivent tomber sous la puissance de leur père. »

§ 4. « Comme, le plus souvent, on regarde les posthumes comme déjà nés, il a plu de décider qu'on pourrait donner des tuteurs par testament aux posthumes, aussi bien qu'aux enfants déjà nés, pourvu qu'ils soient dans une situation telle qu'en les supposant nés du vivant de leurs ascendants, il eussent été héritiers siens et sous la puissance de ces ascendants. »

612. Qui peut nommer des tuteurs testamentaires ? D'après la loi des Douze Tables, le chef de famille avait le droit de nommer des tuteurs, par testament, à ses enfants et descendants : « *Uti quisque pater familias super pecunia tutelave* [1] *suæ rei, ita jus esto.* » (Ulp., *Reg.*, XI, § 14.) Le droit de nommer un tuteur par testament est un attribut de la puissance paternelle. En conséquence, c'est seulement l'ascendant, qui a la puissance paternelle, qui peut nommer des tuteurs par testament à ses descendants ou à ceux qu'il a en sa puissance. Ainsi, tout d'abord, le chef de famille ne peut nommer de tuteur qu'à ceux de ses descendants qui, à sa mort, en auront besoin, c'est-à-dire à ceux qui, à sa mort, seront *sui juris* et impubères. Si le chef de famille a sous sa puissance des fils et filles impubères, à sa mort, ces fils et filles deviendront *sui juris* : il peut leur nommer des tuteurs. De même, si un chef de famille a sous sa puissance des petits-enfants impubères, dont le père est déjà mort ou émancipé, il peut leur nommer un tuteur, car, à sa mort, ils seront impubères et *sui juris* ; mais si leur père est vivant et non émancipé, leur aïeul ne peut leur nommer un tuteur, car ces petits-enfants n'en ont pas besoin, attendu qu'à sa mort, ils tomberont sous la puissance de leur père : ils ne seront pas *sui juris* (§ 3).

Un père de famille ne pourrait pas davantage donner un

---

1. Il est à peine besoin de faire remarquer que, dans ce texte, il faut remplacer la disjonctive *ve* par la conjonction *que* ; en effet, comme on le verra plus loin, il n'y a pas de nomination de tuteur sans institution d'héritier.

tuteur à ses filles passées *in manum mariti*, ainsi qu'à ses petits-enfants *ex filiabus*, car il n'a pas sur eux la puissance paternelle.

En même temps qu'il nomme des tuteurs à ses enfants par testament, tout chef de famille doit instituer un héritier, parce qu'il n'y a pas de testament valable sans une institution d'héritier. Le testateur doit donc dire, par exemple : *Titus heres esto. Mævius filii mei tutor esto.*

D'après l'ancien droit romain, le chef de famille pouvait encore nommer un tuteur à sa femme *in manu*, ou à celle de son fils en puissance, puisqu'elle était alors vis-à-vis de lui *loco filiæ* ou *loco neptis;* il pouvait aussi nommer des tuteurs à ses filles même pubères, nubiles, puisqu'elles devaient être en tutelle toute leur vie. — Le mari pouvait donner à sa femme *in manu* l'*optio tutoris plena* ou *angusta*. (V. nos 700 et suiv.)

Le chef de famille peut aussi nommer des tuteurs par testament à son fils ou petit-fils posthume. Le fils posthume est l'enfant né au testateur après sa mort : il a besoin d'un tuteur, car il est impubère et *sui juris;* son père a pu lui en nommer par testament. — Titius a sous sa puissance un fils, Primus, lequel est marié et meurt laissant sa femme enceinte ; Titius peut également, avant de mourir, nommer par testament un tuteur à son petit-fils posthume, dont sa bru est enceinte. — Ces dispositions sont remarquables, parce qu'il est de principe qu'on ne peut insérer dans un testament une disposition quelconque qu'autant qu'elle concerne une personne *certaine.*

613. Rien n'empêche le père de famille de donner à un seul pupille, qui est en sa puissance, plusieurs tuteurs. Mais dans ce cas il faut que tous ces tuteurs aient identiquement la même mission, les mêmes pouvoirs ; autrement on violerait la règle : *tutor personæ, non rei, datur*. (V. plus loin, nos 658 et suiv.)

§ 5. « Si un père a nommé un tuteur testamentaire à son fils émancipé, ce tuteur devra être confirmé par le président de toute manière, *omni modo*; c'est à-dire sans enquête. »

614. La nomination d'un tuteur à un enfant émancipé ou *sui juris* est nulle en principe ; il y a cependant des exceptions. Ainsi :

1° La mancipation faite par l'*émancipateur devra* être confirmée par le magistrat *omni modo*, c'est-à-dire sans enquête ; 2° le père d'un enfant naturel né d'un concubinat, quoiqu'il n'ait pas sur lui la puissance paternelle, peut lui nommer un tuteur par testament, si en même temps il lui laisse quelques biens par institution d'héritier ou par legs. Dans ce cas, le tuteur nommé pourra être confirmé par le magistrat après enquête ; mais s'il ne lui a rien laissé, la

nomination du tuteur sera nulle. (L. 7 pr. D. 26, 3. L. 4. C. 5, 29.)

Si la mère nomme un tuteur à son enfant par testament, pourvu qu'en même temps elle ait institué son enfant héritier, le tuteur pourra être confirmé par le magistrat après enquête. (L. 2. D. 26, 3. — L. 4. D. 26, 2. — L. 4. C. 5, 28.) C'est là une dérogation absolue aux principes fondamentaux de la tutelle, qui excluent les femmes de toute participation à la nomination des tuteurs.

Enfin il fut admis que si une personne quelconque, *quivis extraneus*, instituait un impubère héritier et lui nommait un tuteur par testament, et si, de plus, l'enfant n'avait pas d'autres biens que ceux qui lui sont laissés par le testateur, les magistrats devraient confirmer cette nomination, après enquête. (L. 4. D. 26, 3.) L'enquête, dans les divers cas où elle est exigée, doit porter sur la fortune du tuteur, sur sa moralité et sa capacité. (L. 21. D. 26, 5.)

615. *B.* FORMES. — La volonté du testateur doit être *exprimée* en termes *impératifs*, dans un *testament valable*, ou, plus tard, dans un codicille confirmé par le testament.

Les Proculiens et les Sabiniens discutaient sur la question de savoir si la nomination du tuteur, faite avant l'*heredis institutio*, était ou non valable. En effet, dans la rigueur des principes, toute disposition écrite avant l'*heredis institutio* était nulle. — Justinien trancha la question, en décidant, avec les Proculiens, que non-seulement la nomination d'un tuteur, mais encore les legs et affranchissements seraient valables, bien qu'inscrits avant l'institution d'héritier.

La volonté du testateur doit être évidemment claire et non équivoque, aussi bien dans la désignation du tuteur que dans celle des enfants auxquels il entend donner un tuteur; quant à ce dernier point, pas de difficulté si le testateur a désigné nommément les enfants qui doivent recevoir tel individu pour tuteur testamentaire; mais que décider s'il s'est servi d'un terme général? On doit ici interpréter sa volonté d'après les données suivantes :

§ 5. « Si un testateur a donné des tuteurs à ses filles ou à ses fils, il est censé les avoir donnés même à celles ou à ceux qui sont posthumes, parce que le fils posthume et la fille posthume sont aussi désignés par les mots *fils* ou *filles*. Mais s'il s'agit de petits-fils, faut-il aussi les considérer comme désignés par cette expression *fils*, et considérer la nomination du tuteur comme faite aussi pour eux? Oui, si le défunt a employé le mot enfants, *liberos*; non, s'il a dit fils, *filios*. Autres, en effet, sont les *fils;* autres, les *petits-fils*. Si le testateur a donné un tuteur aux posthumes, *posthumis*, les fils et autres enfants posthumes seraient compris dans cette expression. » (*Inst.*, I, XVI.)

616. *C.* QUELS SONT CEUX QUI PEUVENT ÊTRE NOMMÉS TUTEURS PAR TESTAMENT? (*Inst.*, I, XIV.) — Peuvent être nommés tuteurs par tes-

tament tous ceux qui peuvent être institués héritiers, tous ceux avec lesquels le testateur a la *factio testamenti*, c'est-à-dire les citoyens romains et les esclaves des citoyens romains. (L. 21. D. 26, 2.)

On sait que le pérégrin, le déditice, le déporté, la personne incertaine, n'avaient pas la *factio testamenti*, et, par conséquent, ne pouvaient être l'objet d'une disposition testamentaire valable.

Bien plus même, parmi les personnes qui ont la *factio testamenti*, il en est qui ne peuvent être investis de la tutelle : tels sont le *Latin junien* et la *femme*.

1° Un Latin junien a bien la *factio testamenti*, il peut être institué héritier, mais il ne peut pas être nommé tuteur par testament. La loi *Junia Norbana* le défend. (Ulp., *Reg.*, XI, § 16.)

2° Quant à la femme, les premiers principes, qui ne supposaient même pas qu'elle pût aspirer à la tutelle, furent modifiés. D'abord elle peut être, très-exceptionnellement, relevée de cette incapacité, par décision de l'empereur, en ce qui concernait la tutelle de ses enfants. Puis Théodose et Valentinien décidèrent que la mère serait, sur sa demande, tutrice de ses enfants, si elle prenait l'engagement de ne pas se remarier. Enfin Justinien appelle de plein droit à la tutelle la grand'mère ou la mère, d'après l'ordre de succession, si elles renoncent à se remarier et à invoquer le sénatus-consulte Velléien.

Pr. « Peut être nommé tuteur non-seulement un *pater familias*, mais encore un *filius familias*. »

617. Un fils de famille, soumis à la puissance paternelle, peut être nommé tuteur aussi bien qu'un *pater familias*, parce que la puissance paternelle ne constitue une dépendance que dans l'ordre privé et non dans l'ordre public. Or la tutelle est une charge publique : le *filius familias* peut donc être nommé tuteur comme il peut être nommé consul ou préteur.

§ 1. « Un testateur peut aussi nommer pour tuteur à ses enfants son propre esclave, en l'affranchissant. Mais il faut savoir que, même au cas où l'esclave a été nommé tuteur sans être affranchi, il est censé avoir reçu la liberté directe et, par suite, il est valablement nommé tuteur. Il en serait autrement si un esclave avait été nommé tuteur par erreur du testateur qui le croyait libre. L'esclave d'autrui ne peut être nommé, par testament, tuteur purement et simplement; mais il peut l'être sous cette condition : s'il devient libre. Si le testateur nommait son propre esclave tuteur de cette manière, la nomination serait nulle. »

618. Ainsi, d'après ce texte, deux hypothèses très-distinctes : 1° celle où le testateur a nommé tuteur son propre esclave; 2° celle où il a nommé tuteur l'esclave d'autrui.

619. 1° Un chef de famille peut nommer, par testament, son propre esclave comme tuteur à ses enfants, en l'affranchissant. Que s'il ne l'a pas affranchi, d'après l'ancien droit romain, le testateur était considéré comme ayant donné à son esclave la liberté par fidéicommis, c'est-à-dire que le préteur devait forcer l'héritier du testateur à affranchir l'esclave pour qu'il pût exercer la tutelle. (L. 10, § 4. D. 26, 2. — L. 9. C. 7, 4.) Mais, dans le dernier état du droit romain, l'affranchissement de l'esclave est sous-entendu par cela seul qu'il a été nommé tuteur par le testament de son maître. Son maître est censé lui avoir légué directement la liberté, dit notre § 1 ; et l'esclave sera libre et tuteur en vertu du testament, aussitôt que l'héritier aura fait adition.

Si le testateur nomme tuteur son propre esclave sous la condition : *s'il devient libre*, la nomination est nulle (§ 1, *in fine*), parce qu'il dépend du testateur d'affranchir lui-même son esclave. Donc, s'il ne l'affranchit pas, c'est qu'il n'a pas l'intention sérieuse de le donner pour tuteur à ses enfants.

620. 2° Lorsqu'un testateur nomme pour tuteur à ses enfants l'esclave d'autrui, la nomination sera valable, si le testateur l'a nommé sous cette condition : *s'il devient libre ;* et l'esclave sera tuteur si, plus tard, il devient libre. Le magistrat devra pourvoir à la tutelle, en attendant que l'esclave soit devenu libre. (L. 9. C. 7, 4.)

621. Le testateur peut encore nommer tuteur l'esclave d'autrui, en chargeant, par fidéicommis, son héritier de l'acheter et de l'affranchir. Dans ce cas, l'héritier est tenu d'acheter l'esclave et de l'affranchir, pour que l'esclave affranchi puisse exercer la tutelle. (§ 1.)

Si le testateur a nommé tuteur l'esclave d'autrui purement et simplement, par erreur, le croyant libre, la nomination est nulle. (§ 1.)

Si le testateur nomme sciemment comme tuteur l'esclave d'autrui purement et simplement, la nomination aurait dû être nulle ; mais les prudents avaient fait admettre que le testateur devait être considéré comme ayant inséré la clause *cum liber erit*, ou même comme ayant donné à l'esclave d'autrui la liberté par fidéicommis, c'est-à-dire comme ayant chargé son héritier d'acheter l'esclave et de l'affranchir pour qu'il pût exercer la tutelle. (L. 9. C. 7, 4.)

Telle était l'opinion d'Ulpien, opinion consacrée par Valérien et Gratien. — Mais Justinien modifia cette jurisprudence et déclara nulle une telle nomination.

§ 2. « L'insensé ou le mineur de vingt-cinq ans, nommé tuteur par testament sera tuteur : l'insensé, quand il sera devenu sain d'esprit ; le mineur, quand il sera devenu majeur de vingt-cinq ans. »

622. Si un insensé, *furiosus*, ou un mineur de vingt-cinq ans a été nommé tuteur, cette nomination est valable, mais provisoirement il n'exercera pas la tutelle, qui ne peut être exercée ni par un insensé, ni par un mineur de vingt-cinq ans. Il est possible que l'insensé revienne à la raison, que le mineur atteigne ses vingt-cinq ans, dès lors ils pourront être tuteurs; on sous-entend donc la condition : *cum furere desierit*, — *cum major factus erit;* et c'est si vrai que, si le pupille doit atteindre l'âge de *puberté* avant que le tuteur nommé n'atteigne l'âge de vingt-cinq ans, la nomination sera nulle dès le début. — Mais lorsqu'on peut sous-entendre les deux conditions sus-énoncées, la nomination est valable, et, en attendant, la tutelle sera exercée par un tuteur nommé par le magistrat.

623. Les femmes ne pouvaient être nommées tutrices. Ce n'est que dans le dernier état du droit romain qu'il fut permis aux femmes d'être tutrices de leurs enfants, à défaut de tuteurs testamentaires ou légitimes.

Un testateur ne peut nommer tuteur une personne incertaine, par exemple, le premier qui sera nommé consul, ou le premier qui viendra à mes funérailles.

624. *D.* Modalités.

§ 3. « Il est certain qu'un tuteur peut être nommé jusqu'à un certain temps ou sous condition, même avant l'institution d'héritier. »

On peut nommer un tuteur en spécifiant qu'il n'entrera en fonctions qu'à partir de telle époque (*ex die*) ou de l'arrivée de telle condition (*sub conditione*), et, en sens inverse, que la tutelle commencera de suite, mais qu'elle prendra fin à telle époque (*ad diem*) ou à l'arrivée de telle condition (*ad conditionem*). Reprenons ces diverses hypothèses :

625. Un tuteur peut être nommé de deux manières, par exemple : 1° « Que Mævius soit tuteur pendant cinq ans à partir du jour de ma mort ou jusqu'à l'arrivée de telle condition ». Après les cinq ans, ou à l'arrivée de la condition, Mævius cessera d'être tuteur et la tutelle sera remplacée par la tutelle légitime des agnats ; 2° « Que Mævius soit tuteur de mes enfants à partir de trois ans après ma mort ou à partir de l'arrivée de telle condition. » Jusque-là, la tutelle sera exercée par un tuteur nommé par le magistrat. (*Inst.*, I, xx, §1.)

626. En effet, pour régler la situation du pupille (pendant la période dans laquelle, par suite des modalités insérées dans le testament, il n'y a pas lieu à la tutelle testamentaire), on pose ce principe : la tutelle légitime, c'est-à-dire déférée par la loi, ne peut être ouverte, tant qu'on espère l'*avénement* du tuteur testamentaire. —

Et quoi de plus raisonnable? Le testateur avait sans doute des motifs, qu'il faut respecter, pour que la tutelle testamentaire ne commençât qu'à partir de telle époque, ou de l'arrivée de telle condition; mais en nommant un tuteur testamentaire il a montré une certaine défiance de ceux auxquels, en l'absence de testament, la loi aurait conféré la tutelle; par conséquent, il y a lieu de les écarter, et, en attendant le tuteur testamentaire, de confier la tutelle à un tuteur désigné par le magistrat. Par analogie avec le cas qui vient d'être étudié, si le tuteur testamentaire est fou ou captif *apud hostes*, les tuteurs légitimes seront écartés et remplacés par un tuteur datif.

On verra d'autres cas en étudiant la tutelle légitime des agnats.

627. Un tuteur peut être nommé sous condition de deux manières: ou bien que Mævius soit tuteur de mes enfants si tel navire revient d'Asie; ou bien que Mævius soit tuteur de mes enfants et cesse de l'être si tel navire revient d'Asie.

Notre § 3 dit que la nomination du tuteur peut être faite dans le testament, même avant l'institution d'héritier. Les rédacteurs des *Institutes* ont dit cela, parce que, dans l'ancien droit romain, l'institution d'héritier, étant considérée comme *caput et fundamentum testamenti*, devait se trouver en tête du testament, de sorte que, si un legs, par exemple, avait été fait dans le testament *ante institutionem heredis*, il eût été nul. (Gaïus, II, §§ 229, 279.) Mais, à l'époque de Justinien, il n'en est plus ainsi, et la nomination du tuteur, comme toute autre disposition, faite dans le testament, même avant l'institution d'héritier, est valable. (V. plus haut, n° 615.)

§ 4. « Un tuteur ne peut être donné pour un bien particulier ou pour une affaire particulière, car c'est à la personne et non à une chose ou pour une affaire que le tuteur doit être donné. »

628. Ce paragraphe contient deux règles : 1° le tuteur ne peut être donné pour un seul bien ou pour une seule affaire ; 2° le tuteur est donné à la personne.

629. Cette règle : Le tuteur n'est donné ni pour un seul bien ni pour une seule affaire, *rei vel causæ tutor dari non potest*, signifie que le tuteur ne peut être nommé pour administrer seulement certains biens du pupille, ou pour ne s'occuper que d'une seule affaire du pupille. Le tuteur doit être nommé pour l'administration de tous les biens et pour s'occuper de toutes les affaires du pupille. Donc, si le testateur nomme un tuteur pour administrer seulement un certain bien ou pour s'occuper d'une certaine affaire, la nomination

est nulle. (L. 13. D. 26, 2.) Il y a cependant un cas où, par exception, un tuteur peut être nommé *causæ*, pour une seule affaire : le tuteur a un procès avec son pupille ; le tuteur ne peut pas donner son *auctoritas* au pupille dans sa propre cause ; alors le magistrat nomme un tuteur qui donnera son *auctoritas* dans ce procès. Plus tard, le magistrat donna au pupille, dans ce cas particulier, non plus un tuteur, mais un curateur qui, une fois l'instance terminée, cessait d'être curateur. (*Inst.*, I, XXI, § 3.)

Cette règle s'applique même au cas où le pupille a plusieurs tuteurs : tous ont une autorité égale et la plénitude des fonctions de tuteur. Par exception, si le pupille a des biens trop éloignés les uns des autres pour être administrés par un seul tuteur, on pourra nommer un tuteur pour chacun de ces différents centres d'intérêts.

630. La deuxième règle : « Le tuteur est donné à la personne, *tutor personæ datur*, » ne signifie pas que le tuteur est nommé pour veiller à la personne et à l'éducation du pupille. En effet, c'est au magistrat qu'il appartient de confier le soin de l'éducation et de l'entretien du pupille à telle personne qu'il choisit, après avoir pris l'avis de la mère et autres parents du pupille. (L. 1. D. 27, 2.) La règle « *tutor personæ datur* » signifie que le tuteur est donné au pupille pour compléter, par l'*auctoritatis interpositio*, sa personnalité juridique, afin de le rendre capable de faire par lui-même les actes de droit qu'il aura à faire. En effet, il y avait certains actes de droit qui ne pouvaient être faits que par le pupille lui-même avec l'*auctoritas tutoris*. Ce mot *auctoritas* vient de *augere*, augmenter, compléter. Le pupille n'était pas, par lui-même et à lui seul, complétement capable ; mais, lorsque le tuteur lui donnait son *auctoritas*, on disait que le tuteur complétait la personne et la capacité du pupille. (On étudiera cette matière avec plus de détail, nos 658 et suiv.)

631. 2° *De la tutelle légitime des agnats.* — (*Inst.*, I, XV.)

Pr. « Ceux auxquels un tuteur testamentaire n'a pas été nommé ont pour tuteurs, d'après la loi des Douze Tables, leurs agnats, qui sont appelés tuteurs légitimes. »

Il y a *tutelle légitime* quand c'est la loi elle-même qui indique celui qui doit être tuteur.

C'est la tutelle testamentaire qui, chez les Romains, a la préférence sur les autres tutelles. Ce n'est qu'à défaut de tuteur testamentaire qu'il y a lieu à la tutelle légitime des agnats.

632. Le pupille, qui n'a pas de tuteur testamentaire, a pour tuteur son plus proche agnat, *proximus agnatus*, qui, d'après la loi des Douze Tables, est l'héritier présomptif du pupille et qui a, par

conséquent, un intérêt direct à ne pas laisser gaspiller une fortune à laquelle il peut être appelé. On formule ce principe en ces termes : *Ubi emolumentum successionis, ibi tutelæ onus*. Néanmoins, malgré cette corrélation, l'*agnate*, qui vient à la succession, ne vient pas à la tutelle, laquelle n'appartient jamais qu'aux agnats *mâles*.

La tutelle légitime des agnats est écartée, non-seulement quand il y a un tuteur testamentaire, mais encore toutes les fois qu'il y a espérance de tutelle testamentaire. (L. 11. D. 26, 2.) De sorte que la tutelle légitime des agnats n'aura lieu que dans les cas suivants :

1° Quand le chef de famille n'aura pas nommé de tuteur testamentaire, soit parce qu'il n'a pas fait de testament, soit parce qu'en ayant fait, il n'a pas nommé de tuteur ;

2° Quand le tuteur testamentaire nommé était incapable ou est devenu incapable, par exemple, s'il est mort soit avant, soit après que la tutelle lui a été déférée. (§ 2, *in fine*.)

§ 2. « Que la loi appelle les agnats à la tutelle *ab intestat*, cela ne signifie pas qu'elle les appelle seulement lorsque celui qui avait le droit de nommer les tuteurs est mort sans testament, mais encore lorsqu'il est mort intestat relativement à la tutelle : ce qui a lieu quand le tuteur nommé meurt avant le testateur. »

3° Quand le tuteur a été nommé pour un certain temps, *ad diem*, ou jusqu'à l'arrivée d'une condition ; alors, après l'expiration du temps fixé, ou après l'arrivée de la condition, il sera remplacé par les tuteurs légitimes.

Que si, au contraire, un tuteur testamentaire est excusé ou est écarté de la tutelle, il n'est pas remplacé par les tuteurs légitimes, mais par un tuteur nommé par le magistrat. De même, — si le tuteur testamentaire a été nommé pour ne commencer à exercer la tutelle qu'à partir de telle époque *ex die* ou *ex conditione*, — jusqu'à l'arrivée du terme ou de la condition, c'est un tuteur nommé par le magistrat qui administre. (*Inst.*, I, XX, § 1.)

4° Si la condition suspensive, apposée à la nomination du tuteur, vient à défaillir.

633. On appelle tutelle *légitime*, avons-nous dit, toute tutelle établie par une loi, particulièrement par la loi des Douze Tables. « Les tuteurs légitimes sont ceux qui ont été établis par une loi : ceux qui ont été introduits par la loi des Douze Tables, soit ouvertement, comme les agnats, soit par voie de conséquence, comme les patrons, sont appelés tuteurs *légitimes* par excellence. » (Ulp., *Reg.*, XI, § 3.)

La loi des Douze Tables, en effet, avait établi formellement la tutelle des agnats. Quant à la tutelle du patron et de l'ascendant

émancipateur, c'est indirectement et par voie d'interprétation que les jurisconsultes la firent dériver de la loi des Douze Tables, comme nous le verrons.

§ 1. « Sont agnats les cognats unis entre eux par le sexe masculin; par exemple, le frère est agnat de son frère, né du même père, et agnat du fils ou petit-fils de son frère; de même, un homme est l'agnat de son oncle paternel, du fils ou petit-fils de son oncle. Les personnes unies par le sexe féminin ne sont pas agnates, mais cognates d'après le droit naturel; ainsi le fils de ta tante maternelle, *amitæ*, n'est point ton agnat, mais ton cognat, parce que les enfants sont dans la famille du père et non dans celle de la mère. »

634. D'après ce texte, sont agnats : les cognats ou parents unis par le sexe masculin; par exemple, deux frères germains, c'est-à-dire nés du même père et de la même mère, ou deux consanguins, c'est-à-dire nés du même père, mais de mères différentes, sont agnats. L'oncle paternel et son neveu et petit-neveu sont agnats entre eux. Deux frères utérins, c'est-à-dire nés de la même mère et de pères différents, ne sont pas agnats. L'oncle maternel et son neveu, ou son petit-neveu, ne sont pas agnats. Le texte ne présente pas les femmes comme agnates; et cependant l'agnation est possible pour les femmes. Ainsi le frère et la sœur nés du même père et de la même mère, ou du même père seulement, sont agnats. Mais le texte ne parle pas des femmes, parce que la tutelle, étant un *munus virile*, les femmes en étaient exclues, sans distinguer si elles étaient agnates ou non d'un pupille.

Ce n'est pas précisément la cognation *per virilem sexum* qui caractérise l'agnation, comme le dit notre § 1. En effet, deux frères consanguins sont bien cognats *per virilem sexum;* mais ils ne sont pas forcément agnats, car, si l'un deux a été émancipé, ils ne sont plus agnats. Ce qui caractérise et constitue l'agnation, c'est la réunion sous la puissance d'un même chef. Sont agnats tous ceux qui sont, ou se trouveraient sous la puissance du même chef si ce chef vivait encore.

On verra plus à fond, aux hérédités *ab intestat*, ce qu'il faut entendre par *agnats;* il suffit de savoir ici que *l'agnatio* se lie étroitement à la *potestas patria.*

635. Parmi tous les agnats que peut avoir un pupille, quels sont ceux qui sont ses tuteurs? Ce sont ses agnats les plus proches en degré. Tout agnat de l'impubère *sui juris* peut être son tuteur, pourvu qu'il n'y ait pas d'agnat à un degré plus proche. La proximité du degré de parenté donne droit à la tutelle. Mais s'il y a plusieurs agnats au même degré le plus proche, ils sont tous tuteurs. Voici un impubère qui a des frères et des oncles : ses frères seront

ses tuteurs, parce qu'ils sont ses agnats au second degré, tandis que ses oncles ne sont ses agnats qu'au troisième degré. Voici un impubère qui a des oncles et des neveux pour agnats les plus proches : ses oncles et ses neveux seront ses tuteurs, car les uns et les autres sont au même degré, le troisième ; et je suppose qu'il n'y a pas d'autres agnats à un degré plus proche.

Les règles que je viens d'indiquer sont exprimées très-nettement aux *Institutes* :

« Lorsque la tutelle appartient aux agnats, elle n'appartient pas à tous en même temps, mais seulement aux agnats qui sont les plus proches en degré, et, s'ils sont plusieurs du même degré le plus proche, ils sont tous tuteurs. » (*Inst.*, I, XVI, § 7.)

§ 3. « Le droit d'agnation s'éteint par toute *capitis deminutio*, car l'agnation est un lieu de droit civil : mais le droit de cognation ne s'éteint pas par toute *capitis deminutio*, parce qu'une loi civile peut bien détruire des droits civils, mais ne peut détruire des droits naturels. »

Un agnat, pour pouvoir être tuteur de son agnat impubère, ne doit avoir subi aucune *capitis deminutio*, ni la grande, ni la moyenne, ni la petite, car la petite, aussi bien que les autres, lui enlève la qualité d'agnat. Au contraire, la cognation ou parenté naturelle ne peut être détruite par aucune *capitis deminutio*.

A défaut d'agnats, il est probable que la loi des Douze Tables déférait la tutelle aux *gentiles*, car c'est à eux que, dans l'espèce, appartient : 1° l'hérédité ; 2° la *potestas in furioso pecuniave ejus*. (Gaïus, III, § 17.) Or on a remarqué qu'en général ce sont les mêmes personnes que la loi des Douze Tables appelle à la fois à l'hérédité et à la tutelle. (Sur ce qu'étaient les *gentiles*, voyez n° 49)

636. Quand n'y a-t-il pas tutelle des agnats? — Nous avons vu plus haut (*modalités*) deux cas dans lesquels la nomination testamentaire, bien qu'elle puisse se réduire à une simple expectative, frappe la famille de déchéance et confie le soin des enfants à la sollicitude du magistrat. Il faut ajouter à ces deux cas trois nouvelles hypothèses; ainsi la tutelle *des agnats* s'effacera encore devant la tutelle *dative* : 1° si la succession n'est encore ni acceptée ni répudiée ; 2° si, de plusieurs tuteurs testamentaires, l'un ou quelques-uns seulement sont morts ou devenus incapables, ont été destitués ou se sont excusés ; 3° et (par une décision du sénat, prise dans un sens de réaction contre la tutelle des agnats), si *le* tuteur ou *tous les* tuteurs sont excusés ou destitués, mais *non s'ils sont morts*, ce qui est une bizarrerie.

637. Tutelle légitime sur les femmes. — La loi des Douze Tables confiait aux agnats la tutelle des femmes Cette disposition fut

abrogée par la loi Claudia. Celle-ci, à son tour, qui avait été interprétée comme supprimant la tutelle des agnats même sur les *jeunes filles impubères*, fut abrogée par Constantin. (V. plus loin : *tutelle des femmes*.)

638. La tutelle appartient, comme la succession, au plus proche agnat, ou simultanément à tous les agnats du même et plus proche degré. — En cas de mort ou de *capitis deminutio* (V. à la fin des *Personnes*) du ou des plus proches agnats, la tutelle, avec l'espoir de la succession, passe aux agnats du degré subséquent.

Cette dévolution aux agnats du degré subséquent n'aurait pas lieu, si le ou les agnats, primitivement investis étaient excusés, destitués, ou tombaient au pouvoir de l'ennemi ; en effet, dans ces trois cas, tout en perdant la tutelle, les premiers agnats conservent la succession (ou, pour le captif, l'espoir d'y arriver par l'effet du *postliminium*) ; or on sait que (sauf le cas d'une femme agnate), les agnats ne puisent leur vocation à la tutelle que dans la vocation à l'hérédité.

639. *Rupture de l'agnation.* — La rupture de l'agnation, qui, entre autres conséquences, met fin à la tutelle de l'agnat, se produit par des événements divers compris sous le titre de *capitis deminutio*. Justinien enclave cette importante théorie dans l'exposé de la tutelle dont elle n'est qu'un incident. Il sera plus rationnel de l'étudier *à la fin des Personnes*.

640. 3° *De la tutelle légitime des patrons.* (*Inst.*, I, XVII.)

Pr. « D'après la loi des Douze Tables, la tutelle des affranchis et affranchies appartient à leur patron ou aux enfants de leur patron. Cette tutelle s'appelle aussi tutelle légitime, non pas qu'elle ait été établie formellement par cette loi des Douze Tables, mais on l'en a fait dériver par interprétation, comme si elle avait été établie par les termes mêmes de cette loi. En effet, par cela même que la loi des Douze Tables avait ordonné que la succession des affranchis et affranchies morts intestats appartiendrait aux patrons et à leurs enfants, les anciens ont pensé que la loi voulait aussi que la tutelle leur appartînt, puisqu'elle a ordonné que les agnats qu'elle appelle à l'hérédité du pupille seraient en même temps tuteurs du pupille. En effet, le plus souvent, là où est l'avantage de la succession, là doit être aussi la charge de la tutelle. Nous venons de dire le plus souvent, car, si une femme affranchit un esclave impubère, elle est bien appelée à sa succession, mais c'est un autre qui est tuteur. »

Si un esclave est affranchi avant sa puberté, il lui faut un tuteur. Or, pour lui, la tutelle testamentaire n'est pas possible, parce que personne n'a jamais eu sur lui la puissance paternelle. Il n'y a pas lieu non plus, pour lui, à la tutelle des agnats, parce qu'il n'a pas d'agnats. Mais la loi des Douze Tables avait donné la succession de l'affranchi, mort sans enfants, à son patron et aux

enfants de son patron. Alors les jurisconsultes attribuèrent la tutelle de l'affranchi au patron et à ses enfants, en vertu de cette maxime traditionnellement admise en droit romain : « *Ubi emolumentum successionis, ibi onus tutelæ esse debet.* » Du reste, ajoutaient les jurisconsultes, il y a un rapport intime entre les droits de succession et la charge de la tutelle. En effet, il importe à ceux qui sont éventuellement appelés à la succession d'une personne, que le patrimoine de cette personne soit bien administré : il est donc juste qu'ils soient appelés à l'administrer en qualité de tuteurs. (L. 1 pr. D. 26, 4.)

Comme les jurisconsultes avaient fait dériver la tutelle du patron et des enfants du patron de la loi des Douze Tables par voie d'interprétation, on l'appela tutelle *légitime* : « Les tuteurs, qui ont été introduits par la loi des Douze Tables, soit ouvertement, comme les agnats, soit par voie de conséquence, comme les patrons, sont appelés tuteurs légitimes. » (Ulp., *Reg.*, XI, § 3.)

Ainsi, lorsqu'un esclave impubère est affranchi, il a pour tuteur son patron. Si le patron vient à mourir avant que l'affranchi ait atteint sa puberté, les enfants du patron seront tuteurs de l'affranchi. Si un maître affranchit, par testament, son esclave impubère, l'esclave ne sera libre qu'après la mort du patron, car jusque-là le testament ne produit pas d'effet; donc l'esclave affranchi sera, dans ce cas, immédiatement sous la tutelle des enfants du patron.

641. Voici quelques applications intéressantes du principe : *Ubi emolumentum successionis, ibi onus tutelæ.*

1° S'il y a plusieurs patrons, la tutelle leur est commune; 2° si l'un des patrons meurt, ou bien perd la liberté ou la cité, ses enfants ne lui succéderont pas dans la tutelle; 3° si le patron unique ou tous les patrons communs meurent ou deviennent incapables, la tutelle est dévolue *aux plus proches* descendants, de telle sorte que le fils d'un patron excluera le petit-fils de l'autre; 4° si le patron est excusé ou destitué (ce qui ne lui fait pas perdre le droit à la succession de l'affranchi), la tutelle ne passe pas à ses descendants.

Par exception à la règle *Ubi emolumentum* :

1° Si un esclave a pour patronne une femme qui l'a affranchi, sa patronne est bien appelée à sa succession; mais elle n'est pas sa tutrice, parce que les femmes ne peuvent être tutrices. Ici l'affranchi aura pour tuteur un tuteur à lui nommé par le magistrat. (Pr., *in fine.*)

2° Il en est de même de la fille à laquelle son père a assigné un affranchi.

3° Si un esclave impubère a été affranchi par celui qui ne l'avait

que *in bonis*, l'affranchi ne devient que Latin junien. Celui qui l'avait *in bonis* et qui l'a affranchi sera appelé à sa succession ; mais celui qui, avant l'affranchissement, avait sur lui le *dominium* sera tuteur : « Si une esclave est à vous d'après le droit des Quirites, à moi comme étant *in bonis*, affranchie par moi seul, elle devient Latine et alors ses biens m'appartiennent, mais sa tutelle vous appartient, car telle est la disposition de la loi *Junia*. » (Gaïus, I, § 167.)

Par contre : un homme chargé d'affranchir son esclave, en vertu d'un fidéicommis, a cherché à éluder cette obligation ; il aura la tutelle, mais non l'hérédité.

642. 4° *Tutelle fiduciaire et des ascendants.* (*Inst.*, I, XVIII et XIX.) — *A.* TUTELLE DE L'ASCENDANT.

Pr. « A l'imitation de la tutelle du patron, il a été admis une autre tutelle qui s'appelle encore tutelle légitime. En effet, si quelqu'un émancipe son fils ou sa fille, son petit-fils ou sa petite-fille, encore impubères, il sera leur tuteur légitime. »

Dans l'ancien droit romain, l'émancipation d'un fils se faisait par trois mancipations, suivies d'un affranchissement du *mancipium;* l'émancipation d'une fille, d'un petit-fils ou d'une petite-fille se faisait par une seule mancipation, suivie d'un affranchissement du *mancipium*. (N° 585 et suiv.)

643. Si c'était le *coemptionator* qui affranchissait l'enfant du *mancipium*, c'est-à-dire qui l'émancipait, il en avait la tutelle et de plus il avait le droit de succéder à l'émancipé, mort *intestat* et sans enfants. Il s'appelait tuteur *fiduciaire*. C'est ce que nous dit Gaïus : « A l'exemple de la tutelle des patrons, les tutelles fiduciaires ont été admises. On appelle proprement *fiduciaire* la tutelle qui nous appartient, parce que nous avons affranchi une personne libre, qui nous a été mancipée soit par un ascendant, soit par un *coemptionator*. » (Gaïus, I, § 166. — N° 585 et suiv.)

On appelle ce tuteur *fiduciaire*, parce que sa vocation à l'hérédité, et par suite à la tutelle, ne résulte pas d'un texte de la loi des Douze Tables, mais est la conséquence d'un affranchissement qui intervient ordinairement *fiduciæ causa*.

644. Que si, au contraire, après que la puissance paternelle avait été éteinte par trois mancipations ou par une seule, suivant les cas, le *coemptionator* avait remancipé l'enfant au père, et si le père l'affranchissait de son *mancipium*, l'émancipait, c'était le père qui était tuteur et avait le droit de succession sur les biens de l'émancipé, mort intestat et sans enfants. La tutelle du père émancipateur s'appelait tutelle *légitime* : « Le père émancipateur est aussi tuteur

légitime et on ne doit pas lui rendre moins d'honneur qu'au patron. » (Gaïus, I, § 172. — Nos 585 et suiv.)

A l'époque de Justinien, l'émancipation se fait par une simple déclaration de volontés devant le magistrat. Le *parens* qui émancipe son descendant impubère en est le tuteur légitime.

645. *B.* TUTELLE FIDUCIAIRE. — Au temps de Justinien, il n'y a plus ni *mancipium*, ni *mancipatio*, ni *coemptionator*, ni *manumissor extraneus;* dès lors, on peut être surpris de voir, dans les *Institutes*, un titre intitulé *De la tutelle fiduciaire*, puisque nous venons de voir que c'était la tutelle du *coemptionator*, qui affranchissait un enfant impubère de son *mancipium* et se nommait *manumissor extraneus*, qui s'appelait *tutelle fiduciaire*. Mais on va voir qu'il s'agit, dans ce titre des *Institutes*, d'une autre tutelle également appelée fiduciaire et qui est encore en usage à l'époque de Justinien.

Pr. « Il y a une autre tutelle qui s'appelle tutelle fiduciaire. Lorsqu'un ascendant émancipe son fils, sa fille, son petit-fils, sa petite-fille, encore impubères, il a leur tutelle légitime. Si, à sa mort, il laisse des enfants du sexe masculin, ceux-ci deviennent tuteurs fiduciaires de leurs fils, frères ou sœurs. Et cependant, à la mort d'un patron tuteur légitime, ses enfants sont aussi tuteurs légitimes. Pourquoi la tutelle des frères de l'émancipé n'est-elle pas aussi légitime? C'est parce que si le fils du défunt n'avait pas été émancipé du vivant de son père, à la mort de celui-ci, il serait devenu *sui juris*, et n'eût été ni sous la puissance ni sous la tutelle de ses frères. Au contraire, si l'esclave affranchi était resté esclave, il eût été sous la puissance des enfants de son maître. Cependant les frères de l'émancipé ne sont appelés à la tutelle que s'ils sont *perfectæ ætatis*, ce que notre constitution a ordonné d'une manière générale pour toutes les tutelles. »

Pour comprendre cette tutelle fiduciaire, il faut supposer qu'un descendant impubère a été émancipé par son ascendant, qui est son tuteur légitime. Mais si cet ascendant vient à mourir avant que son descendant émancipé ait atteint sa puberté, alors les autres enfants de l'ascendant émancipateur défunt seront tuteurs de l'émancipé. Plusieurs hypothèses sont prévues par notre texte : 1° un homme a sous sa puissance deux fils : Primus et Secundus; il émancipe son fils Secundus, impubère, devient son tuteur légitime et meurt; son autre fils Primus sera tuteur de son frère émancipé et encore impubère, Secundus; 2° Mævius a deux fils sous sa puissance : Primus et Secundus; Primus meurt laissant un fils impubère, Primulus; l'ascendant Mævius émancipe son petit-fils Primulus, devient son tuteur légitime et meurt. Primulus, encore impubère, aura pour tuteur fiduciaire son oncle Secundus; 3° Mævius a, sous sa puissance, un fils Primus et un petit-fils né de ce fils, Primulus. Mævius émancipe son petit-fils Primulus, devient son tuteur légitime et

meurt; son petit-fils Primulus, encore impubère, aura pour tuteur fiduciaire son père, Primus.

Ainsi, lorsqu'un *parens* émancipateur meurt laissant son descendant émancipé impubère, ce sont les autres enfants du *parens* qui sont tuteurs *fiduciaires* de l'émancipé, à moins que le *parens* émancipateur ne lui ait nommé un tuteur par testament, cas auquel le tuteur testamentaire ne peut exercer la tutelle que s'il a été confirmé par le magistrat : « Si un père a nommé un tuteur, par testament, à son fils émancipé, ce tuteur devra être confirmé par le président de toute manière, *omnimodo*, c'est-à-dire sans enquête. » (*Inst.*, I, XIII, § 5.)

646. Pourquoi cette tutelle des enfants du *parens* émancipateur n'est-elle pas appelée légitime, comme celle des enfants du patron? Voici la raison qu'en donne Justinien dans le texte traduit ci-dessus : Il y a, dit-il, une différence entre les enfants du patron et les enfants de l'ascendant émancipateur. En effet, si le patron n'eût pas affranchi son esclave, ses enfants auraient eu sur lui la *dominica potestas*, après la mort de leur père. Il est donc juste qu'ils aient la succession et aussi la tutelle de l'esclave affranchi, s'il est impubère. Au contraire, quand un *parens* aura émancipé un de ses descendants impubères, il n'aura pas fait perdre, par cette émancipation, à ses autres enfants, la puissance paternelle sur l'impubère émancipé. — Cette raison de différence entre la tutelle fiduciaire des enfants du *parens* émancipateur et la tutelle légitime des enfants du patron, donnée par Justinien, n'est pas bonne, parce qu'elle n'existe pas dans tous les cas. En effet, dans la troisième hypothèse, où il y a lieu à tutelle fiduciaire, l'émancipation d'un descendant peut faire perdre la puissance paternelle à un autre enfant du *parens* émancipateur. Mævius a sous sa puissance un fils Primus et un petit-fils, né de ce fils, Primulus. Mævius émancipe Primulus; par là même, il fait perdre à Primus la puissance paternelle que Primus aurait eue, à la mort de Mævius, si Primulus n'eût pas été affranchi. Aussi a-t-on cherché ailleurs le motif de cette différence entre les deux tutelles : la tutelle des enfants du patron est qualifiée de *légitime*, parce que, d'après la loi des Douze Tables, les enfants du patron étaient appelés à la succession de l'affranchi, en cas de prédécès du patron. Or la succession légitime et la tutelle légitime sont deux choses qui vont ensemble : « *Ubi emolumentum successionis, ibi et onus tutelæ esse debet.* » Au contraire, les enfants du *parens* émancipateur n'étaient pas appelés, par la loi des Douze Tables, à la succession *ab intestat* de l'émancipé. Si les enfants du *parens* émancipateur sont tuteurs de l'émancipé, ce n'est que par suite de la

fiducie qui a fait revenir au *parens* et ensuite à eux-mêmes la tutelle sur l'émancipé. Voilà pourquoi la tutelle est qualifiée de *fiduciaire*. (N° 585 et suiv.)

Il est vrai que la tutelle du *parens* sur l'émancipé avait été qualifiée de *légitime* par analogie avec la tutelle du patron, attendu, dit Gaïus, qu'on ne doit pas lui rendre moins d'honneur qu'au patron. (Gaïus, I, § 172.) Mais les jurisconsultes n'avaient pas osé établir la même analogie entre la tutelle des enfants du *parens* émancipateur et la tutelle des enfants du patron.

Pour que les enfants de l'ascendant émancipateur soient appelés à la tutelle de l'émancipé, il faut qu'ils soient *perfectæ ætatis*, c'est-à-dire qu'ils aient plus de vingt-cinq ans accomplis. Du reste, à l'époque de Justinien, c'est une condition imposée à tout tuteur.

647. En résumé, sous Justinien, il n'y a plus d'autre tutelle *fiduciaire* que celle des descendants du *père émancipateur*.

Observation. — Justinien décide que le nouvel ordre de succession, établi dans sa novelle 118, s'applique à la tutelle. La vocation à la tutelle devrait dès lors être calquée sur la vocation à la succession. Néanmoins, cette novelle 118, qui supprime la tutelle des agnats, conserve la tutelle légitime du *pater manumissor*, et la tutelle fiduciaire de ses descendants, sur l'impubère émancipé, bien que l'espérance de la succession aille également aux cognats; mais ceux-ci n'auront aucun droit à la tutelle.

648. 5° *Tutelle déférée par le magistrat; du tuteur atilien et du tuteur donné en vertu de la loi Julia et Titia.* (*Inst.*, I, XX.)

Il s'agit ici de la tutelle *dative* ou déférée par le magistrat.

Nous savons que les magistrats, chez les Romains, — les préteurs à Rome, les présidents dans les provinces, — avaient deux attributions : l'*imperium*, pouvoir de commander à la force publique, et la *jurisdictio*, pouvoir de rendre la justice. Or, ce n'est ni dans leur *imperium* ni dans leur *jurisdictio* que les magistrats puisèrent le droit de nommer des tuteurs, la dation d'un tuteur, *datio tutoris*, n'étant pas une attribution de l'*imperium* ni de la *jurisdictio*. Voilà pourquoi il fallut des lois spéciales pour conférer aux magistrats le droit de nommer des tuteurs. C'est ce que nous apprend le jurisconsulte Ulpien : « La *datio tutoris* ne rentre ni dans l'*imperium* ni dans la *jurisdictio;* elle n'appartient qu'à celui-là seul auquel une loi, un sénatus-consulte ou le prince l'a accordée. » (L. 6, § 2. D. 26, 1.) C'est une loi *Atilia* qui donna le droit de nommer les tuteurs, à Rome, au préteur urbain. Le préteur urbain ne pouvait nommer les tuteurs qu'avec la majorité des tribuns, avec six tribuns, puisque les tribuns étaient au nombre de dix. Le tuteur

ainsi nommé par le préteur urbain s'appelle tuteur *atilien*. C'est une loi *Julia et Titia* qui conféra aux présidents des provinces le droit de nommer les tuteurs (Gaïus, I, § 185. Ulp., *Reg.*, XI, § 18);

Pr. « Si une personne se trouvait sans tuteur, il lui en était donné un à Rome par le préteur urbain et la majorité des tribuns du peuple, en vertu de la loi *Atilia;* dans les provinces, par les présidents des provinces, en vertu de la loi *Julia et Titia.* »

649. Les lois *Atilia* et *Julia Titia* ne s'étaient pas occupées des garanties à fournir par les tuteurs pour assurer la conservation des biens des pupilles. Des constitutions impériales vinrent régler ce point et même changer les magistrats chargés de nommer les tuteurs. L'empereur Claude désigna les consuls pour nommer les tuteurs. Mais, ensuite, Marc-Aurèle créa un préteur spécial, le *prætor tutelaris*, pour nommer les tuteurs. Dans les provinces, les présidents continuèrent à exercer le droit de nommer les tuteurs que leur avait donné la loi *Julia* et *Titia*. C'est ce que dit Justinien dans le § 3 :

§ 3. « Les tuteurs cessèrent d'être donnés d'après ces lois, car, dans la suite, les consuls d'abord commencèrent à donner les tuteurs aux pupilles après enquête; ensuite ce furent les préteurs qui les donnèrent d'après les constitutions impériales, car rien n'avait été ordonné par les lois citées plus haut sur la caution qui doit être exigée des tuteurs pour assurer la conservation des biens des pupilles, ni sur l'administration des tuteurs. »

650. A l'époque de Justinien, à Constantinople, c'est le préfet de la ville ou le préteur qui nomme les tuteurs, chacun *secundum suam jurisdictionem*. Or la juridiction de l'un ou de l'autre de ces magistrats s'appliquait suivant la qualité et la fortune des pupilles auxquels il s'agissait de nommer un tuteur. (L. 1. C. 5, 33.)

651. Dans les provinces, ce sont toujours les présidents qui ont le droit de nommer les tuteurs depuis la loi *Julia* et *Titia*. Les présidents ne peuvent déléguer à personne le droit de nommer les tuteurs (la *datio tutoris*), qui leur a été conféré par les lois, dit le jurisconsulte Ulpien. (L. 8. D. 26, 5.) Toutefois, il est certain que les magistrats municipaux sont intervenus dans la nomination des tuteurs; mais leur intervention n'a pas eu la même importance aux différentes époques de l'histoire des municipes. Primitivement, dans la nomination des tuteurs, les magistrats municipaux avaient pour mission de présenter à la nomination du président le citoyen qui paraissait le mieux remplir les conditions voulues pour être tuteur. Cette présentation, cette désignation, était appelée *nominatio*, tandis que la nomination définitive du tuteur par le président s'appelait *datio tutoris*.

A l'époque d'Ulpien, l'intervention des magistrats municipaux dans la nominatiou des tuteurs est devenue plus importante : on leur avait accordé le *jus dandi tutoris*, mais à la condition de ne l'exercer que sur l'ordre du président de la province. C'est ce que nous apprend le jurisconsulte Ulpien : « *Jus dandi tutores datum est omnibus magistratibus municipalibus, eoque jure utimur.* » (L. 3. D. 26, 5.)

Jusqu'à Justinien, ce ne fut que sur l'ordre du président de la province que les magistrats municipaux exercèrent le *jus dandi tutoris*, comme on peut le voir par la lecture du § 4 de notre titre :

§ 4. « D'après le droit dont nous nous servons, ce sont, à Rome, le préfet de la ville et le préteur, suivant leur juridiction ; dans les provinces, les présidents, qui nomment les tuteurs, après enquête ; ou bien ce sont les magistrats municipaux, *sur l'ordre des présidents*, lorsque la fortune du pupille est peu considérable. »

652. Mais Justinien, comme il nous l'apprend par le § 5 de notre titre, accorda aux magistrats municipaux le *jus dandi tutores*, la *datio tutoris*, sans qu'ils aient besoin, à l'avenir, de l'ordre du président pour l'exercer :

§ 5. « Par notre constitution, mettant fin à ces difficultés de compétence des magistrats, nous avons ordonné que, sans attendre l'ordre des présidents, si les biens du pupille ou du mineur ne dépassent pas 500 solides, les tuteurs ou curateurs seront nommés par les *defensores civitatum*, avec l'évêque de la ville, ou par les autres personnes publiques, c'est-à-dire les magistrats, ou, à Alexandrie, par le *juridicus* de cette ville, à la charge par ces tuteurs ou curateurs de fournir, d'après notre constitution, un fidéjusseur aux risques et périls de ceux qui le reçoivent. »

653. Sur ces deux textes, remarquons que, quand la nomination des tuteurs est faite, dans les provinces, par les magistrats municipaux, le tuteur nommé doit fournir un fidéjusseur (caution) pour assurer la conservation des biens du pupille, car ce fidéjusseur sera tenu, à la fin de la tutelle, de payer au pupille ce qui lui sera dû par son tuteur, si celui-ci est insolvable. Au contraire, quand la nomination des tuteurs est faite, dans les provinces, par le président, le tuteur nommé n'est pas tenu de fournir un fidéjusseur. Il suffit que la nomination soit précédée d'une enquête, parce que les présidents ne nomment que les tuteurs des pupilles ayant une fortune de plus de 500 solides, c'est-à-dire ayant une fortune considérable. Or il eût peut-être été difficile à ces tuteurs de trouver des fidéjusseurs pour garantir la conservation d'une fortune aussi considérable. L'enquête, dans laquelle le président recherche si le

tuteur qu'il va nommer est suffisamment solvable, tient lieu, jusqu'à un certain point, du fidéjusseur.

Les §§ 1 et 6 ont été expliqués antérieurement (nos 610 et 625).

§ 7. « Les tuteurs qui ont administré les biens des pupilles sont tenus par l'action de tutelle de leur rendre compte après leur puberté. »

654. *Des personnes qui peuvent et des personnes qui doivent demander au magistrat la nomination d'un tuteur pour un pupille qui en a besoin.* — *Peuvent* demander la nomination d'un tuteur : les cognats du pupille, les amis de ses parents et ceux qui sont chargés du soin de l'éducation du pupille. (L. 2, § 1. D. 26, 6.) — *Doivent* demander la nomination d'un tuteur : la mère du pupille et les affranchis de la famille. (L. 2, § 1. D. 26, 6); sinon, à l'époque des jurisconsultes classiques, la mère est exclue de l'hérédité de son fils, les affranchis, accusés devant le préteur, sont punis, s'il apparaît que c'est par négligence ou méchanceté qu'ils n'ont pas demandé la nomination d'un tuteur. (L. 2, § 2. D. 26, 6.) — Plus tard, une constitution de Théodose et Valentinien enleva la succession du pupille à tous ceux qui y étaient appelés et qui avaient négligé de lui faire nommer un tuteur : « Que ceux qui sont appelés à la succession d'un pupille sachent que s'ils n'ont pas demandé pour lui, suivant la loi, la nomination d'un tuteur dans l'année de la mort de son père, toute succession leur sera refusée, qu'ils y fussent appelés soit *ab intestat*, soit par substitution, si le pupille meurt impubère. » (L. 10. C. 6, 58.)

655. Quand y a-t-il lieu à la tutelle déférée par les magistrats ?

Il y a lieu à la tutelle déférée par les magistrats dans les cas suivants : 1° quand le tuteur testamentaire ou légitime est en démence (Gaïus, I, § 182) ; 2° quand le pupille se trouve sans tuteur, parce qu'on ne lui a pas nommé de tuteur testamentaire et qu'il n'a pas d'agnats (Gaïus, I, § 185) ; 3° quand le *parens* émancipateur, tuteur de l'émancipé, meurt sans enfants, ou quand le patron, tuteur de l'affranchi, meurt sans enfants ; le préteur nomme un tuteur à l'émancipé ou à l'affranchi, qui se trouve sans tuteur ; 4° quand un tuteur testamentaire a été donné à un pupille sous condition ou à partir d'un certain terme ; tant que la condition ou le terme n'arrivent pas, le magistrat peut nommer un tuteur (Gaïus, I, § 186 et § 1 de n. t.); 5° un tuteur testamentaire a été nommé purement ; mais l'héritier institué tarde à faire adition d'hérédité : or la nomination du tuteur testamentaire ne produit aucun effet tant que l'héritier n'a pas fait adition, car, tant que l'héritier institué n'a pas fait adition, toutes les autres dispositions du testament restent sans force : alors

le magistrat nomme au pupille un tuteur, en attendant que, l'héritier ayant fait adition, le tuteur testamentaire puisse exercer la tutelle (Gaïus, I, § 186 et § 1 de n. t.) ; 6° quand le tuteur testamentaire se fait excuser ou a été écarté comme suspect (L. 11, § 1. D. 26, 2); 7° le tuteur testamentaire ou légitime est captif chez l'ennemi; en attendant son retour, le magistrat nomme un tuteur qui cessera d'être tuteur si le captif revient. (Gaïus, I, § 187 et § 2 de n. t.)

656. La *datio tutoris* est un *actus legitimus*, c'est-à-dire un acte qui ne peut être fait ni à terme ni sous condition. (L. 77. D. 50, 17.) Par conséquent, un magistrat ne peut pas nommer un tuteur à terme ou sous condition.

Les interprètes modernes du droit romain ont divisé les six tutelles que nous venons d'étudier en trois classes : 1° tutelle testamentaire ; 2° tutelle légitime ; 3° tutelle dative.

657. Le tuteur, en cette seule qualité, demeure étranger à tout ce qui concerne l'éducation de l'impubère ; il se contente de verser périodiquement une somme déterminée entre les mains de la personne (ordinairement parente ou alliée) désignée par le préteur ou le président de la province, en présence et sur la demande du tuteur, des parents, alliés ou amis, pour veiller à la garde, à l'entretien et à l'éducation du pupille.

Les *obligations* et *pouvoirs* du tuteur se bornent donc *au patrimoine*, de l'intégrité duquel il est responsable à partir du jour où il connaît sa qualité, ou, s'il a proposé une excuse, à partir du jour où elle est rejetée. Cette responsabilité est sanctionnée par diverses garanties. (V. *règles communes à la tutelle et à la curatelle.*)

658. III. **Fonctions du tuteur.** — Le tuteur d'un pupille a deux fonctions : 1° il administre les biens du pupille ; 2° il donne son *auctoritas* aux actes de droit faits par le pupille : « *Pupillorum pupillarumque et negotia gerunt et auctoritatem interponunt*, » dit Ulpien en parlant des tuteurs. (Ulp., *Reg.*, XI, § 25.)

659. 1° *Administration du tuteur.* — L'*administration* des biens, qui doit non-seulement *conserver intact le patrimoine* du pupille, mais encore *chercher à l'augmenter*, comprend un grand nombre d'obligations. Les principaux actes d'administration du tuteur sont les suivants :

660. *A.* Vente des biens du pupille sujets a dépérissement. — Primitivement, le tuteur était tenu de vendre tous les biens du pupille, susceptibles de se détériorer ou de périr avec le temps, ou n'ayant pas une grande utilité, tels que les objets d'or ou d'argent, les pierres précieuses, les objets mobiliers précieux, les maisons, *prædia urbana*, et les esclaves, sauf à conserver des esclaves

en nombre suffisant pour le service de la personne du pupille, d'après sa dignité et sa fortune. (L. 22. C. 5, 37 ; L. 13 ; L. 5, § 9. D. 26, 7.)

661. Un sénatus-consulte, rendu sous le règne de Septime-Sévère, décida que les tuteurs ne pourraient, à l'avenir, aliéner ni hypothéquer les *prædia rustica vel suburbana* des pupilles, sans y avoir été autorisés par un décret spécial du préteur qui, avant d'autoriser l'aliénation ou l'hypothèque, devra en apprécier l'opportunité. (L. 1 pr., § 2. D. 27, 9.) — Les *mancipia rustica*, c'est-à-dire les esclaves ruraux employés à la culture, ne pouvaient pas non plus être aliénés. (L. 22. C. 5, 37). — Constantin, allant plus loin, décida qu'aucun bien des pupilles ne pourrait être aliéné par les tuteurs qu'en vertu d'un décret spécial du préteur, à l'exception des vêtements et des animaux inutiles, qui pourront être aliénés sans un décret préalable. (L. 22. C. 5, 37).

D'après le sénatus-consulte rendu sous Septime-Sévère, il n'était défendu au tuteur d'aliéner que les *prædia rustica* ; il ne lui était pas défendu d'aliéner les *prædia urbana*. Que faut-il donc entendre par *prædia urbana* et par *prædia rustica*? Les mots *prædia urbana*, dans les textes du droit romain, n'ont pas toujours le même sens. Le sens dans lequel ils sont employés ici est indiqué par Ulpien dans la loi 198, *De verborum significatione*, au *Digeste* : « par *prædia urbana*, nous entendons, non-seulement tous les édifices situés dans les villes, mais encore les maisons situées à la campagne et les maisons d'agrément ; car un fonds est urbain, non à raison du lieu où il est situé, mais à raison de sa destination ; d'où il suit que si des jardins sont joints à une maison pour son agrément, ils sont compris dans l'expression de *prædia urbana*. Mais si ces jardins sont d'un grand revenu en vignes ou en olives, la maison ne sera plus un *prædium urbanum*. » (L. 198. D. 50, 16.) Il résulte de ce texte qu'une maison est un *prædium urbanum* ou un *prædium rusticum*, d'après sa destination ; si une maison est destinée à l'habitation de son propriétaire, ou si c'est une maison d'agrément, c'est un *prædium urbanum*, peu importe où elle est située, à la ville ou à la campagne. Que si elle est destinée à une exploitation agricole, dont elle n'est, en quelque sorte, que l'accessoire, c'est un *prædium rusticum*. Les *prædia rustica* sont donc les fonds de terre et les maisons affectées à une exploitation agricole.

662. *B.* Recouvrement des créances du pupille. — Si le pupille a des créances, le tuteur doit en poursuivre le payement à l'échéance. Si le tuteur est lui-même débiteur du pupille, il doit se payer ce qu'il doit. (L. 1, § 4. D. 26, 7.)

663. *C.* PLACEMENT DES SOMMES APPARTENANT AU PUPILLE. — Le tuteur doit faire le placement des sommes appartenant au pupille, ou provenant de la vente des biens du pupille, ou des remboursements faits par ses débiteurs. Le placement doit consister en prêts à intérêts ou en acquisitions d'immeubles. (L. 5. D. 26, 7.) — Quant aux sommes d'argent que le tuteur trouve dans le patrimoine du pupille au commencement de la tutelle; il doit en faire le placement dans les six mois; sinon, les six mois écoulés, il sera lui-même constitué débiteur de ces sommes et de l'intérêt de ces sommes. (L. 15. D. 26, 7.) — Quant aux sommes provenant de l'aliénation des biens du pupille faite dans le cours de la tutelle, ou devenues exigibles contre les débiteurs du pupille dans le cours de la tutelle, le tuteur a deux mois, à partir du jour où ces sommes sont devenues exigibles, pour en exiger le payement et en faire le placement; sinon, les deux mois écoulés sans placement effectué, le tuteur en doit les intérêts. (L. 7, § 11. D. 26, 7.) On accorde plus de temps au tuteur qui entre en fonctions pour placer les sommes du pupille, parce qu'au commencement de la tutelle il n'est pas encore au courant de l'administration.

664. *D.* PAYEMENT DES DETTES DU PUPILLE. — Si le pupille a des dettes, le tuteur doit les rembourser quand elles sont échues; et, s'il est lui-même créancier du pupille, le tuteur doit se payer lui-même. C'est ce que dit Ulpien : « De même que le tuteur doit payer au pupille ce qu'il lui doit, de même il peut se payer de ce qui lui est dû par le pupille, s'il était créancier du père du pupille. » (L. 9, § 5. D. 26, 7.)

665. Le tuteur peut donner à bail les biens du pupille et en toucher les revenus.

666. A partir du moment où la procédure formulaire fut en vigueur, le tuteur put plaider pour le pupille, quand le pupille avait un procès. (L. 1, § 2. D. 26, 7.)

667. Les actes d'administration que le tuteur fait de bonne foi, c'est-à-dire sans fraude, pour le pupille, dans le cours de la tutelle, sont valables et obligent le pupille, qui ne pourra pas en demander la nullité. (L. 27. D. 26, 7.) « Aussi, dit le jurisconsulte Paul, les actes de gestion que le tuteur fait de bonne foi sont confirmés par un rescrit des empereurs Trajan et Adrien. En conséquence, le pupille ne peut pas revendiquer la chose qui a été régulièrement vendue par son tuteur. En effet, il serait contraire aux intérêts du pupille lui-même que les actes du tuteur ne fussent pas maintenus, parce que personne ne voudrait acheter de leur tuteur. Quand même le tuteur serait devenu insolvable, les actes faits par lui de

bonne foi pour le pupille seraient maintenus ; mais l'aliénation faite de mauvaise foi n'est pas valable. » (L. 12, § 1. D. 26, 7.)

668. Il ne faut pas dire cependant que, dans l'administration des biens du pupille, le tuteur représente le pupille. En effet, quand un tuteur fait un acte de droit avec un tiers pour le pupille, il fait cet acte, non pas au nom du pupille, mais en son propre nom. Ce n'est pas le pupille qui devient, par cet acte, créancier ou débiteur du tiers, c'est le tuteur. Ainsi, par exemple, si le tuteur, ayant des sommes à placer pour le pupille, achète un fonds à Mævius, c'est le tuteur qui devient débiteur du prix envers Mævius, et non le pupille ; c'est contre le tuteur, et non contre le pupille, que le vendeur Mævius aura action pour se faire payer le prix. C'est là la conséquence d'une règle du droit romain (qui sera expliquée plus loin), d'après laquelle chaque citoyen romain doit faire lui-même, et pour son compte, les actes de droit qui l'intéressent, d'après laquelle, par conséquent, un citoyen ne peut faire un acte de droit au nom et pour le compte d'un autre. Mais, lorsqu'à la fin de la tutelle, le tuteur rendait compte de son administration, il devait restituer au pupille ce qu'il avait acquis et les sommes qu'il avait touchées pour lui ; et le pupille, de son côté, devait rembourser au tuteur le montant des dépenses et avances que le tuteur avait faites pour lui.

669. Mais, plus tard, on finit par admettre que, quand le tuteur, ayant fait des actes de droit avec des tiers pour le pupille, aurait acquis des actions contre les tiers, on permettrait, *utilitatis causa*, au pupille d'exercer ces actions contre ces tiers : « *Si tutor vel curator pecunia ejus, cujus negotia administrat, mutua data, ipse stipulatus fuerit, vel prædia in nomen suum emerit : utilis actio ei cujus pecunia fuit, datur ad rem vindicandam, vel pecuniam exigendam.* » (L. 2. D. 26, 9.) « Si un tuteur ou un curateur, prêtant une somme appartenant à celui dont il administre les biens, en stipule la restitution en son nom, ou s'il achète des immeubles en son propre nom avec l'argent de celui dont il gère les biens, une action *utile* sera donnée à celui auquel appartenait la somme (c'est-à-dire au pupille ou au mineur de vingt-cinq ans), pour revendiquer les immeubles ou exiger le remboursement de la somme prêtée. » Autre texte : « Vous pouvez actionner ceux qui, ayant été vos tuteurs avant votre puberté, ont continué d'administrer vos biens, ou qui, ayant été vos curateurs, ont donné vos biens à bail ; vous avez même une action *utile*, en vertu de leur contrat, contre les successeurs du fermier. » (L. 4. C. 5, 39.)

Réciproquement, il avait été admis aussi que l'exécution des

obligations contractées par le tuteur, pour le pupille, envers des tiers, pourrait être poursuivie, *utilitatis causa*, par ces tiers contre le pupille : « Si Juliana, dont les curateurs ont été condamnés à vous payer une somme, a atteint sa vingt-cinquième année, vous avez l'action *utile* de la chose jugée contre elle et ses biens. » (L. 1. C. 5, 39.) « Si une somme prêtée à un tuteur ou curateur, au nom de son pupille ou mineur, a été réellement employée dans les affaires du pupille ou mineur, c'est avec raison qu'une action est donnée contre le pupille ou mineur. » (L. 3. C. 5, 39.)

670. *E.* Obligations du tuteur. — 1° Le tuteur est tenu, au commencement de la tutelle, avant de s'ingérer dans l'administration, de faire inventaire des biens du pupille. (L. 7. D. 26, 7.)

2° Le tuteur doit, à moins qu'il n'en soit exempté, fournir, au commencement de sa tutelle, caution de bien administrer les biens du pupille ; il doit *satisdare rem salvam fore pupilli*. J'expliquerai plus loin cette obligation.

3° Le tuteur, convoqué par le magistrat, doit se présenter devant lui pour fournir les renseignements nécessaires à déterminer le montant des sommes qui seront dépensées, chaque année, pour la nourriture et l'entretien du pupille.

4° Le tuteur doit apporter, dans l'administration des biens du pupille, au moins autant de soins qu'il en apporte dans l'administration de ses propres affaires.

5° A la fin de la tutelle, le tuteur doit rendre compte de son administration à son ex-pupille. L'ex-pupille peut l'y forcer par une action appelée *actio tutelæ*.

671. 2° *De l'auctoritas des tuteurs.* (*Inst.*, I, xxi.) — Le tuteur, au lieu de faire lui-même les actes de droit concernant le patrimoine du pupille, peut les faire faire par le pupille en l'assistant, en lui donnant son *auctoritas*. On dit alors que le tuteur vient *augere personam pupilli*, augmenter la personne du pupille, donner son *auctoritas* au pupille. D'après cela, on voit que le mot *auctoritas* ne signifie pas *autorisation*, mais *augmentation*. En effet, la capacité du pupille, agissant seul, n'est pas complète. Mais le tuteur, par sa présence à l'acte de droit que fait le pupille, *in ipso negotio præsens*, complète la personne et la capacité du pupille. De sorte que l'acte juridique fait par le pupille *cum auctoritate tutoris* est complétement valable.

672. D'un autre côté, il faut savoir que, chez les Romains, il y avait certains actes de droit qui ne pouvaient être faits par chaque citoyen que pour son propre compte. Un citoyen ne pouvait charger un autre citoyen de faire pour lui ces actes de droit. Ces actes

juridiques étaient : 1° la mancipation ; 2° la *cessio in jure ;* 3° la stipulation ; 4° l'affranchissement *vindicta ;* 5° l'*acceptilatio* ou remise de dette faite par un créancier à son débiteur au moyen de paroles sacramentelles ; 6° l'adition d'hérédité ; 7° les actions de la loi. Tant que les actions de la loi furent en vigueur, chaque citoyen romain devait plaider par lui-même, ponr son propre compte.

673. Puisque, lorsqu'un citoyen a un de ces actes de droit à faire, il ne peut pas le faire faire par un autre, mais qu'il doit le faire lui-même, il s'ensuit que, si un pupille a un de ces actes de droit à faire, son tuteur ne peut pas le faire pour lui : il faut nécessairement que cet acte de droit soit fait par le pupille lui-même *cum auctoritate tutoris.*

674. Mais si le pupille a besoin de faire un de ces actes juridiques qui ne peuvent être faits que par lui, on sera fort embarrassé si ce pupille est *infans*. En effet, le pupille *infans* ne peut faire aucun acte de droit, même avec l'*auctoritas tutoris*. Qu'est-ce que l'*infantia ?*

L'impuberté se divisait en trois périodes : 1° l'*infantia ;* 2° l'*infantiæ proximitas ;* 3° la *pubertatis proximitas*. A quel moment l'impubère cessait-il d'être *infans* pour devenir *infantiæ proximus ;* d'être *infantiæ proximus* pour devenir *pubertati proximus ?* Ce qui est certain, c'est que, dans le dernier état du droit romain, l'*infantia* cesse, pour chaque impubère, à l'âge de sept ans. C'est ce que décident deux constitutions, l'une d'Arcadius, Honorius et Théodose, l'autre de Théodose et Valentinien. (L. 8. C. Th. 8, 18. — L. 18. C. J. 6, 30.) Mais dans le droit romain primitif, et à l'époque des jurisconsultes classiques, jusqu'à quel âge durait l'*infantia ?* Sur cette question, grande controverse parmi les commentateurs du droit romain :

1re *opinion*. — L'*infans* est celui qui ne peut pas encore prononcer des paroles : *qui fari non potest*. Mais du moment qu'un impubère parle, alors même qu'il ne comprend pas ce qu'il dit, il n'est plus *infans*, puisque *fari potest*. L'*infantia* comprend donc le temps, variable suivant chaque enfant, qui s'écoule depuis sa naissance jusqu'au moment où il peut articuler des paroles. Il cesse d'être *infans* et devient *infantiæ proximus* dès qu'il peut parler. Dès lors il pourra stipuler : « *Pupillus, ex quo fari cœperit, recte stipulari potest.* » (L. 141, § 2. D. 45, 1.) — La seconde période, l'*infantiæ proximitas*, dure jusqu'à sept ans. A sept ans commence la troisième période, la *pubertatis proximitas*, qui s'arrête à la puberté, c'est-à-dire à quatorze ans. Telle était, dit-on, la doctrine des jurisconsultes romains, jusqu'à la constitution d'Honorius et Arcadius qui décida que l'*infantia* irait jusqu'à sept ans.

2e *opinion.* — L'opinion précédente doit être rejetée. Pour savoir ce qu'était l'*infantia*, il faut s'entendre sur le sens exact des mots *fari posse*. Les mots *fari posse* désignent-ils seulement la possibilité de faire entendre des sons articulés ou bien signifient-ils parler de manière à exprimer une volonté, bien que cette volonté ne soit point parfaitement éclairée ? Il est facile de démontrer que, pour les Romains, à toutes les époques, les mots *fari posse* signifiaient prononcer des paroles auxquelles celui qui les prononce attache un sens et une volonté, de sorte que, même avant la constitution d'Honorius et Arcadius, l'*infantia* durait jusqu'à sept ans. C'est ce qui résulte de plusieurs textes du *Digeste*. En effet, Ulpien, s'occupant de la manière dont les procès des pupilles peuvent être soutenus, dit que la manière de procéder est différente suivant qu'il s'agit de pupilles ne pouvant point parler, *qui fari non possunt*, et de pupilles ayant dépassé l'âge de sept ans : « Il suffit, pour l'entière défense du pupille, ou que ses tuteurs plaident pour lui ou que le pupille plaide *cum auctoritate tutorum*. Il est donc loisible aux tuteurs ou de plaider eux-mêmes pour le pupille ou de mettre le pupille en avant et de le faire plaider avec leur *auctoritas*. Il n'en est ainsi toutefois que pour les pupilles qui ne peuvent parler (*qui fari non possunt*), ou qui sont absents ; mais quant à ceux qui ont plus de sept ans (*qui supra septimum annum ætatis sunt*) et qui sont présents, ils doivent plaider eux-mêmes avec l'*auctoritas* de leurs tuteurs. » Ainsi, voilà Ulpien qui oppose les pupilles *qui fari non possunt* aux pupilles qui *supra septimum annum ætatis sunt*. Donc ceux qui ont plus de sept ans peuvent parler, *fari possunt* : ils ne sont plus *infantes*. Donc ceux qui sont au-dessous de sept ans *fari non possunt* : ils sont *infantes*.

Voici un autre texte d'Ulpien qui démontre jusqu'à l'évidence que par celui qui *fari non potest*, par *infans*, il ne faut pas entendre seulement celui qui ne peut pas prononcer des paroles, mais encore celui qui, pouvant en prononcer, n'a pas atteint l'âge de sept ans. Ulpien suppose qu'une femme avait donné une dot à son mari en faisant stipuler par un *infans* la restitution de la dot. Plus tard, le mariage étant dissous, il s'agissait de savoir si la dot pouvait être réclamée en vertu de la stipulation en restitution faite par l'*infans* Il fut décidé que non : « *quia qui fari non poterat, stipulari non poterat.* » (L. 70. D. 45, 1.) Ainsi, voilà Ulpien qui suppose que la restitution d'une dot a été stipulée par un *infans*. Or la stipulation est un contrat qui se forme par la prononciation de certaines paroles. Évidemment, Ulpien ne peut pas entendre ici par *infans* celui qui ne peut pas prononcer des paroles, car l'*infans* dont il

parle a dû, en fait, prononcer les paroles de la stipulation qu'il a faite. Et cependant Ulpien dit que la dot ne peut pas être réclamée en vertu de la stipulation faite par l'*infans*, *quia fari non poterat*. Ici les mots «*quia fari non poterat*» désignent donc, non pas celui qui ne peut parler, mais celui qui, pouvant parler, ne comprend pas le sens des paroles qu'il prononce, c'est-à-dire celui qui a moins de sept ans.

Autre texte. Les fiançailles se contractaient au moyen de deux stipulations réciproques. C'était un contrat. Or le jurisconsulte Modestin dit « que ce contrat peut être fait dès le premier âge, pourvu que les parties comprennent ce qu'elles font, c'est-à-dire pourvu qu'elles ne soient pas âgées de moins de sept ans ». (L. 14. D. 23, 1.) Donc, au-dessous de sept ans, un impubère ne peut figurer dans un contrat, parce qu'il ne sait pas ce qu'il fait, parce qu'il est *infans*.

Enfin, ce qui prouve encore que déjà dans l'ancien droit romain l'*infantia* durait jusqu'à sept ans, c'est la constitution même d'Arcadius et Honorius, car il est facile de démontrer que cette constitution n'a pas apporté une innovation. En effet, cette constitution n'a pas été faite dans le but de fixer à sept ans la fin de l'*infantia*. Elle a été faite pour indiquer par qui une hérédité, échue à un *infans* ou à un impubère qui n'est plus *infans*, peut être acceptée. Ce n'est qu'incidemment que cette constitution dit que l'*infantia* cesse à l'âge de sept ans. Enfin, le § 4 de cette constitution porte : « En ce qui concerne celui qui n'est plus *infans*, c'est-à-dire qui a dépassé l'âge de sept ans, nous maintenons l'ancien droit. » Donc, dans l'ancien droit, l'*infantia* allait jusqu'à sept ans.

Nous pouvons donc tenir pour certain qu'à toutes les époques du droit romain, l'*infantia* a duré jusqu'à sept ans, que l'*infans* a toujours été l'impubère âgé de moins de sept ans.

675. Pendant l'*infantia*, l'incapacité de l'impubère est complète et absolue : l'*infans* est incapable de faire aucun acte de droit, même avec l'*auctoritas* de son tuteur. Pourquoi ? parce qu'il ne comprend pas ce qu'il fait et qu'il diffère peu de l'insensé : « *quia nullum intellectum habet; nam infans non multum a furioso differt.* » (Gaïus, III, § 109.) Donc, si le pupille *infans* a besoin de faire un de ces actes juridiques qui doivent nécessairement être faits par lui, tels que la stipulation, la mancipation, la *cessio in jure*, l'adition d'hérédité, etc..., il ne pourra les faire, puisque l'*infans* ne peut faire aucun acte de droit, même avec l'*auctoritas* de son tuteur. Alors, comment sortait-on de cette difficulté ?

676. On avait trouvé le moyen de faire, au profit du pupille

infans, quelques-uns de ces actes de droit qui devaient nécessairement être faits par lui-même : ceux qu'il avait particulièrement intérêt à faire. Voici comment : nous savons que l'esclave tire sa capacité de la personne de son maître; qu'il peut acquérir ou devenir créancier pour son maître. En conséquence, quand un pupille *infans* aura une stipulation à faire, ce sera un de ses esclaves qui la fera pour lui. (L. 6. D. 46, 6.) Si l'*infans* n'a pas d'esclave, on lui en achètera un. S'il n'a pas de quoi en acheter un, la stipulation sera faite, pour lui, par un esclave public, qui est censé appartenir à tous les citoyens.

677. Supposons maintenant un pupille *infans* institué héritier ; son esclave peut-il faire adition d'hérédité pour lui ? Non. Un esclave, quand il est institué héritier lui-même, peut bien faire, sur l'ordre de son maître, adition de l'hérédité, qui profitera à son maître. Mais quand c'est le maître lui-même qui a été institué héritier, son esclave ne peut faire adition d'hérédité pour lui, car il est de principe que l'adition doit être faite par l'héritier institué lui-même. Or, ici, l'institué *infans* est incapable de faire adition, même avec l'*auctoritas* de son tuteur. Cependant, il serait regrettable de lui laisser perdre l'hérédité. Aussi on tourna la difficulté en décidant que l'*infans* fera acte de maître, acte de propriétaire, sur un objet de la succession ; par exemple, on lui faisait briser un objet fragile de la succession ; et alors la succession lui était acquise, parce que l'acte du propriétaire fait sur un bien de la succession par l'héritier institué est, comme nous le verrons plus loin, un moyen, pour lui, de faire adition d'hérédité.

Plus tard, il fut décidé que le tuteur pourrait faire adition d'hérédité pour le pupille *infans*. (L. 18, § 2. C. 6, 30.)

De l'incapacité de l'*infans d'avoir une volonté*, il résulte encore : 1° qu'il ne peut être tenu d'obligations nées de ses délits, au moins des délits qui exigent l'intention de nuire, car il n'est pas *doli capax;* 2° qu'il ne peut pas acquérir la *possession*, car l'acquisition de la possession exige, chez celui qui l'acquiert, l'*animus domini*, c'est-à-dire la volonté de se considérer comme propriétaire de la chose possédée. J'expliquerai cette question dans la matière de la possession et nous verrons que, par faveur pour l'*infans*, on trouva un moyen de lui permettre d'acquérir la possession.

678. Que faut-il entendre par *infantiæ proximus*? Les anciens commentateurs du droit romain disaient qu'il fallait diviser le temps qui s'écoule depuis l'*infantia* (sept ans) en deux périodes égales : l'impubère aurait été *infantiæ proximus* dans la première période,

de sept à dix ans et demi, et *pubertati proximus* dans la deuxième période, de dix ans et demi à quatorze ans. Mais aucun des jurisconsultes romains n'indique cette division arithmétique, inventée par les anciens commentateurs.

Les jurisconsultes romains n'indiquent aucun âge fixe auquel l'impubère cessait d'être *infantiæ proximus* pour devenir *pubertati proximus*. L'impubère âgé de plus de sept ans était considéré par eux comme *infantiæ proximus*, ou, au contraire, comme *pubertati proximus*, suivant le développement plus ou moins précoce de ses facultés, c'est-à-dire suivant qu'il était plus ou moins rapproché de l'*infantia* ou de la puberté.

679. Quelle était la capacité de l'*infantiæ proximus*? Dans le droit romain primitif, l'*infantiæ proximus* était assimilé à l'*infans* : il n'avait aucune capacité. C'est ce que nous apprend Gaïus, qui, après avoir dit que les pupilles figurent valablement dans toute espèce d'affaires, pourvu que le tuteur intervienne dans tous les cas où son *auctoritas* est nécessaire, ajoute : « Ce que nous venons de dire des pupilles s'entend du pupille qui a déjà quelque intelligence, car l'*infans* et l'*infanti proximus* ne diffèrent pas beaucoup de l'insensé, parce que les pupilles de cet âge n'ont aucune intelligence. » (Gaïus, III, §§ 107, 109.) — Mais plus tard, et déjà du temps de Gaïus, l'*infanti proximus* fut assimilé au *pubertati proximus*. En effet, Gaïus ajoute immédiatement : « *Sed in proximis infanti, propter utilitatem eorum, benignior juris interpretatio facta est, ut idem juris habeant quod pubertati proximi.* » (Gaïus, III, § 109.) « Mais à l'égard des impubères *infanti proximi*, une interprétation plus favorable du droit leur a fait donner les mêmes droits qu'aux impubères *pubertati proximi*. » Les *Institutes* disent également : « Quant aux impubères *infantiæ proximi*, par utilité pour eux, une interprétation plus favorable du droit leur a accordé la même capacité qu'aux impubères *pubertati proximi*. » (*Inst.*, III, xx, § 10.)

680. Quelle est donc la capacité des impubères *pubertati proximi* et des impubères *infantiæ proximi*, qui leur avaient été assimilés? Une fois que le pupille n'est plus *infans*, qu'il soit, du reste, *infantiæ proximus* ou *pubertati proximus*, il peut faire *cum auctoritate tutoris* tous les actes de droit, non-seulement les actes qui doivent être faits par lui-même, mais encore tout autre acte.

681. Mais le pupille, qui a dépassé l'*infantia*, c'est-à-dire l'âge de sept ans, a-t-il toujours besoin de l'*auctoritas tutoris* pour faire toute espèce d'actes de droit? Non. Le pupille qui a dépassé l'*infantia* a besoin de *l'auctoritas tutoris* pour faire les actes de droit qui *rendent sa condition pire;* mais il n'en a pas besoin pour tous les

actes de droit qui *rendent sa condition meilleure*. C'est ce que nous lisons dans le *principium* de notre titre XXI :

Pr. « L'*auctoritas* du tuteur est nécessaire aux pupilles dans certains cas et ne l'est pas dans d'autres. Ainsi l'*auctoritas* du tuteur n'est pas nécessaire lorsqu'ils *stipulent* qu'on leur donnera quelque chose ; elle est nécessaire lorsqu'ils *promettent* quelque chose. En effet, il a été admis qu'ils peuvent, *sine auctoritate tutoris*, rendre leur condition meilleure, mais qu'ils ne peuvent rendre leur condition pire qu'avec l'*auctoritas* de leur tuteur. D'où il suit que si, dans ces actes qui créent des obligations mutuelles et réciproques, tels que les achats et ventes, les louages, les mandats, les dépôts, l'*auctoritas* du tuteur n'intervient pas, ceux qui contractent avec les pupilles sont obligés, mais, à l'inverse, les pupilles ne sont pas obligés. »

Ainsi le pupille qui a cessé d'être *infans*, qui a plus de sept ans, peut faire, *sine auctoritate tutoris*, les actes de droit qui ont pour effet de rendre sa condition meilleure ; mais il ne peut faire, *sine auctoritate tutoris*, les actes qui ont pour effet de rendre sa condition pire. Rendre sa condition meilleure, c'est devenir créancier ou propriétaire. Rendre sa condition pire, c'est devenir débiteur ou cesser d'être créancier ou propriétaire. En d'autres termes, le pupille, qui fait un acte juridique qui le rend créancier ou propriétaire rend sa condition meilleure. Le pupille, qui fait un acte juridique qui le rend débiteur ou qui lui fait perdre un droit de créance ou un droit de propriété rend sa condition pire, alors même que ces opérations lui seraient, au fond, avantageuses.

De la règle qui précède, il résulte :

1° Que si le pupille, sorti de l'*infantia*, veut faire une stipulation dans laquelle il jouera le rôle de stipulant, c'est-à-dire par laquelle il deviendra créancier, il peut faire cette stipulation *sine auctoritate tutoris*, car alors il rendra sa condition meilleure. Que si, au contraire, le pupille veut faire une stipulation, dans laquelle il jouera le rôle de promettant, c'est-à-dire par laquelle il s'obligera, il ne peut valablement faire cette stipulation qu'avec l'*auctoritas* de son tuteur, car alors il rendra sa condition pire. (L. 28, pr. D. 2, 14 et pr. de n. t.)

Toutefois, il faut savoir que, si le pupille qui contracte une obligation, c'est-à-dire qui rend sa condition pire, *sine auctoritate tutoris*, n'est pas complétement obligé, il est néanmoins obligé et peut être poursuivi jusqu'à concurrence du profit qu'il a retiré de son obligation, *quatenus locupletior factus est*, d'après un rescrit d'Antonin le Pieux. Bien mieux, lorsque le pupille s'est obligé et n'a retiré aucun profit de son obligation, parce qu'il l'a dissipé, par exemple, il est néanmoins tenu d'une obligation naturelle. (L. 5 pr. D. 26, 8.)

682. De la règle d'après laquelle le pupille ne peut rendre sa condition pire qu'avec l'*auctoritas* de son tuteur, mais peut rendre sa condition meilleure *sine auctoritate tutoris*, il résulte aussi :

2° Que si le pupille a fait un de ces contrats qui rendent chacune des parties contractantes à la fois créancière et débitrice l'une de l'autre, comme la vente, le louage, le mandat...., le pupille a bien pu contracter, *sine auctoritate tutoris*, de manière à devenir créancier de son co-contractant, mais il n'a pu contracter, *sine auctoritate tutoris*, de manière à devenir débiteur. Prenons un exemple : dans la vente, le vendeur *s'oblige* à livrer la chose vendue, mais il devient *créancier* du prix ; l'acheteur *s'oblige* à payer le prix, mais il devient *créancier* de la chose vendue. Or, supposons qu'un pupille a fait une vente *sine auctoritate tutoris ;* il a bien pu devenir créancier du prix, et l'acheteur est obligé envers lui ; mais il n'a pu, *sine auctoritate*, devenir débiteur de la chose vendue, il n'est donc pas obligé envers l'acheteur. Est-ce à dire que le pupille pourra forcer l'acheteur à lui payer le prix, sans être obligé lui-même de livrer la chose? Évidemment non. Si le pupille veut forcer l'acheteur à payer le prix, sans livrer la chose, l'acheteur lui répondra : « Il n'est pas permis de s'enrichir aux dépens d'autrui ; *jure naturæ æquum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem* » (L. 206. D. 50, 17) ; or, si vous me forciez à payer le prix, sans me livrer la chose, vous vous enrichiriez à mes dépens. Que si l'acheteur a payé le prix, il ne peut forcer le pupille à lui livrer la chose, mais il peut le faire condamner jusqu'à concurrence du profit que le pupille a retiré, *quatenus locupletior factus est.* (L. 5, § 2. D. 26, 8.) — A l'inverse, si le pupille a fait un achat, il ne peut forcer le vendeur à lui livrer la chose sans payer lui-même le prix, et si le vendeur a livré, le pupille, n'ayant pas payé le prix, sera condamné jusqu'à concurrence de ce dont il s'est enrichi. (L. 5, § 1. D. 26, 8.)

683. En d'autres termes, on peut déterminer le principe de la façon suivante, sous trois hypothèses :

1° Le contrat n'est pas exécuté? La poursuite de la partie qui a contracté avec le pupille sera repoussée ; mais, par contre, le pupille ne pourra poursuivre l'exécution sans se voir opposer son obligation naturelle, qui, si elle ne peut être invoquée par voie d'action, peut l'être par voie d'exception (exception *doli mali*). — 2° Le contrat a été exécuté? A. par le pupille? Ce dernier peut revendiquer la chose livrée, mais alors il ne pourra plus poursuivre l'autre partie ; B. par l'autre contractant? Si le paiement a été fait au pupille autorisé ou devenu pubère, la vente est ratifiée et produit tous ses effets ; si le paiement a été fait au pupille seul et impubère?

L'autre partie pourra poursuivre le pupille *quatenus locupletior factus est*, jusqu'à concurrence de l'enrichissement réel obtenu par le pupille. — 3° Le contrat a été exécuté des deux côtés sans que le pupille fût autorisé ou pubère? Le pupille pourra revendiquer, mais sera actionné pour l'enrichissement dont il aura profité.

684. De la règle d'après laquelle le pupille sorti de l'*infantia* ne peut rendre sa condition pire qu'avec l'*auctoritas* de son tuteur, il résulte encore :

3° Qu'un pupille ne peut pas, *sine auctoritate*, faire adition d'une hérédité pour laquelle il a été institué. C'est ce que dit le § 1 de notre titre :

§ 1. « Les pupilles ne peuvent pas, *sine auctoritate tutoris*, faire adition d'hérédité, ni demander la possession de biens, ni recueillir une succession par fidéicommis, bien qu'elle soit avantageuse et qu'ils n'en éprouvent aucun dommage. »

Ainsi, le pupille sorti de l'*infantia* ne peut pas faire adition d'une hérédité *sine auctoritate tutoris*. Pourquoi? parce qu'en faisant adition d'hérédité, le pupille rend sa condition pire, attendu qu'il s'oblige à payer les dettes du défunt. (L. 8. D. 29, 2.) Toutefois, il convient de remarquer que l'hérédité est acquise au pupille, malgré lui, lorsqu'il est héritier nécessaire.

Pareillement, le pupille ne peut pas, *sine auctoritate tutoris*, demander la possession de biens, la *bonorum possessio*, c'est-à-dire une succession déférée par le droit prétorien.

Pareillement, le pupille ne peut pas, *sine auctoritate tutoris*, recueillir une succession par fidéicommis, c'est-à-dire une succession laissée par un testateur à un citoyen chargé de la rendre au pupille. (V. *Inst.*, I, XXI, § 1.)

685. De la règle d'après laquelle le pupille ne peut, sans l'*auctoritas tutoris*, rendre sa condition pire, il résulte enfin :

4° Qu'il ne peut, *sine auctoritate tutoris*, répudier une succession à lui échue. (L. 4. D. 29, 2.)

5° Que le pupille ne peut, sans l'*auctoritas* de son tuteur, aliéner ses biens ni par tradition, mode d'aliéner du droit des gens, ni par mancipation, ni par *cessio in jure*, modes d'aliéner du droit civil.

Cette incapacité du pupille de rendre sa condition pire, *sine auctoritate tutoris*, produit plusieurs autres conséquences dans divers cas qu'il est inutile d'énumérer ici. Les cas que j'ai cités suffisent pour faire comprendre la règle qui régit l'incapacité du pupille.

686. Quand le pupille, sorti de l'*infantia*, a besoin de faire un acte de droit qui ne peut être fait valablement qu'avec l'*auctoritas* du

tuteur, de quelle manière le tuteur doit-il donner son *auctoritas?* Le tuteur donne son *auctoritas* en assistant à l'acte et en déclarant qu'il approuve l'acte : « *Se probare dicit id quod agitur.* » (L. 3. D. 26, 8.)

§ 2. « Le tuteur doit être présent à l'acte et déclarer qu'il l'approuve, s'il pense que l'acte est profitable au pupille. Mais le tuteur ne peut pas donner son *auctoritas* après un certain temps ni par lettre. »

687. Lorsque le pupille demande à son tuteur son *auctoritas* pour faire un acte de droit, le tuteur doit-il toujours la lui accorder? Le tuteur ne doit accorder l'*auctoritas* au pupille qu'autant qu'il pense que l'acte à faire est profitable au pupille, d'après le § 2.

688. La règle, d'après laquelle le pupille ne peut, *sine auctoritate tutoris*, faire un acte qui rend sa condition pire, semble contredite par cette règle de notre § 2 d'après laquelle le tuteur ne doit accorder son *auctoritas* qu'autant que l'acte lui paraît avantageux au pupille. En d'autres termes, il ne semble pas possible qu'un acte, qui rend la condition pire, soit avantageux. Cependant, en réalité, il n'y a pas contradiction entre les deux règles. En effet, je suppose que le pupille achète, *cum auctoritate tutoris*, pour 100 une maison, qui, pour tout le monde, vaut au moins 150. En achetant cette maison, le pupille rend sa condition pire puisqu'il s'oblige à payer le prix ; or, s'obliger, c'est rendre sa condition pire ; et néanmoins, l'acte est très-avantageux au pupille, puisqu'il a acheté pour 100 une maison qui vaut au moins 150.

689. *A.* PLURALITÉ DE TUTEURS.—I. Quant à l'*administration*, trois hypothèses. 1° Tous les tuteurs gèrent ou sont réputés gérer indivisément? Ils sont tous compétents et par suite solidairement responsables ; le pupille peut poursuivre l'un d'entre eux, à son choix ; mais le tuteur poursuivi peut demander la division de la poursuite entre tous les tuteurs *solvables*, ou, tout au moins, la *cession des actions* du pupille, ce qui lui permettra, après avoir payé au pupille tout ce qui lui est dû, de poursuivre à son tour ses co-tuteurs pour la part qu'ils doivent supporter dans la dette par lui acquittée.

2° La gestion a été divisée par le père de famille ou le magistrat? Chaque tuteur n'est responsable que de sa gestion.

3° L'un des tuteurs gère seul en fait et en droit? Les autres (tuteurs honoraires) sont responsables et peuvent être poursuivis, mais après discussion, par le pupille, des biens du gérant.

690. II. Quant à l'*auctoritas*, lorsque le pupille a plusieurs tuteurs, doit-elle être donnée, au pupille qui fait un acte de droit rendant sa condition pire, par tous ses tuteurs ? Si ce sont des

tuteurs testamentaires ou des tuteurs nommés par le magistrat après enquête, l'*auctoritas* d'un seul suffit. Si ce sont des tuteurs légitimes ou des tuteurs nommés par le magistrat sans enquête, il faut l'*auctoritas* de tous. (Ulp., *Reg.*, XI, § 26.) Justinien décida que l'*auctoritas* d'un seul suffirait toujours. (L. 5. C. 5, 59).

691. Si le pupille a un procès avec un de ses tuteurs, un des autres tuteurs lui donnera son *auctoritas* pour plaider. (L. 24. D. 26, 2.) Mais lorsque le pupille n'a qu'un seul tuteur, s'il a un procès avec lui, ce tuteur ne peut pas lui donner l'*auctoritas*, car : *tutor in rem suam auctor esse non potest;* alors, comment le pupille pourra-t-il plaider avec son tuteur? Au temps des actions de la loi, on lui nommait un autre tuteur qui lui donnait l'*auctoritas* pour ce cas. C'est ce que dit Gaïus : « Autrefois, quand les actions de la loi étaient en usage, il y avait encore un cas où l'on donnait un tuteur : c'était lorsqu'il y avait lieu à une action de la loi entre un tuteur et la femme en tutelle ou le pupille ; car, comme le tuteur ne pouvait donner son *auctoritas* dans sa propre affaire, on donnait un autre tuteur à la femme ou au pupille, avec l'*auctoritas* duquel cette action de la loi était exercée. On l'appelait tuteur prétorien, parce qu'il était nommé par le préteur urbain. Depuis la suppression des actions de la loi, quelques-uns pensent que cette espèce de nomination de tuteur a complétement disparu ; mais elle est encore en usage quand il y a lieu à une action légitime, à un *judicium legitimum.* » (Gaïus, I, § 184.) (Voy. la restitution faite à ce texte par M. Pellat d'après Heffter.) A l'époque de Justinien, on nomme au pupille, qui a un procès avec son tuteur, un curateur pour plaider :

§ 3. « S'il y a un procès entre le pupille et son tuteur, comme le tuteur ne peut donner l'*auctoritas* dans sa propre affaire, on nomme au pupille, non plus comme autrefois un tuteur prétorien, mais un curateur qui, le procès terminé, cesse d'être curateur. »

Dans cette même hypothèse d'un tuteur ayant avec son pupille un procès ou tout autre intérêt opposé à celui de son pupille, on nommera exceptionnellement un tuteur *certæ rei*, si l'*auctoritas* est nécessaire : c'est une exception à la règle : « *Personæ*, non *rei* vel *causæ* tutor datur. »

692. Malgré l'assimilation qui fut faite entre l'impubère *infantiæ proximus* et l'impubère *pubertati proximus*, une différence subsista entre eux au point de vue des obligations résultant des délits. En effet, l'impubère *infantiæ proximus*, ne comprenant pas complétement la portée des actes qu'il fait, n'ayant pas l'*animi judicium*,

comme disent les jurisconsultes, n'était pas considéré comme *doli capax*, et, par suite, n'était tenu d'aucune obligation à raison de ses délits. Au contraire, l'impubère *pubertati proximus* était considéré comme *doli capax;* en conséquence, il se trouvait obligé par suite de ses délits. « *Pupillum, qui proximus pubertati sit, capacem esse et furandi et injuriæ faciendæ.* » (L. 111. D. 50, 17. — Gaïus, III, § 208.)

693. *B.* Limites des pouvoirs du tuteur. — Le tuteur ne peut : 1° faire pour le pupille une donation entre-vifs ou *mortis causa*, ou des affranchissements (sauf les cas exceptionnels de la loi *Ælia Sentia*); 2° à partir de Septime-Sévère, aliéner ou grever de gage, d'usufruit, etc., même à titre onéreux, les *prædia rustica vel suburbana*, à moins que l'aliénation n'ait une cause nécessaire indépendante de l'initiative du tuteur.

694. *C.* Responsabilité du tuteur. — Tous les actes du tuteur, pour lesquels il était compétent, et qui ont été faits de bonne foi, lient le pupille, et sont inattaquables, à l'égard des tiers dont il faut assurer la sécurité. Mais le tuteur sera responsable envers le pupille, s'il lui a causé un dommage par dol ou même par faute légère.

695. IV. **De quelles manières cesse la tutelle.** — (*Inst.*, I, XXII.) — La tutelle peut prendre fin soit du chef du pupille, et alors la tutelle est complétement finie, soit du chef du tuteur, et, dans ce cas, il y a changement de tuteur.

696. Du chef du pupille, la tutelle cesse : 1° par la puberté du pupille ; 2° par la *capitis deminutio*, grande, moyenne ou petite, du pupille; 3° par la mort du pupille; comme on peut le voir par la lecture des trois textes suivants de notre titre :

Pr. « Les pupilles sont libérés de la tutelle lorsqu'ils deviennent pubères. Les anciens voulaient que la puberté résultât non pas seulement du nombre des années, mais encore du développement du corps. Mais notre Majesté a pensé qu'il était digne de la chasteté de notre époque de déclarer que l'examen du corps, déjà considéré par les anciens comme contraire à la pudeur pour les femmes, l'était aussi pour les hommes. C'est pourquoi, par une constitution, nous avons décidé que la puberté, pour les hommes, commencerait à quatorze ans accomplis, sans changer la règle de l'antiquité d'après laquelle les femmes sont nubiles à douze ans accomplis. »

§ 1. « La tutelle cesse pour les pupilles si, avant leur puberté, ils sont donnés en adrogation ou déportés, réduits en esclavage ou pris par l'ennemi. »

Si le pupille est donné en adrogation, de *sui juris* qu'il était, il devient *alieni juris* : la tutelle n'est plus possible pour lui, car il n'y a que les impubères *sui juris* qui soient en tutelle. Si le pupille est déporté, il devient pérégrin : or la tutelle organisée par le droit civil ne s'applique qu'aux impubères citoyens romains. Enfin,

si le pupille devient esclave, la tutelle cesse encore, car il ne peut être question de tutelle pour les esclaves. Aussi le § 4 *in fine* de notre titre dit : « Toute *capitis deminutio* du pupille, même la petite, fait cesser la tutelle. »

§ 3. « La tutelle cesse par la mort du pupille. »

697. Dans l'ancien droit, la tutelle de la femme prenait fin : pour l'*ingénue*, quand elle avait *trois* enfants ; pour l'*affranchie*, quand elle en avait *quatre*.

La tutelle cesse du chef du tuteur, et, par suite, il y a changement de tuteur dans les cas suivants, indiqués par les *Institutes :*

§ 2. « Si le tuteur a été nommé par testament pour être tuteur jusqu'à l'arrivée d'une condition, il cesse d'être tuteur lorsque la condition arrive. »

Par qui sera-t-il remplacé ? Par les tuteurs légitimes, agnats du pupille,

§ 3. « La tutelle finit aussi par la mort du tuteur. »

698. Par quelle tutelle est remplacée la tutelle du tuteur mort ? S'il était tuteur testamentaire, par la tutelle légitime des agnats ; s'il était lui-même tuteur légitime, par la tutelle légitime d'un agnat plus éloigné, s'il y en a, sinon par un tuteur dátif. Enfin, s'il était lui-même tuteur datif, il sera remplacé par un autre tuteur nommé par le magistrat.

§ 4. « La *capitis deminutio*, par laquelle le tuteur perd la liberté ou la cité, fait cesser la tutelle. La petite *capitis deminutio*, qui a lieu si le tuteur se donne en adoption, ne fait cesser que la tutelle légitime. »

Si le tuteur encourt la *maxima capitis deminutio*, c'est-à-dire s'il devient esclave, il cesse d'être tuteur ; car les esclaves ne peuvent être tuteurs. De même, s'il encourt la *media capitis deminutio*, s'il devient pérégrin, il cesse d'être tuteur, car un pérégrin ne peut être tuteur d'un pupille citoyen romain. Enfin, si le tuteur encourt la *minima capitis deminutio*, c'est-à-dire s'il se donne en adrogation ou en adoption, il ne cesse d'être tuteur que s'il était tuteur légitime, à titre d'agnat du pupille. Pourquoi ? Parce qu'en se donnant en adrogation ou en adoption, il perd le titre, la qualité d'agnat, qui lui avait donné droit à la tutelle du pupille. Au contraire, si le tuteur était tuteur testamentaire ou nommé par le magistrat, la *minima capitis deminutio* qu'il encourt ne lui fait pas perdre la tutelle, parce qu'alors le tuteur n'était pas l'agnat du pupille, n'était pas dans la famille du pupille, pas plus avant la *capitis deminutio* qu'après.

En cas de grande ou de moyenne *capitis deminutio*, le tuteur est remplacé, suivant les cas, par les mêmes tuteurs qu'en cas de mort.

§ 5. « De plus, les tuteurs nommés par testament jusqu'à un certain temps cessent d'être tuteurs à l'expiration de ce temps. »

Par quels tuteurs seront-ils remplacés ? Par les agnats tuteurs légitimes.

J'ai dit que si un tuteur testamentaire a été nommé *ex die* ou *sub conditione*, en attendant le terme ou la condition, le magistrat nomme un tuteur qui, à l'arrivée du terme ou de la condition, est remplacé par le tuteur testamentaire.

§ 6. « Les tuteurs cessent de l'être, quand ils sont écartés de la pupille parce qu'ils ont été reconnus suspects ou parce qu'ils s'excusent de la tutelle pour une cause légitime. »

699. V. **Comptes de tutelle.** — Lorsqu'un tuteur est dessaisi de la tutelle, il y a lieu à des règlements de comptes réciproques, appelés *comptes de tutelle;* cette opération est garantie, tout d'abord, par deux actions : l'une au profit du pupille, pour exiger la reddition de comptes : c'est l'action *tutelæ directa;* l'autre, au profit du tuteur, pour se faire indemniser, s'il y a lieu : c'est l'action *tutelæ contraria.*

Cette dernière est de création prétorienne, et, tout en protégeant les intérêts du tuteur, a pour conséquence d'augmenter sa responsabilité : en effet, ayant un moyen de se faire indemniser, il n'a plus de prétexte pour se dispenser d'administrer ; et il répond de son *inaction* aussi bien que de sa mauvaise gestion.

Indépendamment de l'action *tutelæ directa*, le pupille est protégé : 1° par l'action *de distrahendis rationibus*, qui fait condamner le tuteur *au double* de la valeur qu'il aurait détournée ; 2° par l'action *ex stipulatu*, contre les fidéjusseurs qui ont promis *rem pupilli salvam fore;* 3° enfin, si les précédentes n'arrivent pas à faire indemniser le pupille, par l'action *subsidiaria*, donnée contre les magistrats municipaux qui devaient, en province, recevoir les *cautions*, et qui auraient négligé de les exiger ou en auraient reçu d'insolvables.

700. VI. **De la tutelle perpétuelle des femmes.** — Chez les Romains, les femmes, pendant longtemps, furent en tutelle toute leur vie. La tutelle perpétuelle des femmes existait encore au temps de Gaïus et d'Ulpien, bien qu'elle eût perdu beaucoup de sa force à cette époque.

Quels étaient les motifs de cette tutelle perpétuelle ? Gaïus nous

dit que les femmes étaient toute leur vie en tutelle, à cause de la légèreté de leur esprit, *propter animi levitatem* : « Les anciens ont voulu que les femmes, même d'un âge parfait (c'est-à-dire pubères, nubiles), fussent en tutelle perpétuelle, à cause de la légèreté de leur esprit. » (Gaïus, I, § 144.) Ulpien nous dit que c'est à cause de la fragilité de leur sexe et de leur ignorance des affaires : « *Propter sexus infirmitatem et propter forensium rerum ignorantiam.* » (Ulp., *Reg.*, XI, § 1.)

701. Quels étaient les tuteurs des femmes en tutelle perpétuelle? Le tuteur d'une femme pouvait être d'abord un tuteur testamentaire. En effet, un père pouvait nommer, par testament, un tuteur à sa fille, ou à sa petite-fille, ainsi qu'à sa bru, si elle était *in manu* de son fils ; un mari pouvait nommer un tuteur à sa femme, si elle était sous sa *manus*, cas auquel elle se trouvait *loco filiæ*. (Gaïus, I, §§ 145, 148.)

A défaut du tuteur testamentaire, les agnats des femmes avaient la tutelle légitime et perpétuelle d'après la loi des Douze Tables. « Autrefois, dit Gaïus, d'après la loi des Douze Tables, les femmes avaient pour tuteurs leurs agnats. » (Gaïus, I, § 157.) Cette tutelle des agnats était imposée aux femmes d'une manière si rigoureuse que, si une femme n'avait pour agnat qu'un pupille, elle était néanmoins soumise à la tutelle de ce pupille, son agnat. (Gaïus, I, § 178.) Mais cette tutelle légitime des agnats fut supprimée par une loi *Claudia*, rendue sous le règne de Claude : « Par la suite fut portée la loi *Claudia* qui supprima, pour les femmes, les tutelles des agnats. » (Gaïus, I, § 157.)

A défaut de tuteurs testamentaires et légitimes, les magistrats nommaient des tuteurs aux femmes. (Gaïus, I, § 185.)

Si une fille était émancipée, elle était sous la tutelle de son *parens* émancipateur et, après la mort de celui-ci, sous la tutelle des enfants du *parens*. (Gaïus, I, § 175.)

Si une esclave était affranchie, elle était sous la tutelle de son patron et, après la mort de celui-ci, sous la tutelle des enfants du patron. Il pouvait arriver, dans plusieurs cas, qu'une affranchie eût pour tuteur un autre que son patron. En effet, lorsqu'une esclave avait été affranchie par une femme, elle n'était pas sous la tutelle de sa patronne, parce que les femmes ne pouvaient pas être tutrices. De même, quand une esclave avait été affranchie par un homme, si, avec son autorisation, elle faisait *coemptio* et qu'ensuite elle fût remancipée et libérée du *mancipium*, elle cessait d'avoir pour tuteur son patron et avait pour tuteur celui par qui elle avait été libérée du *mancipium*, lequel s'appelait tuteur fiduciaire. De

même, si le patron ou son fils se donnait en adoption, l'affranchie devait demander un tuteur au magistrat. Enfin l'affranchie devait encore demander un tuteur au magistrat lorsque son patron mourait sans laisser aucun enfant mâle. (Gaïus, I, § 195.)

702. « Il fut permis, dit Gaïus, aux agnats, tuteurs légitimes, et aux manumisseurs de céder à un autre (*cedere in jure*) la tutelle des femmes ; mais il n'est pas permis de céder la tutelle des pupilles mâles, car cette tutelle n'est pas onéreuse, comme celle des femmes, puisqu'elle doit cesser à la puberté. » (Gaïus, I, § 168.) Ainsi la tutelle légitime des agnats peut être cédée par eux à un tiers. « Celui auquel la tutelle est cédée s'appelle *tutor cessicius* ou tuteur cessionnaire. Si le tuteur cessionnaire vient à mourir ou à éprouver une *capitis deminutio*, la tutelle revient à celui qui l'a cédée. Que si celui qui l'a cédée vient lui-même à mourir, la tutelle cesse pour le tuteur cessionnaire et revient à celui qui occupe, après le cédant, le second rang dans la tutelle. » (Gaïus, I, §§ 169, 170.) « Mais, ajoute Gaïus, il est évident qu'aujourd'hui, pour les agnats, il n'est plus question de tutelle cessible, parce que les tutelles des agnats sur les femmes ont été supprimées par la loi *Claudia*. » (Gaïus, I, § 171.)

703. Tant qu'une femme en tutelle était impubère, son tuteur administrait ses biens et lui donnait son *auctoritas*, suivant les règles générales sur les tutelles des impubères : lorsque la femme devenait nubile, il devait lui rendre compte de son administration.

704. Lorsqu'une femme en tutelle était pubère, nubile, son tuteur n'avait pas l'administration de ses biens : la femme administrait elle-même son patrimoine. De sorte que le tuteur d'une femme pubère, en tutelle perpétuelle, n'avait pas de comptes à lui rendre à la fin de sa tutelle. (Gaïus, I, § 191.) Mais l'*auctoritas* du tuteur était toujours nécessaire, lorsque la femme voulait faire un acte de droit rendant sa condition pire, puisqu'elle était encore en tutelle : « *Pupillorum pupillarumque tutores et negotia gerunt et auctoritatem interponunt : mulierum autem tutores auctoritatem duntaxat interponunt.* » (Ulp., *Reg.*, XI, § 25.)

705. Bien mieux, les femmes en tutelle perpétuelle ne pouvaient pas faire leur testament *sine auctoritate tutoris*. (Gaïus, II, § 118. Ulp., *Reg.*, XX, § 15.) Or, le plus souvent, leurs tuteurs étaient leurs agnats, d'après la loi des Douze Tables, et, comme leurs agnats étaient leurs héritiers *ab intestat*, on comprend que, quand une femme demandait à son tuteur, son agnat, l'*auctoritas* pour tester, celui-ci devait toujours la lui refuser, parce qu'il pensait bien que, si la femme voulait tester, c'était pour le dépouiller

de sa succession, en testant au profit d'un autre. Aussi on peut dire qu'en réalité la tutelle perpétuelle des femmes avait été établie par la loi des Douze Tables, non pas *propter animi levitatem*, comme veut bien le dire Gaïus, mais dans l'intérêt de leurs agnats, dans le but d'assurer aux agnats les successions de leurs agnates *sui juris* et pubères, en empêchant celles-ci de tester sans l'*auctoritas* de leurs tuteurs; leurs agnats.

706. J'ai dit que la femme en tutelle, si elle est pubère, administre elle-même ses biens ; mais si elle est encore mineure de vingt-cinq ans, elle peut demander un curateur qui l'aidera dans l'administration de ses biens, sauf à demander l'*auctoritas* à son tuteur, quand elle en aura besoin. (*Fragm. Vaticana*, § 110.) Nous verrons, en effet, qu'un mineur de vingt-cinq ans peut demander un curateur pour se faire aider dans l'administration de ses biens.

707. L'*auctoritas*, que les femmes en tutelle devaient obtenir de leur tuteur pour faire un acte de droit, finit par devenir le plus souvent une simple formalité, car, si le tuteur ne voulait pas la donner, le préteur le forçait souvent à la donner. Aussi Gaïus nous dit que, de son temps, il n'y a plus de bonnes raisons pour justifier la tutelle des femmes : « Que les femmes d'un âge parfait (c'est-à-dire pubères, nubiles) soient en tutelle, cela ne paraît pas justifié par des raisons solides ; car la raison qu'on en donne ordinairement, savoir qu'elles sont souvent victimes de la légèreté de leur esprit et qu'ainsi il est équitable qu'elles soient dirigées par l'*auctoritas* de leur tuteur, est plus spécieuse que vraie. En effet, les femmes pubères font elles-mêmes leurs affaires, et, dans certains cas, pour la forme, le tuteur interpose son *auctoritas* et même, s'il la refuse, il est souvent forcé par le préteur de la donner. » (Gaïus, I, § 190.) De plus, un sénatus-consulte avait permis aux femmes de demander, lorsque leur tuteur serait absent, un autre tuteur pour remplacer leur tuteur absent, qui perdait pour toujours la tutelle, sans distinguer à quelle distance il était. (Gaïus, I, § 173.)

708. Toutefois, au temps de Gaïus, il y avait quelques tutelles de femmes qui étaient encore sérieuses : c'étaient la tutelle du patron sur son affranchie et la tutelle de l'ascendant émancipateur sur sa fille émancipée. « Les tutelles légitimes des patrons et des ascendants ont encore quelque force, en ce qu'ils ne peuvent être forcés à autoriser la femme ni pour faire son testament, ni pour aliéner ses choses *mancipi*, ni pour s'obliger, à moins qu'il ne survienne quelque motif grave d'aliéner des choses *mancipi* ou de contracter des obligations ; car c'est dans l'intérêt de ces patrons

et ascendants que toutes ces choses ont été établies, afin qu'ils ne fussent pas exclus, par un testament, de l'hérédité de ces femmes, auxquelles ils succèdent *ab intestat*, et afin que cette hérédité ne leur arrivât pas diminuée par l'aliénation des biens les plus précieux et par des dettes. » (Gaïus, I, § 192.) Ainsi cette tutelle des patrons et des ascendants émancipateurs, comme autrefois celle des agnats sur leurs agnates, était organisée dans l'intérêt même des tuteurs. Elle avait surtout pour but d'empêcher les affranchies et les filles émancipées d'enlever à leurs patrons ou à leurs ascendants émancipateurs leur succession, en faisant un testament.

D'un autre côté, le sénatus-consulte, qui permettait aux femmes de demander un autre tuteur pour remplacer leur tuteur absent, ne s'appliquait pas aux affranchies ni aux filles émancipées : « L'affranchie ne peut pas demander un tuteur à la place de son patron absent. » (Gaïus, I, § 174.) « La fille émancipée ne peut pas non plus demander un autre tuteur, en cas d'absence de son tuteur légitime, le *parens* émancipateur. » (Gaïus, I, § 175.)

709. Cependant, par exception, l'affranchie ou la fille émancipée peut quelquefois demander un tuteur pour une cause déterminée. Ainsi une femme, qui est sous la tutelle légitime d'un pupille, peut demander un tuteur au préteur urbain, *pour se constituer une dot*. (Gaïus, I, § 178.) Une affranchie peut demander un tuteur, en remplacement de son patron absent, pour faire adition d'hérédité. (Gaïus, I, § 176.) Le fils du patron, quoique impubère, devient tuteur de l'affranchie, mais il ne peut lui donner son *auctoritas* dans aucune affaire, puisqu'il ne lui est pas permis à lui-même de faire aucun acte de droit sans l'*auctoritas* d'un tuteur ; donc l'affranchie peut, dans ce cas, demander un tuteur qui lui donnera l'*auctoritas*, dans les actes pour lesquels elle est exigée, par exemple pour faire une adition d'hérédité. (Gaïus, I, §§ 179, 177.) Pareillement, si une femme est en tutelle légitime d'un fou ou d'un muet, elle peut demander un tuteur *pour se constituer une dot*. (Gaïus, I, 180.) Dans ces divers cas, la tutelle est certainement conservée au patron et au fils du patron. (Gaïus, I, § 181.)

710. Quoique les femmes pubères dussent être en tutelle toute leur vie, néanmoins cette tutelle perpétuelle pouvait cesser, en vertu des lois *Julia* et *Papia Poppæa*, par un mode particulier : *liberis*. C'est ce que nous apprend Gaïus : « Les femmes ingénues sont libérées de la tutelle, quand elles ont trois enfants ; les affranchies, quand elles en ont quatre, si elles sont sous la tutelle du patron ou de ses enfants ; car celles qui ont des tuteurs d'un autre genre, par exemple des tuteurs atiliens ou fiduciaires, sont aussi

libérées de la tutelle par le nombre de trois enfants. » (Gaïus, I, § 194. Traduction de M. Pellat.)

711. Quand les mœurs romaines commencèrent à être corrompues, la tutelle des femmes cessa d'être sérieuse et fut même ridiculisée. En effet, il avait été admis qu'un mari ayant la *manus* sur sa femme pourrait l'autoriser, par son testament, à choisir son tuteur et même à en changer ; et le tuteur ainsi choisi par la femme s'appelait *tutor optivus*, par opposition au tuteur nommé par le mari lui-même à sa femme dans son testament, qui s'appelait *tutor dativus* : « Quant à la femme qui est *in manu*, on a permis au mari de lui accorder la faculté de se choisir le tuteur qu'elle voudra, de cette manière : « Je donne à Titia, ma femme, l'option d'un tuteur. » Dans ce cas, la femme est libre de choisir un tuteur soit pour toutes ses affaires, soit pour une ou deux. Du reste, l'option est pleine, *plena*, ou étroite, *angusta*. L'*optio plena* est donnée de la manière que nous venons de dire. L'*optio angusta* est donnée ainsi : « Je donne à Titia, mon épouse, l'option d'un tuteur pour une fois seulement, ou pour deux fois seulement. » Ces deux options sont très-différentes, car la femme qui a l'*optio plena* peut choisir un tuteur une fois, deux fois, trois fois et plus souvent encore ; au contraire, celle qui a l'*optio angusta* ne peut, si le choix ne lui a été donné qu'une fois, choisir qu'une fois ; s'il ne lui a été donné que deux fois, elle ne peut choisir plus de deux fois. » (Gaïus, I, §§ 150 à 153.)

Nous avons vu qu'une femme pouvait encore changer de tuteur d'une autre manière, en faisant *coemptio*. (N° 598, 1°.) Il était donc permis aux femmes de changer de tuteur quand elles le voulaient. Aussi voyons-nous que Cicéron, bien antérieur à Gaïus, se moquait déjà de la tutelle des femmes, qui mettait les tuteurs sous la dépendance des femmes et non les femmes sous la dépendance de leurs tuteurs : « Les anciens avaient voulu que toutes les femmes fussent sous la dépendance des tuteurs, *propter infirmitatem consilii* ; mais on a trouvé un genre de tuteurs qui sont sous la dépendance des femmes. » (Cic., *Pro Murena*, 12.)

712. La loi *Claudia* avait supprimé la tutelle des agnats non-seulement à l'égard des femmes nubiles, mais encore à l'égard des femmes impubères : « La loi *Claudia* supprima à l'égard des femmes la tutelle des agnats. Aussi un impubère mâle peut avoir pour tuteur son frère pubère ou son oncle ; mais les femmes ne peuvent pas avoir un tel tuteur. » (Gaïus, I, § 157.) Constantin abrogea cette disposition de la loi *Claudia* qui enlevait aux agnats la tutelle de leurs agnates impubères. (L. 3, C. 5, 30.) Dès lors, les agnats purent être tuteurs de leurs agnates impubères.

713. *Extinction de la tutelle.* — 1° Sauf le cas où la femme tombe *in manum*, la tutelle ne peut prendre fin que *a parte tutoris ;* 2° le tuteur, nous l'avons vu, n'a pas de comptes à rendre, et n'est pas tenu de l'action *tutelæ directa.*

Disparition de la tutelle des femmes. — Le tuteur n'administrant pas et ne pouvant refuser son *auctoritas* (que le préteur le forçait à donner, quand la femme la demandait), une telle tutelle n'avait aucun effet pratique sérieux. — Les lois caducaires portent le premier coup à cette institution, en dispensant : 1° de la tutelle légitime, l'ingénue ayant trois enfants; 2° et de la tutelle du patron et de ses enfants, l'affranchie mère de quatre enfants. — Sous Claude, un sénatus-consulte supprime la tutelle des agnats ; enfin un édit de Théodose, en octroyant à toutes les femmes le *jus liberorum*, les affranchit toutes de la tutelle.

§ II. — DE LA CURATELLE.

(*Inst.*, I, XXIII.)

714. I. **Généralités.** — La curatelle est, *comme la tutelle*, une charge publique établie pour protéger les personnes qui sont totalement ou partiellement incapables de se protéger elles-mêmes. — *Mais elle diffère de la tutelle :* 1° en ce que le curateur étant donné, non à la personne, mais aux biens, n'a pas à *interponere auctoritatem*, mais seulement à donner son *consensus ;* ce *consensus* n'est point soumis à des formes solennelles, et peut être transmis par lettre ou par intermédiaire, tandis que l'*auctoritas* exige la présence du tuteur et une formule spéciale ; de plus, l'*auctoritas* doit être donnée au moment même de l'acte, tandis que le *consensus* peut intervenir postérieurement ; 2° la tutelle est générale et stable, la curatelle peut être spéciale et intermittente ; 3° la curatelle correspond, non pas à une incapacité normale, mais à une incapacité accidentelle ; 4° il n'y a pas de curatelle testamentaire ; 5° la curatelle donne naissance, en faveur de l'incapable, à une action *utilis negotiorum gestorum directa ;* et, en faveur du curateur, à l'action *utilis negotiorum gestorum contraria.* (Il y a quelques autres différences peu importantes en matière d'excusés, d'incapacité, d'extinction, etc.)

Variétés de la curatelle. — Il y a deux classes de curateurs : 1° les curateurs *legitimi*, qui tiennent leur pouvoir de la loi des Douze Tables ; 2° les curateurs *honorarii* (*honoraires*), nommés par les magistrats compétents pour nommer les tuteurs. — Il n'y a pas de curatelle testamentaire. Toutefois, si un testateur a désigné un

curateur, ce dernier est confirmé par un décret du préteur ou du président de la province.

Personnes en curatelle. — Ce sont : 1° *nécessairement*, les pubères *sui juris* qui sont atteints d'aliénation mentale ou interdits comme dissipateurs ; 2° *ordinairement*, les mineurs de vingt-cinq ans ; 3° *exceptionnellement*, les pupilles.

715. II. **Curatelle des prodigues.** — Le prodigue est celui qui dissipe follement ses biens. Le prodigue n'entre en curatelle qu'après avoir été interdit par le magistrat. Le jurisconsulte Paul nous a conservé les paroles par lesquelles le préteur prononçait l'interdiction : « *Quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico.* » (Paul, *Sent.*, III, IV, *a*, § 7.) « Attendu que tu dissipes, par ta prodigalité, les biens que t'ont laissés ton père et ton grand-père, et que tu conduis tes enfants à la misère, pour cette cause, je t'interdis le *commercium*. »

D'après la loi des Douze Tables, les prodigues majeurs de vingt-cinq ans étaient sous la curatelle de leurs agnats, après avoir été interdits par le magistrat. C'est ce que dit le § 3 de notre titre XXIII. Cette curatelle était appelée *légitime*, parce qu'elle avait été établie par la loi des Douze Tables.

Il faut remarquer que, d'après la loi des Douze Tables, ce n'est qu'autant que le prodigue dissipait les biens recueillis par lui dans la succession *ab intestat* de son père ou de son grand-père qu'il était interdit par le magistrat et ensuite placé sous la curatelle de ses agnats. « *Ex lege curator dari non poterat, cum ingenuus quidem non ab intestato, sed ex testamento heres factus sit patri.* » (Ulp., *Reg.*, XII, § 3.) Mais Ulpien nous apprend que le préteur s'écarta de cette règle de la loi des Douze Tables et finit par donner un curateur même à un affranchi prodigue : « *A prætore constituitur curator libertinis prodigis.* » (Ulp., *Reg.*, XII, § 3.) Et cependant l'affranchi ne peut avoir des biens paternels, *bona paterna avitaque* : « *Libertinus autem nullo modo patri heres fieri possit, qui nec patrem habuisse videtur, cum servilis cognatio nulla sit.* Un affranchi ne peut en aucune façon être l'héritier de son père, car il n'a pas de père, puisque la parenté servile n'a aucun effet. » (Ulp., *Reg.*, XII, § 3.) Néanmoins le préteur nommait un curateur à l'affranchi prodigue pour l'empêcher de dissiper, non pas les biens recueillis par lui dans la succession de son père, puisqu'il est censé n'avoir pas eu de père, mais pour l'empêcher de dissiper les biens par lui acquis depuis son affranchissement.

Le préteur finit par nommer un curateur aux ingénus prodigues

qui dissipaient les biens qu'ils avaient recueillis *en vertu du testament* de leur père. (Ulp., *Reg.*, XII, § 3.)

Enfin le préteur finit par nommer un curateur à toute personne qui dissipait ses biens en dépenses folles, de quelque manière qu'elle les eût acquis. (L. 1 pr. D. 27, 10.) — Les femmes « *quæ luxuriose vivunt* » peuvent aussi être interdites et mises en curatelle. (L. 15 pr. D. 27, 10.)

716. Le prodigue interdit et mis en curatelle devient incapable de rendre sa condition pire, c'est-à-dire incapable de s'obliger ou d'aliéner sans l'assistance de son curateur; mais il reste capable de rendre sa condition meilleure, c'est-à-dire d'acquérir ou de devenir créancier sans l'assistance de son curateur. (L. 6. D. 45, 1. — L. 10. D. 27, 10. L. 3. C. 2, 22.)

717. III. **Curatelle du furiosus.** — Le *furiosus* ou insensé est l'homme qui est en démence avec intervalles lucides. L'insensé est incapable de figurer dans un acte juridique exigeant la volonté et la raison ; car il est incapable de vouloir. L'insensé ne peut donc contracter, ni pour devenir créancier, ni pour devenir débiteur, et, plus généralement, il ne peut ni faire un acte de droit rendant sa condition meilleure, ni faire un acte de droit rendant sa condition pire. Cette incapacité absolue résulte de la démence et dure autant que la démence : si la folie a des intermittences, l'incapacité absolue aura des intermittences. L'incapacité cesse avec la démence et reparaît avec la démence. Si l'homme en démence a quelquefois des intervalles lucides, il est, pendant ces intervalles lucides, complétement capable de contracter, soit pour devenir créancier, soit pour devenir débiteur. (L. 6. C. 5, 70.)

718. Mais on comprend qu'un curateur sera très-utile à un insensé pour le temps que durera sa démence. Aussi, d'après la loi des Douze Tables, les insensés majeurs de vingt-cinq ans sont sous la curatelle de leurs agnats. (Ulp., *Reg.*, XII, § 2.) Cette curatelle des agnats de l'insensé est appelée curatelle *légitime*, parce qu'elle a été établie par la loi des Douze Tables.

719. L'insensé, à la différence du prodigue, n'est pas interdit. De plus, l'insensé, même lorsqu'il a un curateur, ne devient pas forcément incapable d'une manière continue ; les actes de droit par lui faits ne seront pas toujours nuls, comme je viens de le dire. Il faut distinguer : s'il est reconnu que l'insensé était dans un intervalle lucide quand il a fait un acte, de sorte qu'il a bien compris ce qu'il faisait, l'acte sera valable, sans distinguer si l'acte a eu pour effet de rendre sa condition pire ou meilleure : « Pendant les intervalles lucides, le curateur ne doit rien faire ; mais l'insensé

lui-même peut faire adition d'hérédité et toute espèce d'actes qui peuvent être faits par les hommes sains d'esprit. » (L. 6. C. 5, 70.) Que si, au contraire, il est reconnu que l'insensé était en démence au moment même où il a fait l'acte, l'acte sera déclaré nul dans tous les cas. (L. 6, C. 5, 70.)

Les jurisconsultes romains discutaient la question de savoir si la curatelle devait cesser pour l'insensé à chaque intervalle lucide, pour recommencer quand la folie reviendrait. Justinien décide que la curatelle du *furiosus* sera continue ; mais le *furiosus* sera toujours capable de faire toute espèce d'actes pendant un intervalle lucide. (L. 6, C. 5, 70.)

720. IV. **Curatelle du mente captus, du sourd, du muet, etc.** — De même que le préteur avait étendu la tutelle du prodigue, établie par la loi des Douze Tables ; de même il étendit, par analogie, la tutelle du *furiosus*, établie aussi par la loi des Douze Tables, au *mente captus*, aux sourds, aux muets et à ceux qui sont tourmentés par une maladie continuelle, *qui perpetuo morbo laborant* :

§ 4. Les *mente capti*, les sourds, les muets, ceux qui sont tourmentés par une maladie continuelle, reçoivent un curateur, parce qu'ils ne peuvent prendre soin de leurs propres affaires. »

Le *mente captus* est celui dont les facultés intellectuelles sont dans un état de faiblesse continue. Le faible d'esprit, *mente captus*, diffère du *furiosus*, au point de vue de la capacité, en ce que le *furiosus* est capable de faire valablement, pendant un intervalle lucide, toute espèce d'actes de droit, tandis que le faible d'esprit, étant dans un état d'imbécillité continue, ne peut jamais faire aucun acte de droit.

721. *Des différentes espèces de curateurs.* — Les curateurs sont ou *légitimes*, ou nommés par le magistrat. C'est ce que dit Ulpien : « *Curatores aut legitimi sunt, id est qui ex lege Duodecim Tabularum dantur, aut honorarii, id est qui ex prætore constituuntur.* Les curateurs sont légitimes, c'est-à-dire donnés en vertu de la loi des Douze Tables, ou honoraires, c'est-à-dire nommés par le préteur. » (Ulp., *Reg.*, XII, § 1.)

722. *Curatelle légitime.* — Les curateurs de l'insensé et du prodigue sont légitimes, parce que leur curatelle vient de la loi des Douze Tables qui veut que l'insensé et le prodigue soient sous la curatelle de leurs agnats.

723. *Curatelle honoraire.* — Sont curateurs honoraires les curateurs nommés par le magistrat. Quelquefois, les curateurs du pro-

digue et de l'insensé sont honoraires, nommés par le magistrat. Ainsi, lorsque le prodigue, l'insensé n'ont pas d'agnats, ou bien ont pour agnats des personnes inhabiles (*non idonei*, *inhabiles*), et, généralement, toutes les fois que la curatelle des agnats est impossible, il y a lieu à la tutelle honoraire : « Souvent, dit Gaïus, la curatelle de l'insensé et du prodigue appartient à un autre qu'au curateur légitime : le préteur donne la curatelle à un autre, lorsque le tuteur légitime est inhabile. » (L. 13. D. 27, 10.) — De même, nous avons vu que le prodigue, qui dissipe les biens qu'il a recueillis en vertu du testament de son père, ne peut être sous la curatelle de ses agnats ; le préteur lui nomme un curateur. De même, l'affranchi prodigue ne peut avoir qu'un curateur nommé par le magistrat. (Ulp., *Reg.*, XII, § 3.)

724. Lorsque la curatelle légitime était impossible, quels étaient les magistrats qui avaient le pouvoir de nommer des curateurs? Les curateurs de l'insensé, du *mente captus*, du sourd, du muet et des personnes continuellement malades étaient nommés par le préteur, puis, à l'époque de Justinien et déjà depuis longtemps à Rome, par le préfet de la ville ou les préteurs, et, dans les provinces, par les présidents, après enquête (L. 4. D. 26, 5 ; L. 45, § 3. D. 27, 1) :

§ 3. « Les insensés et les prodigues, bien que majeurs de vingt-cinq ans, sont sous la curatelle de leurs agnats, d'après la loi des Douze Tables. Mais les préfets de la ville ou les préteurs, à Rome, et les présidents, dans les provinces, ont l'habitude de leur donner des curateurs après enquête. »

Si un père nomme à son fils, qui est en démence, *furiosus*, majeur de vingt-cinq ans, un curateur par testament, ce curateur doit être confirmé, à Rome, par le préfet de la ville, dans les provinces, par le président, en présence de l'évêque et de trois notables de la cité, *præsentibus episcopo et tribus civitatis primatibus.* (L. 16 pr. D. 27, 10. — L. 27. C. 1, 4.)

725. Si un pupille est en démence, on ne lui nomme pas un curateur : il est en tutelle comme tous les pupilles. De même, si un pubère, mineur de vingt-cinq ans, est en démence, on lui nomme un curateur en sa qualité de mineur et non parce qu'il est insensé. (L. 3 pr. D. 26, 1.) De sorte que la curatelle du prodigue, du *furiosus*, du *mente captus*, etc., ne s'applique qu'aux majeurs de vingt-cinq ans.

De l'administration des curateurs du furiosus, du prodigue, des sourds, des muets, etc. — L'administration du curateur s'applique aux biens du prodigue, de l'insensé, etc... Le curateur peut aliéner

leurs biens, quand c'est nécessaire pour les besoins de l'administration (Gaïus, II, § 64 ; L. 17. D. 27, 10); il peut exercer leurs actions, faire payer leurs créances et payer leurs dettes. De là la maxime : « *Curator rei datur.* » (L. 7, § 3 ; L. 10, § 1. D. 27, 10.) Le curateur d'un insensé doit, en outre, veiller à sa guérison. (L. 7, pr. D. 27, 10.)

726. V. **Curatelle des mineurs de vingt-cinq ans.** — D'après le droit civil, le citoyen romain pubère, c'est-à-dire âgé de quatorze ans accomplis, était capable de faire tous les actes de droit concernant son patrimoine. C'était là une capacité précoce. Aussi arrivait-il souvent que des tiers, abusant de l'inexpérience de ce jeune citoyen pubère, faisaient avec lui des actes de droit préjudiciables pour lui, mais avantageux pour eux. En conséquence, la législation romaine imagina successivement divers systèmes de protection en faveur des citoyens pubères, mineurs de vingt-cinq ans.

727. 1° *Système de protection de la loi Plætoria.* — Une loi *Plætoria* établit un *judicium publicum*, une action criminelle, pouvant être exercée par tout citoyen contre celui qui, contractant avec un mineur de vingt-cinq ans, aurait abusé de son inexpérience pour lui faire faire un acte préjudiciable. Cette loi existait déjà au temps de Cicéron : « *Inde judicium publicum rei privatæ lege Plætoria.* » (Cic., *De natura deorum*, III, ch. XXX.) Dès lors, l'âge de vingt-cinq ans fut qualifié par les mots : *ætas legitima.* (L. 2. C. Th. 8, 12.) L'acte préjudiciable au mineur de vingt-cinq ans était annulé. Le citoyen, qui avait fait cet acte de droit avec le mineur, était poursuivi par l'action criminelle de la loi *Plætoria*, noté d'infamie, et condamné à une amende. (*Tables d'Héraclée*, lignes 111 et 112.)

On comprend qu'à partir de cette loi *Plætoria*, lorsqu'un mineur de vingt-cinq ans voulait faire un acte de droit, personne ne consentait à traiter avec lui, dans la crainte d'être poursuivi par l'action criminelle de la loi *Plætoria*. Mais, pour mettre le tiers qui consenterait à traiter avec un mineur à l'abri de l'action criminelle, la loi *Plætoria* elle-même permettait au mineur de vingt-cinq ans de se faire nommer un curateur par le magistrat. Alors l'approbation, donnée par ce curateur à l'acte juridique fait par le mineur avec un tiers, garantissait que le tiers n'avait pas abusé de l'inexpérience du mineur, et le tiers se trouvait à l'abri de l'action criminelle.

D'après ce qui précède, on voit que la loi *Plætoria* amena indirectement les mineurs de vingt-cinq ans à se faire nommer des curateurs.

En résumé, la loi *Plætoria :* 1° introduisit une distinction jus-

qu'alors inconnue entre les mineurs et les majeurs de vingt-cinq ans ; 2° elle donna au mineur une exception, l'*exceptio legis Plætoriæ*, pour repousser la demande du créancier frauduleux ; 3° elle établit une action criminelle et prononça une amende contre les tiers qui abusaient de l'inexpérience d'un mineur pour lui faire faire des actes préjudiciables ; 4° elle donna les moyens d'éviter cette action criminelle en permettant au mineur de se faire nommer un curateur présent à l'acte juridique fait par le mineur.

728. 2° *Système de protection établi par le droit prétorien.* — Le préteur trouva insuffisante la protection de la loi *Plætoria*. En effet, la loi *Plætoria* protégeait bien le mineur de vingt-cinq ans contre la fraude des tiers qui contractaient avec lui ; mais elle le laissait sans secours contre sa propre inexpérience, en cas d'absence de fraude de la part des tiers. Aussi le préteur, suivant l'équité naturelle, *naturalem æquitatem secutus*, décida qu'il examinerait tout acte de droit fait par un mineur et prononcerait contre cet acte la *restitutio in integrum*, toutes les fois que l'acte aurait été préjudiciable au mineur, c'est-à-dire qu'il considérerait l'acte comme non avenu et replacerait, restituerait le mineur dans la situation où il était avant d'avoir fait l'acte. Voici la disposition de l'édit du préteur : « *Quod cum minore quam viginti annis natu gestum esse dicetur, uti quæque res erit, animadvertam.* » (L. 1 pr., § 1. D. 4, 4.)

729. Ce n'est qu'après examen, *cognita causa*, que le préteur accordait la *restitutio in integrum* à tout mineur de vingt-cinq ans *lésé*. (L. 11, § 3 ; L. 44. D. 4, 4.) « C'est de leur *imperium* que les magistrats ont tiré le pouvoir d'accorder la *restitutio in integrum* aux mineurs de vingt-cinq ans. » (L. 26 pr. D. 50, 1.) En accordant la *restitutio*, les magistrats tempéraient le *strictum jus* par l'*æquitas naturalis*. — C'est au préteur et au préfet de la ville, à Rome, et aux présidents, dans les provinces, qu'il appartenait d'accorder la *restitutio in integrum* aux mineurs de vingt-cinq ans, lésés par leurs actes de droit. (L. 16, § 5. D. 4, 4.)

730. Par qui étaient nommés les curateurs des mineurs de vingt-cinq ans ?

§ 1. « Les curateurs des mineurs de vingt-cinq ans sont nommés par les mêmes magistrats que les tuteurs. Mais ils ne peuvent être nommés par testament. Cependant le curateur nommé par testament est confirmé par décret du préteur ou du président. »

731. Contre quels actes de droit un mineur de vingt-cinq ans peut-il demander la *restitutio in integrum?* Pour obtenir la *restitutio* d'un acte juridique par lui fait, il ne suffit pas au mineur de prouver

qu'il était mineur au moment où il a fait l'acte; il doit, en outre, prouver qu'il a été lésé par l'acte même qu'il a fait. De là la maxime : « *Minor restituitur non tanquam minor, sed tanquam læsus.* » Les expressions employées par les jurisconsultes pour indiquer que le mineur de vingt-cinq ans a été lésé par l'acte qu'il a fait sont celles-ci : *læsus, lapsus, captus, circumventus, circumscriptus.* Sont donc annulables tous les actes juridiques faits par le mineur et desquels il est résulté, pour lui, une lésion, un préjudice [1], sans avoir besoin de prouver la fraude du tiers co-contractant, comme il devait le faire pour avoir l'exception de la loi *Plætoria.* Mais le préteur alla plus loin et accorda la *restitutio in integrum* contre tout acte qui, sans léser le mineur, lui faisait manquer un gain, l'empêchait de réaliser un gain. (L. 7, § 6; L. 44. D. 4, 4.) Enfin le préteur finit par prononcer la *restitutio in integrum* contre une simple *omission* causant un préjudice au mineur de vingt-cinq ans. (L. 36. D. 4, 4.)

732. En résumé, la *restitutio in integrum* est accordée au mineur de vingt-cinq ans contre toute espèce d'actes juridiques par lui faits à son préjudice : contre une vente, contre un achat, contre un emprunt, si l'argent emprunté a été dissipé par lui. (L. 7, § 1; L. 24, § 4; L. 27, § 1. D. 4, 4.) De même, si un mineur s'est obligé, comme fidéjusseur, à fournir un gage ou une hypothèque pour la dette d'autrui, il obtiendra la *restitutio* contre la fidéjussion, contre le gage ou l'hypothèque [2]. (L. 7, § 3. D. 4, 4.) De même, s'il a fait une *acceptilatio* ou remise de dette à son débiteur sans cause légitime, il pourra obtenir la *restitutio* contre cette *acceptilatio.* (L. 27, § 2. D. 4, 4.) Enfin, si un mineur a reçu payement d'un de ses débiteurs et a dissipé la somme à lui remboursée, il obtiendra la *restitutio* contre le payement et pourra forcer le débiteur à lui faire un second payement. (L. 7, § 2; L. 24, § 4. D. 4, 4.) Le mineur peut même obtenir la *restitutio in integrum* contre un jugement rendu à son préjudice. (L. 7, §§ 4, 12; L. 8; L. 9 pr. L. 17. D. 4, 4.)

---

1. Dans le langage juridique, on appelle *lésion* le préjudice qu'éprouve une personne par suite d'un acte de droit qu'elle a fait avec un autre. On appelle *dommage* le préjudice qu'éprouve une personne par le fait d'autrui.

2. Les Romains appellent *intercessio* (*intercedere*) le fait d'une personne qui s'oblige pour autrui ou qui consent un gage ou une hypothèque pour garantir la dette d'autrui. C'est là un acte de générosité, mais qui peut être coûteux, dommageable pour son auteur, si le débiteur, dont il a garanti la solvabilité par sa fidéjussion, son gage ou son hypothèque, est insolvable. Voilà pourquoi le jurisconsulte Ulpien dit : « On vient au secours du mineur de vingt-cinq ans, *etiam in interventionibus;* par exemple, s'il est obligé comme fidéjusseur ou a engagé sa chose. » (L. 7. § 3. D. 4. 4.)

733. Pour qu'un mineur de vingt-cinq ans puisse obtenir la *restitutio in integrum* contre un acte juridique par lui fait : 1° il faut qu'il prouve qu'il était mineur au moment où il a fait l'acte; 2° il faut qu'il ait été lésé ; 3° il faut que la lésion résulte de l'acte même qu'il a fait. En conséquence, si un mineur achète une maison à de bonnes conditions, d'après le droit civil, il est obligé, parce qu'il est pubère, et d'un autre côté le préteur ne lui accorde la *restitutio* qu'autant qu'il a éprouvé une lésion par suite de l'acte même qu'il a fait; or, ici, il n'a éprouvé aucune lésion, puisque l'achat qu'il a fait lui a été avantageux; donc l'acte est inattaquable. Supposons qu'après l'achat la maison vendue au mineur vienne à périr par cas fortuit, le mineur pourra-t-il obtenir la *restitutio in integrum?* Non; parce qu'ici le dommage, provenant pour lui de la perte de la chose, ne résulte pas de l'acte de droit qu'il a fait, mais d'un cas fortuit. Or, pour qu'un mineur obtienne la *restitutio*, il faut que le préjudice par lui éprouvé, la lésion, résulte de l'acte juridique même qu'il a fait.

Le mineur de vingt-cinq ans n'obtient jamais la *restitutio in integrum* contre les obligations résultant de ses délits. (L. 9, § 2; L. 37. D. 4, 4.)

734. Un mineur de vingt-cinq ans peut obtenir de l'empereur la *venia ætatis*, pourvu qu'il ait plus de vingt ans accomplis. La femme peut obtenir la *venia ætatis* dès qu'elle a dix-huit ans accomplis. (L. 2, § 1, § 2. C. 2, 45.) — Conséquences de la *venia ætatis :*

1° Le mineur de vingt-cinq ans n'aura plus de curateur;

2° Les actes juridiques qu'il fera seront inattaquables.

735. La *restitutio in integrum* doit être demandée et prononcée dans un certain délai, après lequel le droit de la demander sera prescrit. Le point de départ de cette prescription est la vingt-cinquième année accomplie, ou, s'il y a eu *venia ætatis*, la date du rescrit qui a accordé la *venia ætatis*. (L. 7 pr.; L. 5 pr. C. 2, 53.) Ce délai fut d'abord d'une année *utile*, c'est-à-dire une année pour le calcul de laquelle on ne comptait que les jours utiles pour agir en justice. (L. 19. D. 4, 4; L. 7. C. 2, 53.) Justinien remplaça ce délai d'une année utile par quatre années *continues*, c'est-à-dire par quatre années, pour le calcul desquelles on comptait tous les jours, même ceux où l'on ne pouvait pas agir en justice. (L. 7 pr. C. 2, 53.)

736. *Effets de la restitutio in integrum.* — L'effet de la *restitutio in integrum* est d'anéantir l'acte de droit par lequel le mineur a été lésé et de l'anéantir pour toutes les parties : « *Restitutio autem ita facienda est, ut unusquisque in integrum jus suum recipiat.* » (L. 24, § 4. D. 4, 4.) En conséquence, si un mineur a vendu un bien au-

dessous de sa valeur, il a été lésé; par la *restitutio in integrum*, il recouvrera le bien par lui vendu, mais il devra rendre le prix à l'acheteur. Si le prix est dissipé et si, au moment de la vente, l'acheteur a pu savoir que le mineur dissiperait le prix, l'acheteur ne peut rien réclamer. (L. 24, § 4. D. 4, 4.) Un mineur emprunte de l'argent et le dissipe : son créancier ne peut rien lui réclamer; s'il a employé utilement la somme prêtée, il doit la rendre. (L. 7, § 1, § 2. D. 4, 4.)

Du reste, la *restitutio in integrum* est une ressource extraordinaire à laquelle le mineur ne peut recourir qu'autant qu'il n'a pas d'autre moyen de faire annuler l'acte par lui fait; là où le droit commun suffit, il est inutile de recourir à un remède prétorien. (L. 16, pr. D. 4, 4.)

737. Créée par le droit prétorien, la *restitutio in integrum* fut un de ces moyens souvent employés par les préteurs romains, qui, n'osant contredire ouvertement le droit civil, inventaient des détours pour l'éluder. C'est ce qu'ils firent pour reculer indirectement jusqu'à la vingt-cinquième année la majorité de quatorze ans du droit civil, évidemment trop précoce. Créée d'abord uniquement pour annuler les actes de droit faits par des personnes capables d'après le droit civil, c'est-à-dire par les pubères mineurs de vingt-cinq ans, la *restitutio in integrum* fut bientôt étendue même aux actes faits par les tuteurs et curateurs; de sorte que, sauf quelques exceptions rares, aucun contrat fait avec un mineur de vingt-cinq ans ne fut à l'abri de la *restitutio in integrum*. C'est ce dont on peut se convaincre par la lecture des deux textes suivants, dont l'un de Modestin, relatif aux pupilles, et dont l'autre est une constitution de l'empereur Alexandre relative aux mineurs : « Le pupille peut prouver qu'il a été lésé par un acte qu'il a fait avec l'*auctoritas* de son tuteur, et le curateur qui lui sera ensuite nommé pourra demander pour lui la *restitutio in integrum*. » (L. 29, D. 4, 4.) « Il a été admis que la *restitutio in integrum* pourrait être prononcée contre les actes judiciaires ou extrajudiciaires faits par les mineurs de ving-cinq ans, même en présence de leurs tuteurs ou curateurs, s'ils ont été lésés. » (L. 2. C. 2, 25.)

738. Puisque la présence de leurs curateurs n'enlevait pas aux mineurs de vingt-cinq ans le droit d'obtenir la *restitutio in integrum*, à quoi donc servait la présence du curateur à l'acte? La présence d'un curateur à l'acte rendait la *restitutio* beaucoup plus difficile. En effet, la présence d'un curateur rendait la fraude du tiers contractant avec le mineur plus difficile, et dès lors on comprend que le mineur assisté de son curateur était moins souvent lésé que

lorsqu'il contractait seul. La curatelle était donc un moyen pratique de prévenir le mal, d'empêcher les fraudes de ceux qui contractaient avec les mineurs et, par suite, de rendre le remède, c'est-à-dire la *restitutio in integrum*, nécessaire dans un moins grand nombre de cas.

739. Il faut savoir que les mineurs de vingt-cinq ans ne recevaient pas un curateur malgré eux. Les magistrats ne nommaient un curateur à un mineur de vingt-cinq ans que quand celui-ci en demandait un. (L. 13, § 2. D. 26, 5.)

740. 3° *Constitution de Marc-Aurèle sur la curatelle.*—La constitution de Marc-Aurèle ne nous est connue que par un passage de son historien Capitolinus, ainsi conçu : « *De curatoribus vero, quum ante nonnisi ex lege Plætoria, vel propter lasciviam vel propter dementiam darentur, ita statuit, ut omnes adulti curatores acciperent, non redditis causis.* » (*In Marco*, ch. x.) « Auparavant, il y avait trois espèces de curatelle : celle donnée en vertu de la loi *Plætoria*, celle donnée pour cause de prodigalité et celle donnée pour cause de démence. Marc-Aurèle décida que tous les adultes (c'est-à-dire les mineurs de vingt-cinq ans) pourraient recevoir des curateurs, *non redditis causis.* »

Marc-Aurèle décida donc que tous les mineurs de vingt-cinq ans pourraient recevoir des curateurs, *non causis redditis*, c'est-à-dire sans rendre compte d'aucun motif, sans avoir besoin d'invoquer aucune raison pour obtenir la nomination d'un curateur. Par cela seul qu'ils sont mineurs de vingt-cinq ans et quoiqu'ils n'aient peut-être, pour le moment, aucun acte de droit à faire, ils peuvent demander un curateur. — Mais remarquons que Marc-Aurèle n'ordonna pas que tous les mineurs de vingt-cinq ans seraient forcément en curatelle, malgré eux. Il décida seulement que tous les mineurs pourraient demander un curateur. Même après la constitution de Marc-Aurèle, les mineurs de vingt-cinq ans ne reçurent pas de curateurs malgré eux. (L. 13, § 5. D. 26, 5. — L. 2, § 5. D. 26, 6.) Même à l'époque de Justinien, les mineurs de vingt-cinq ans ne peuvent pas recevoir de curateurs malgré eux. En effet, le § 2 de notre titre XXIII dit : « *Inviti adolescentes curatores non accipiunt.* »

Primitivement, lorsqu'un mineur se faisait nommer un curateur pour faire un acte de droit, afin que la présence du curateur à l'acte écartât l'action criminelle de la loi *Plætoria*, on rendit plus difficile la *restitutio in integrum*. Ce curateur n'avait de pouvoir que pour cet acte. L'acte une fois fait, le curateur cessait d'être curateur et lorsque, plus tard, le mineur voulait faire un nouvel acte, il devait se faire nommer un nouveau curateur, et ainsi de même à chaque acte qu'il voulait faire. Mais à partir de la constitution de Marc-

Aurèle le mineur de vingt-cinq ans put demander un curateur général et permanent qui administrerait ses biens et qui l'assisterait dans les actes juridiques qu'il ferait lui-même. C'est ce qui résulte, non-seulement du passage de Capitolin cité plus haut, mais encore des textes suivants : « *Et ideo hodie in hanc usque ætatem (viginti quinque annorum), adolescentes curatorum auxilio reguntur.* » (L. 1, § 3, D. 4, 4.) « Aujourd'hui, les adolescents, jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans, sont dirigés par leurs curateurs. » Ce fragment est d'Ulpien, qui vivait à l'époque de Marc-Aurèle. Ulpien dit encore : « *Præterea dat (prætor) curatorem ei etiam, qui, nuper pubes factus, idoneus negotia sua tueri non potest.* » « Le préteur donne encore un curateur à celui qui, devenu pubère depuis peu, n'est pas à même de faire habilement ses affaires. » Enfin les *Institutes* disent : « Les hommes pubères et les femmes nubiles reçoivent des curateurs jusqu'à leur vingt-cinquième année; car, bien qu'ils soient pubères, ils sont encore dans un âge à ne pas pouvoir défendre leurs intérêts. » (*Inst.*, pr., I, XXIII.)

En résumé, la constitution de Marc-Aurèle contenait deux dispositions : 1° elle permettait à tout mineur de vingt-cinq ans de demander un curateur, en vertu de sa seule qualité de mineur; 2° elle permettait au mineur de vingt-cinq ans de demander un curateur général et permanent.

741. J'ai dit que, même encore à l'époque de Justinien, les mineurs de vingt-cinq ans ne recevaient pas de curateur malgré eux : ils n'avaient un curateur que lorsqu'ils en avaient demandé un. Telle est la règle générale. Mais cette règle générale souffre trois exceptions, c'est-à-dire il y a, en droit romain, trois cas où un mineur peut être forcé de recevoir un curateur malgré lui :

1° Le mineur ne peut pas plaider, ni comme demandeur ni comme défendeur, sans être assisté par un curateur. Justinien (§ 2, I, XXIII) nous indique ce premier cas, après avoir posé la règle générale :

§ 2. « Les adolescents ne reçoivent pas de curateur malgré eux, si ce n'est en cas de procès, car un curateur peut être donné pour une seule affaire. »

Ainsi, lorsqu'un mineur a un procès, s'il a déjà depuis plus ou moins longtemps obtenu sur sa demande un curateur général et permanent, il plaidera avec l'assistance de ce curateur. S'il n'en a pas, il ne sera pas admis à plaider tant qu'il ne se sera pas fait nommer un curateur pour le procès. Si, dans le but de paralyser la demande dirigée contre lui, le mineur refuse de demander un curateur, le préteur lui en imposera un, si le demandeur l'exige. (L. 1, §§ 3, 4. D. 26, 7; L. 1. C. 5, 31.)

2° Si un mineur a un débiteur auquel il réclame payement, le débiteur peut refuser de payer au mineur, s'il n'est pas assisté d'un curateur : « *Et ideo si minor conveniat debitorem, adhibere debet curatores ut ei solvatur pecunia : cæterum non ei compelletur solvere.* » Que si le débiteur veut se libérer, il peut forcer le mineur à se faire nommer un curateur : « *Permittitur etiam, ex constitutione principum, debitori, compellere adolescentem ad petendos sibi curatores.* » (L. 7, § 2. D. 4, 4.)

3° Lorsque la tutelle cesse par la puberté du pupille, le tuteur est tenu, d'après des constitutions impériales, de donner à son ex-pupille le conseil de demander un curateur. Si le tuteur néglige de faire cette recommandation à son ex-pupille, il sera responsable de cette négligence et poursuivi par l'action de tutelle, qui survit ainsi à la tutelle elle-même pour protéger le mineur. C'est ce que nous apprend le jurisconsulte Ulpien : « *Si tutor pupillum suum puberem factum non admonuerit, ut sibi curatores peteret (sacris enim constitutionibus hoc facere jubetur, qui tutelam administravit), an tutelæ judicio teneatur? et magis puto sufficere tutelæ judicium, quasi connexum sit hoc tutelæ judicio.* » (L. 5, § 5. D. 26, 7.) « Si un tuteur n'a pas averti son pupille devenu pubère de demander des curateurs (celui qui a administré la tutelle est astreint par les constitutions à faire cet avertissement), sera-t-il tenu de l'action de tutelle? Je pense que l'action de tutelle suffit, parce que la négligence du tuteur, bien qu'elle ne se soit produite qu'après la puberté, est connexe à l'action de tutelle. »

742. Du reste, le tuteur, qui cesse ses fonctions par suite de la puberté du pupille, a un moyen facile de forcer son ex-pupille à demander un curateur. Il lui dira : Faites-vous nommer un curateur, sinon je me refuse à vous rendre vos comptes de tutelle. Et si l'ex-pupille persiste à ne pas demander un curateur, le tuteur peut demander lui-même cette nomination. C'est ce qu'avait décidé un rescrit de l'empereur Gordien : « *Admone eam, quæ quondam pupilla fuit, ut sibi petat curatorem. Quod si ea petere neglexerit, quo maturius possis rationem reddere administrationis, petere curatorem non vitaberis.* » (L. 7. C. 5, 31.) « Avertis celle qui a été autrefois ta pupille qu'elle doit demander un curateur. Que si elle néglige de le demander, tu ne seras pas empêché de lui en faire nommer un, afin que tu puisses plus promptement rendre le compte de ton administration. »

En dehors de ces trois cas, les mineurs de vingt-cinq ans n'étaient pas obligés de se faire nommer des curateurs. Toutefois, les mineurs, qui avaient été en tutelle, avaient presque toujours un curateur,

parce qu'à la fin de la tutelle leurs tuteurs les forçaient à se faire nommer un curateur, afin de pouvoir leur rendre valablement leur compte de tutelle. Mais il est possible qu'un homme devienne *sui juris* sans avoir jamais été en tutelle : alors il n'a pas d'ex-tuteur qui doive lui rendre compte et qui le force à se faire nommer un curateur. Donc les mineurs de vingt-cinq ans qui n'avaient pas été en tutelle n'avaient, après leur puberté, un curateur, qu'autant qu'ils en demandaient un.

743. 4° *Administration des curateurs des mineurs de vingt-cinq ans.* — Une fois nommé, le curateur général et permanent avait sur les biens d'un mineur un pouvoir d'administration aussi étendu que celui d'un tuteur sur les biens de son pupille. Ainsi il pouvait poursuivre les débiteurs du mineur, sans le concours du mineur, ou bien, au contraire, il pouvait donner son consentement, *accommodare consensum*, à la poursuite dirigée par le mineur contre son débiteur. (L. 1. § 4. D. 26, 7.) Le curateur pouvait recevoir valablement le payement des sommes dues au mineur. (L. 7, § 2. D. 4, 4. — L. 14, § 7. D. 46, 3.) Enfin le curateur pouvait aliéner les biens du mineur.

Mais un sénatus-consulte, rendu sur la proposition de Septime-Sévère, interdit aux curateurs d'aliéner les *prædia rustica vel suburbana* des mineurs sans y être autorisés par un décret du préteur qui doit au préalable apprécier l'opportunité de l'aliénation. L'aliénation faite sans ce décret est nulle. (L. 1 pr., § 2. D. 27, 9.) — Cette prohibition fut étendue aux mineurs qui, n'ayant pas de curateurs, administraient eux-mêmes leur patrimoine. Enfin cette prohibition fut généralisée par Constantin, qui défendit d'aliéner les biens meubles et immeubles des mineurs de vingt-cinq ans, comme ceux des pupilles, sans un décret spécial. (L. 22. C. 5, 37.) La constitution d'hypothèque sur les biens des mineurs, sans un décret spécial, fut aussi défendue. (L. 2, §§ 1, 2. C. 2, 45.) Ces prohibitions s'appliquaient aux biens de tous les mineurs, même aux biens de ceux qui avaient obtenu la *venia ætatis*. (L. 3. C. 2, 45.)

744. 5° *De la capacité juridique des pubères mineurs de vingt-cinq ans.* — En ce qui concerne la capacité juridique des pubères mineurs de vingt-cinq ans, il faut distinguer entre ceux qui ont un curateur et ceux qui n'en ont pas.

745. *A.* DE LA CAPACITÉ DES PUBÈRES MINEURS DE VINGT-CINQ ANS QUI N'ONT PAS DE CURATEUR. — Le pubère, mineur de vingt-cinq ans, n'ayant pas de curateur est capable, d'après le droit civil, de contracter, soit pour rendre sa condition meilleure, soit pour rendre sa condition pire, c'est-à-dire pour devenir créancier ou débiteur. (L. 43. D. 44, 7.) Mais s'il a été lésé par l'acte juridique qu'il a fait,

il obtiendra la *restitutio in integrum* : « Si, n'ayant pas de curateur, tu as fait un contrat, tu peux implorer la *restitutio in integrum* et l'obtenir après examen, pourvu que le délai ne soit point passé. » (L. 3. C. 2. 22.)

746. *B.* DE LA CAPACITÉ JURIDIQUE DU PUBÈRE, MINEUR DE VINGT-CINQ ANS, AYANT UN CURATEUR. — Les interprètes du droit romain ne sont pas d'accord sur l'étendue de la capacité du pubère; mineur de vingt-cinq ans, ayant un curateur général et permanent. Ce désaccord vient de ce qu'il y a, dans les compilations de Justinien, des textes contradictoires sur la capacité juridique des mineurs de vingt-cinq ans, ayant un curateur. En effet, d'une part, le jurisconsulte Modestin dit formellement qu'un mineur, ayant un curateur général et permanent, conserve la capacité de s'obliger seul valablement : « *Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari.* » (L. 101. D. 45, 1.) C'est ce que dit aussi le jurisconsulte Paul : « *Obligari potest pubes compos mentis.* » (L. 43. D. 44, 7.) Mais, d'un autre côté, nous trouvons au Code de Justinien une constitution des empereurs Dioclétien et Maximien qui porte : « *Si curatorem habens minor et viginti quinque annis post pupillarem ætatem res vindidisti, hunc contractum servari non oportet : cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens cui, a prætore curatore dato, bonis interdictum est.* » (L. 3. C. 2, 22,) « Si, mineur de vingt-cinq ans, ayant un curateur, tu as, après ta puberté, vendu un de tes biens, ce contrat ne doit pas être maintenu; car le mineur qui a un curateur est assimilé au prodigue interdit, auquel le préteur a nommé un curateur. »

747. Voici l'explication qui est généralement admise : pour connaître la capacité des pubères mineurs de vingt-cinq ans, ayant un curateur général et permanent, il faut distinguer les époques. A l'époque des jurisconsultes classiques, le mineur de vingt-cinq ans, pubère, quoique pourvu d'un curateur, conserve sa capacité pleine et entière. Quoiqu'il ait un curateur, il est aussi capable que le mineur qui n'en a pas demandé. Il est capable d'*aliéner* et *de s'obliger*. C'est ce que disent Paul et Modestin. (L. 43. D. 44, 7; L. 101. D. 45, 1.) Que s'il a été lésé, il peut demander la *restitutio in integrum*, comme le mineur qui n'as pas de curateur. Mais les empereurs Dioclétien et Maximien vinrent changer la règle et décidèrent que le mineur qui aurait un curateur serait assimilé au prodigue interdit ayant un curateur, et que l'obligation par lui contractée serait nulle, sans qu'il eût besoin de demander la *restitutio in integrum*. (L. 3. C. 2, 22.)

Ainsi, avant Dioclétien et Maximien, si un mineur de vingt-cinq

ans, pubère, ayant un curateur, avait fait un acte seul, il pouvait obtenir la *restitutio in integrum*. Au contraire, après la constitution de ces empereurs, s'il a fait un acte seul, sans son curateur, il pourra demander la *nullité*. Et le résultat ne sera pas le même : 1° au point de vue du temps. En effet, la *restitutio* ne pouvait être demandée que pendant une année utile; plus tard, pendant cinq années continues; au contraire, la *nullité* pour défaut d'assistance du curateur pourra être invoquée par le mineur toujours, à toute époque; 2° au point de vue de la preuve à faire : pour obtenir la *restitutio*, le mineur devait prouver qu'il avait subi une lésion; au contraire, d'après la constitution de Dioclétien et de Maximien, la nullité de l'acte fait par le mineur seul dérive de la non-assistance du curateur dont il est pourvu : il n'a plus besoin de prouver une lésion pour faire annuler l'acte par lui fait.

Dioclétien et Maximien ne changèrent pas la capacité des pubères, mineurs de vingt-cinq ans, non pourvus de curateurs. Après comme avant la constitution de ces empereurs, le mineur de vingt-cinq ans, pubère, n'ayant pas de curateur, reste capable de s'obliger, sauf à obtenir la *restitutio in integrum*, s'il a été lésé. C'est ce que disent les empereurs eux-mêmes dans leur constitution : « Si, n'ayant pas de curateur, tu as fait un contrat, tu peux implorer la *restitutio in integrum* et l'obtenir après examen. » (L. 3, *in fine*. C. 2, 22.)

748. La condition des mineurs de vingt-cinq ans, pubères, peut se résumer dans les propositions suivantes :

1° Les mineurs de vingt-cinq ans, pubères, n'ont pas forcément un curateur. Ils n'en ont un qu'autant qu'ils le demandent et dans les trois cas où on peut les forcer à s'en faire nommer. (N° 741.)

2° Le mineur de vingt-cinq ans, pubère, ayant ou n'ayant pas de curateur, est capable de contracter sans l'assistance de son curateur, soit pour rendre sa condition meilleure, soit pour rendre sa condition pire (sauf à invoquer la *restitutio in integrum*), au moins jusqu'à la constitution de Dioclétien et de Maximien. A partir de cette constitution, le mineur de vingt-cinq ans, pubère, mais seulement celui qui a un curateur, devient incapable de contracter sans l'assistance de son curateur, même pour faire un acte rendant sa condition meilleure.

3° A partir du sénatus-consulte rendu sous Septime-Sévère, les *prædia rustica vel suburbana*, et, à partir de Constantin, aucun des biens des mineurs de vingt-cinq ans, ne peuvent être aliénés qu'en vertu d'un décret spécial du préteur. (Voyez le sens des mots *prædia rustica* et *prædia urbana* au n° 661.)

4° Le mineur de vingt-cinq ans, pubère, ayant ou n'ayant pas de curateur, ne peut obtenir la *restitutio* contre un acte de droit qu'autant qu'il a été lésé par cet acte même. A partir de Dioclétien et de Maximien, le mineur de vingt-cinq ans, ayant un curateur, n'a plus besoin de demander la *restitutio in integrum* contre un acte juridique qu'il a fait seul, quand même il aurait été lésé, parce que l'acte est nul.

5° Si le mineur de vingt-cinq ans, pubère, ayant ou n'ayant pas de curateur, fait un acte de droit qui ne lui cause aucune lésion, l'acte de droit est valable et ne peut être attaqué par la *restitutio in integrum*, quand même le mineur viendrait à perdre le profit qu'il a retiré de l'acte. Exemple : Si un mineur achète seul un esclave dont il a besoin, sans être lésé par cet achat, il ne pourra pas obtenir la *restitutio in integrum*, quand même l'esclave viendrait ensuite à mourir. (L. 11, § 4. D. 4, 4.) A partir de Dioclétien et de Maximien, le mineur de vingt-cinq ans, pubère, ayant un curateur, qui fera un acte de droit, sans l'assistance de son curateur et néanmoins sans être lésé, pourra en demander la *nullité*.

6° Le mineur de vingt-cinq ans, pubère, ayant ou n'ayant pas de curateur, peut tester et se marier.

7° Le mineur de vingt-cinq ans, pubère, ne peut se donner en adrogation qu'avec l'assistance d'un curateur. (L. 8. D. 1, 7.)

749. 6° *Appendice*. — *A*. DE LA RESTITUTIO IN INTEGRUM AU PROFIT DES PUPILLES. — Créée d'abord en faveur des pubères, mineurs de vingt-cinq ans, pour annuler les actes par eux faits à leur préjudice, la *restitutio in integrum* fut plus tard étendue par les préteurs même au pupille en tutelle : « On peut prouver qu'un pupille a été lésé par un acte fait avec l'*auctoritas* de son tuteur; et le curateur qui lui sera donné ensuite pourra demander, au nom du pupille, la *restitutio in ntegrum*. » (L. 29 pr. D. 4, 4.) Et le pupille lésé obtiendra la *restitutio in integrum*, contre un acte par lui fait avec l'*auctoritas* de son tuteur, quand même il n'y aurait aucune faute à reprocher au tuteur : « *Nec idcirco, si justum sit restitui, denegandum id auxilium, quod tutor delicto vacaret.* » (L. 47 pr. D. 4, 4.)

750. *B*. DE LA CAPACITÉ JURIDIQUE DES PUPILLES. — La capacité des pupilles est régie par les règles suivantes :

1° Le pupille, c'est-à-dire l'impubère, *sui juris*, âgé de moins de quatorze ans, a forcément un tuteur.

2° Le pupille sorti de l'*infantia* ne peut faire, *sine auctoritate tutoris*, des actes de droit qui rendent sa condition pire; c'est-à-dire il ne peut ni aliéner ni s'obliger.

3° Le pupille, sorti de l'*infantia*, peut faire, *sine auctoritate*

tutoris, les actes de droit qui rendent sa condition meilleure.

4° Pour que le pupille obtienne la *restitutio in integrum* contre un acte de droit par lui fait *cum auctoritate tutoris*, il faut qu'il ait été lésé par l'acte même qu'il a fait, comme le mineur.

5° Si un pupille fait un acte de droit *cum auctoritate tutoris*, sans éprouver aucune lésion par cet acte, l'acte est inattaquable, quand même le pupille perdrait ensuite le profit qu'il a retiré de l'acte. Exemple : Si un pupille achète, avec l'*auctoritas* de son tuteur, un esclave dont il a besoin, sans éprouver aucune lésion, le pupille ne peut demander la *restitutio*, quand même l'esclave viendrait ensuite à mourir. (L. 11. §§ 4, D. 4, 4.)

6° Les *prædia rustica vel suburbana* du pupille, à partir du sénatus-consulte rendu sous Septime-Sévère, et aucun de ses biens, à partir de Constantin, ne peuvent être aliénés qu'en vertu d'un décret spécial du préteur.

7° Si un pupille fait, *sine auctoritate tutoris*, un acte de droit rendant sa condition pire, il demandera, non pas la *restitutio in integrum*, mais la nullité de l'acte. Exemple : Un pupille achète, sans l'*auctoritas* de son tuteur, une maison à de bonnes conditions, c'est-à-dire sans être lésé ; par exemple, il achète pour 100 une maison qui vaut bien 150. Néanmoins, la vente à lui faite est nulle, en ce sens qu'il n'est pas obligé à payer le prix, parce qu'il n'a pu s'obliger, rendre sa condition pire, *sine auctoritate tutoris*. Donc, si la maison par lui achetée vient à brûler par cas fortuit, il n'a pas besoin, pour se dispenser de payer le prix, de demander la *restitutio in integrum*, puisqu'il n'est pas obligé.

De là il résulte une différence entre le pupille et le mineur de vingt-cinq ans, au point de vue de la *restitutio in integrum*. En effet, supposons qu'un mineur de vingt-cinq ans, pubère, achète, sans l'assistance de son curateur, une maison à de bonnes conditions, c'est-à-dire sans être lésé, la vente à lui faite est valable, et, si la maison vient ensuite à brûler, la perte est pour lui : il ne pourra pas obtenir la *restitutio in integrum*, parce que la perte qu'il a éprouvée n'est pas résultée de l'acte de droit qu'il a fait, c'est-à-dire de l'achat de la maison, mais d'un cas fortuit. Or, *minor restituitur, non tanquam minor, sed tanquam læsus.*

8° Le pupille, sorti de l'*infantia*, peut acquérir la possession *sine auctoritate tutoris*, car il est reconnu capable de volonté, condition exigée pour l'acquisition de la possession, et de plus l'acquisition de la possession rend sa condition meilleure.

9° Le pupille ne peut ni se marier, ni tester.

751. VI. **Des curateurs donnés dans certains cas aux**

pupilles. — Il y avait quelques cas où il était utile de donner un curateur à un impubère en tutelle.

1° Le pupille a un tuteur qui est *inhabilis*, *non idoneus*, c'est-à-dire qui n'est pas apte à bien gérer le patrimoine du pupille. En pareil cas, ce tuteur *inhabilis* n'est pas destitué, car ce n'est pas de sa faute si la nature ne lui a pas donné les qualités d'un bon administrateur. Mais alors on nomme au pupille un curateur qui administrera ses biens à la place du tuteur inhabile.

2° Lorsque le tuteur s'excuse de la tutelle, non pour toujours, mais pour un certain temps; pendant le temps que dure l'excuse, on nomme un curateur pour administrer les biens du pupille. — Ces deux cas sont indiqués par le § 5 de notre titre XXIII :

§ 5. « Quelquefois les pupilles reçoivent des curateurs, ce qui a lieu, par exemple, si le tuteur légitime est inhabile à administrer, car on ne peut pas donner un tuteur à celui qui en a déjà un. Pareillement, si le tuteur, nommé par testament ou par le préteur, ou par le président, est inhabile à administrer, quoiqu'il ne se rende coupable d'aucune fraude, on a l'habitude de lui adjoindre un curateur. De même, à la place des tuteurs qui s'excusent de la tutelle, non pour toujours, mais pour un certain temps, on a l'habitude de nommer des curateurs pour administrer. »

3° Lorsqu'un pupille n'a qu'un tuteur, s'il a un procès avec ce tuteur, on nomme au pupille un curateur qui l'assistera dans le procès contre son tuteur, au moins d'après le droit de Justinien. (*Inst.*, I, XXI, § 3. — N° 691.)

752. Le § 6 prévoit le cas où, le tuteur étant empêché, le préteur choisit un mandataire pour administrer les biens du pupille :

§ 6. « Que si un tuteur est empêché par sa mauvaise santé ou par toute autre nécessité d'administrer les biens du pupille, qui se trouve lui-même absent ou *infans*, le préteur ou le président de la province choisira et nommera par un décret un agent (*actorem*), qui administrera aux risques du tuteur. »

Ainsi, si un obstacle absolu empêche le tuteur d'administrer les affaires du pupille, et que celui-ci soit absent ou *infans* (sans cela le pupille constituerait lui-même un procureur, avec l'*auctoritas tutoris*), le magistrat constitue, par décret, un agent choisi par le tuteur et à ses risques. Cet *adjutor tutelæ* diffère du curateur : 1° en ce qu'il peut être nommé par le magistrat, sur la désignation du tuteur, et par le tuteur avec l'autorisation du magistrat, tandis que le curateur est désigné directement et seulement par le magistrat; 2° en ce que le tuteur n'est pas responsable de la gestion du curateur, tandis qu'il répond de celle de l'*actor*.

§ III. — RÈGLES COMMUNES A LA TUTÈLLE ET A LA CURATELLE.

753. L'étude que l'on vient de faire de la tutelle et de la curatelle a, sans doute, déjà montré quelques ressemblances ou différences entre ces deux matières si intimement liées l'une à l'autre.

Je crois néanmoins être utile au lecteur, en résumant, le plus brièvement possible, ces points de similitude et aussi de dissemblance, avant de passer aux trois matières que les *Institutes* présentent comme étant communes à la tutelle et à la curatelle, et qui forment les titres XXIV, XXV et XXVI du livre I.

I. **Nomination du tuteur ou curateur par le magistrat.** — Les règles sont identiques dans les deux cas.

On sait qu'il n'y a pas de curatelle fiduciaire, testamentaire, ni légitime, excepté pour les fous et les prodigues.

II. **Obligations et responsabilité du tuteur ou curateur.** — Identité.

III. **Pouvoirs du tuteur ou curateur.** — Ces pouvoirs sont en général identiques; ainsi : 1° les actes que le tuteur ne peut faire seul, *eu égard à leur nature*, ne peuvent être faits par le curateur seul, mais doivent l'être par la partie intéressée elle-même avec le *consensus* du curateur; 2° les actes qui, *eu égard à leur but*, ne peuvent être ni faits ni autorisés par le tuteur *seul*, ne peuvent l'être par le curateur *seul*.

On sait qu'une différence capitale entre le tuteur et le curateur résulte de ce que : le premier *datur personæ*, et doit dans certains cas *interponere auctoritatem*, tandis que le second *datur rei*, et n'intervient que pour donner son *consensus*.

IV. **Cessation de la tutelle ou de la curatelle.** — Identité, si toutefois, en ce qui concerne la curatelle, on substitue à la *puberté* l'*ætas legitima* (25 ans), la *venia ætatis*, la levée de l'interdiction, la cessation de la folie.

V. **Actions résultant de la tutelle ou curatelle.** — Dans la curatelle, il n'y a point d'action *de distrahendis rationibus*; d'un autre côté; l'action *tutelæ directa* est remplacée, pour la curatelle, par l'action *utilis directa negotiorum gestorum*. Sauf ces points, identité absolue.

754. VI. **Garanties accordées aux personnes en tutelle ou curatelle : de la satisdation des tuteurs ou curateurs.** (*Inst.*, I, XXIV.)

Pr. « Pour que les biens des pupilles ou des personnes soumises à la curatelle ne dépérissent pas et ne soient pas détériorés par suite de la mauvaise administration de leurs tuteurs et curateurs, le préteur a soin de forcer les tuteurs et curateurs à fournir satisdation. Mais il n'en est pas toujours ainsi; car ne sont pas forcés de fournir satisdation les tuteurs nommés par testament, parce que leur fidélité et leur diligence ont été appréciées par le testateur. De même, ne sont pas obligés à fournir satisdation les tuteurs ou curateurs nommés par les magistrats après enquête, car ils ont été choisis parce qu'ils étaient aptes à bien gérer. »

D'après ce texte, les tuteurs ou curateurs au commencement de la tutelle ou curatelle, avant de s'ingérer dans la gestion des biens du pupille ou du mineur, doivent promettre *rem pupilli vel adolescentis salvam fore*, c'est-à-dire doivent s'obliger à ne pas détériorer, à ne pas dissiper les biens du pupille ou du mineur, et à les rendre intacts à la fin de la tutelle ou curatelle. De quelle manière le tuteur ou curateur contracte-t-il cette obligation? Au moyen d'un contrat appelé *stipulation*. La stipulation est un contrat qui se forme par une interrogation et une réponse. Celui qui veut devenir créancier dit à celui qui consent à devenir débiteur, par exemple : « *Spondesne mihi dare centum aureos?* » c'est-à-dire : « Promets-tu de me donner cent sous d'or? » Et celui qui consent à devenir débiteur répond : « *Spondeo.* Je promets. » C'est au moyen d'une stipulation semblable que le tuteur ou curateur promettra *rem salvam fore pupilli vel adolescentis*, c'est-à-dire s'obligera à ne pas dilapider les biens du pupille ou du mineur et à les rendre à la fin de la tutelle ou curatelle. On dira au tuteur : « *Spondesne rem salvam fore pupilli?* » Il répondra : « *Spondeo.* » On dira au curateur : « *Spondesne rem salvam fore adolescentis?* » Il répondra : « *Spondeo.* » Le tuteur ou curateur ayant répondu *Spondeo* se trouve obligé à bien administrer les biens du pupille ou du mineur, à ne pas les dilapider et à les rendre au pupille ou au mineur à la fin de la tutelle ou curatelle. Mais il ne suffit pas que le tuteur ou curateur s'oblige personnellement; il doit, en outre, *satisdare*, c'est-à-dire présenter une autre personne qui contractera la même obligation que le tuteur ou curateur. On dira à cette autre personne : « *Fidejubesne rem salvam fore pupilli (vel adolescentis)?* » Et si elle répond : « *Fidejubeo*, » elle est obligée et s'appelle un *fidéjusseur*. Elle est obligée à assurer la restitution des biens du pupille ou du mineur à la fin de la tutelle ou curatelle; de sorte que, si, à cette époque, le tuteur ou curateur se trouve débiteur envers le pupille ou le mineur par suite de son administration et est insolvable, le fidéjusseur devra payer ce qui sera dû au pupille ou au mineur.

755. Mais qui, dans la stipulation, interroge le tuteur ou cura-

teur et le fidéjusseur? C'est le pupille (ou le mineur), puisque c'est lui qui doit devenir créancier. Si le pupille est absent ou *infans*, son esclave stipulera pour lui. S'il n'a pas d'esclave, on lui en achètera un; s'il n'a pas de quoi en acheter un, un esclave public stipulera pour lui, car l'esclave public est considéré comme appartenant à tous les citoyens, au pupille comme aux autres citoyens. Or nous savons qu'un esclave peut valablement stipuler, devenir créancier pour son maître. (L. 2. D. 46, 6.) En cas de curatelle, le curateur et le fidéjusseur seront interrogés par le mineur.

756. L'expression *satisdare* signifie fournir un fidéjusseur. On dit encore que le tuteur ou curateur qui *satisdat*, qui fournit un fidéjusseur, donne la *cautio rem salvam fore pupilli vel adolescentis*.

757. D'après notre texte, sont dispensés de fournir une satisdation, un fidéjusseur : les tuteurs testamentaires et les tuteurs nommés par le magistrat après enquête. Par conséquent, il n'y a que les tuteurs et curateurs légitimes ou nommés sans enquête par les magistrats qui doivent fournir un fidéjusseur. — Ce n'est pas seulement le curateur du mineur de vingt-cinq ans qui doit fournir un fidéjusseur, mais aussi le curateur du prodigue, de l'insensé, du sourd, du muet, etc.

§ 1. « Si deux ou plusieurs tuteurs ont été nommés par testament ou après enquête par le magistrat, l'un d'eux peut offrir satisdation pour la sûreté du pupille ou du mineur, afin d'être préféré à son co-tuteur ou co-curateur et d'administrer seul, ou bien afin de forcer son co-tuteur ou co-curateur à offrir lui-même satisdation pour être préféré et administrer seul. Un tuteur ou curateur ne peut pas exiger lui-même satisdation de son co-tuteur ou co-curateur; mais *il doit la lui offrir*, pour lui donner le choix ou de l'accepter ou de la fournir. Que si aucun d'eux n'offre satisdation, mais que l'un d'eux ait été désigné par le testateur pour administrer, il administrera. Si le testateur n'en a pas indiqué, celui-là administrera qui sera choisi par la majorité des tuteurs, en vertu de l'édit du préteur. Si les tuteurs ne sont pas d'accord pour choisir celui ou ceux d'entre eux qui doivent administrer, le préteur doit intervenir. Il faut décider de même lorsque plusieurs tuteurs ont été nommés après enquête, c'est-à-dire la majorité des tuteurs pourra choisir celui qui administrera. »

Nous savons qu'un pupille peut avoir plusieurs tuteurs, qu'un mineur peut avoir plusieurs curateurs : tous ces tuteurs et curateurs administreront-ils les biens du pupille ou du mineur? Il faut distinguer : tantôt un seul administrera, tantôt tous administreront en commun, tantôt l'administration sera divisée entre eux tous.

758. *Cas dans lesquels l'administration est attribuée à un seul tuteur ou curateur.* — Il y a plusieurs cas où l'administration peut être attribuée à un seul des tuteurs ou curateurs : 1° il y a plusieurs tuteurs ou curateurs testamentaires ou nommés par le magistrat après enquête. On sait qu'ils sont dispensés de donner caution. Tous

vont-ils administrer? Il vaut mieux confier l'administration à un seul. Alors l'un dira à un autre : Voulez-vous me laisser administrer seul? je fournirai caution. L'autre doit y consentir, sinon fournir caution et administrer lui-même; 2° le testateur a nommé plusieurs tuteurs ou curateurs et a désigné l'un d'eux pour administrer; 3° que si le testateur n'a désigné aucun des tuteurs ou curateurs pour administrer, ou bien s'il y a plusieurs tuteurs ou curateurs nommés par le magistrat, ou plusieurs tuteurs ou curateurs légitimes, l'un d'eux sera choisi par la majorité des tuteurs ou curateurs pour administrer; 4° s'ils ne peuvent s'accorder pour en choisir un, le préteur désignera celui d'entre eux qui devra gérer la tutelle. (§ 1 de n. t. L. 3, §§ 6, 7. D. 26, 7.)

759. *Cas où les tuteurs ou curateurs administrent tous.* — Si les tuteurs ou curateurs ne s'entendent pas pour confier à l'un d'entre eux l'administration, — ou s'ils n'approuvent pas le tuteur désigné par le préteur, et veulent gérer tous, parce qu'ils ne veulent pas courir les risques de sa mauvaise administration, — le préteur doit alors leur permettre de gérer en commun. (L. 3, § 8. D. 26, 7.)

760. *Cas où l'administration est divisée entre tous les tuteurs ou curateurs.* — L'administration a pu être divisée entre les tuteurs ou curateurs par le testateur. Si le testateur ne l'a pas divisée, les tuteurs ou curateurs peuvent, dans tous les cas où ils sont plusieurs, en demander la division au préteur, qui devra la prononcer : « *Si dividi inter se tutelam velint tutores, audiendi sunt, ut distribuatur inter eos administratio.* » (L. 3, § 9. D. 26, 7.)

L'administration est divisée entre les tuteurs ou curateurs ou par parties, ou par régions, *vel in partes, vel in regiones.* Après la division, chaque tuteur ou curateur ne peut administrer que la partie des biens, ou les biens de la province, dont le soin spécial lui est échu par cette division. Et si l'un d'eux veut s'ingérer dans l'administration de la partie des biens, ou des biens de la province dont il n'a pas l'administration, il sera repoussé par une exception : par exemple, si le tuteur qui a l'administration des biens d'Italie actionne un débiteur du pupille en province, le débiteur le repoussera par l'exception tirée de ce que l'administration des biens de la province ne lui a pas été décernée. (L. 4. D. 26, 7.)

Lorsque l'administration a été divisée, chacun des tuteurs ou curateurs n'est pas responsable de l'administration des autres. Ainsi, par exemple, les risques de l'administration d'un tuteur qui administre les biens du pupille d'une province ne s'étendent pas à ceux qui administrent dans d'autres provinces. (L. 2. C. 5, 38, L. 55 pr., *in fine.* D. 26, 7.)

761. *Des tuteurs et curateurs honoraires.* — Lorsque l'administration a été confiée à un seul des tuteurs ou curateurs, soit par le testateur, soit par le préteur, soit par la majorité des tuteurs ou curateurs, ceux qui n'administrent pas s'appellent tuteurs ou curateurs *honoraires*. Ces tuteurs ou curateurs honoraires sont responsables subsidiairement envers le pupille ou le mineur de la mauvaise administration de celui qui gère : « Qu'on ne pense pas, dit Ulpien, que ces tuteurs honoraires n'auront aucun risque à courir. En effet, il est constant qu'on peut les actionner après avoir discuté les biens de celui qui a géré, puisqu'ils sont nommés pour observer et surveiller ses actes. On pourra leur imputer quelquefois d'avoir vu le tuteur gérant malverser, sans l'avoir dénoncé comme suspect. Il faut donc qu'ils lui demandent souvent compte, et qu'ils veillent soigneusement sur son administration : s'il a dans les mains des sommes disponibles, ils doivent avoir soin de les lui faire déposer pour acheter des fonds de terre. » (L. 3, § 2. D. 26, 7.)

762. Lorsqu'un tuteur ou curateur doit fournir la *cautio rem salvam fore pupilli vel adolescentis*, qu'arrive-t-il s'il ne veut pas la fournir? Le § 3 de notre titre XXIV va nous l'indiquer :

§ 3. « Par certaines constitutions, il est décidé que si les tuteurs ou curateurs ne fournissent pas caution, leurs biens seront saisis comme gagés. »

763. Ainsi, lorsque des tuteurs ou curateurs, qui doivent fournir la *cautio rem salvam fore pupilli vel adolescentis* refusent de la fournir, leurs biens sont saisis comme gages pour sûreté de leur administration.

§ 2. « Il faut savoir que les tuteurs et curateurs sont responsables de leur administration envers les pupilles ou mineurs, qui ont, en outre, une action subsidiaire, comme dernier secours, contre ceux qui reçoivent la satisdation. Cette action subsidiaire leur est donnée contre ceux qui n'ont exigé des tuteurs ou curateurs aucune satisdation ou qui en ont accepté une insuffisante. Cette action, d'après les réponses des prudents et les constitutions, peut aussi être exercée contre les héritiers de ces personnes. »

764. A la fin de la tutelle, le tuteur doit rendre compte de son administration au pupille devenu pubère (ou à ses héritiers). Si le tuteur ne rend pas son compte, le pupille peut l'y contraindre par une action appelée *actio tutelæ directa*. Lorsque le tuteur a rendu son compte, si, par suite de ce compte, il se trouve débiteur du pupille, pour se faire payer ce qui lui est dû, le pupille a encore, contre le tuteur, l'*actio tutelæ directa*. Primitivement, l'*actio tutelæ directa* du pupille contre son tuteur était privilégiée, *inter personales actiones*, c'est-à-dire que le pupille avait le droit de se faire

payer sur les biens du tuteur ce qui lui était dû par le tuteur, par préférence aux simples créanciers du tuteur [1]. Mais Constantin décida que l'action *tutelæ directa* du pupille contre son tuteur serait hypothécaire, que le pupille aurait une hypothèque *générale*, c'est-à-dire portant sur tous les biens du tuteur. (L. 20. C. 5, 37.) — A l'inverse, si, par suite du compte de tutelle, le pupille se trouve débiteur du tuteur, parce que celui-ci a fait pour lui des avances dans le cours de la tutelle, le tuteur aura contre le pupille, pour se faire payer ce qui lui est dû, une action appelée *actio tutelæ contraria.* (L. 3. L. 16, § 1. D. 27, 3.)

765. A la fin de la curatelle, celui qui a été en curatelle a contre son ex-curateur une action appelée *actio utilis negotiorum gestorum*, pour se faire rendre compte et se faire payer de ce qui lui est dû par suite de l'administration de la curatelle. Constantin décida encore que cette action de celui qui a été en curatelle contre son ex-curateur serait garantie par une hypothèque générale. (L. 20. C. 5, 37.) Que si, par suite de l'administration de la curatelle, c'est le curateur qui se trouve créancier de celui qui a été en curatelle, il aura, pour se faire payer ce qui lui est dû, une action appelée *actio contraria utilis negotiorum gestorum.*

766. De plus, lorsque, à la fin de la tutelle ou de la curatelle, le tuteur ou curateur, ayant rendu son compte, se trouve débiteur et est insolvable, le pupille ou le mineur pourra poursuivre le payement de ce qui lui est dû : 1° contre les autres tuteurs ou curateurs ; 2° contre les fidéjusseurs qui ont promis *rem salvam fore pupilli vel adolescentis ;* 3° enfin le pupille ou le mineur a une action subsidiaire contre les magistrats qui ont négligé de forcer le tuteur ou curateur de fournir des fidéjusseurs au commencement de la tutelle ou curatelle, ou qui ont accepté des fidéjusseurs non suffisamment solvables. Cette action subsidiaire peut même être exercée contre les héritiers des magistrats (§ 2), s'il y a faute grave.

767. Quels sont les magistrats qui peuvent être poursuivis par cette action subsidiaire?

§ 4. Ni le préfet de la ville, ni le préteur, ni le président de la province, ni *tout autre magistrat ayant le droit de donner des tuteurs* ne seront tenus de cette action, mais seulement ceux qui sont chargés d'exiger la satisdation. »

---

1. Chez les Romains, un débiteur pouvait avoir quatre espèces de créanciers : 1° des créanciers n'ayant qu'une simple action personnelle ; 2° des créanciers privilégiés ; 3° des créanciers hypothécaires ; 4° des créanciers ayant des hypothèques privilégiées. Voici dans quel ordre ces divers créanciers étaient payés sur les biens du débiteur : d'abord les créanciers ayant une hypothèque privilégiée, ensuite les créanciers ayant une hypothèque simple, puis les créanciers privilégiés, et enfin les créanciers n'ayant qu'une simple action personnelle.

Les magistrats supérieurs, préfet de la ville, préteur, présidents des provinces, avaient le *jus dandi tutores* ou droit de nommer définitivement les tuteurs ou curateurs. Au contraire, les magistrats municipaux n'avaient que le pouvoir de *nominare tutores vel curatores*, c'est-à-dire de choisir et de désigner tels ou tels citoyens pour les présenter à la nomination du magistrat supérieur, préteur ou président de la province. De plus, c'étaient les magistrats municipaux qui étaient chargés d'exiger des tuteurs ou curateurs nommés par les magistrats supérieurs la *cautio rem salvam fore pupilli vel adolescentis*. C'étaient donc les magistrats municipaux, chargés d'exiger des tuteurs ou curateurs la satisdation, qui étaient tenus de l'action subsidiaire, s'ils n'avaient pas exigé cette satisdation ou s'ils en avaient reçu une insuffisante.

768. Notre § 4 dit que tout magistrat ayant le *jus dandi tutores*, c'est-à-dire le droit de nommer définitivement les tuteurs ou curateurs, n'est pas tenu de l'action subsidiaire. Or, nous savons que Justinien a accordé aux magistrats municipaux, dans certains cas, le *jus dandi tutores*. (*Inst.*, I, XX, § 5.) Donc les magistrats municipaux ne devraient plus être tenus de l'action subsidiaire, puisqu'ils ont maintenant le *jus dandi tutores*. — Cette difficulté est facile à résoudre. En effet, si Justinien accorda la *datio tutoris* aux magistrats municipaux dans certains cas, il ne les dispensa pas, pour cela, de l'obligation d'exiger la satisdation des tuteurs ou curateurs nommés par eux ou par les magistrats supérieurs. Donc, s'ils n'ont pas exigé cette satisdation ou s'ils en ont accepté une insuffisante, ils sont tenus de l'action subsidiaire. (N° 652.)

769. VII. **Incapacité, exclusion, excuses.** — Les règles sur les *incapacités*, les *excuses*, les *motifs d'exclusion* s'appliquent également au tuteur et au curateur, sauf ces deux différences : 1° le mari et le père du mari ne peuvent être curateurs, l'un de sa femme, l'autre de sa bru; 2° l'ex-tuteur peut refuser la curatelle de son ex-pupille devenu majeur.

770. 1° *Incapacité, exclusion.* — L'*incapacité* d'être tuteur ou curateur résulte soit d'une considération générale d'ordre public, ou de l'intérêt du mineur. — Il y a, dans l'ancien droit, cinq classes de personnes incapables : 1° les pérégrins; 2° les esclaves; 3° les femmes; 4° les impubères; 5° les sourds et muets. — Pour ces deux dernières classes, l'incapacité ne s'étend pas à la tutelle *légitime*.

Justinien crée trois nouvelles classes d'incapables : 1° les mineurs de vingt-cinq ans; 2° les militaires (autrefois ils n'étaient qu'*excusables*); 3° les évêques et les moines.

Les motifs d'*exclusion* (laquelle est établie dans l'intérêt seul du

mineur), se confondent avec les causes de *destitution* qu'on trouvera plus bas au *crimen suspecti;* il y a toutefois cette différence, qu'ils sont invoqués avant l'entrée en gestion du tuteur ou curateur.

771. 2° *Des excuses des tuteurs et des curateurs.* (Titre XXV.) — Les excuses sont des motifs, des circonstances, qui dispensent un citoyen d'exercer une tutelle ou curatelle qui lui est déférée.

Les causes, les motifs, qui excusent de la tutelle ou curatelle, sont au nombre de quinze. Nous allons les passer successivement en revue avec les divers textes de notre titre XXV.

1° Le nombre d'enfants :

Pr. « Les tuteurs ou curateurs peuvent s'excuser pour divers motifs : d'abord, le plus souvent, à raison de leurs enfants en puissance ou émancipés. En effet, si quelqu'un a trois enfants vivants à Rome, en Italie quatre, dans les provinces cinq, il peut s'excuser de la tutelle ou curatelle, comme des autres charges publiques. Or il a été admis que la tutelle et la curatelle sont des charges publiques. Les enfants adoptifs ne servent pas à celui qui les a adoptés, pour le dispenser de la tutelle. Les enfants donnés en adoption servent au père naturel. Les petits-fils nés d'un fils servent à la place de leur père; les enfants nés d'une fille ne servent pas à la place de leur mère. Ce sont seulement les enfants vivants qui servent à excuser de la tutelle ou curatelle : les enfants morts ne servent plus. Les enfants morts à la guerre comptent-ils? Oui, s'ils sont morts dans une bataille, car ceux qui meurent pour la République sont censés vivre éternellement pour la gloire. »

Ainsi, d'après ce texte, celui qui, à Rome, a trois enfants vivants; en Italie, quatre enfants vivants; dans les provinces, cinq enfants vivants, peut s'excuser de la tutelle ou curatelle. — Quant aux enfants morts, ils ne comptent pas, excepté ceux qui ont péri sur le champ de bataille. — Les enfants adoptifs ne comptent pas à l'adoptant. — Ceux que leur père a donnés en adoption lui comptent. On ne tient compte que des enfants légitimes. Les petits-enfants comptent seulement pour leur père prédécédé.

Cette première excuse est une excuse *a suscipienda tantum tutela.*

2° La fonction d'administrateur du fisc, mais seulement pendant la durée de cette fonction :

§ 1. « Le divin Marc-Aurèle a décidé, dans ses *Semestres*, que celui qui administre les biens du fisc peut s'excuser de la tutelle ou curatelle pendant tout le temps qu'il administrera. »

Le mot *fiscus*, fisc, désigne les biens et le trésor de l'empereur, par opposition à l'*ærarium*, qui est le trésor du peuple. A l'époque de Justinien, cette distinction de l'*ærarium* et du *fiscus* n'existe plus : depuis longtemps il n'y a plus que le *fiscus*, qui a absorbé l'*ærarium*.

LIVRE DEUXIÈME

DES CHOSES

GÉNÉRALITÉS

DE LA DIVISION DES CHOSES

(*Inst.*, II, I.)

792. Dans le langage juridique, le mot *res*, choses, a deux sens. Dans un premier sens, très-général, le mot *res* désigne tout ce qui existe réellement, êtres animés ou objets inanimés ; il comprend aussi les simples conceptions de notre intelligence, qui seront étudiées sous le titre de *Choses incorporelles ;* enfin, s'il ne comprend pas l'homme libre, c'est que le point de vue du droit consiste précisément à opposer les choses aux personnes, et à considérer l'homme comme si toutes les forces et toutes les créations de la nature étaient faites pour lui seul.

Dans un sens plus restreint, le mot *res* désigne tout ce qui, pouvant procurer de l'utilité à l'homme, est susceptible d'appropriation, de propriété. Employé dans ce second sens, le mot *res* devient synonyme de biens : « *Bona ex eo dicuntur quod beant, hoc est beatos faciunt* [1]. » (L. 49. D. 50, 16.)

De ce qui précède, il résulte que le jurisconsulte n'étudie pas *les choses* en elles-mêmes, mais bien dans leurs rapports avec l'homme, afin de déterminer les droits dont elles peuvent être l'objet ; ce sont ces droits qui fixeront surtout notre attention, et on se contentera,

1. C'est là une bien singulière philosophie, et on ne sait de quoi s'étonner davantage, de la naïveté de cette étymologie, ou de son matérialisme mal observé.

à la différence de ce qui a été fait pour *les personnes*, d'exposer rapidement les diverses classifications des choses.

793. Une division méthodique des matières qui concernent *les choses* est très-difficile, surtout en présence des classifications si peu rationnelles des *Institutes* de Justinien, classifications reproduites par le programme officiel. — Néanmoins, considérant que *les choses* n'ont d'intérêt, *en droit*, qu'autant qu'elles rentrent ou ne rentrent pas dans le PATRIMOINE, la matière se divisera en deux grandes parties : *la première* comprendra les éléments si divers qui composent le patrimoine ou en sont exclus ; — *la seconde* comprendra les événements par suite desquels *le patrimoine* est transféré dans son universalité. — Quant aux modes d'acquérir *la propriété* à titre *particulier*, ils rentreront dans l'étude du *droit de propriété*.

Cette classification, empruntée en partie à l'excellent ouvrage de M. Accarias, s'éloigne, en trois points, de l'ordre suivi par les *Institutes* et le programme : 1° On fait rentrer le *droit de propriété* dans les choses *incorporelles*, dont il est exclu par une bizarrerie des *Institutes*, peu facile à expliquer. 2° L'*usucapion* et la *donation* reprennent la place qu'elles doivent logiquement occuper, dans les *modes d'acquérir*, au lieu d'être reléguées après les servitudes. 3° Les *droits personnels* ou OBLIGATIONS se rangent, rationnellement, dans la classe des *choses incorporelles*, tandis que les *Institutes* les reportent après les manières d'acquérir à titre universel. Toutefois, comme la matière des *obligations* fait partie du 2e examen du droit romain, 1cr *de licence*, elle sera *étudiée* à la place qu'elle occupe dans les *Institutes*.

TABLEAU GÉNÉRAL

DES CHOSES CONSIDÉRÉES AU POINT DE VUE DU PATRIMOINE

PREMIÈRE PARTIE

ÉLÉMENTS QUI COMPOSENT LE PATRIMOINE OU QUI EN SONT EXCLUS

1re DIVISION : *Res humani juris.* — *Res divini juris* : res sacræ, religiosæ, sanctæ.
2e DIVISION : *Res mancipi.* — *Res nec mancipi.*
3e DIVISION : *Res in patrimonio.* — *Res extra patrimonium.*
4e ET PRINCIPALE DIVISION DES CHOSES.

SECTION Ire. — *Res corporales.*
SECTION IIe. — *Res incorporales* ou *Droits.*

CHAPITRE Ier. — **Droits réels.**

ART. 1er. — DROITS RÉELS RECONNUS PAR LE DROIT CIVIL

§ 1er. DROIT DE PROPRIÉTÉ OU DOMAINE QUIRITAIRE.

- I. NOTIONS GÉNÉRALES.
- II. DE LA POSSESSION.
- III. MODES D'ACQUÉRIR LA PROPRIÉTÉ
  - D'APRÈS LE DROIT DES GENS : Occupation. Tradition.
  - D'APRÈS LE DROIT CIVIL : Mancipatio. In jure cessio. Adjudicatio. Lex. Usucapion et prescription.
  - APPENDICE : De l'accession.
- IV. EXTINCTION DU DROIT DE PROPRIÉTÉ.

§ 2. SERVITUDES.

- I. GÉNÉRALITÉS.
- II. SERVITUDES RÉELLES.
- III. SERVITUDES PERSONNELLES. Usufruit. Usage. Habitation. *Operæ servi aut animalis.*

§ 3. GAGE ou *pignus.* (V. Hypothèques.)

ART. 2. — DROITS RÉELS RÉGLEMENTÉS PAR LE PRÉTEUR.

- § 1er. DROITS DE SUPERFICIE.
- § 2. DROIT D'EMPHYTÉOSE.
- § 3. DROIT D'HYPOTHÈQUE.
- § 4. DOMAINE BONITAIRE.

ART. 3. — CAPACITÉ D'ALIÉNER ET RESTRICTIONS A CE DROIT.
ART. 4. — CAPACITÉ D'ACQUÉRIR *ou* PAR QUELLES PERSONNES ON ACQUIERT.
ART. 5. — APPENDICE : DES DONATIONS.
ART. 6. — APPENDICE....

CHAPITRE II. — **Droits personnels** *ou* **obligations** : *Contrats, quasi-contrats ; délits, quasi-délits ;* pactes. (Deuxième examen.)

DEUXIÈME PARTIE

TRANSMISSION DU PATRIMOINE

(Voir, pour cette deuxième partie, les *hérédités testamentaires et ab intestat,* et la troisième section.)

PREMIÈRE PARTIE

ÉLÉMENTS QUI COMPOSENT LE PATRIMOINE

OU QUI EN SONT EXCLUS

(*Inst.*, II, I à IX.)

PREMIÈRE DIVISION. — RES HUMANI JURIS; RES DIVINI JURIS

794. Cette division des choses fut sans doute, à l'origine, très-importante, et Gaïus, obéissant en cela plutôt à la tradition qu'à la logique, la présente encore comme la « *summa divisio* » des *Res;* mais elle perdit bientôt une grande partie de son importance, surtout à partir de la décadence des institutions sacerdotales païennes; ceci explique pourquoi les *Institutes* de Justinien ne mentionnent plus les *res divini juris* qu'incidemment, à l'occasion des *res nullius;* il est vrai qu'elles sont encore *extra commercium*, mais ce caractère ne leur est pas spécial, puisqu'il appartient, au contraire, à certaines choses *humani juris*.

Quoi qu'il en soit, les *res divini juris* constituent l'exception. Nous nous bornerons donc à les étudier sommairement, laissant de côté, naturellement, les *res humani juris*, qui sont précisément, on le comprend, toutes celles qui ne sont pas *divini juris*.

On distingue trois classes de choses *divini juris* : les *res sacræ*, les *res religiosæ*, les *res sanctæ*.

PREMIÈRE SECTION. — RES SACRÆ

§ 8. « Les choses sacrées sont celles qui ont été consacrées à Dieu, selon les rites, par les pontifes, comme les temples, les dons offerts pour subvenir au culte de Dieu, choses que notre constitution défend d'aliéner ou d'engager, excepté pour le rachat des captifs. Si quelqu'un, de sa propre autorité, veut donner à une chose la qualité de sacrée, la chose ne devient pas sacrée, mais reste profane. Le lieu où un édifice sacré est bâti reste sacré après la chute de l'édifice, comme l'a écrit Papinien. »

795. Les *choses sacrées*, d'après Gaïus (II, § 4), sont celles qui sont consacrées aux *dieux d'en haut* (*dii superi*, par opposition aux dieux mânes), selon les rites et par les pontifes, en vertu d'une dis pos

tion législative, loi, sénatus-consulte ou décision du prince. Toutefois cette dernière prescription ne s'appliquait qu'à la consécration des *immeubles*; en effet, quant aux *meubles*, aucune autorisation législative n'était exigée, et l'autorité des pontifes était suffisante.

D'après le texte des *Institutes*, les choses sacrées ne sont plus consacrées aux dieux supérieurs, mais à Dieu, ce qui s'explique, puisque le christianisme était devenu religion d'État.

Les offrandes faites pour le service du culte sont considérées par cela même comme *res sacræ*.

Les choses sacrées sont *extra patrimonium*, en ce sens qu'elles ne sont pas susceptibles d'appropriation privée, ne pouvant être ni aliénées, ni hypothéquées, ni usucapées. (L. 21. C. 1, 2.)

Les choses sacrées sont protégées contre tout envahissement par un *interdit*, et contre toute profanation par une action criminelle, qui peut aboutir à une peine qui varie selon la qualité des coupables et la nature du sacrilége, mais qui peut aller jusqu'à la mort.

Les *res sacræ*, en principe, demeurent telles à perpétuité; toutefois elles perdent ce caractère : *temporairement*, tant qu'elles sont occupées par l'ennemi; *définitivement*, par l'*exauguratio*, cérémonie inverse de celle qui leur a donné leur caractère sacré. On a vu, dans le même ordre d'idées, le mariage, consacré *confarreatione*, se dissoudre par la *diffareatio*.

796. Le christianisme modifia les règles qui régissaient ces matières; d'abord, comme on l'a dit plus haut, il n'y eut plus à parler des *dii superi;* ensuite l'autorité des pontifes fit place à celle des évêques; en troisième lieu, on permit à ces derniers, sans *autorisation préalable*, de consacrer une chose dont ils avaient la disposition, ou de rendre profane une chose sacrée; enfin on permit l'aliénation des meubles sacrés, mais seulement pour payer les dettes de l'établissement auquel ils appartenaient, ou pour racheter des captifs.

SECTION II. — RES RELIGIOSÆ

§ 9. « Chacun peut, par sa volonté, rendre religieux un terrain qui lui appartient, en y déposant un mort. Mais il ne vous est pas permis d'inhumer un mort dans un terrain qui est commun à vous et à un autre, sans le consentement de votre co-propriétaire. Dans un sépulcre commun, chaque propriétaire peut inhumer un mort sans le consentement des autres. Si un fonds est grevé d'usufruit, le nu-propriétaire ne peut rendre le fonds religieux sans le consentement de l'usufruitier. On peut inhumer dans le fonds d'autrui avec le consentement du propriétaire, et, quand même l'autorisation ne serait donnée qu'après l'inhumation, le fonds n'en serait pas moins religieux. »

797. Les tombeaux étaient *res religiosæ*, parce que les Romains considéraient les morts inhumés dans les tombeaux comme des dieux, qu'ils appelaient *dii manes*, dieux mânes (n° 28). Les choses religieuses, dit Gaïus, sont celles qui sont abandonnées aux dieux mânes. (Gaïus, II, § 4.)

Tout propriétaire peut conférer, par sa seule volonté, à son terrain, le caractère religieux par l'inhumation d'une personne, même d'un esclave ; il n'est pas nécessaire que tout le corps y soit inhumé : il suffit que la tête y soit. (L. 2 pr. ; L. 44. pr. D. 11, 7.) Le propriétaire d'un terrain religieux ne pouvait pas lui enlever ce caractère à son gré : s'il voulait enlever le corps pour le transporter dans un autre lieu, il devait en faire la demande, *impetratio*, et y être autorisé par un rescrit impérial. (L. 44, § 1. D. 11, 7. — L. 14. C. 3, 44.) Un terrain cesse *provisoirement* d'être religieux, s'il est occupé par l'ennemi.

La possession paisible d'un tombeau, d'un *locus religiosus*, était garantie à chaque propriétaire contre les troubles des tiers par l'interdit *unde vi* et par l'action *de sepulcro violato;* cette action est ouverte à tous les citoyens, *popularis ;* elle peut entraîner des peines pécuniaires et même l'infamie. (L. 1, L. 2, L. 3. D. 47, 12.)

Les Romains appelaient *locus purus* le lieu qui n'était ni sacré, ni religieux, ni saint. (L. 2, § 4. D. 11, 7.)

La loi des Douze Tables défendait d'inhumer les morts dans la ville de Rome ; Adrien appliqua la même prohibition à toutes les villes de l'Empire. (L. 3, § 5. D. 47, 12.)

En d'autres termes, cinq conditions sont exigées pour qu'un terrain devienne religieux.

Il faut : 1° une inhumation réelle d'un homme libre ou d'un *esclave* (la sépulture d'un ennemi reste profane) ; 2° que l'inhumation ait été faite à perpétuité, et non à titre provisoire ; 3° que le terrain puisse légalement recevoir une inhumation, ce qui exclut Rome, et, à partir d'Adrien, toutes les cités ; 4° que l'auteur de l'inhumation ait eu le droit de la faire ; 5° que l'inhumation ne blesse aucun droit. Ainsi, faite, — par un nu-propriétaire, un usufruitier, un propriétaire indivis, un propriétaire dont le fonds est grevé d'une servitude prédiale ou d'hypothèques, — dans un terrain sur lequel ils n'ont pas un droit absolu, — ce terrain ne deviendra religieux qu'après le consentement de la personne lésée. — Si celle-ci ne donne pas son consentement, elle doit solliciter l'autorisation d'enlever le cadavre, ou demander réparation du préjudice par une action *in factum*.

Remarquons, en dernier lieu, que l'emplacement seul du tombeau devient religieux et non tout le fonds dans lequel il est situé.

SECTION III. — RES SANCTÆ

798. Ces choses ne sont pas profanes; elles ne sont pas non plus sacrées ou religieuses, mais elles sont assimilées à ces dernières.

§ 10. « Les choses saintes, par exemple les murs et les portes des villes, sont, en quelque sorte, de droit divin; en conséquence, elles ne peuvent être dans les biens de personne. Nous disons que les murs sont *saints*, *sanctos*, parce que la peine de mort a été établie contre ceux qui porteraient quelque atteinte à ces murs. Pareillement, les dispositions des lois, qui établissent des peines contre ceux qui violent les lois, s'appellent *sanctions*. »

D'après ce texte, une chose aurait été *sancta* par cela seul que sa violation aurait été punie par une peine. Mais, s'il en eût été ainsi, il y aurait eu beaucoup de choses *sanctæ* chez les Romains : les choses religieuses, la vie humaine, la réputation des citoyens auraient été choses saintes, car il y avait des peines prononcées contre ceux qui y portaient atteinte. Et cependant, comme exemples de choses saintes, le texte des *Institutes* ne cite que les murs et les portes des villes. Aussi l'application d'une peine à la violation des murs et des portes des villes ne me paraît pas avoir été la cause qui les faisait déclarer *res sanctæ*. Si les murs et les portes des villes étaient *res quodam modo divini juris* et étaient appelées *res sanctæ*, c'était parce que les premiers Romains considéraient les murs comme contenant les dieux de la cité, ou bien parce qu'ils étaient établis ou déterminés dans des cérémonies religieuses.

Le caractère des choses *sanctæ*, comme celui des choses sacrées ou religieuses, disparaît *temporairement* devant l'occupation de l'ennemi, parce que les règles qui protégent ces trois classes de choses appartiennent au *jus civile*.

DEUXIÈME DIVISION. — RES MANCIPI ET RES NEC MANCIPI

799. Cette division des choses en *res mancipi* ou susceptibles de mancipation, et en *res nec mancipi* ou non susceptibles de mancipation, est fort ancienne dans la législation romaine : elle existait déjà à l'époque de la loi des Douze Tables.

Quelles étaient les *res mancipi*? Quelles étaient les *res nec mancipi*? « Toutes les choses, dit Ulpien, sont ou *mancipi* ou *nec mancipi*. Les choses *mancipi* sont les fonds ruraux (*prædia rustica*), comme un fonds de terre, et les fonds urbains (*prædia urbana*), comme une maison, situés en Italie; de même les servitudes rurales, comme la

via, l'*iter*, l'*actus*, l'*aquæductus;* de même les esclaves et les quadrupèdes qui portent ou qui traînent des fardeaux (*quæ dorso collove domantur*), comme les bœufs, les mulets, les chevaux, les ânes. Les autres choses sont *res nec mancipi*. Les éléphants et les chameaux, quoiqu'ils portent et traînent des fardeaux, sont des choses *nec mancipi*, parce qu'ils sont bêtes sauvages. » (Ulp., *Reg.*, XIX, § 1.)

Ainsi, d'après Ulpien, il y a trois classes de *res mancipi* : 1° les fonds ruraux et urbains situés en Italie. Ici, par fonds rural, il faut entendre tout fonds qui n'est pas bâti ; un jardin situé au milieu de la ville de Rome est un fonds rural. Les fonds urbains sont tous les bâtiments, même ceux situés à la campagne ; 2° les servitudes rurales ; 3° les esclaves et les bêtes de somme ou de trait, *quæ dorso collove domantur*, c'est-à-dire les animaux qui peuvent être domptés. — Toutes les autres choses étaient *res nec mancipi*, même les éléphants et les chameaux, bien que *dorso collove domantur*, c'est-à-dire bien qu'ils puissent être domptés, parce que, dit Ulpien, ce sont bêtes sauvages, ou plutôt, comme l'observe M. Pellat, parce qu'à l'époque où la division des *res mancipi* et des *res nec mancipi* a été établie, les éléphants et les chameaux n'étaient pas « employés par les Romains comme animaux domestiques propres à porter ou à traîner ». (M. Pellat, *Exposé des principes généraux sur la propriété*, n° 12.)

Cette division des choses en *res mancipi* et *res nec mancipi* s'explique par cette circonstance que, les premiers Romains s'occupant autant de l'agriculture que de la guerre, les choses nécessaires à l'agriculture avaient pour eux une grande importance ; en conséquence, ils les avaient mises dans une classe à part, afin d'en rendre l'aliénation plus difficile que l'aliénation des autres choses.

800. En effet, il y avait un grand intérêt à distinguer les *res mancipi* des *res nec mancipi*, parce que, les *res mancipi* pouvaient être aliénées et acquises par la mancipation, tandis qu'elles ne pouvaient être aliénées ni acquises par la tradition. (Gaïus, II, §§ 18, 19.) A l'inverse, les *res nec mancipi* pouvaient bien être aliénées et acquises par la tradition, tandis qu'elles ne pouvaient pas être aliénées ni acquises par la mancipation. En un mot, la mancipation était un mode d'acquérir propre aux *res mancipi*, la tradition un mode d'acquérir propre aux *res nec mancipi*. (Ulp., *Reg.*, XIX, § 7 ; Gaïus, C. II, §§ 18; 19, 20, 21, 22.) Du reste, la tradition d'une *res nec mancipi*, faite par son propriétaire avec l'intention de l'aliéner, fait acquérir à celui qui la reçoit le *dominium*, la propriété quiritaire, aussi bien que la mancipation d'une *res mancipi* en fait acquérir la propriété à celui auquel elle est mancipée par son propriétaire.

801. Si les choses *mancipi* peuvent être aliénées et acquises par

la mancipation, il ne faut pas croire qu'elles ne peuvent être aliénées et acquises que de cette manière ; elles ne peuvent pas, il est vrai, être aliénées par tradition, mais elles peuvent être aliénées et acquises par la *cessio in jure* (Gaïus, II, § 22), et par tous les autres modes d'aliéner et d'acquérir. Réciproquement, les *res nec mancipi* ne peuvent être aliénées ni acquises par la mancipation, mais elles peuvent être aliénées et acquises, non-seulement par la tradition, mais encore par la *cessio in jure* et par tous les autres modes d'aliéner et d'acquérir.

La distinction des *res mancipi* et des *res nec mancipi* présentait un autre intérêt : au temps où les femmes étaient en tutelle perpétuelle, elles pouvaient aliéner leurs choses *nec mancipi* sans l'*auctoritas* de leur tuteur; tandis qu'elles ne pouvaient pas aliéner leurs choses *mancipi* sans l'*auctoritas* de leur tuteur. (Gaïus, I, § 192.)

Cette distinction des choses en *res mancipi* et en *res nec mancipi* subsista jusqu'à Justinien, qui la supprima.

TROISIÈME DIVISION. — RES IN PATRIMONIO NOSTRO. — RES EXTRA PATRIMONIUM NOSTRUM

Pr. « Dans le premier livre, nous avons exposé le droit sur les personnes. Voyons maintenant ce qui concerne les choses, qui sont, les unes, dans notre patrimoine, les autres, hors de notre patrimoine. Certaines choses, en effet, sont communes à tous les hommes, d'après le droit naturel; d'autres sont publiques, d'autres appartiennent à des corporations, quelques-unes n'appartiennent à personne, la plupart appartiennent à des particuliers. Ces dernières peuvent être acquises à chacun de nous par des moyens variés, comme on le verra plus loin. »

802. Ainsi, d'après ce texte, les choses, *res*, se divisent en *res in patrimonio* ou choses qui sont dans notre patrimoine, et en *res extra patrimonium* ou choses qui sont hors de notre patrimoine. Le texte appelle encore *res singulorum* les choses qui sont *in patrimonio*.

Les *res in patrimonio* ou *res singulorum* sont les choses qui peuvent entrer dans notre patrimoine, c'est-à-dire qui sont susceptibles d'appropriation, de propriété privée. Peuvent être *in patrimonio* toutes les choses qui sont de nature à procurer de l'utilité à l'homme et susceptibles d'appropriation privée. On dit encore que ces choses sont dans le commerce des hommes, parce que les hommes peuvent se les transmettre les uns aux autres. Les *Institutes* qualifient ces choses de *res singulorum* (qui peuvent appartenir à des particuliers). Nous nous en occuperons désormais en étudiant la quatrième division.

Les *res extra patrimonium* sont les choses qui, par leur nature, ne peuvent entrer dans notre patrimoine, c'est-à-dire qui ne sont pas susceptibles de propriété privée. On dit encore qu'elles sont hors du commerce des hommes.

La division des choses en *res in patrimonio* et en *res extra patrimonium* est générale. En effet, les choses sont forcément ou dans notre patrimoine ou hors de notre patrimoine.

D'après le *principium* de notre titre, les *res extra patrimonium* se subdivisent en : 1° *res communes*, 2° *res publicæ*; 3° *res universitatis*; 4° *res nullius*.

PREMIÈRE SECTION. — RES COMMUNES

803. Les choses communes à tous sont les choses qui ne peuvent appartenir à personne en particulier, mais dont l'usage est commun à tous les hommes.

§ 1. « D'après le droit naturel, sont communs à tous : l'air, l'eau courante, la mer et les rivages de la mer. »

§ 3. « Le rivage de la mer est le terrain que la mer recouvre dans son plus grand flot d'hiver. »

Ainsi les choses communes à tous sont l'air, l'eau courante, la mer et le rivage de la mer. Puisque le rivage de la mer est chose commune comme la mer elle-même, il s'ensuit que tous les hommes peuvent s'en servir et y faire des constructions, pourvu que celui qui veut faire des constructions sur le rivage de la mer y soit autorisé par un décret du préteur, et pourvu que ces constructions ne nuisent pas à l'intérêt général, ni aux constructions déjà faites par d'autres. (L. 3, § 1; L. 4; L. 5. D. 43, 8; L. 50. D. 41, 1.) Celui qui a bâti une maison sur le rivage de la mer en est propriétaire ainsi que du terrain sur lequel il a bâti; mais, si la maison vient à crouler, il cesse d'être propriétaire du terrain qui revient à son premier état, c'est-à-dire qui redevient chose commune. Un autre peut construire sur le même terrain et en devenir propriétaire (L. 6 pr. D. 1, 8) :

§ 5. « L'usage des rivages de la mer est commun à tous les hommes, comme celui de la mer; aussi chacun est libre d'y bâtir une cabane pour s'y abriter et d'y faire sécher ses filets retirés de la mer. La propriété du rivage n'est à personne et est soumise au même droit que la mer et le sable qu'elle recouvre. »

§ 1. « ... Chacun peut venir sur le rivage de la mer, pourvu qu'il ne touche pas aux maisons ou constructions qui s'y trouvent, parce que ces choses sont, comme la mer, du droit des gens. »

804. En résumé, pour ce qui concerne le rivage de la mer, les Romains pensaient que le peuple dont le territoire était bordé par

une mer ne pouvait pas s'attribuer la propriété exclusive du rivage, qu'ils considéraient comme chose commune à tous les hommes, comme la mer elle-même.

SECTION II. — RES PUBLICÆ

805. Les choses publiques sont celles dont la jouissance, l'usage appartient à tous les hommes, mais dont la propriété appartient au peuple sur le territoire duquel elles se trouvent. (L. 15. D. 50, 16.) Tels sont les routes, les fleuves, les ports :

§ 2. « Tous les fleuves et les ports sont publics; en conséquence, le droit d'y pêcher (et d'y naviguer) est commun à tous. »

Justinien dit que *tous* les fleuves sont publics; mais telle n'était pas l'opinion des jurisconsultes classiques. En effet : « parmi les fleuves, dit Ulpien, les uns sont publics, les autres ne le sont pas. » Un fleuve est public, d'après la définition de Celsus, lorsqu'il ne tarit jamais. (L. 1, §§ 2, 3. D. 43, 12.)

Le peuple ou l'État a deux espèces de biens : 1° les biens affectés à un usage public, tels que les fleuves, les routes, les ports; 2° les biens qui appartiennent à l'État, au peuple comme à un simple particulier, et qui sont *in patrimonio populi*, tels que des maisons, des fonds de terre, des esclaves, les terres conquises sur l'ennemi et formant l'*ager publicus*. Quoique publics, ces biens, dont l'État était propriétaire, comme un simple particulier l'est de sa chose, n'étaient pas *extra patrimonium;* ils étaient *intra patrimonium populi romani*.

Il y avait entre ces deux classes de biens une différence qu'il faut noter : les biens affectés à un usage public, précisément à raison de leur destination, ne pouvaient être aliénés. Au contraire, les biens dont l'État, le peuple était propriétaire comme un simple particulier, qu'il avait *in patrimonio suo*, étaient, pour lui, des biens productifs, car ils pouvaient être aliénés ou loués. C'est ce que nous avons vu pour les terres de l'*ager publicus*. (N° 46.)

§ 4. « L'usage des rives d'un fleuve est public comme l'usage du fleuve lui-même. En conséquence, chacun est libre d'y faire aborder son navire, d'attacher les cordes de son navire aux arbres de la rive, d'y déposer ses marchandises, aussi bien que de naviguer sur le fleuve. Mais la propriété des rives appartient aux propriétaires des fonds auxquels les rives sont adhérentes; c'est aussi à eux qu'appartiennent les arbres nés sur les rives. »

806. D'après ce texte, ce ne sont pas les *rives* d'un fleuve qui sont choses publiques; c'est l'*usage* des rives qui est public, en ce

sens que chacun peut s'en servir pour les besoins de la navigation ; mais, en réalité, la propriété des rives appartient aux propriétaires dont les fonds bordent le fleuve, aux propriétaires riverains. Il y a donc une grande différence entre la condition des rives d'un fleuve, qui appartiennent aux riverains, et la condition des rivages de la mer qui n'appartiennent à personne, comme nous l'avons vu.

SECTION III. — RES UNIVERSITATIS

807. Une *universitas* est une corporation, formant une personne morale, une personne juridique, comme les cités, les municipes. Les *res universitatis* sont donc les choses qui appartiennent à des corporations, à des personnes juridiques. Tels sont les théâtres d'une ville, les stades ou lieux de course :

§ 6. « Appartiennent à une corporation et non aux particuliers les choses qui sont dans les villes, comme les théâtres, les stades, et autres choses appartenant en commun aux cités. »

Pour les villes comme pour l'État, il faut aussi distinguer deux espèces de biens : 1° les biens affectés à un usage public, comme les théâtres, les stades, les places publiques ; 2° les biens dont une ville est propriétaire, comme un simple particulier est propriétaire de sa chose, qui sont *in patrimonio suo*, productifs de revenus et susceptibles d'être aliénés.

Il n'y avait pas que l'État et les villes qui fussent des personnes morales, capables d'être propriétaires. Il y avait encore certaines corporations qui ne pouvaient se former qu'après y avoir été autorisées par une loi, par un sénatus-consulte ou par des constitutions impériales, comme la corporation des boulangers, *collegium pistorum*, la corporations des armateurs de navires, *collegium naviculariorum*. (L. 1 pr. D. 3, 4.) Il y avait encore des corporations de prêtres : le collége des augures, le collége des pontifes, etc.

Ces corporations, personnes juridiques, pouvaient être propriétaires, avoir des biens *in patrimonio suo*, une caisse commune. Elles pouvaient plaider par l'intermédiaire d'un agent appelé *actor* ou *syndicus*. (L. 1, § 1. D. 3, 4.)

SECTION IV. — RES NULLIUS

808. Les *res nullius* sont les choses qui n'appartiennent à personne. Les *res nullius* sont de plusieurs espèces : 1° les *res communes*, choses communes à tous, sont des *res nullius* en ce sens

qu'elles n'appartiennent à personne et qu'elles ne sont pas susceptibles d'appropriation individuelle, quoique chacun puisse s'en servir; 2° les choses qui, bien que susceptibles d'appropriation privée, n'appartiennent, pour le moment, à personne, comme le gibier, les poissons; les biens d'une hérédité ouverte mais non encore acceptée, sont des *res nullius;* 3° les *res derelictæ*, c'est-à-dire les choses abandonnées par leur propriétaire, qui ne veut plus en être propriétaire, sont des *res nullius;* 4° les *res divini juris* ou choses de droit divin sont des *res nullius*.

809. Avant d'abandonner cette troisième division des choses, il faut remarquer que les expressions : *in patrimonio*, *extra patrimonium*, dont les *Institutes* et leurs commentateurs se sont servis, n'indiquent pas une idée bien précise. En effet, à prendre ces mots au pied de la lettre, les *res in patrimonio* seraient celles qui appartiennent à des particuliers (*res singulorum*, ou *res privatæ*), et les *res extra patrimonium* seraient toutes les choses appelées *res nullius*, c'est-à-dire : 1° les *res communes;* 2° les *res divini juris;* 3° les *res publicæ aut universitatis;* 4° les choses susceptibles de propriété privée, mais non encore appropriées; — ce qui confondrait dans une même classe les choses les plus différentes. Cette classification ne constituerait donc que la constatation d'un simple fait, sans application pratique, si on ne la transformait; c'est ce que les interprètes ont fait, quoique violant le sens naturel des mots, en traduisant *res in patrimonio* par choses qui sont *dans le commerce*, et *res extra patrimonium* par choses qui sont *hors du commerce*. — Ainsi comprise, cette division des choses devient très-nette et très-importante, à l'époque à laquelle la distinction des *res mancipi* ou *nec mancipi* a disparu, et à laquelle les divisions des *res humani aut divini juris*, des *res corporales aut incorporales*, ont perdu presque toute leur importance.

Il faut donc dire que les choses *in patrimonio*, c'est-à-dire *dans le commerce*, peuvent faire l'objet de droits réels ou de droits de créance, tandis que ces droits ne peuvent reposer sur les choses *extra patrimonium*, c'est-à-dire *hors du commerce*.

Il est à peine nécessaire d'ajouter que l'expression *commerce* n'a pas ici le sens étroit, plus ancien et plus technique, qui désignait la faculté de figurer dans la mancipation.

QUATRIÈME ET PRINCIPALE DIVISION. — CHOSES CORPORELLES ET INCORPORELLES

(*Inst.*, II, 2.)

Pr. « En outre, certaines choses sont corporelles, d'autres incorporelles. »

§ 1. « Sont corporelles les choses qui peuvent être touchées, par exemple un fonds, un homme, un vêtement, l'or, l'argent et une foule d'autres choses. »

§ 2. « Sont incorporelles les choses qui ne peuvent être touchées; telles sont celles qui n'ont d'existence qu'en droit, comme une hérédité, un usufruit, des obligations, de quelque manière qu'elles aient été contractées. Peu importe que l'hérédité contienne ou non des choses corporelles; car les fruits qui sont perçus d'un fonds sont corporels, et ce qui nous est dû en vertu d'une obligation est ordinairement corporel, comme un fonds, un homme (c'est-à-dire un esclave), de la monnaie; tandis que le droit lui-même de succession, d'usufruit, d'obligation, est incorporel. »

§ 3. « Au nombre des choses incorporelles se trouvent les droits des fonds urbains et ruraux, qui sont appelés servitudes. »

810. Les choses corporelles sont celles qui, ayant un corps, peuvent être perçues par nos sens, dont nous pouvons nous rendre compte par nos sens : par exemple, un fonds de terre, un vêtement, un homme, c'est-à-dire un esclave. Dans les textes du droit romain, l'expression *homo* désigne un esclave. — Les choses corporelles sont les choses qui, n'ayant pas de corps, ne peuvent être perçues par nos sens : nous ne pouvons les comprendre et nous en former une idée que par notre intelligence. Les choses incorporelles sont les *jura*, les droits : par exemple, une hérédité, l'usufruit, l'usage, l'habitation, les servitudes, les créances ou obligations.

811. Le droit de propriété n'est pas rangé par le droit romain parmi les choses incorporelles. Cependant le droit de propriété est un *droit*, par conséquent une chose incorporelle comme tous les autres droits. Pourquoi n'était-il pas considéré par la législation romaine comme une chose incorporelle? C'est parce que le droit de propriété étant le droit le plus complet, le plus absolu, qu'un homme puisse avoir sur une chose, l'esprit de l'homme s'est habitué à confondre le droit avec la chose même sur laquelle il porte, à matérialiser le droit dans la chose, à identifier le droit avec la chose. C'est par suite de cette matérialisation du droit dans la chose qu'on dit : *Ma* maison, *mon* champ et non pas : J'ai un droit de propriété sur telle maison, sur tel champ. Le législateur romain, tenant compte de cette habitude qu'a l'esprit humain de confondre, d'identifier le droit de propriété avec les choses sur lesquelles il porte, a confondu lui-même le droit de propriété avec les choses

corporelles, sur lesquelles il porte; tandis qu'il a distingué les autres droits des choses sur lesquelles ils portent. De là la distinction des choses en choses corporelles et en choses incorporelles [1].

812. Quelle utilité pratique y avait-il à distinguer les choses corporelles et incorporelles? D'après le droit civil, les choses corporelles, ayant un *corpus*, étaient susceptibles de possession et, par suite, de tradition et d'usucapion. Au contraire, les choses incorporelles, n'ayant pas de *corpus*, n'étaient pas susceptibles de possession, ni de tradition, ni d'usucapion : « *Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est.* » (L. 43, § 1. D. 41, 1.) Mais le droit prétorien admit une espèce de possession des choses incorporelles, qu'on appela *quasi-possession*. La quasi-possession d'une chose incorporelle, d'un droit, consiste dans l'exercice même de ce droit. — La quasi-possession d'un droit est l'exercice de ce droit avec l'intention de l'exercer comme sien : j'ai la quasi-possession d'un droit d'usufruit, par cela seul que j'exerce un droit d'usufruit, comme m'appartenant, sur le fonds d'autrui. A partir du moment où le droit prétorien eut admis cette quasi-possession des choses incorporelles, des droits, il y eut à distinguer, en droit romain, la possession des choses corporelles, d'après le droit civil, et la quasi-possession des choses incorporelles, des droits, d'après le droit prétorien. Aussi on trouve, dans les écrits des jurisconsultes romains, les expressions suivantes : *fundi possessionem, ususfructus quasi-possessionem*. (L. 23, § 2. D. 4, 6.) Enfin, comme le droit prétorien avait admis une quasi-possession des droits, il admit, comme conséquence, une *quasi-tradition* des droits, dont nous verrons bientôt l'application [2].

PREMIÈRE SECTION. — RES CORPORALES

813. Les choses *corporelles*, avons-nous dit, sont celles que l'on peut percevoir au moyen des sens : un fonds, un vêtement, etc.; elles sont susceptibles d'être l'objet d'un droit de propriété ou d'une possession.

Les choses corporelles se divisent en deux classes : les *meubles* et les *immeubles*.

---

1. Voir, pour plus de détails, n° 825.

2. Notre législation a admis sans difficulté la possession des choses incorporelles, des droits : « La possession est la jouissance d'un droit que nous exerçons par nous-mêmes ou par un autre qui l'exerce en notre nom. » (Art. 2,228, Code civil.) — La quasi-possession du droit prétorien n'était pas autre chose.

On appelle *meubles* les choses *mobiles*, c'est-à-dire susceptibles de se déplacer elles-mêmes, comme un cheval, ou d'être déplacées par une force extérieure, comme une table.

On appelle *immeubles* les choses qui ne peuvent être déplacées, comme les fonds de la terre, — et les choses qui font corps avec eux : constructions, etc.

814. Voici les principaux cas où il y avait intérêt à distinguer entre les meubles et les immeubles, d'après le droit romain :

1° Les meubles pris sur l'ennemi appartenaient à celui qui s'en était emparé par une occupation individuelle. Au contraire, les immeubles conquis sur l'ennemi appartenaient au peuple romain.

2° La propriété des meubles était acquise par usucapion au moyen d'une possession d'une année. La propriété des immeubles était acquise par usucapion au moyen d'une possession de deux ans.

3° les meubles seuls sont susceptibles d'être volés, ce qui en rendait l'usucapion difficile, parce que les choses volées ne peuvent être usucapées. Les immeubles ne sont pas susceptibles d'être volés : aussi leur usucapion est plus facile.

4° La loi *Julia* défendit au mari d'aliéner les immeubles dotaux sans le consentement de sa femme et de les hypothéquer, même avec son consentement. Après comme avant la loi *Julia*, le mari resta libre d'aliéner et d'hypothéquer les meubles dotaux, sans le consentement de sa femme.

5° Les immeubles sont susceptibles d'être grevés de servitudes réelles. Une servitude réelle ne peut être établie sur un meuble.

6° Les choses *mancipi* mobilières ne peuvent être mancipées que si on les a sous la main. Les immeubles *mancipi* peuvent être mancipés même de loin. (Ulp., *Reg.*, XIX, § 6.)

7° La possession des meubles était protégée par l'interdit *utrubi* seulement. La possession des immeubles était protégée par l'interdit *uti possidetis* et par l'interdit *unde vi*.

8° A l'époque classique, les meubles étaient susceptibles de propriété quiritaire, de *dominium*, en quelque lieu qu'ils fussent situés. Les immeubles situés en Italie étaient seuls susceptibles de propriété quiritaire, de *dominium*.

9° Le créancier qui agit par prise de gage, *per pignoris capionem*, doit commencer par saisir les meubles de son débiteur, puis les immeubles et enfin les créances.

SECTION II. — RES INCORPORALES OU DROITS

GÉNÉRALITÉS

815. *Les choses incorporelles* sont des conceptions juridiques, des *abstractions*, qui peuvent être conçues par l'intelligence, mais ne peuvent être perçues par les sens.

Laissant de côté les choses incorporelles, *non appréciables en argent* (agnation, tutelle, lien du mariage, puissance paternelle, etc.), on ne doit s'occuper ici que des choses *incorporelles*, APPRÉCIABLES EN ARGENT, et susceptibles d'entrer dans le patrimoine : droits d'usufruit, d'usage, servitudes prédiales, hérédités jacentes, etc. Peu importe, d'ailleurs, que ce soit une chose *corporelle* qui fasse l'objet du droit; ce droit, sur une chose *corporelle*, n'en est pas moins, personnellement, une chose *incorporelle*.

Les choses incorporelles ou *droits* se présentent sous deux aspects bien différents : les droits *réels* et les droits *personnels*. Ceci nous amène à la théorie des *jura in re* (droits réels) et des *jura ad rem* (droits personnels [1]).

---

1. Je crois utile de citer ici un long passage de l'ouvrage publié par le président Bonjean en 1845, et souvent cité par les commentateurs plus récents, *Traité des actions*, t. II, p. 53 et suiv. : « La distinction des *jura in re* et des *jura ad rem* n'est point particulière au droit romain : on la retrouve, au contraire, avec des caractères généraux à peu près semblables, dans toutes les législations anciennes et modernes. De là, déjà, on peut conclure que cette distinction n'est point arbitraire, et qu'elle répond à des différences existant réellement dans la nature des choses; et cela est vrai.

« Tout droit confère à celui qui en est investi une faculté, c'est-à-dire un *pouvoir;* mais la portée et l'étendue de ce pouvoir ne sont pas toujours les mêmes.

« 1° *Jura in re.* — Quelquefois ce pouvoir peut s'exercer envers et contre tous, *adversus omnes;* mais alors il n'impose aux autres hommes que le devoir purement négatif de ne rien faire qui trouble l'ayant-droit dans la jouissance des avantages que la chose est susceptible de procurer : *Jus ne alius impediat quominus commodum quoddam ex re capiat.* Quoique, en général, on ne puisse concevoir un *droit* sans une *obligation* correspondante, ici néanmoins l'obligation est de telle nature que, pesant également sur tous les hommes, et n'astreignant nul d'entre eux en particulier à aucune prestation active quelconque, on peut, jusqu'à un certain point, faire abstraction des obligés pour ne considérer que la *chose* et l'*ayant-droit.*

« Il résulte tout naturellement de là qu'un *jus in re* peut et doit, en général, s'énoncer comme un assujettissement de la chose à la personne (*quasi rei subjectio*), sans faire mention des rapports que ce droit établit entre celui qui en est investi et les autres hommes. Aussi, quand je dis : *Cette maison est à moi; j'ai un droit d'usufruit, de passage, d'hypothèque sur ce fond,* j'exprime une idée complète, une idée à laquelle rien ne manque; parce qu'il est sous-entendu que ce droit de propriété, d'usufruit, de passage, d'hypothèque, je puis m'en

816. Le droit *réel* est un droit qu'une personne a directement sur une chose, abstraction faite de toute autre personne. Pour comprendre ce qu'est un droit réel, notre esprit n'a qu'à supposer une personne et une chose, parce que le droit réel est un rapport entre une personne et une chose. Le caractère du droit réel est d'être *absolu*, c'est-à-dire d'être opposable par celui à qui il appartient à tous les autres hommes. Tout droit a un corrélatif. Le droit réel a pour corrélatif un devoir *général* et *négatif*. Ce devoir est général en ce sens qu'il est imposé à tous les hommes par la loi; il est négatif, en ce sens qu'il n'impose aux autres hommes que la nécessité purement négative de ne pas troubler le droit réel existant au profit d'une personne. Quand je suis propriétaire d'une maison, j'ai sur cette maison un droit direct, qui est *absolu*, c'est-à-dire que je puis opposer à tous les hommes de la terre, et par là même tous les autres hommes sont tenus du devoir négatif de ne pas troubler mon droit de propriété. Le droit de propriété est le droit réel le plus complet; mais il n'est pas le seul. En effet, les servitudes personnelles : usufruit, usage, habitation, et les servitudes prédiales : *servitutes prædiorum*, sont aussi des droits réels, d'après le droit civil romain. Le droit prétorien créa aussi des droits réels : la *superficies*, l'emphytéose et l'hypothèque. Nous étudierons plus loin, avec détail, ces divers droits réels.

817. Voyons maintenant ce qu'il faut entendre par droits personnels. Le droit personnel est un droit qu'une personne a contre une autre personne déterminée; c'est un rapport de personne à personne. Le caractère du droit personnel est d'être *relatif*, c'est-à-

---

prévaloir envers et contre tous. Et, de même que la propriété nous apparaît nécessairement comme un *jus adversus omnes*, parce que, s'il y avait une seule personne qui ne fût pas tenue de le respecter, ce droit serait précaire et illusoire; de même nous sommes conduits à dire que l'obligation correspondante à ce droit doit être purement négative : car, puisqu'elle pèse également et indistinctement sur tous, on ne comprendrait pas que tous fussent tenus envers un seul à un service *actif* quelconque.

« L'idée de ce devoir négatif, que le *jus in re* impose aux autres hommes, est si peu nécessaire à la notion exacte et complète du droit lui-même, que les jurisconsultes romains classiques ne voyaient pas même dans ce devoir une *obligation* proprement dite : aussi disaient-ils, en parlant de celui qui est actionné comme *détenteur* du bien d'autrui, qu'il n'est nullement obligé envers le propriétaire : *Nullo jure ei obligatus est;* ce qui est faux si on prend le mot obligation dans le sens philosophique et moral, mais ce qui est vrai si on prend ce mot dans le sens technique qu'il a dans la science du droit.

« 2° *Jura ad rem.* — Quelquefois, au contraire, le pouvoir, qui résulte d'un droit, ne peut être exercé que contre une ou quelques personnes déterminées, *adversus certam personam*. Les droits de cette nature consistent en un lien de droit (*vinculum juris*) qui met une personne déterminée (*débiteur*) dans la nécessité de donner, de faire ou de ne pas faire quelque chose au profit d'une

dire qu'il n'existe que relativement à une seule personne : il n'est opposable qu'à cette personne et non plus à tous les hommes comme le droit réel. Il a pour corrélatif une obligation, dont est tenue la personne contre laquelle le droit personnel existe. Les droits personnels sont les créances. Celui auquel appartient le droit personnel, la créance, s'appelle *créancier*. Celui contre lequel le droit personnel, la créance, existe, et qui est tenu de l'obligation, s'appelle *débiteur*. L'obligation est un lien de droit qui astreint une personne envers une autre à donner, à faire ou à ne pas faire telle chose déterminée. D'après cela, on voit qu'un droit personnel, une créance, a pour effet final de procurer à une personne, au créancier, ou une chose, ou un fait, ou une abstention; mais le droit personnel existe directement contre une personne, le débiteur, pour conduire ensuite indirectement à la chose, ou à l'exécution du fait, ou à l'abstention du débiteur.

818. Tout peuple civilisé établit un pouvoir public, appelé *pouvoir judiciaire*, qui a pour mission de faire respecter les droits de chacun. Aussi tout citoyen, qui a un droit a le moyen de faire valoir et respecter son droit. Ce moyen s'appelle une *action*. L'action est donc le moyen qu'a tout citoyen de faire valoir et reconnaître son droit en justice, quand il lui est contesté. Or nous savons que les hommes peuvent avoir deux espèces de droits dans leur patrimoine : les droits réels et les droits personnels; de même, ils ont deux espèces d'actions pour faire valoir ces droits : les actions réelles et les actions personnelles. L'action réelle est celle par laquelle le demandeur réclame en justice un droit réel, c'est-à-dire

---

autre personne (*créancier*). Ce lien spécial, c'est l'*obligation* proprement dite, expression qui, d'ailleurs, s'applique aussi bien au point de vue actif qu'au point de vue passif du lien.

« Il est évident qu'un droit de cette nature ne serait pas énoncé d'une manière complète, si on ne mentionnait pas le nom de la personne obligée; car de cette personne, de sa solvabilité, de sa fidélité à remplir ses engagements, souvent même de son existence, dépend toute la valeur pratique du *jus ad rem*. Ainsi je ne donnerais pas une notion suffisante de mon droit, en disant : *Il m'est dû telle maison, telle somme d'argent;* il faut dire aussi quelle personne me doit cette maison ou cette somme.

« Aussi, de même que la nature des choses avait conduit les jurisconsultes romains à énoncer les *jura in re* comme un assujettissement de la chose à la personne (*subjectio rei*), elle les avait conduits à exprimer le *jus ad rem* comme un devoir de la personne envers la personne (*officium personæ*).

« Abstraction faite des formes de langage si différentes par lesquelles sont désignés soit les *jura in re*, soit les *jura ad rem*, il est aisé de voir combien ces deux classes de droits diffèrent profondément entre elles.

« Par le *jus in re*, j'ai sur la chose un pouvoir immédiat et direct, dont je puis me prévaloir contre quiconque mettrait obstacle à l'exercice de mon droit; je suis en quelque sorte en contact avec la chose même. Par le *jus ad rem*, alors

un droit de propriété, d'usufruit, d'usage, d'*habitatio*, de servitude, de *superficies*, d'emphytéose ou d'hypothèque. L'action réelle, par laquelle le demandeur réclame la propriété de sa chose qui se trouve possédée par un tiers, prend particulièrement le nom de revendication, *rei vindicatio*. — L'action personnelle est une action par laquelle le demandeur réclame en justice un droit personnel, c'est-à-dire un droit de créance, ou, en d'autres termes, l'action personnelle est celle par laquelle le demandeur réclame en justice l'exécution d'une obligation. Toutefois, en parcourant la série des actions qualifiées par les Romains : *in rem* ou *in personam*, on en rencontre plusieurs qui paraissent troubler ce parallélisme, que la nature des choses semble devoir établir nécessairement entre la division des *jura in re* et des *jura ad rem*, et celle des actions *in rem* et *in personam*. C'est ce que j'examinerai dans le troisième livre de cet ouvrage.

819. Par quels moyens un homme acquiert-il un droit réel, par exemple un droit de propriété, d'usufruit, etc.? Par certaines opérations de droit, par certains faits juridiques appelés d'un nom général : *modes d'acquérir*, que nous étudierons bientôt. Par quels moyens un homme acquiert-il un droit personnel, un droit de créance? D'abord et principalement par certaines opérations de droit, par certains faits juridiques, appelés d'un nom général : *contrats*. — Mais un homme peut encore acquérir un droit personnel, un droit de créance, par suite de certains faits exécutés par lui ou par une autre personne, faits qui ressemblent à des contrats, mais qui ne sont pas des contrats. Quand un fait semblable avait eu lieu, les jurisconsultes romains disaient qu'une créance, une obligation,

---

même qu'il a aussi une chose pour objet, je n'ai sur la chose aucune puissance directe et immédiate, et je ne puis arriver à elle que par l'intermédiaire du débiteur, qui reste en quelque sorte interposé entre la chose et moi.

« Il ne faut donc pas confondre, comme on le fait si souvent, le *jus in re* avec le *jus ad rem* tendant à la délivrance de la chose. Quand j'ai le *jus in re*, je puis réclamer la chose en quelques mains qu'elle soit; c'est le proverbe vulgaire : *Je prends mon bien où je le trouve*. Si je n'ai qu'un *jus ad rem*, je pourrai bien exiger que mon débiteur soit contraint à me délivrer la chose s'il la possède; mais si cette chose n'est plus en sa possession, si elle est passée en d'autres mains, je ne pourrais la réclamer de ceux qui la posséderaient; et mon droit à la chose même se convertira en un droit tout différent, celui d'obtenir des dommages-intérêts contre mon débiteur, à raison du préjudice que me fait éprouver le non-accomplissement de son obligation.

« Encore une fois, cette division des droits en *jura in re* et *jura ad rem* n'est point une théorie purement arbitraire; elle ne fait que traduire la diversité qui existe entre les rapports qui, dans tous les temps et dans tous les pays, ont été considérés comme nécessaires à l'existence même des sociétés; elle a été constatée, mais non créée par les jurisconsultes, et cela est si vrai qu'elle n'est pas même posée dogmatiquement par les jurisconsultes romains classiques...

« J'emploie sans scrupule les expressions *jura in re* et *jura ad rem*, parce que,

naissait de ce fait *quasi ex contractu*, comme d'un contrat. — Un homme pouvait encore acquérir un droit personnel, une créance, contre un autre par suite d'un fait dommageable, commis sans droit par cet autre, et appelé *délit*. Le délit est un fait illicite, prévu par la loi, qui cause à autrui un dommage, et qui oblige son auteur à réparer pécuniairement le dommage causé par lui sans droit. Par suite du délit, l'auteur du dommage devient débiteur; celui auquel le dommage a été causé devient créancier. — Enfin, à côté des délits, il y a certains faits qui ressemblent à des délits, en ce qu'ils causent un dommage à autrui, mais qui n'ont pas été prévus par la loi. Quand un fait semblable avait été commis *sans droit* par une personne, les jurisconsultes romains disaient qu'une créance, qu'une obligation, était née de ce fait *quasi ex delicto*, comme d'un délit. Par suite de ce fait causé sans droit, l'auteur du dommage est tenu de le réparer pécuniairement et devient débiteur; celui qui a éprouvé le dommage devient créancier. — En résumé, les créances et obligations résultent des contrats et de faits qui ressemblent à des contrats, des délits et de faits qui ressemblent à des délits.

820. De même que la législation romaine a toujours distingué soigneusement les droits réels, propriété, usufruit, etc., des droits personnels, créances, de même elle a toujours distingué aussi soigneusement les opérations de droit, les faits juridiques, par lesquels les hommes acquièrent des droits réels et appelés *modes d'aliéner et d'acquérir*, des opérations de droit, des faits juridiques par lesquels les hommes acquièrent des droits personnels. Il faut donc bien se garder de confondre, en droit romain, les modes d'acquérir les

---

malgré leur latinité passablement barbare, ces locutions sont généralement admises; mais je dois faire remarquer qu'elles ne se rencontrent pas dans les écrits des jurisconsultes romains classiques.

« Pour désigner le *jus ad rem*, le droit *adversus certam personam*, ces jurisconsultes employaient toujours le mot *obligatio*.

« Quant aux *jura in re*, la langue latine ne fournissait aucune expression générique et technique. Le mot *jura* comprend tout aussi bien les droits personnels que les droits réels; et quant à l'expression *jus in re*, que l'on rencontre dans quelques textes, elle n'y est point employée dans un sens générique, pour marquer l'opposition entre les droits *adversus omnes* et les droits *adversus certam personam*.

« L'expression *dominium*, *dominia*, aurait été très-convenable pour désigner les droits réels; car, par son radical même, ce mot exprime très-heureusement ce qu'il y a d'absolu, de dominateur dans les *jura in re;* mais il ne paraît pas que les jurisconsultes aient jamais employé ce mot comme expression générique embrassant tous les droits réels.

« C'est probablement par suite de cette absence d'une expression technique, propre à désigner les droits réels, que les jurisconsultes romains n'avaient point établi, à l'égard de cette classe de droits, une théorie générale, comme ils l'ont fait avec tant de netteté à l'égard des obligations. »

droits réels, propriété, usufruit, etc., avec les *contrats*, par exemple; qui sont des faits juridiques faisant naître des droits personnels, c'est-à-dire des créances et des obligations. Ainsi, par exemple, la vente est un contrat et non pas un mode d'acquérir. Par conséquent, il ne faut pas croire que, par la vente, le vendeur transfère à l'acheteur la propriété de la chose vendue; par la vente, l'acheteur ne devient pas propriétaire de la chose par lui achetée, il ne devient que créancier; il ne deviendra propriétaire que par suite d'un mode d'aliéner et d'acquérir qui sera employé par les parties : la *tradition* de la chose faite par le vendeur à l'acheteur.

CHAPITRE PREMIER

DROITS RÉELS

821. Les droits réels se divisent en deux classes : les uns sont reconnus et organisés par le *droit civil;* les autres ont été conçus et réglementés par le préteur. Ces derniers, qui sont au nombre de quatre (domaine bonitaire, droits de superficie, d'emphytéose et d'hypothèque), sont naturellement plus récents et plus compliqués que les premiers, lesquels, régissant une société plus primitive, comptaient seulement : en première ligne, la propriété *ex jure Quiritium;* puis les servitudes réelles et personnelles; enfin le droit de gage (*pignus*).

ARTICLE I. — DROITS RÉELS RECONNUS PAR LE DROIT CIVIL

§ Ier. — DROIT DE PROPRIÉTÉ, OU DOMINIUM EX JURE QUIRITIUM.

I. — Généralités.

822. 1° *Le droit de propriété* est le droit réel par excellence. Il consiste à permettre au *propriétaire* de retirer de sa chose toute son utilité.

Il ne peut exister que sur une *chose corporelle.*

La propriété, chez les Romains, est désignée par les mots *dominium*, *dominium ex jure Quiritium*, propriété selon le droit des Quirites.

La propriété ou *dominium* est le droit qu'a une personne de se servir (*uti*), de jouir (*frui*) et de disposer (*abuti*) d'une chose de la manière la plus absolue, sauf les restrictions apportées par les lois. De sorte que le droit de propriété, *dominium*, sur une chose, impli-

que deux idées : 1° une idée d'attribution de toute l'utilité de cette chose à son propriétaire, *dominus;* 2° une idée d'exclusion de tout droit sur cette chose pour les tiers.

Une restriction apportée au droit de propriété, chez les Romains, consistait en ce que, pendant longtemps, il était défendu à chaque propriétaire de bâtir sur la limite extrême de son terrain : chaque propriétaire devait laisser, entre la construction et la limite extrême de son terrain, un certain intervalle. (L. 14. D. 8, 2.) De sorte qu'avec un pareil système toutes les maisons étaient isolées comme des îles; voilà pourquoi on rencontre souvent dans les textes du droit romain les expressions *insula*, *insulæ*, pour désigner une maison, des maisons. (L. 14. D. 8, 2.) — Autre restriction : un propriétaire ne pouvait planter des arbres dans son fonds qu'à une certaine distance du fonds de son voisin. (L. 1 pr., §§ 1, 7. D. 43, 27.)

Le *dominium* ou propriété sur une chose se compose de trois éléments, de trois droits différents : 1° du *jus utendi* ou droit de se servir de la chose, c'est-à-dire de l'employer à l'usage que sa nature comporte ; 2° du *jus fruendi* ou droit de recueillir tous les fruits et produits de la chose ; 3° du *jus abutendi* ou droit de consommer, de détruire, de transformer et d'aliéner la chose.

Il convient de remarquer que la propriété, chez les Romains, avait déjà les mêmes caractères que la propriété chez la plupart des peuples modernes : elle était individuelle, inégale, perpétuelle et transmissible. — *Individuelle et non collective :* chez les Germains, d'après Tacite, la propriété des terres occupées par une tribu était collective, appartenait à la tribu. Chaque tribu en masse occupait tour à tour le terrain qu'elle pouvait cultiver. Chaque tribu changeait de terres tous les ans et distribuait, chaque année, les terres entre les diverses familles de la tribu, suivant les rangs. (Tacite, *Mœurs des Germains*, 26.) — *Inégale;* ce caractère n'a pas besoin d'être expliqué. — *Perpétuelle :* la propriété est perpétuelle en ce sens qu'un propriétaire ne peut être dépouillé de son droit de propriété sans son consentement; la propriété lui reste tant qu'il n'y renonce pas. — *Transmissible :* la propriété est transmissible, en ce sens que le propriétaire peut aliéner sa chose, soit de son vivant, par les modes d'aliéner que nous étudierons bientôt, soit pour le temps où il ne sera plus, par testament ou par legs [1]. — La propriété quiritaire, *dominium*, est garantie et protégée par une action établie par le droit civil. Lorsqu'un propriétaire a perdu la possession de sa chose, qui se trouve possédée par un tiers, pour se la

1. Voyez *Nouveau Cours d'économie politique*, par M. Batbie, 10e et 11e leçon.

faire restituer il a le droit d'intenter en justice contre le possesseur cette action destinée à protéger la propriété et appelée *rei vindicatio*, action en revendication.

823. 2° *De la copropriété ou propriété indivise.* —La propriété d'une même chose peut appartenir à plusieurs personnes. On dit alors que ces personnes ont la co-propriété ou la propriété indivise de cette chose, et elles s'appellent : co-propriétaires par indivis. Mais en quoi consiste au juste cette propriété indivise? Je suppose qu'un homme meurt laissant deux héritiers, Primus et Secundus, ayant un droit égal à sa succession, qui comprend, entre autres choses, deux immeubles : le fonds A et le fonds B. Les deux héritiers, après la mort du défunt, se trouvent co-propriétaires par indivis de l'immeuble A et de l'immeuble B, ce qui signifie que Primus est propriétaire de la moitié de chacune des molécules, si petites qu'on puisse les imaginer, qui composent le fonds A, et que Secundus est propriétaire de l'autre moitié des molécules qui composent le fonds A. De même, Primus est propriétaire de la moitié de chacune des molécules qui composent le fonds B, et Secundus est propriétaire de l'autre moitié des molécules qui composent le fonds B. Cette co-propriété indivise durera tant que les deux héritiers n'auront point partagé la succession ; car le partage, comme nous le verrons plus tard, fait cesser l'indivision entre co-propriétaires par indivis. Du reste, pendant l'indivision, chacun des co-propriétaires peut aliéner ou hypothéquer sa part indivise.

824. 3° *Démembrements de la propriété.* — Le propriétaire d'une chose peut *démembrer* la propriété qu'il a sur cette chose, en abandonnant, en accordant deux des éléments de son droit de propriété sur cette chose, le *jus utendi* et le *jus fruendi*, à une autre personne pour un certain temps, ordinairement pour la durée de la vie de cette personne ; de sorte que le propriétaire ne conserve sur sa chose que le *jus abutendi* ou droit de l'aliéner. La personne à laquelle le *jus utendi* et le *jus fruendi* ont été abandonnés prend, vis-à-vis de la chose, le nom d'usufruitier, *usufructuarius*, et son double droit sur la chose s'appelle usufruit, *usufructus*. Le droit du propriétaire, qui n'a conservé sur sa chose que le *jus abutendi* s'appelle nue propriété et lui-même prend le nom de nu-propriétaire, tant qu'il n'a pas recouvré le *jus utendi* et le *jus fruendi* qu'il a abandonnés, parce que, tant qu'il n'a pas recouvré ces deux droits, il est privé des deux avantages principaux de sa chose.

Un propriétaire peut accorder, pour un certain temps, à une autre personne, seulement le *jus utendi* sur sa chose. Alors cette

autre personne prend vis-à-vis de la chose le nom d'usager, *usuarius*, et son droit s'appelle *usus*, usage.

De même, le propriétaire d'une maison peut accorder à une autre personne, pour un certain temps, le droit d'habiter sa maison. La personne à laquelle ce droit est concédé s'appelle *habitator*, et son droit s'appelle *habitatio*.

Enfin, un propriétaire peut encore démembrer sa propriété d'une autre manière, en détachant de son immeuble certains avantages, pour les attribuer à un immeuble voisin appartenant à un propriétaire, de manière que l'utilité du fonds auquel ces avantages sont accordés en soit augmentée.

Lorsqu'une chose ne procure d'utilité qu'à son propriétaire, on dit qu'elle est *libre*. Lorsqu'une chose procure de l'utilité à un autre qu'à son propriétaire ou au fonds d'autrui, on dit, en employant une expression métaphorique, qu'elle est en *servitude*. L'usufruit, l'usage, l'habitation, procurant de l'utilité sur une chose à une *personne* autre que son propriétaire, s'appellent servitudes *personnelles*. Lorsqu'un fonds, *prædium*, procure des avantages au fonds d'autrui, ces avantages prennent le nom de servitudes *prédiales*, *servitutes prædiorum*, parce que le fonds sur lequel est consenti l'avantage se trouve asservi à celui au profit duquel l'avantage est accordé : *prædium servit prædio*.

825. 4° *Le droit de propriété est une chose incorporelle.* — Le droit de propriété est le droit le plus complet, le plus absolu qu'un homme puisse avoir sur une chose : c'est le droit *réel* par excellence ; on peut donc justement s'étonner que les *Institutes* ne le mentionnent pas parmi les choses *incorporelles*, qu'il n'ait pas été compris dans l'énumération des *jura*, parmi lesquels se placent néanmoins les démembrements de la propriété.

Cela tient uniquement à ce que, d'après le génie de la langue latine, pour exprimer le rapport légal de propriété, on ne dit pas : J'ai le *droit de propriété* sur cette chose, *Aio mihi esse jus dominii in hac re ;* mais plus simplement : Cette chose est à moi, *Aio hanc rem esse meam*. Cette façon de parler est après tout assez naturelle : car, précisément parce que la propriété est le droit le plus absolu, le plus entier qu'un homme puisse avoir sur une chose, on sent moins le besoin de spécifier ce droit dans le discours.

Toutefois ces habitudes de langage n'avaient pas laissé d'exercer une influence assez fâcheuse sur la doctrine elle-même. Comme, en parlant de la propriété, on ne nommait jamais le *droit* (*chose incorporelle*), mais seulement la chose *corporelle* qui en était l'objet, tandis que, dans l'énoncé de tous les autres droits, la forme du

langage appelait immédiatement l'attention sur le *droit* lui-même, cela avait conduit les Romains à dire de celui qui acquiert ou qui revendique le droit de propriété, qu'*il acquiert* ou qu'*il revendique une* CHOSE CORPORELLE ; et, au contraire, de celui qui acquiert ou qui revendique un droit autre que la propriété, qu'*il acquiert* ou qu'*il revendique une* CHOSE INCORPORELLE. Aussi, en traitant des diverses questions relatives à l'acquisition, à la transmission, à la possession, à la revendication des *jura in re*, les jurisconsultes romains ont-ils constamment vu deux problèmes, là où en réalité il n'y en avait qu'un seul. Au lieu de se demander *comment s'acquièrent, se possèdent, se revendiquent les droits réels*, ils se sont demandé, d'une part, *comment s'acquièrent, se possèdent, se revendiquent les choses* CORPORELLES ; et, d'autre part, *comment s'acquièrent, se possèdent, se revendiquent les choses* INCORPORELLES. En réalité, cependant, dans l'un et l'autre cas, il s'agit également d'acquérir, de posséder, de revendiquer un *droit réel* sur une chose *corporelle*.

Le problème étant ainsi posé, pour la propriété, en termes tout différents que pour les autres droits réels, la réaction, que les signes des idées exercent malgré nous sur les idées elles-mêmes, devait conduire et a effectivement conduit les jurisconsultes romains à admettre, outre l'acquisition de la propriété et celle des autres droits réels, des différences qu'ils n'auraient probablement pas admises, si le problème eût été posé en termes plus exacts.

Sortons des généralités par un exemple. La *tradition* est une manière d'acquérir la propriété, mais les jurisconsultes la déclarent inapplicable à l'acquisition de l'usufruit. Pourquoi cela ? C'est que, disent-ils, la tradition, c'est la dation de la possession, et que nous ne pouvons posséder que des choses *corporelles*. Or l'usufruit est une chose *incorporelle*. Mais la propriété aussi est une chose *incorporelle ;* et, par conséquent, si la raison était bonne, la tradition ne serait pas plus applicable à la propriété qu'à l'usufruit. La doctrine ne repose évidemment ici que sur un jeu de mots, existant dans l'énoncé du problème : en parlant de la propriété, on demande, non pas comment s'acquiert le droit (*chose incorporelle*), mais comment s'acquiert la *chose ;* au contraire, en parlant de l'usufruit, on demande comment s'acquiert le *droit*. — Mais si, laissant de côté les mots, on s'attache au fond des choses, on ne tarde pas à reconnaître que la tradition aurait pu s'appliquer tout aussi bien à l'usufruit qu'à la propriété. Pourquoi, en effet, ne pourrais-je pas vous livrer une chose pour en jouir en qualité d'*usufruitier*, comme je vous la livre pour en jouir en qualité de *propriétaire* ? Dans l'un et l'autre cas, je vous livre une chose *corporelle*, et la

différence ne porte que sur les droits, *choses incorporelles*, que j'entends vous conférer. Mais si la tradition suffit pour *réaliser* ma volonté de vous rendre *propriétaire*, pourquoi ne suffirait-elle pas pour réaliser ma volonté de vous rendre *usufruitier* ?

Ce qui précède s'applique principalement à la propriété par excellence à Rome, au *dominium ex jure Quiritium*. — Mais il faut bien remarquer que cette théorie s'appliquait encore, avec certaines différences, à d'autres cas que celui de la propriété romaine proprement dite. C'est ce que nous allons étudier immédiatement sous le titre : *De la propriété sur le sol des provinces;* et, plus tard, parmi les droits réels réglementés par le préteur, sous le titre : *Du domaine bonitaire.*

826. 5° *De la propriété sur le sol des provinces.* — Primitivement le sol romain, l'*ager romanus*, avait été seul susceptible de propriété quiritaire, *dominium;* seul susceptible d'être aliéné et acquis par les modes du droit civil, la *mancipatio*, la *cessio in jure*, etc... Mais par la suite, tout le sol, tout le territoire de l'Italie devint susceptible de propriété quiritaire. En effet, nous avons vu que les Romains avaient accordé successivement tout ou partie des droits de cité à diverses villes et à divers peuples de l'Italie ; qu'après la guerre sociale, le *jus civitatis* avait été accordé à tous les habitants de l'Italie, qui devinrent ainsi tous citoyens romains. — En même temps que les Romains accordaient à une ville ou à un peuple tout ou partie des droits de cité, ils lui accordaient ordinairement un autre avantage, savoir : que son sol, son territoire, serait assimilé à l'*ager romanus*, serait susceptible de propriété quiritaire, et, par suite, susceptible d'être aliéné et acquis par les modes d'aliéner et d'acquérir du droit civil romain, mancipation, *cessio in jure*, etc., de sorte qu'après la guerre sociale tout le territoire de l'Italie fut susceptible de propriété quiritaire et susceptible d'être aliéné et acquis par les modes du droit civil. (N° 88.)

827. Aussi, à partir de la guerre sociale, il y eut une distinction à faire entre le sol de l'Italie et le sol des provinces ; car ils furent, surtout à partir du commencement de l'Empire, dans une condition bien différente. En effet, les fonds situés en Italie étaient susceptibles de propriété quiritaire ; au contraire, les fonds des provinces n'étaient pas susceptibles de *dominium*, de propriété quiritaire. — Les fonds situés en Italie étaient des *res mancipi*, susceptibles d'être aliénés et acquis par la mancipation, la *cessio in jure*, et par tous autres modes du droit civil. Les fonds situés dans les provinces étaient *res nec mancipi*, non susceptibles d'être aliénés ni acquis par mancipation, *cessio in jure*, ni par aucun autre mode du droit civil.

828. Dès les premiers temps de l'Empire, une autre différence considérable fut établie entre les fonds italiques et les fonds provinciaux : les fonds de toutes les provinces étaient soumis à un impôt ; les fonds des provinces du peuple étaient soumis à un impôt appelé *stipendium*, payé à l'*ærarium*, trésor du peuple, et les fonds des provinces du peuple s'appelaient *prædia stipendiaria*. Les fonds des provinces de l'empereur étaient soumis à un impôt appelé *tributum*, payé au fisc, trésor de l'empereur ; et les fonds des provinces de l'empereur étaient appelés *prædia tributaria*. — De plus, les habitants des provinces étaient soumis à une espèce d'impôt personnel appelé *capitatio* ou *tributum capitis*. (Gaïus, II, § 21.)

Au contraire, les fonds italiques n'étaient soumis ni à l'impôt appelé *stipendium*, ni à l'impôt appelé *tributum*, et les habitants de l'Italie étaient exempts de l'impôt appelé *capitatio* ou *tributum capitis*.

829. Bien mieux, non-seulement les fonds des provinces n'étaient pas susceptibles de propriété quiritaire, mais encore ces fonds n'étaient considérés par les Romains comme susceptibles d'aucune propriété pour les habitants des provinces. D'après les Romains, le sol des provinces du peuple appartenait au peuple romain ; le sol des provinces de l'empereur appartenait à l'empereur ; les habitants n'en avaient que la possession et la jouissance ; voilà pourquoi ils sont appelés *possessores* dans les textes des jurisconsultes romains : « En province, dit Gaïus, le sol ne peut pas devenir religieux, parce que le *dominium* de ce sol est au peuple romain ou à l'empereur, et parce que nous sommes réputés n'en avoir que la possession et la jouissance. » (Gaïus, II, § 7.)

Mais, dans la réalité des choses, les fonds provinciaux étaient distribués entre les habitants, qui en retiraient toute l'utilité et tous les avantages, comme s'ils en avaient été propriétaires ; ils pouvaient les transférer à d'autres par tradition ou les transmettre à leurs héritiers. Ce n'était que par une fiction que les Romains avaient imaginé de dire que le sol provincial appartenait au peuple ou à l'empereur ; et cette fiction n'avait été imaginée par eux que pour justifier le payement de l'impôt auquel était soumis le sol des provinces.

830. Toutefois, cette fiction a des conséquences pratiques assez importantes. En effet, c'est en vertu de cette fiction du droit civil romain que les fonds provinciaux ne sont pas susceptibles de *dominium*, de propriété quiritaire, pour les particuliers, et que, par suite, ils ne sont pas susceptibles d'être aliénés ni acquis par *mancipatio*, *cessio in jure*, ni par usucapion ; enfin, leur possession n'est

pas garantie par la revendication, action réelle civile, uniquement destinée à garantir la propriété quiritaire, le *dominium*. Mais comme les fonds provinciaux sont des *res nec mancipi*, ils sont susceptibles de tradition. Or la tradition d'une chose *nec mancipi* a pour effet de faire acquérir la possession de la chose à celui auquel elle est livrée, et, outre la possession, la propriété, si celui qui livre la chose en est propriétaire, capable de l'aliéner et a l'intention de l'aliéner. Donc celui auquel un fonds provincial a été livré en acquiert la *possession*, car rien ne s'y oppose ; mais il n'en acquiert pas la propriété, le *dominium*, puisque les fonds provinciaux n'en sont pas susceptibles.

831. Les fonds provinciaux sont des *res nec mancipi*. Cependant il y a entre eux et les *meubles nec mancipi* une différence considérable. En effet, les meubles *nec mancipi* sont susceptibles de *dominium*, de propriété quiritaire, et, s'ils ne peuvent, il est vrai, être aliénés ni acquis par mancipation, ils peuvent être aliénés et acquis non-seulement par la tradition, mais encore par la *cessio in jure* et par tout autre mode d'acquérir. Au contraire, les fonds provinciaux *nec mancipi* ne sont pas susceptibles de *dominium*, de propriété quiritaire ; par suite, ils ne peuvent être aliénés ni acquis par mancipation, par *cessio in jure*, ni par usucapion ; mais ils sont susceptibles de tradition seulement. Cette tradition ne fait pas acquérir à celui auquel ils sont livrés le *dominium*, la propriété quiritaire : elle ne lui fait acquérir que la simple *possessio*.

D'après ce qui précède, on voit que la condition du sol de l'Italie était, sous l'Empire, bien différente de la condition du sol des provinces.

832. *Du jus italicum.* — Les mots *jus italicum* sont employés, dans les textes du droit romain, pour indiquer la condition du sol de l'Italie par opposition à la condition du sol des provinces. — Les Romains accordaient quelquefois à une ville de province et à son territoire le *jus italicum*. En pareil cas, le mot *jus italicum* prenait un nouveau sens et désignait la concession faite à une ville et à son territoire de l'ensemble des avantages attachés à la condition du sol italique, et la concession faite à ses habitants de certains avantages personnels.

833. Ainsi la concession du *jus italicum* faite à une ville avait pour effet de mettre le territoire de cette ville dans la même condition que le sol italique et de conférer à ses habitants certains avantages personnels. En conséquence :

1° Les fonds compris dans le territoire de la ville, qui avait obtenu le *jus italicum*, devenaient susceptibles de propriété quiri-

taire, du *dominium ex jure Quiritium*. 2° Ils devenaient *res mancipi*, de *res nec mancipi* qu'ils étaient. 3° Ils devenaient susceptibles d'être aliénés et acquis par tous les modes du droit civil : mancipation, *cessio in jure*, usucapion, etc. 4° Ils cessaient d'être soumis à l'impôt foncier, *tributum* ou *stipendium*. 5° Les lois faites à Rome pour régir seulement les immeubles d'Italie étaient applicables aussi aux fonds compris dans le territoire des villes qui avaient obtenu le *jus italicum*. Ainsi la loi *Cincia*, qui limitait le chiffre des donations entre-vifs, et la loi *Julia de fundo dotali*, qui défendait au mari d'aliéner les immeubles dotaux sans le consentement de sa femme, n'avaient été faites que pour l'Italie ; mais elles s'appliquaient aux fonds compris dans le territoire des villes de province qui avaient obtenu le *jus italicum*. 6° Les habitants d'une ville de province qui avait obtenu le *jus italicum* étaient exemptés de l'impôt appelé *capitatio*, *tributum capitis*. 7° Il suffisait aux habitants d'une ville, qui avait reçu le *jus italicum*, d'avoir quatre enfants légitimes, et non plus cinq, pour être dispensés de la tutelle ou curatelle *propter liberos*. (N° 771.)

834. D'après ce qui précède, on voit que le *jus italicum* n'était pas, comme le *jus civitatis* ou le *jus Latii*, un ensemble de droits concédés à des personnes ; le *jus italicum* était un ensemble d'avantages, de droits, concédés à une ville et à son territoire. Ce n'est qu'accessoirement que la concession du *jus italicum* à une ville et à son territoire conférait à ses habitants certains avantages personnels : dispense de l'impôt, *tributum capitis*, dispense de la tutelle par quatre enfants au lieu de cinq.

835. Ce n'est que successivement que le sol de l'Italie est arrivé à cette condition avantageuse désignée par ces mots : *jus italicum*. Après la guerre sociale, le sol italique devint susceptible de propriété quiritaire, mais ce n'est que par l'empereur Auguste qu'il fut dispensé de l'impôt foncier. Ce n'est donc qu'au commencement de l'Empire que le sol italique est parvenu complétement à cet état particulièrement avantageux, appelé *jus italicum*. Aussi, ce n'est qu'à partir du commencement de l'Empire qu'on voit apparaître la concession du *jus italicum*, la concession de cette condition avantageuse du sol italique à des villes de province et à leur territoire. Ulpien nous apprend qu'Auguste accorda le *jus italicum* à la colonie de Béryte en Phénicie. (L. 1, § 1. D. 50, 15.) — Le *jus italicum* fut ensuite concédé successivement par les empereurs à un assez grand nombre de villes, comme on peut le voir par les fragments des jurisconsultes, insérés au titre *De censibus*, au *Digeste* (50, 15). C'est, en général, à des

villes municipales ou à des colonies que le *jus italicum* était accordé.

836. A l'exception des villes qui avaient obtenu le *jus italicum*, tous les fonds provinciaux n'étaient susceptibles ni de propriété quiritaire, ni de mancipation, ni de *cessio in jure*, ni d'usucapion. Les particuliers n'en avaient que la *possessio* et pouvaient se les transmettre seulement par la tradition. — Mais, avec le temps, cette *possessio*, à laquelle le droit civil refusait le titre de propriété, finit par devenir une véritable propriété du droit des gens, protégée par une action, accordée par le préteur au *possesseur* d'un fonds provinciál. Les interprètes du droit romain ne sont pas d'accord sur l'action qui garantissait cette propriété du droit des gens. Quelques interprètes pensent que cette propriété du droit des gens était toujours garantie par l'action publicienne. Je préfère l'opinion, d'après laquelle cette propriété du droit des gens était garantie tantôt par une action publicienne, tantôt par une revendication *utile*. 1° Si le *possesseur* d'un fonds provincial venait à en perdre la possession, le préteur lui accordait une action publicienne, à l'imitation de l'action publicienne que le préteur accordait à celui qui avait sur une chose la propriété bonitaire et qui en avait perdu la possession. Ainsi, au point où en est arrivée la législation romaine, la propriété quiritaire est protégée par la revendication, la propriété prétorienne ou bonitaire sur les *res mancipi* est protégée par la publicienne, la propriété des fonds provinciaux est protégée par une action publicienne, créée par le préteur à l'imitation de l'action publicienne primitive. 2° Mais il est possible qu'un homme acquière le *dominium* d'une chose sans l'avoir jamais possédée, ce qui arrive lorsqu'il l'acquiert par la mancipation, par la *cessio in jure* ou par un legs *per vindicationem*. La revendication est accordée à ce propriétaire qui n'a jamais eu la possession. Au contraire, la publicienne garantissant soit la propriété bonitaire, soit la propriété du droit des gens, n'est accordée qu'à celui qui a eu la possession d'une chose et qui l'a perdue. Or les modes d'acquérir du droit naturel, l'occupation, la tradition, exigent, pour faire acquérir la chose, la prise de possession de cette chose. Donc celui, qui se prétend propriétaire d'une chose, d'après le droit prétorien ou d'après le droit naturel, doit en avoir la possession. — Néanmoins il n'en est pas toujours ainsi. En effet, par adjudication, on peut acquérir même la propriété quiritaire, avant d'être entré en possession. De même, on peut acquérir, par adjudication, la propriété du droit des gens sur un fonds provincial; ce qui a lieu lorsque l'action *communi dividundo* ou l'action *finium regundorum* est intentée relativement à des fonds provinciaux : l'adjudicataire n'aura qu'une

propriété du droit des gens sur le fonds à lui adjugé ; mais il aura cette action même avant d'être entré en possession. Quelle action aura-t-il pour réclamer le fonds à lui adjugé? Ce ne peut être l'action publicienne qui présuppose une possession perdue. Néanmoins quelques interprètes pensent que c'est encore l'action publicienne qui est donnée à ce propriétaire du droit des gens qui n'est pas encore entré en possession. Mais cette opinion est formellement condamnée par Gaïus, qui dit qu'il faut supposer une possession perdue pour qu'il y ait lieu à l'action publicienne : « ... L'action publicienne est donnée à celui qui n'a pas encore usucapé une chose à lui livrée en vertu d'une juste cause et *qui, en ayant perdu la possession, réclame cette chose.* » (Gaïus, IV, § 36. — Voyez en ce sens L. 7, § 16. D. 6, 2. *Inst.*, IV, VI, § 4.) Je pense donc, avec la majorité des interprètes, que l'action accordée au propriétaire du droit des gens, *qui n'a jamais possédé* la chose qu'il réclame, est une action en revendication utile, *rei vindicatio utilis*, accordée par le préteur *utilitatis causa.*

837. Du reste, la distinction entre les fonds italiques et les fonds provinciaux alla s'affaiblissant peu à peu, de sorte qu'au temps de Dioclétien les fonds provinciaux étaient déjà formellement reconnus susceptibles de propriété, *proprietas*, *dominium*. C'est ce qui résulte du texte suivant : « Les mêmes (c'est-à-dire Dioclétien et Maximien) à Aurelius Carreno. Si tu as fait donation de *fonds stipendiaires*, sous la condition qu'après la mort du donataire *la propriété* te reviendrait, la donation est nulle, parce que *la propriété* ne peut être transférée jusqu'à un certain temps. » (*Fragm. Vatic.*, § 283.)

Justinien consacra formellement cette assimilation, déjà commencée avant lui, des fonds provinciaux aux fonds italiques. (L. *un.* C. 7, 31.) Du reste, à l'époque de Justinien, il n'y a plus qu'une seule propriété, la propriété complète, le *dominium*, pouvant s'appliquer à toutes les choses qui sont dans le commerce des hommes. (*Inst.*, II, I, § 40.)

838. 6° *Des personnes capables d'être propriétaires.* — La condition essentielle de l'aptitude au droit de propriété, c'est d'être *sui juris*, c'est-à-dire susceptible d'avoir un patrimoine. Et cette condition s'applique non-seulement à la propriété quiritaire, mais encore à la propriété bonitaire, et à la propriété spéciale que comportent les fonds provinciaux. En d'autres termes, la propriété est, en principe, inaccessible aux personnes *alieni juris*. Par conséquent, l'esclave (sauf le *servus publicus*) ne put jamais être propriétaire ; il en est de même de la femme *in manu* et de l'individu *in mancipio*, tout

au moins jusqu'à l'époque où la *manus* et le *mancipium* disparaissent ; même décision pour le *fils de famille*, incapable à l'origine de posséder un patrimoine, situation rigoureuse qui disparut du reste progressivement devant certains tempérament, qui permirent au fils de famille d'être propriétaire de certaines natures de biens. (V. n^os^ 452, 1130 et suiv.)

II. — De la possession.

839. Parmi les modes d'acquérir la propriété, l'occupation, la tradition, et l'usucapion ont pour base *la possession ;* l'étude de la possession est donc une introduction nécessaire à l'étude des modes d'acquérir la propriété.

Sens général du mot possession. — Posséder une chose, c'est l'avoir à sa disposition ; la possession n'est donc autre chose que l'exercice du droit de propriété, et, par suite, ne peut exister que sur une chose corporelle. Toutefois, comme l'exercice d'un droit autre que la propriété, d'un droit d'usufruit par exemple, offre bien de l'analogie avec la possession proprement dite, on a été amené à désigner l'exercice de ce droit sous le nom de *quasi-possessio*, ou *possessio juris*.

840. La possession, disons-nous, est le fait d'avoir une chose à sa disposition et de s'en considérer comme propriétaire. *Posséder* une chose, c'est avoir cette chose en son pouvoir, à sa disposition, et avoir la volonté de se considérer et de se comporter à son égard comme propriétaire. — D'après cela, on a dit que la possession se compose de deux éléments : du *corpus* et de l'*animus domini*. Le *corpus* est le fait d'avoir le corps de la chose à sa disposition ; l'*animus domini* est la volonté de se considérer et de se comporter comme propriétaire de la chose.

841. Il arrive assez souvent qu'une chose soit possédée par un autre que son propriétaire, par un autre qui a cette chose à sa disposition et qui a la volonté de s'en considérer comme propriétaire, quoiqu'il ne le soit pas. Mais comment un homme peut-il arriver à posséder la chose d'autrui ? De plusieurs manières différentes. Ainsi, un homme s'empare d'un immeuble appartenant à autrui ; on l'appelle usurpateur. L'usurpateur a-t-il la possession de l'immeuble ? Oui, car, en s'emparant de l'immeuble, il s'est procuré la détention, le *corpus* de l'immeuble, et il a la ferme volonté de s'en considérer comme propriétaire. Mais on l'appelle possesseur de mauvaise foi, parce qu'il sait que l'immeuble qu'il possède ne lui appartient pas. — Celui qui s'empare d'un meuble appartenant à au-

trui s'appelle voleur. Le voleur a-t-il la possession du meuble qu'il a volé ? Oui, car, en s'emparant de la chose, il s'est procuré la détention, le *corpus* de la chose, et, de plus, il a la ferme volonté de s'en considérer comme propriétaire. On l'appelle aussi possesseur de mauvaise foi, parce qu'il sait que le meuble qu'il possède ne lui appartient pas.—Un homme possède encore la chose d'autrui, lorsqu'une chose lui est livrée pour cause de vente, ou pour cause de donation, etc., mais par un autre que le propriétaire de la chose : il n'acquiert pas la propriété de la chose, parce que celui qui la lui livre n'en est pas propriétaire, mais il en acquiert la possession. Il possède la chose, parce que la tradition qui lui a été faite a mis le *corpus* de la chose à sa disposition, et il a, je suppose, la volonté de s'en considérer comme propriétaire. S'il sait que la personne qui lui livre la chose n'en est pas propriétaire, on l'appelle possesseur de mauvaise foi ; s'il l'ignore, on l'appelle possesseur de bonne foi.

En résumé, la possession est le fait d'avoir une chose à sa disposition avec la volonté de s'en considérer comme propriétaire. C'est cette possession que les interprètes du droit romain appellent *possessio ad interdicta*, parce qu'elle est garantie à celui qui possède par des interdits appelés : *interdicta retinendæ vel recuperandæ possessionis*, établis par le préteur.

842. Mais cette possession ne conduit pas forcément le possesseur à l'usucapion. Il ne suffit pas à un possesseur, pour arriver à usucaper la chose par lui possédée, qu'il l'ait à sa disposition et qu'il ait la volonté de s'en considérer comme propriétaire, il faut encore que sa possession réunisse certaines qualités, certaines conditions, que nous verrons plus tard. La possession, qui réunit toutes les conditions voulues pour conduire le possesseur à l'usucapion, s'appelle *possessio civilis ad usucapionem*. « La possession, qui réunit toutes les conditions requises pour l'usucapion est appelée possession civile (*possessio civilis*), parce que l'usucapion est le seul effet que le droit civil attache à la possession ; tous les autres effets sont du droit des gens ou du droit prétorien. » (M. Pellat, *Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété.*)

843. On trouve encore souvent dans les textes du droit romain l'expression *possessio naturalis*. Cette *possessio naturalis* n'est plus une véritable possession ; c'est la simple détention, c'est-à-dire le fait d'avoir une chose à sa disposition, sans avoir la volonté de s'en considérer comme propriétaire. Ainsi le locataire ne possède pas la chose louée, parce qu'il reconnaît un autre pour propriétaire : il n'a que la détention du *corpus* de la chose. En réalité, il possède

la chose pour le propriétaire ou, en d'autres termes, le propriétaire possède par l'intermédiaire du locataire. De même, le dépositaire, le commodataire (emprunteur à usage) n'ont pas la possession proprement dite de la chose déposée ou prêtée, car ils n'ont pas la volonté de s'en considérer comme propriétaires : ils n'ont que le fait matériel de la détention; ils n'ont que le *corpus* de la chose.

M. Pellat a très-nettement indiqué la différence qui existe entre la possession proprement dite et la *possessio naturalis* dans le passage suivant de son admirable ouvrage : *Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété.*

« Je possède une chose quand je l'ai à ma disposition comme mienne, que j'en sois ou non propriétaire, quand même je saurais qu'un autre est propriétaire, si je ne veux pas le reconnaître pour tel.

« Je détiens seulement cette chose, si je n'ai pas la prétention de me conduire comme propriétaire, si je reconnais un autre comme maître.

« Dans le premier cas, m'attribuant à moi-même, à tort ou à raison, la qualité de propriétaire, je possède pour moi, je possède véritablement : *mihi possideo; possideo.*

« Dans le second cas, reportant sur un autre la qualité de propriétaire, je possède pour cet autre, je ne possède pas véritablement moi-même; c'est cet autre qui possède par moi; je suis l'instrument de sa possession : *non possideo, alius per me possidet, alienæ possessioni præbeo ministerium.*

« On oppose encore la première hypothèse à la seconde, en disant que l'un possède (*possidet*) et que l'autre est en possession (*est in possessione*), ou que l'un possède (*possidet*) et que l'autre ne possède que naturellement (*naturaliter tantum possidet*).

« Ainsi le locataire ou le commodataire *non possidet, est in possessione, naturaliter possidet;* le locateur ou le commodant *possidet, per alterum possidet.*

« L'usufruitier, qui reconnaît, ainsi que le locataire et le commodataire, une autre personne comme propriétaire, et qui n'a pas lui-même de prétention à la propriété, n'a pas, par conséquent, la possession proprement dite : il ne possède que naturellement, il détient, *non possidet, est in possessione*, etc. C'est le nu-propriétaire qui possède par lui. » (M. Pellat, *Exposé des principes généraux du droit romain*, n° 7, p. 9.)

844. En résumé, il y a trois espèces de possession à distinguer, en droit romain : 1° la possession proprement dite, c'ést-à-dire la détention du *corpus* d'une chose avec la volonté de s'en considérer

comme propriétaire, et appelée par les interprètes du droit romain *possessio ad interdicta*, parce qu'elle est garantie par des interdits *retinendæ vel recuperandæ possessionis*, que le préteur accorde au possesseur; 2° la *possessio civilis ad usucapionem*, c'est-à-dire la possession proprement dite, accompagnée des conditions exigées par la loi pour conduire le possesseur à l'usucapion; elle est garantie aussi, à plus forte raison, par les interdits *retinendæ vel recuperandæ possessionis;* 3° la *possessio naturalis*, ou simple détention du *corpus* d'une chose, sans la volonté de s'en considérer comme propriétaire.

845. Toutefois il convient de remarquer que les mots *possessio naturalis* désignent aussi quelquefois, dans les textes du droit romain, la possession proprement dite, la possession *cum animo domini*, mais qui ne réunit pas les conditions voulues pour conduire à l'usucapion.

846. *Acquisition, conservation et perte de la possession proprement dite ou possession ad interdicta.* — Puisque la possession proprement dite se compose de deux éléments : 1° du fait d'avoir le *corpus* de la chose à sa disposition; 2° de l'*animus domini*, il faut en conclure que la possession s'acquiert par la réunion de ces deux éléments chez une personne. Aussi les jurisconsultes romains disent-ils que la possession s'acquiert *corpore et animo* : « *Et adipiscimur possessionem corpore et animo.* » (L. 3, § 1. D. 41, 2; Paul, *Sent.*, V, II, § 1.) J'ai déjà indiqué des cas où une personne acquiert la possession *corpore et animo.* (N° 841.)

Cependant, dans le dernier état du droit romain, il y a une personne qui, par exception, acquiert la possession *corpore tantum.* C'est le pupille *infans.* Nous avons vu que l'incapacité du pupille, tant qu'il est *infans*, est complète et absolue, parce qu'il ne comprend pas ce qu'il fait, *quia nullum habet intellectum* : il est incapable d'avoir une volonté éclairée. (N° 675.) Or, l'acquisition de la possession exige, chez celui qui l'acquiert, la volonté de posséder, l'*animus rem sibi habendi*, c'est-à-dire la volonté de se considérer comme propriétaire de la chose possédée; il suit de là que le pupille *infans* est incapable d'acquérir la possession, puisqu'il n'est pas capable d'avoir une volonté. Cependant il peut être très-utile à un pupille *infans* de pouvoir acquérir la possession d'une chose. Aussi les jurisconsultes avaient fait admettre une exception en sa faveur, et il avait été décidé que le pupille *infans* pourrait acquérir la possession *cum auctoritate tutoris*, car il n'y avait aucun autre moyen de la lui faire acquérir. « Un *infans*, dit le jurisconsulte Paul, possède efficacement, s'il commence à posséder avec l'*auctoritas* de son tuteur : c'est ce qui a été admis pour son utilité, car autrement

l'*infans* n'aurait eu aucune intelligence, *nullus sensus*, pour acquérir la possession. » (L. 32, § 2. D. 41, 2.) — Mais l'empereur Décius permit à l'*infans* d'acquérir la possession *corpore tantum*, par simple tradition, sans avoir besoin de l'*auctoritas* de son tuteur : « La libre possession des choses données, transmise à un *infans* par une personne quelconque, lui est acquise *corpore*. Bien que les auteurs diffèrent d'opinion sur ce point, cependant il vaut mieux décider que la possession sera acquise à l'*infans* par tradition, sans l'intervention de son tuteur, quoiqu'il ne soit pas complétement susceptible d'*animus*. » (Constitution de l'empereur Décius de l'an 251 : L. 3. C. 7, 32.) Quant au pupille qui n'est plus *infans*, il a toujours pu acquérir la possession, *sine auctoritate tutoris*, parce qu'il est considéré comme capable d'avoir une volonté et de rendre sa condition meilleure *sine auctoritate tutoris;* or, acquérir la possession, c'est rendre sa condition meilleure.

847. Un possesseur conserve la possession tant qu'il conserve les deux éléments constitutifs de la possession : le *corpus* et l'*animus*. Il cesse d'être possesseur, il perd la possession, dès qu'il perd l'un des deux éléments constitutifs de la possession : soit le *corpus*, ce qui a lieu quand il cesse d'avoir la chose à sa disposition, soit l'*animus domini*, ce qui a lieu lorsqu'il cesse d'avoir la volonté de se considérer comme propriétaire de la chose. (L. 3, § 6. D. 41, 2.)

848. Toutefois, il faut savoir qu'à partir d'une certaine époque, il fut admis que la possession de certains fonds, c'est-à-dire des *saltus hiberni* et des *saltus æstivi*, pourrait être conservée *animo tantum* : « *Sed nudo animo adipisci quidem possessionem non possumus, retinere tamen nudo animo possumus, sicut in saltibus hibernis æstivisque contingit.* Nous ne pouvons acquérir la possession par la seule volonté; cependant nous pouvons la retenir par la seule volonté, ce qui a lieu pour les pâturages d'hiver et les pâturages d'été. » (Paul, *Sent.*, V, II, § 1.) Quels étaient ces *saltus hiberni* et ces *saltus æstivi*? Les *saltus hiberni* étaient des pâturages sur lesquels les Romain n'envoyaient leurs troupeaux que pendant l'hiver; les *saltus æstivi* étaient des pâturages sur lesquels les Romains n'envoyaient leurs troupeaux que pendant l'été. Or il peut arriver que le possesseur d'un *saltus hibernus*, par exemple, laisse passer plus de cinq ou six mois sans envoyer ses troupeaux sur ce pâturage, c'est-à-dire sans faire acte de possession, acte de propriétaire sur ce pâturage. A-t-il pour cela perdu la possession? Non, car, bien qu'il ne fasse pas acte de possession sur le *corpus* de la chose, il a l'intention d'exercer la possession à la saison suivante; dès lors, il conserve la possession *animo tantum*. Que si un tiers s'est emparé

du pâturage, malgré cette usurpation, le possesseur conserve la possession *animo tantum*, tant qu'il ignore l'usurpation (L. 46. D. 41, 2); mais aussitôt qu'il la connaît, il doit chercher à reprendre la possession sur l'usurpateur; si celui-ci lui oppose la violence, il obtiendra contre lui, du préteur, l'interdit *unde vi* ou l'interdit *uti possidetis* pour se faire réintégrer dans la possession.

Enfin il fut admis que la possession de tous les immeubles pourrait être conservée *animo tantum* (L. 1, § 25. D. 43, 16), tandis que la possession des meubles ne put toujours se conserver que *corpore et animo*.

III. — **Des modes d'acquérir la propriété.**

Les modes d'acquérir sont des faits juridiques par lesquels une personne acquiert la propriété.

On peut diviser en plusieurs classes les modes d'acquérir la propriété d'après le droit romain :

849. *Modes d'acquérir originaires et modes d'acquérir dérivés.*—Le mode d'acquérir originaire est celui par lequel une personne acquiert une chose sans qu'une autre personne la lui aliène. L'*occupation*, par laquelle une personne s'empare d'une *res nullius*, est un mode d'acquérir originaire.—Le mode d'acquérir *dérivé* est un mode par lequel une personne acquiert une chose qu'une autre personne lui aliène : la mancipation est un mode dérivé.

Les modes dérivés se divisent en *volontaires* et *involontaires* : les premiers (*traditio*, *mancipatio*, *in jure cessio*) n'exigent, pour leur accomplissement, que des conditions qu'il dépend de nous de réaliser. Les seconds (usucapion, adjudication, loi) opèrent dans des circonstances indépendantes, jusqu'à un certain point, de notre volonté.

850. *Modes d'acquérir per universitatem et modes d'acquérir singulatim.* — Le mode d'acquérir *per universitatem* est celui par lequel une personne acquiert une masse de biens, par exemple *la succession* testamentaire; le mode d'acquérir *singulatim* ou à titre particulier est un mode par lequel une personne n'acquiert qu'un seul ou quelques objets particuliers.

On sait que l'acquéreur *per universitatem*, à la différence de l'acquéreur à titre particulier, est tenu des dettes qui grèvent les biens qu'il reçoit.

851. *Les modes d'acquérir inter vivos (comme l'usucapion) ou mortis causa (comme le legs.)*

852. *Modes d'acquérir du droit naturel ou des gens ou modes d'acquérir du droit civil :*

§ 11. « Les choses deviennent la propriété des hommes de plusieurs manières. En effet, nous acquérons la propriété des choses en vertu du droit naturel qui, comme nous l'avons dit, s'appelle droit des gens, ou en vertu du droit civil. »

Quel intérêt pratique y avait-il à distinguer les modes d'acquérir du droit naturel ou des gens et les modes d'acquérir du droit civil? Tant que la division des personnes en citoyens et pérégrins a existé, les pérégrins ne pouvaient acquérir la propriété que par les modes du droit naturel ou des gens; les modes d'acquérir du droit civil étaient réservés aux seuls citoyens qui, du reste, pouvaient aussi acquérir la propriété par les modes d'acquérir du droit naturel ou des gens : « Certaines choses, dit Gaïus, sont aliénées en vertu du droit naturel, telles sont celles qui sont aliénées par la tradition; certaines choses sont aliénées en vertu du droit civil, car le droit qui régit la mancipation, la *cessio in jure* et l'usucapion est propre aux citoyens romains. » (Gaïus, II, § 65.)

853. Dans l'ancien droit, il y a sept modes d'acquisition : *deux* du droit des gens : l'*occupation* et la *tradition;* et *cinq* du droit civil; la *mancipatio*, l'*in jure cessio*, l'*usucapion*, l'*adjudication*, la *loi*. Tous ces modes sont des modes d'acquérir à titre particulier. — L'occupation est un mode originaire, les six autres sont dérivés.

Remarque I. — Ces sept modes d'acquisition se réduisent à *cinq* sous Justinien, qui supprime la *mancipatio* et l'*in jure cessio*. — Le tableau des modes d'acquérir est dès lors modifié de la façon suivante :

Modes d'acquérir sous Justinien	d'après le droit des gens.	Occupation	:	Mode originaire.
		Tradition.		
	d'après le droit civil.	Usucapio.		Modes dérivés.
		Adjudicatio.		
		Lex.		

Remarque II. — La *donation*, que Justinien présente à tort, comme un mode d'acquérir, et l'*accession*, qui n'est, dans la majorité des cas, qu'une extension du droit de propriété, seront étudiées, *en appendices*, après les *sept* modes véritables d'acquérir la propriété.

854. 1° *Des modes d'acquérir d'après le droit naturel ou des gens.*

A. Occupation. — L'occupation est la prise de possession d'une chose qui n'appartient à personne. Aussitôt qu'une personne a pris

possession d'une chose *nullius*, elle en est propriétaire par occupation : l'acquisition de la possession et l'acquisition de la propriété sont concomitantes.

Il n'y a que les choses qui n'appartiennent à personne qui puissent être acquises par l'occupation, c'est-à-dire : 1° les choses qui n'ont jamais appartenu à personne, comme le gibier, les poissons; 2° les *res derelictæ*, c'est-à-dire les choses abandonnées par leur propriétaire.

Les textes suivants des *Institutes* indiquent divers cas d'acquisition par occupation :

§ 12. « Les animaux sauvages, les oiseaux, les poissons, c'est-à-dire tous les animaux qui naissent dans la mer, dans l'air ou sur la terre, aussitôt qu'ils sont pris, deviennent, d'après le droit des gens, la propriété de celui qui les a pris : car, d'après le droit naturel, ce qui n'appartient à personne devient la propriété du premier occupant. Il importe peu qu'on ait pris les animaux ou les oiseaux sur son fonds ou sur le fonds d'autrui. Du reste, celui qui veut entrer sur le fonds d'autrui pour y chasser ou y tendre ses filets peut en être empêché par le propriétaire. Tout animal que vous avez pris vous appartient, tant qu'il reste en votre pouvoir; mais s'il s'échappe et reprend sa liberté naturelle, il cesse de vous appartenir et pourra devenir la propriété du premier occupant. L'animal est censé avoir repris sa liberté naturelle, quand il est hors de notre vue ou lorsque sa poursuite est difficile, bien que vous puissiez l'apercevoir. »

Si un chasseur entre sur le fonds d'autrui, malgré la défense du propriétaire, il devient propriétaire du gibier pris par lui, mais il pourra être poursuivi par une action d'injure. (L. 13, § 7. D. 47, 10.)

§ 13. « On s'est demandé si l'animal que vous avez blessé, de manière à ce qu'il puisse être pris, vous appartient aussitôt. Certains jurisconsultes décidaient qu'il vous appartenait immédiatement, tant que vous le poursuiviez, mais que vous cessiez d'en être propriétaire dès que vous cessiez de le poursuivre, et qu'il appartiendrait au premier occupant. D'autres pensaient que l'animal ne vous appartenait que si vous l'aviez pris. Nous confirmons ce dernier avis, parce qu'il peut arriver bien des événements qui vous empêchent de le saisir.»

§ 14. « Les abeilles sont également sauvages de leur nature. Donc celles qui s'abattent sur votre arbre ne sont pas plus à vous, tant que vous ne les avez pas enfermées dans une ruche, que les oiseaux qui ont fait leur nid sur votre arbre. Si un autre les prend et les enferme dans une ruche, elles lui appartiennent. Chacun peut prendre aussi les rayons du miel qu'elles ont fait. Mais si quelqu'un veut entrer sur votre fonds pour les prendre, vous pouvez l'en empêcher. L'essaim qui s'enfuit de votre ruche continue à vous appartenir tant que vous pouvez l'apercevoir et que la poursuite n'en est pas difficile, sinon il appartiendra au premier occupant.

§ 15. « Les paons et les pigeons sont également sauvages de leur nature. Il importe peu qu'ils aient l'habitude d'aller et de venir, car les abeilles font de même, et cependant il est certain que leur nature est sauvage; de même, les cerfs apprivoisés qui ont l'habitude d'aller et de revenir sont également sauvages. Quant à tous ces animaux qui ont l'habitude d'aller et de revenir, la règle est qu'ils continuent à vous appartenir tant qu'ils ont l'esprit de retour; s'ils cessent d'avoir l'esprit de retour, ils appartiendront au premier occupant. Ils

sont considérés comme n'ayant plus l'esprit de retour, lorsqu'ils ont perdu l'habitude de revenir.»

§ 16. « Les poules et les oies ne sont pas sauvages de leur nature; la preuve, c'est qu'il y a des poules et des oies que nous appelons sauvages. En conséquence, si vos poules ou vos oies, effrayées par quelque événement, s'envolent, quoiqu'elles soient hors de votre vue, en quelque lieu qu'elles se trouvent, elles continuent à vous appartenir; celui qui les retiendrait pour se les approprier commettrait un vol. »

855. *Des choses prises sur l'ennemi.*

§ 17. « De même, les choses que nous prenons sur l'ennemi nous appartiennent immédiatement, d'après le droit des gens, si bien que les hommes libres eux-mêmes pris par nous deviennent nos esclaves. Mais s'ils s'enfuient et retournent dans leur patrie, ils recouvrent leur premier état. »

A qui appartiennent les choses prises sur l'ennemi? Il faut distinguer si les choses prises sur l'ennemi ont été l'objet d'une occupation *individuelle* ou, au contraire, l'objet d'une occupation *collective*. — Si des meubles ou des captifs ont été pris par un soldat romain individuellement, ils lui appartiennent par occupation. (Gaïus, II, § 69.) — Quant au butin pris en commun par l'armée romaine collectivement, il appartient à l'État. De même, les ennemis qui se sont rendus en masse à une armée romaine appartiennent à l'État et deviennent esclaves publics, *servi publici*. Quant aux immeubles, comme ils ne peuvent pas être l'objet d'une occupation individuelle, ils appartiennent à l'État et entrent dans l'*ager publicus*. (L. 20, § 1. D. 49, 15.)

856. *De la venditio sub corona et de la sectio bonorum*. — Pendant longtemps, les captifs pris en masse et devenus esclaves publics étaient vendus aux enchères par le magistrat. Cette vente était appelée *venditio sub corona*. Quelle est l'origine de ce mot *venditio sub corona?* « D'après une ancienne coutume, dit Aulu-Gelle, lorsqu'on mettait en vente les esclaves pris à la guerre, on leur mettait une couronne sur la tête; de là on disait qu'ils étaient vendus sous la couronne, *dicebantur sub corona venire*. » (Aulu-Gelle, VII, 4.) — On appelait *sectio bonorum* la vente faite aux enchères publiques, par le magistrat, de biens conquis sur l'ennemi et attribués au peuple.

857. *Des agri limitati et des agri occupatorii ou arcifinales*. — La conquête et la confiscation des terres sur l'ennemi a donné lieu à une distinction entre certains fonds de terre, distinction que nous connaissons par les écrits des *scriptores rei agrariæ*. — Les terres conquises sur l'ennemi appartenaient au peuple romain, à l'État. Sous l'Empire, une partie de ces terres était assignée à des particuliers, le plus souvent à des colons ou à des vétérans que les em-

pereurs établissaient sur ces terres. Les fonds ainsi attribués s'appelaient *agri divisi* ou *adsignati;* une autre partie était vendue aux enchères et des particuliers s'en rendaient adjudicataires. Ces fonds ainsi vendus aux enchères s'appelaient *agri quæstorii*. Les *agri adsignati* ou *divisi* étaient distribués, et les *agri quæstorii* étaient vendus par mesure fixe, mesure devant toujours rester invariable. Telle mesure, telle étendue de terre a été assignée à un colon ou à un vétéran ; telle mesure, tel étendue a été vendue aux enchères à un particulier ; cette étendue, cette mesure ne pourra jamais à l'avenir être augmentée dans aucun cas et sous aucun prétexte. Les limites de cette mesure étaient indiquées sur un plan par des lignes, afin que ces limites fussent constatées et toujours reconnaissables. En conséquence, les fonds ainsi assignés à des colons ou à des vétérans, *agri divisi* ou *adsignati*, et les fonds vendus aux enchères à des particuliers, *agri quæstorii*, prirent le nom général de *agri limitati*. — Aux *agri limitati* on opposait les *agri occupatorii* ou *arcifinales*. Cette division des fonds de terre en trois espèces : *agri divisi* ou *adsignati*, *agri quæstorii* et *agri arcifinales* ou *occupatorii*, est indiquée par Frontin : « *Agrorum qualitates sunt tres : una divisi et adsignati; altera, agri mensura per extremitates comprehensi; tertia, arcifini, quia nulla mensura continentur.* » (Frontin, *De agrorum qualitatibus*, édition de Goes, p. 38.)

Nous savons ce qu'étaient les *agri adsignati* ou *divisi* et les *agri quæstorii*, qualifiés du nom général de *agri limitati*. Mais que faut-il entendre par *agri arcifinales* ou *occupatorii*? C'étaient des fonds dont s'étaient emparés, à l'origine, les premiers occupants. La propriété sur ces fonds avait pour cause l'occupation. Dans les temps primitifs, les hommes s'emparaient des terres suivant leurs besoins : celui qui, par son énergie, pouvait en cultiver plus que les autres, s'emparait d'une plus grande part et en laissait d'autant moins à prendre. Siculus Flaccus dit que les *agri arcifinales* furent ainsi appelés parce que chacun s'en appropriait tout autant qu'il pouvait ou qu'il espérait de pouvoir en cultiver et éloignait ainsi ceux qui étaient ses voisins : « *Deinde terræ nec tantum occupaverunt, quod colere potuissent, sed quantum in spe colendi reservavere. Hi ergo agri occupatorii dicuntur : arcendo enim vicinos, hanc adpellationem finxit quisque... ut quisque virtute colendi occupavit, arcendo vicinum, arcifinalem dixit.* » (Siculus Flaccus, p. 3.) On peut dire aussi que le mot *arcifinales* vient de *arcere fines*, étendre les limites.

Quelquefois les Romains abandonnaient une partie des terres conquises au peuple vaincu, en bloc, sans les partager, en sorte que ces terres n'appartenaient pas aux particuliers, mais au peuple.

Frontin appelle *ager mensura comprehensus* cette portion de terres conquises abandonnée par les Romains au peuple vaincu : *Ager est mensura comprehensus, cujus modus universus civitati est adsignatus, sicut in Lituania Sarmaticensibus aut in Hispania citeriore Palentinis, quibus tributarium solum per universitatem populis est definitum.* » (Frontin, *De agrorum qualitatibus*, p. 38, édition de Goes.)

Enfin on appelait *subcesivum* la portion des terres conquises que le peuple romain se réservait et qui entrait dans l'*ager publicus*.

Nous verrons plus loin que les *agri limitati*, c'est-à-dire les *agri adsignati* et les *agri quæstorii*, n'étaient pas susceptibles d'alluvion, précisément parce que leur étendue avait été fixée invariablement lors de l'assignation ou de la vente faite par l'État. Au contraire, les *agri arcifinales* et les fonds abandonnés par les Romains au peuple vaincu restaient susceptibles d'alluvion.

§ 18. « Les pierres précieuses, les perles et autres choses qu'on trouve sur le rivage appartiennent à l'inventeur d'après le droit naturel. »

§ 22. « L'île née dans la mer, ce qui est rare, appartient au premier occupant. »

§ 47. « Celui qui s'empare d'une chose abandonnée par son propriétaire en devient propriétaire de suite par occupation. On considère comme abandonné ce que le propriétaire rejette avec l'intention de ne plus l'avoir dans ses biens; en conséquence, il cesse aussitôt d'en être propriétaire. »

§ 48. « Les choses jetées à la mer pendant une tempête, pour alléger le navire, continuent à appartenir à leurs propriétaires, parce qu'ils ne les ont pas jetées pour les abandonner, mais pour échapper au danger avec le navire. Celui qui recueillera ces choses rejetées par les flots sur le rivage, ou qui les recueillera dans la mer avec l'intention de se les approprier, commettra un vol. Ce cas ressemble à celui où des objets tombent d'un char sans que le propriétaire s'en aperçoive. »

858. *B.* De la tradition. — La tradition est la remise, la transmission volontaire, de la possession d'une chose faite par une personne à une autre. Livrer une chose, faire la tradition d'une chose, c'est mettre cette chose à la disposition et en la possession d'une personne.

Outre la possession, la tradition fait acquérir quelquefois la propriété de la chose livrée à celui auquel elle est livrée. La tradition est alors un mode d'acquérir la propriété.

Celui qui reçoit une chose par tradition acquiert tantôt et la possession et la propriété de la chose à lui livrée, tantôt la possession seulement, tantôt la simple détention ou *possessio naturalis*.

859. I. Pour que la tradition fasse acquérir et la possession et la propriété de la chose livrée à celui auquel elle est livrée, il faut trois conditions. Il faut : 1° que celui qui fait la tradition soit propriétaire de la chose qu'il livre; 2° qu'il soit capable de l'aliéner,

c'est-à-dire qu'il ne soit ni impubère, ni insensé, ni prodigue interdit; 3° que la tradition soit faite en vertu d'une juste cause, *ex justa causa*. Ici le mot *justa* désigne une cause non réprouvée par le droit civil, une cause conforme au droit civil. Ainsi la tradition ne transfère la propriété que s'il y a une juste cause, en vertu de laquelle la tradition est faite.

860. La juste cause est une opération de droit, un fait juridique, qui indique chez celui qui livre une chose la volonté de l'aliéner et, chez celui qui la reçoit, la volonté de l'acquérir. Les justes causes sont, par exemple, une vente, une donation, autre que la donation entre époux, qui est réprouvée, défendue, par le droit civil. Ainsi je vous vends ma chose : la vente que je vous fais est une juste cause; et la tradition que je vous ferai ensuite, en vertu de cette juste cause appelée vente, vous transférera la propriété.

J'ai dit que, pour que la tradition transfère la propriété, il faut que celui qui livre soit propriétaire : cependant il est possible que la tradition d'une chose faite par un autre que son propriétaire en transfère la propriété; mais pour cela il faut que cet autre ait reçu pouvoir d'aliéner la chose du propriétaire capable. Ainsi celui qui a reçu pouvoir d'aliéner du propriétaire, capable lui-même d'aliéner, peut aliéner la chose par tradition.

861. II. La tradition fait acquérir seulement la possession de la chose, à celui auquel elle est livrée, dans les divers cas suivants :

1° Lorsque la cause en vertu de laquelle la tradition est faite indique, chez celui qui livre, l'intention de transférer et chez celui qui reçoit la chose, l'intention d'acquérir la *possession seulement*. Par exemple, lorsqu'une chose est livrée pour cause de gage, c'est-à-dire lorsqu'un débiteur livre à son créancier un objet en gage pour sûreté de sa dette : ici, il n'y a que la possession *ad interdicta* qui soit transférée au créancier gagiste, parce que telle est la volonté des parties.

2° Lorsque celui qui livre une chose, même en vertu d'une juste cause, n'en est pas propriétaire. Exemple : Primus *vend* et *livre* à Secundus une chose dont il n'est pas propriétaire; il est évident que Secundus auquel la chose est livrée n'en devient pas propriétaire de suite, parce que Primus n'a pas pu, par cette tradition, lui transférer sur la chose un droit de propriété qu'il n'avait pas lui-même. Mais ici Secundus acquiert la possession *ad usucapionem*, c'est-à-dire que Secundus pourra acquérir la chose par usucapion, après une année de possession, si c'est un meuble, après deux années de possession, si c'est un immeuble, pourvu qu'il ait été de bonne foi, c'est-à-dire pourvu qu'il ait cru, au moment où il a reçu

la chose, que Primus qui la lui livrait en était propriétaire, et pourvu que la chose livrée ne soit pas une chose volée, car les choses volées ne sont pas susceptibles d'usucapion.

3° Lorsque la tradition d'une chose est faite par le propriétaire incapable d'aliéner. Ainsi un pupille livre une chose, *sine auctoritate tutoris*, même en vertu d'une juste cause; celui auquel elle est livrée n'en devient que possesseur.

4° A l'époque des jurisconsultes classiques, celui auquel une *res mancipi* est *vendue* et *livrée* ne l'a d'abord qu'*in bonis*, en sa possession. (N° 1108.)

862. III. La tradition ne fait acquérir que la détention ou *possessio naturalis* d'une chose à celui auquel elle est livrée, lorsque telle est la volonté des parties, par exemple, lorsqu'elle est faite pour cause de louage, de dépôt, de commodat (prêt à usage). Dans ces divers cas, la tradition ne transfère ni la propriété ni la possession proprement dite, mais la simple *possessio naturalis*, parce que le louage, le dépôt, le commodat ne sont pas de justes causes, c'est-à-dire des faits juridiques indiquant chez celui qui livre l'intention d'aliéner, et chez celui qui reçoit l'intention d'acquérir. Au contraire, ce sont des faits juridiques qui indiquent chez celui qui livre l'intention de rester propriétaire et même possesseur, chez celui qui reçoit la volonté de posséder pour autrui et non pour son propre compte.

863. Mais lorsque la tradition d'une chose est faite par le propriétaire, capable d'aliéner, et en vertu d'une juste cause, (par exemple, pour cause de vente, de donation, de payement ou de tout autre fait juridique, indiquant chez celui qui livre la volonté d'aliéner et chez celui qui reçoit la volonté d'acquérir), la possession est transférée et avec elle la propriété. C'est alors que la tradition est un mode d'acquérir la propriété : « *Per traditionem quoque juris naturali res nobis adquiruntur.* » (§ 40 de n. t.)

864. A l'époque classique, il n'y avait que les *res nec mancipi* qui fussent susceptibles d'être aliénées et acquises par tradition en vertu d'une juste cause. Le propriétaire d'une *res mancipi* qui employait la tradition pour l'aliéner n'en transférait pas la propriété ; il conservait sur la chose le *nudum jus Quiritium*. Celui qui avait reçu cette chose *mancipi* par tradition, même en vertu d'une juste cause, n'en devenait point propriétaire ; il n'avait d'abord la chose qu'*in bonis*, en sa possession ; mais il pouvait devenir propriétaire par l'usucapion, c'est-à-dire, par la possession de la chose *mancipi*, pendant un an si c'était un meuble, pendant deux ans si c'était un immeuble. (N^os^ 885 et suiv.) A l'époque de Justi-

nien, la division des choses en *res mancipi* et en *res nec mancipi* ayant disparu, la tradition, faite en vertu d'une juste cause, est un mode général d'acquérir toute espèce de choses.

865. De même, à l'époque classique, les fonds stipendiaires et tributaires des provinces n'étaient pas susceptibles de propriété privée, puisqu'ils étaient considérés comme appartenant au peuple ou à l'empereur. La tradition, pas plus que tout autre mode d'acquérir, ne pouvait donc faire acquérir sur ces fonds la propriété quiritaire. Mais Justinien, ayant consacré l'assimilation, déjà commencée avant lui, des fonds provinciaux aux fonds italiques, les fonds des provinces devinrent susceptibles de propriété et la propriété put en être acquise par tradition et par les autres modes d'acquérir en usage à l'époque de Justinien :

§ 40. « D'après le droit naturel, les choses nous sont acquises par la tradition ; car il n'y a rien d'aussi conforme à l'équité naturelle que la volonté du propriétaire, voulant transférer sa chose à un autre, soit ratifiée. Aussi toute chose corporelle peut être livrée, et si elle est livrée par son propriétaire, elle est aliénée. Les fonds stipendiaires et tributaires peuvent être aliénés de cette manière. On appelle fonds stipendiaires et tributaires les fonds situés dans les provinces. Mais il n'existe plus entre ces fonds et les fonds de l'Italie aucune différence d'après notre constitution. Si ces fonds sont livrés pour cause de donation, de dot ou pour toute autre juste cause, il n'est pas douteux que la propriété en soit transférée. »

866. La tradition faite avec l'intention d'aliéner peut être faite sous condition. Lorsqu'une personne aura fait tradition d'une chose avec l'intention de l'aliéner, mais sous condition, l'effet de la condition sera d'empêcher, de suspendre, la translation de propriété, jusqu'à l'arrivée de la condition. Exemple : Une femme donne en dot, avant son mariage, des biens à son futur mari ; si la femme lui donne ces biens avec l'intention qu'ils lui appartiennent aussitôt, la propriété lui en sera acquise immédiatement ; mais si elle les lui donne à condition que les biens lui appartiendront lorsqu'elle se mariera, nous dirons sans hésiter, dit Ulpien, que la propriété ne sera transférée qu'au moment où le mariage aura lieu. (L. 7, § 3. D. 23, 3.)

Il est facile de comprendre que, quand la tradition est faite sous condition, la propriété ne sera acquise à l'*accipiens* qu'à l'arrivée de la condition. En effet, la tradition qui est faite dans le but d'aliéner se compose de deux éléments : 1° de la remise de la possession qui a lieu par la livraison du *corpus* de la chose ; 2° de l'intention d'aliéner chez le *tradens*. Or, on comprend que le *tradens* ait le droit de subordonner sa volonté d'aliéner à l'arrivée de tel événement ; et lorsqu'il aura dit, en faisant tradition de sa

chose, qu'il entend que la propriété n'en soit transférée à l'*accipiens* que si tel événement arrive, rien ne s'oppose à ce que sa volonté soit suivie et consacrée par la loi.

Le § 41 de notre titre nous offre un exemple d'une tradition faite pour cause de vente sous une condition tacite, c'est-à-dire non exprimée formellement par les parties :

§ 41. « Les choses vendues et livrées ne sont acquises à l'acheteur qu'autant qu'il a payé le prix au vendeur ou l'a satisfait d'une autre manière, par exemple en lui fournissant un expromisseur ou un gage. Cette règle a été posée par la loi des Douze Tables. Cependant on peut dire avec raison qu'il en est ainsi d'après le droit des gens ou droit naturel. Mais si le vendeur a suivi la foi de l'acheteur, il faut dire que la chose livrée est acquise immédiatement à l'acheteur. »

867. La vente est une juste cause qui révèle chez le vendeur l'intention d'aliéner et chez l'acheteur l'intention d'acquérir. Mais la vente ne transfère pas par elle-même la propriété. La vente n'est pas un mode d'aliéner et d'acquérir. C'est un contrat, qui crée des obligations. La vente est un contrat par lequel une personne appelée vendeur s'*oblige* à procurer la possession paisible et durable d'une chose à une autre personne appelée acheteur, qui s'*oblige* à en payer le prix convenu. Toutefois, lorsque le vendeur sera propriétaire de la chose vendue et livrée, la propriété pourra être acquise à l'acheteur : à quel moment ? D'après le § 41, il faut distinguer : 1° si le vendeur a suivi la foi de l'acheteur, c'est-à-dire lui a accordé un terme pour le payement du prix, l'acheteur devient propriétaire au moment où la tradition de la chose vendue lui est faite par le vendeur (§ 41, *in fine*. L. 11, § 2. D. 19, 1) ; 2° si le vendeur n'a pas suivi la foi de l'acheteur, n'a pas eu confiance en lui, c'est-à-dire ne lui a pas accordé de terme pour le payement du prix, l'acheteur ne devient pas propriétaire de la chose vendue par la tradition que lui en fait le vendeur : ici la tradition ne suffit pas pour faire acquérir la propriété à l'acheteur ; il faut, en outre, que l'acheteur ait payé le prix ou satisfait le vendeur d'une autre manière, par exemple, en lui fournissant un gage ou un *expromissor*. L'*expromissor* est un tiers qui promet au vendeur de payer le prix à la place de l'acheteur, qui se trouve libéré, pourvu que le vendeur ait accepté l'*expromissor* pour débiteur. (§ 41.)

Pourquoi l'acheteur, lorsque le vendeur ne lui a pas accordé de terme pour le payement du prix, ne devient-il pas propriétaire par la tradition seule, mais seulement par la tradition et le payement du prix ou autre satisfaction par lui fournie au vendeur ? C'est que le vendeur, en n'accordant pas de terme à l'acheteur pour le

payement du prix, indique par là qu'il n'a pas confiance dans la solvabilité de l'acheteur, et qu'il n'entend lui transférer la propriété que si l'acheteur lui paye le prix. En n'accordant pas de terme à l'acheteur, le vendeur indique donc la volonté de ne transférer la propriété que sous la condition que le prix lui sera payé ou qu'une autre garantie lui sera fournie. Or la tradition faite sous condition ne transfère la propriété qu'à l'arrivée de la condition. Voilà pourquoi l'acheteur, qui n'a pas reçu de terme pour le payement du prix ne devient propriétaire qu'au moment où il paye ce prix.

Lorsque l'acheteur n'est pas devenu propriétaire par la tradition qui lui a été faite, parce que, n'ayant pas reçu de terme pour le payement du prix, il n'a pas payé ce prix, ni satisfait autrement le vendeur, il acquiert la possession proprement dite, la possession *ad interdicta*. Mais le vendeur est resté propriétaire et peut revendiquer sa chose même contre l'acheteur.

868. Pour qu'une chose puisse être aliénée et acquise par tradition, est-il nécessaire qu'elle soit *livrée* par son propriétaire lui-même ? Non. Le propriétaire peut charger un tiers, un mandataire, d'aliéner sa chose par tradition. C'est ce que dit le § 42 :

§ 42. « Il importe peu que ce soit le propriétaire ou un autre, par sa volonté, qui fasse la tradition. »

Ainsi le mandataire spécial, c'est-à-dire le mandataire que le propriétaire a spécialement chargé d'aliéner sa chose, l'aliène valablement en en faisant tradition à un tiers en vertu d'une juste cause.

Mais un mandataire *général*, auquel un propriétaire aurait confié l'administration de tous ses biens, pourrait-il en aliéner quelques-uns par tradition en vertu d'une juste cause ? Il faut distinguer : 1° s'il s'agit d'un mandataire général auquel le propriétaire a confié la *libera administratio universorum bonorum* ; 2° s'il s'agit d'un mandataire général auquel le propriétaire a confié la simple administration de tous ses biens.

Le mandataire, auquel le propriétaire a confié la *libre* administration de tous ses biens, a le pouvoir de faire des aliénations à titre onéreux, car, en lui donnant la libre administration de ses biens, le propriétaire lui a dit tacitement : Dans la *libre* administration des biens que je vous confie, vous vous comporterez comme je me comporterais moi-même ; s'il se présente une occasion d'aliéner un de mes biens avantageusement, vous pourrez l'aliéner :

§ 43. « Si celui auquel un propriétaire a confié la *libre* administration de ses biens vend et livre un de ces biens, il en transfère la propriété. »

Quant au mandataire général auquel un propriétaire n'a confié que la simple administration de ses biens, il n'a le pouvoir d'aliéner aucun de ces biens, même à titre onéreux. Il ne peut faire que les aliénations qui sont considérées comme actes d'administration et qui consistent, par exemple, dans la vente des fruits ou des objets susceptibles de se détériorer. C'est ce que dit le jurisconsulte Modestin : « Le mandataire auquel a été confiée l'administration de tous les biens ne peut aliéner ni les meubles ni les immeubles (pas plus qu'un esclave ne peut aliéner sans un mandat spécial de son maître), excepté les fruits et autres choses qui peuvent facilement se détériorer. » (L. 63. D. 3, 3.)

§ 44. « Quelquefois, même sans tradition, la seule volonté du propriétaire suffit pour aliéner ; par exemple, si la chose, qu'il t'a prêtée, louée ou qu'il a déposée chez toi, il te la vend ou te la donne. Bien qu'il ne te l'ait pas livrée pour cause de vente ou de donation, cependant, s'il consent à ce qu'elle t'appartienne, la propriété t'en est acquise aussitôt, comme si la tradition t'avait été faite à ce titre. »

869. Voici l'hypothèse prévue par ce texte : Primus livre une chose à Secundus à titre de prêt, de louage, de dépôt. Pendant que la chose est entre les mains de Secundus, Primus la lui vend ou la lui donne, et le texte décide que Secundus est propriétaire de suite *sans tradition*, c'est-à-dire sans qu'une tradition nouvelle soit faite en vertu de cette vente ou de cette donation. Cette décision se comprend très-bien. En effet, nous savons que la tradition faite par le propriétaire en vertu d'une juste cause transfère la propriété. Ordinairement, la juste cause, vente, donation, etc., précède la tradition. Au contraire, dans l'hypothèse prévue par le § 44, la tradition se trouve avoir été faite pour cause de louage, de prêt, de dépôt, avant que la juste cause, vente ou donation, se soit produite. Mais de ce que la tradition a été d'abord faite, non en vertu d'une juste cause, mais pour cause de louage, de prêt ou de dépôt, il ne s'ensuit pas qu'il faille une tradition nouvelle lorsque la juste cause se sera produite ; car, une fois que Primus a vendu ou donné sa chose à Secundus, toutes les conditions voulues pour que Secundus soit propriétaire sont remplies. En effet, Secundus avait la chose en sa *possessio naturalis* par suite du louage, du dépôt ou du prêt, et maintenant il l'a en vertu d'une juste cause : la vente ou la donation. — Les anciens commentateurs du droit romain disaient que, quand un propriétaire avait prêté, loué ou déposé sa

chose, s'il la vendait ou la donnait ensuite au commodataire, locataire ou dépositaire, celui-ci devenait propriétaire en vertu d'une tradition feinte ou tradition de brève main, *traditio brevi manu*, c'est-à-dire qu'au moment de la vente ou de la donation le commodataire, locataire ou dépositaire était censé rendre la chose au propriétaire, qui était lui-même censé la lui *relivrer* après la vente ou la donation. Mais nous venons de voir que, dans ces divers cas, on n'a pas besoin de recourir à cette idée de tradition de brève main pour comprendre que la propriété soit acquise au commodataire, locataire ou dépositaire.

870. Il y a un autre cas où la propriété est acquise sans qu'il y ait tradition matérielle. Primus vend son fonds à Secundus mais ne le lui livre pas, voulant le conserver, à titre de fermier, par exemple ; seulement il déclare qu'à l'avenir il possédera le fonds pour Secundus. Ici il n'y a pas une tradition matérielle ; c'est-à-dire Primus n'a pas remis à Secundus la possession du fonds par une tradition réelle ; mais il y a eu de sa part une tradition intentionnelle, faite verbalement, puisque Primus a déclaré se constituer possesseur pour Secundus. Aussi Secundus est devenu propriétaire, car Primus possède pour lui et a manifesté, par la vente qu'il lui a faite, la volonté de lui transférer la propriété. — La convention, par laquelle Primus s'est constitué, au moment de la vente, possesseur du fonds qu'il lui a vendu, s'appelle *constitut* possessoire. « Ce que je possède en mon nom, je puis le posséder au nom d'autrui. Alors je cesse de posséder pour moi et je fais un autre possesseur par mon ministère : posséder pour soi n'est pas la même chose que posséder pour autrui, car celui-là possède, au nom duquel une chose est possédée par un autre. » (L. 18 pr. D. 41, 2.) — Les anciens commentateurs disaient encore que, quand un propriétaire vendait sa chose, mais en la gardant, en s'en constituant possesseur pour l'acheteur, par exemple à titre de fermier, l'acheteur devenait propriétaire par une tradition feinte ou de brève main, c'est-à-dire que le propriétaire était censé *livrer* la chose à l'acheteur, qui était censé la lui *relivrer*. Mais nous venons de voir que, dans ce cas, il n'est pas nécessaire de recourir à cette idée de tradition de brève main pour que la propriété soit transférée. — Le § 45 cite encore un cas où la propriété serait transférée sans tradition ; mais nous verrons que, dans ce cas encore, la propriété est transférée par une tradition véritable :

§ 45. « Si quelqu'un a vendu des marchandises déposées dans un magasin dès qu'il livre à l'acheteur les clefs du magasin, il lui transfère la propriété des marchandises. »

871. Les anciens commentateurs du droit romain disaient : Il n'y a pas ici une tradition véritable, il n'y a qu'une tradition symbolique : les clefs sont le symbole des marchandises; en livrant les clefs, le vendeur livre le symbole des marchandises. Mais, pour comprendre que la propriété des marchandises est acquise à l'acheteur, dès que les clefs du magasin où elles se trouvent lui sont remises, il n'est pas nécessaire de recourir à cette idée de tradition symbolique. Il y a ici, en réalité, une tradition véritable. En effet, qu'est-ce que la tradition? C'est la remise de la possession d'une chose faite par une personne à une autre; livrer une chose, c'est la mettre à la disposition et en la possession d'une autre personne. Or, par cela seul que le vendeur des marchandises remet à l'acheteur les clefs du magasin où elles sont enfermées, il met les marchandises à la disposition et en la possession de l'acheteur. Il y a là une tradition véritable et non une prétendue tradition symbolique. — Néanmoins, pour qu'il y ait tradition véritable, il faut que les clefs soient livrées près du magasin où se trouvent les marchandises. (L. 74. D. 18, 1.)

§ 46. « Quelquefois, la volonté du propriétaire, bien qu'elle porte sur une personne incertaine, transfère la propriété; par exemple, les préteurs et les consuls qui jettent au peuple des pièces de monnaie ignorent ce que chacune des personnes qui composent la foule en saisira; et cependant, puisqu'ils veulent que chacune devienne propriétaire de ce qu'elle aura saisi, ils la rendent immédiatement propriétaire. »

872. Au contraire, il n'y a pas tradition, dans le cas où j'abandonne une chose, dans l'intention de ne point la reprendre. Cette chose devient une *res nullius* qui appartiendra au premier occupant. (V. plus haut : *Occupation*.)

On ne doit pas d'ailleurs considérer comme abandonnées les marchandises que, dans un désastre maritime, on jette par-dessus bord, pour alléger le navire, ou bien les objets que l'on perd sans le vouloir. Celui qui s'en emparerait commettrait un *furtum*.

873. *Erreur dans la tradition*. — 1° La chose que je vous livre n'est pas celle que je crois vous livrer, ou que vous croyez recevoir? Il n'y a rien de fait. — 2° Le *tradens* livre une chose qu'il croit appartenir à une autre personne, son mandant par exemple. tandis qu'elle lui appartient à lui-même? Il n'y aura pas transport de propriété, car *nemo errans rem suam amittit*. — 3° Je vous livre une chose avec l'intention de vous la prêter, et vous la recevez croyant que je veux vous la donner? Il n'y aura pas transport de propriété. — Mais *quid*, si je vous avais donné une chose à titre de *mutuum*, — lequel entraîne l'aliénation, — et que vous ayez cru

la recevoir à titre de donation ? La question est plus délicate ; mais Ulpien décide, conformément à l'équité, qu'il n'y a pas transport de propriété.

874. 2° *Des modes d'acquérir la propriété d'après le droit civil.* — Les modes d'acquérir la propriété, d'après le droit civil, sont : la *mancipatio*, la *cessio in jure*, l'*adjudicatio*, l'*usucapio* et la *lex*.

Tous ces modes d'acquérir du droit civil sont des modes d'acquérir à titre particulier, *singulas res*. (Ulp., *Reg.*, XIX, § 2.)

875. *A.* MANCIPATION. — La mancipation est une aliénation solennelle faite, au moyen de paroles sacramentelles, en présence de cinq citoyens romains et d'un sixième citoyen romain, tenant une balance, et appelé *libripens*, porte-balance, peseur. Celui qui veut acquérir la chose, mettant la main sur elle, dit, si c'est un esclave : « *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio, isque mihi emptus est hoc ære æneaque libra.* Je dis que cet homme est à moi, d'après le droit des Quirites, et qu'il a été acheté par moi avec cet airain et cette balance d'airain. » Ensuite il frappe la balance avec ce morceau d'airain et le donne, comme prix, à celui qui lui mancipe la chose. » (Gaïus, I, § 119.)

Peuvent être mancipées de cette manière même les personnes libres, par exemple, les femmes, pour les faire passer *in manu*, et les fils de famille, pour les libérer de la puissance paternelle. De même sont susceptibles de mancipation les *res mancipi*, meubles ou immeubles, c'est-à-dire les fonds ruraux et urbains situés en Italie, les servitudes rurales, les esclaves et les bêtes de somme ou de trait. Toutefois la mancipation des immeubles diffère de la mancipation des autres choses en ce que les esclaves et les personnes libres, ainsi que les animaux qui sont *res mancipi*, ne peuvent être mancipés qu'autant qu'ils sont présents, pour que celui qui les acquiert par mancipation puisse les saisir. C'est même de là que vient le nom de *mancipatio*, parce que la chose est prise avec la main, *manu capitur*. Les immeubles, au contraire, peuvent être mancipés, même de loin. (Gaïus, C. I, §§ 120, 121.)

« Dans la mancipation, dit Gaïus, on emploie de l'airain et une balance, parce qu'autrefois on ne se servait que de monnaie d'airain ; aucune monnaie d'or ou d'argent n'était en usage, comme nous pouvons le voir par la loi des Douze Tables. La valeur de ces pièces de monnaie d'airain était déterminée, non par leur nombre, mais par leur poids. Ainsi il y avait des as d'une livre, de deux livres, etc. De là le nom de *dipundius*, d'*uno pundo*. A cette époque, celui qui donnait des pièces de monnaie ne les

comptait pas, il les pesait. » (Gaïus, I, § 122.) — Plus tard, les pièces de monnaie reçurent une empreinte, signe de leur valeur. Dès lors, elles furent acceptées sans être pesées, de sorte que la pesée qui avait lieu dans la mancipation, avec la balance, ne fut plus que fictive. (L. 1. D. 18, 1.)

La mancipation peut être employée, non-seulement pour aliéner une chose à titre onéreux, mais encore pour aliéner une chose à titre gratuit; dans ce cas, on peut dire que la mancipation est une *venditio imaginaria*. (Gaïus, I, § 119.)

La propriété des *res nec mancipi* ne peut pas être transférée par la mancipation, de sorte que, quant aux immeubles, il n'y a que les fonds italiques dont la propriété puisse être transférée par la mancipation, qui ne peut s'appliquer aux fonds provinciaux, car ils sont *res nec mancipi*. D'un autre côté, la mancipation est un mode d'acquérir propre aux citoyens romains. Les pérégrins ne peuvent pas acquérir la propriété par la mancipation.

La mancipation est un *actus legitimus*. (L. 77. D. 50, 17.)

La mancipation n'est qu'un dérivé du *nexum*, le mode le plus ancien d'acquérir la propriété chez les Romains. (Nos 45, 59.) Il est question du *nexum* dans la loi des Douze Tables. (P. 74.)

A l'époque de Justinien, la distinction des choses en *res mancipi* et *res nec mancipi* ayant disparu, la mancipation est devenue inutile et la tradition suffit pour acquérir les anciennes *res mancipi*. Aussi il n'est plus question de la mancipation dans la législation de Justinien.

876. *B*. CESSIO IN JURE. — La *cessio in jure* est un procès fictif, qui a lieu devant le magistrat. Celui qui veut aliéner sa chose et celui qui veut l'acquérir vont devant le magistrat avec la chose; et là celui qui veut l'acquérir réclame la chose comme sienne; celui qui veut aliéner ne contredisant pas cette prétention, le magistrat déclare que la chose appartient à celui qui la réclame. — D'après cela, on voit que la *cessio in jure* est une attribution de propriété, *addictio*, faite par le magistrat, préteur ou président de province : « Quant à la *cessio in jure*, dit Gaïus, elle a lieu de cette manière : devant un magistrat du peuple romain, tel qu'un préteur, ou devant un président de province, celui à qui une chose est cédée juridiquement, tenant cette chose, dit : « *Hunc ego hominem meum « esse ex jure Quiritium aio.* » Après qu'il a ainsi revendiqué, le préteur demande à celui qui cède s'il revendique aussi de son côté : celui-ci répondant négativement ou gardant le silence, le magistrat déclare que la chose est à celui qui l'a revendiquée : « *Ei qui vindicaverit eam rem addicit.* » (Gaïus, II, § 24.)

La *cessio in jure* est un *actus legitimus* fait dans les formes de l'ancienne action de la loi, appelée *actio sacramenti*, que nous étudierons plus tard. L'*actio sacramenti* suppose un procès sérieux, tandis que la *cessio in jure* est un procès fictif, fait à l'imitation et dans les formes de l'*actio sacramenti*.

La *cessio in jure* est un acte qui rentre dans la juridiction volontaire ou gracieuse du préteur. (N° 65.)

« Cependant, dit Gaïus, nous employons plus souvent les mancipations (que la *cessio in jure*), car ce que nous pouvons faire par nous-mêmes devant nos amis, il n'est pas nécessaire de chercher à le faire avec plus de difficulté devant le préteur ou le président de la province. » (Gaïus, II, § 25.)

D'un autre côté, un chef de famille pouvait acquérir par les enfants soumis à sa puissance et par ses esclaves au moyen de la mancipation, tandis qu'il ne pouvait rien acquérir par eux au moyen de la *cessio in jure*, parce que la *cessio in jure* est faite dans la forme des actions de la loi; or nous verrons que, dans les actions de la loi, le citoyen romain ne pouvait se faire représenter par personne, pas même par son fils de famille, ni par son esclave. (Gaïus, II, §§ 87, 96.)

Mais, à l'inverse, la *cessio in jure* présente sur la mancipation cet avantage, qu'elle est un mode d'aliénation commun aux *res mancipi* et aux *res nec mancipi*, tandis que la mancipation ne s'applique qu'aux *res mancipi*. (Ulp., *Reg.*, XIX, § 9.)

877. *C.* ADJUDICATION. — L'adjudication est une attribution de propriété faite, non plus par le magistrat comme dans la *cessio in jure*, mais par le juge, simple citoyen, investi par le magistrat de la mission d'attribuer la propriété dans certains cas. Ce n'est que dans trois actions que le juge reçoit la mission d'attribuer la propriété : dans l'action *familiæ erciscundæ* ou action en partage d'une hérédité, dans l'action *communi dividundo* ou action en partage d'un objet commun, quand la co-propriété ne résulte pas de l'ouverture d'une succession, mais d'une dissolution de société par exemple; et, enfin, dans l'action *finium regundorum* ou action en fixation des limites entre deux fonds.

« Nous acquérons la propriété, dit Ulpien, dans l'action *familiæ erciscundæ*, qui a lieu entre co-héritiers, par l'action *communi dividundo*, qui a lieu entre associés; et par l'action *finium regundorum*, qui a lieu entre voisins; car si le juge adjuge une chose à l'un des héritiers ou des associés ou des voisins, la chose lui est acquise immédiatement, qu'elle soit *mancipi* ou *nec mancipi*. » (Ulp., *Reg.*, XIX, § 16.)

Pour comprendre comment se fait l'adjudication de la propriété dans l'action *familiæ erciscundæ*, il faut supposer une hérédité ouverte, comprenant, par exemple, deux fonds : le fonds A et le fonds B, et deux héritiers, Primus et Secundus, ayant chacun un droit égal à la succession. Après la mort du *de cujus* [1], les deux héritiers sont co-propriétaires du fonds A et du fonds B, c'est-à-dire Primus est propriétaire de la moitié de chacune des molécules qui composent le fonds A, et Secundus est propriétaire de l'autre moitié de chacune des molécules qui composent le fonds A. De même Primus est propriétaire de la moitié de chacune des molécules qui composent le fonds B, et Secundus est propriétaire de l'autre moitié. (N° 823.) — Primus, je suppose, intente l'action en partage, l'action *familiæ erciscundæ*, contre Secundus. Le magistrat les envoie devant un juge. L'opération que le juge a à faire, c'est-à-dire l'adjudication, est des plus simples : il adjugera, par exemple, le fonds A à Primus, c'est-à-dire lui attribuera la propriété exclusive du fonds A, et adjugera le fonds B à Secundus, lui en attribuera également la propriété exclusive. Chacun des héritiers se trouve avoir acquis par l'adjudication la moitié de l'immeuble qui lui a été attribué. En effet, avant l'adjudication, Primus n'était propriétaire que de la moitié du fonds A, c'est-à-dire de la moitié de chacune des molécules composant le fonds A. Après l'adjudication, il se trouve propriétaire du fonds A tout entier, c'est-à-dire de toutes les molécules composant ce fonds. Par l'adjudication il a donc acquis la moitié du fonds A, la moitié des molécules du fonds A, qui appartenait à Secundus. Il en a été de même pour Secundus quant au fonds B. — J'ai présenté l'hypothèse la plus simple ; mais en multipliant le nombre des héritiers et le nombre des objets de la succession, on arriverait au même résultat.

D'après ce qui précède, on voit que l'adjudication est l'attribution de la propriété, faite par le juge, sur certains objets de la succession à chacun des héritiers, qui, avant le partage, n'avaient qu'une co-propriété indivise sur tous les objets de la succession. L'adjudication était donc translative de propriété de l'un des héritiers à l'autre. En effet, Primus n'est devenu propriétaire du fonds A tout entier qu'à partir de la sentence du juge qui a prononcé l'adjudication. — Mais, d'un autre côté, Secundus a été propriétaire, pour moitié, du fonds A pendant l'indivision, et il a pu faire, à l'égard de cette moitié, ce que peut faire un co-propriétaire. Or un

---

1. Abréviation de cette phrase : *De cujus successione agitur*.

co-propriétaire peut hypothéquer sa part de propriété indivise; et l'hypothèque, droit réel, est valablement constituée. (L. 3, § 2. D. 20, 4. L. 2. C. 3, 37. L. *un.* C. 8, 21.) Enfin il est de principe que celui qui acquiert un bien l'acquiert dans l'état où il se trouve, grevé des hypothèques dont il est chargé; par conséquent, Primus acquiert dans le fonds A, par l'adjudication, la part que Secundus avait dans ce fonds, grevée de l'hypothèque consentie par Secundus, pendant l'indivision, sur sa part indivise dans le fonds A.

Pour comprendre comment se faisait l'adjudication de la propriété dans l'action *communi dividundo*, il faut supposer, par exemple, deux associés : Primus et Secundus qui sont co-propriétaires par indivis des biens de leur société dissoute. Primus intente l'action *communi dividundo* contre Secundus. Le magistrat les renverra devant un juge, qui adjugera la propriété de certains biens à Primus et la propriété de certains autres biens à Secundus, comme dans l'action *familiæ erciscundæ*. L'action *communi dividundo* est accordée même à celui qui est co-propriétaire *ex jure prætorio*. (L. 7, § 2. D. 10, 3.)

Enfin l'action *finium regundorum* suppose deux fonds voisins appartenant à deux propriétaires différents. L'un des propriétaires établit, par preuves, que son voisin a empiété sur son fonds, a usurpé une partie de son fonds; alors le juge n'a qu'une constatation de propriété à faire, et dira aux parties : Voici la ligne de séparation de vos deux fonds. Dans ce cas, il n'y a ni adjudication, ni attribution de propriété. (*Inst.*, IV, XVII, § 6.) — Voici le cas où le juge, dans l'action *finium regundorum*, fera une adjudication, une attribution de propriété : c'est lorsque le juge appréciera qu'il est nécessaire d'établir des limites plus convenables, en changeant les anciennes, pour prévenir des contestations futures; ici le juge attribuera à l'un une portion de l'immeuble appartenant à l'autre, et peut-être réciproquement. (*Inst.*, IV, XVII, § 6.) — Par l'adjudication, celui auquel un bien a été adjugé en devient propriétaire, même avant d'en avoir pris possession.

878. *D.* LEX. — « Par la loi, dit Ulpien, nous sont acquis, par exemple, le *caducum* ou *ereptorium*, en vertu de la loi *Papia Poppæa;* de même le *legatum* nous est acquis en vertu de la loi des Douze Tables, qu'il s'agisse de *res mancipi* ou *nec mancipi*, peu importe. » (Ulp., *Reg.*, XIX, § 17.)

879. Qu'est-ce que le *caducum?* Lorsqu'un testateur avait institué par le même testament un célibataire et un *pater*, c'est-à-dire un citoyen marié ayant des enfants, le célibataire ne pouvait rien recueillir, sa part lui était enlevée, et attribuée à l'autre héritier,

pater, d'après la loi *Papia Poppæa*. Dans ce cas, l'héritier *pater* acquérait la part caduque, *caducum*, du célibataire, par la loi, *lege*, par la loi *Papia Poppæa*. — Le mot *ereptorium* désigne un legs, un fidéicommis, une hérédité testamentaire ou *ab intestat*, ou une part d'hérédité testamentaire ou *ab intestat*, enlevés (*erepta*) à ceux qui y sont appelés, parce qu'ils sont indignes, et dévolus ou à une autre personne ou au fisc.

880. *Legatum*. — Lorsque nous étudierons les legs, nous verrons que, pendant longtemps, le droit romain distingua quatre espèces de legs : 1° le legs *per vindicationem*; 2° le legs *per præceptionem*; 3° le legs *per damnationem*; 4° le legs *sinendi modo*. — Ces différents noms des legs venaient des différentes formules, des différentes paroles sacramentelles, que devait employer le testateur pour faire un legs.

881. La formule du legs *per vindicationem* était celle-ci, par exemple : « *Do* (ou *lego*) *fundum Cornelianum Mævio*. Je donne (ou je lègue) mon fonds Cornélien à Mævius. » Lorsque le testateur avait employé cette formule de legs, le légataire devenait propriétaire de l'objet à lui légué, en vertu de la loi, *ex lege*, dès que l'héritier institué avait fait adition de l'hérédité, d'après les Sabiniens; seulement après l'adition d'hérédité par l'héritier institué, et après l'acceptation du legs par le légataire, d'après les Proculiens. (Gaïus, II, §§ 193, 195.)

882. La formule du legs *per præceptionem* était conçue ainsi, par exemple : « *Mævius fundum Cornelianum præcipito*. Que Mævius prélève le fonds Cornélien. » Quand le testateur avait employé cette formule de legs, le légataire devenait propriétaire, comme dans le legs *per vindicationem*, en vertu de la loi, pourvu qu'il fût fait à l'un des héritiers, suivant les Sabiniens; à l'un des héritiers ou à un tiers, suivant les Proculiens.

883. La formule du legs *per damnationem* était conçue en ces termes, par exemple : « *Titius heres meus esto. Titius, heres meus, damnas esto dare Mævio fundum Cornelianum*. Que Titius soit mon héritier. Que Titius, mon héritier, soit condamné à donner le fonds Cornélien à Mævius. » Lorsque le testateur avait employé cette formule de legs, le légataire Mævius ne devenait pas propriétaire de l'objet légué, en vertu de la loi : il ne devenait propriétaire que quand l'héritier Titius, ayant fait adition, lui en transférait la propriété par mancipation, *cessio in jure* ou tradition. Jusque-là il n'était que *créancier*, car la formule du legs *per damnationem* ne transférait au légataire qu'un droit de créance, en créant à la charge de l'héritier l'obligation de *donner*, c'est-à-dire de transférer

la propriété au légataire, qui avait contre l'héritier, pour obtenir l'exécution de cette obligation, une action personnelle, appelée *condictio ex testamento*. (Gaïus, II, §§ 201, 204.)

884. Enfin les paroles du legs *sinendi modo* étaient celles-ci : « *Titius heres esto. Titius, heres meus, damnas esto sinere Mævium sumere illam rem sibique habere.* Que Titius soit mon héritier. Que Titius, mon héritier, soit condamné à laisser Mævius prendre le fonds Cornélien et l'avoir pour lui. » Cette formule de legs ne transférait pas non plus la propriété au légataire. Elle ne créait, comme le legs *per damnationem*, qu'une créance au profit du légataire Mævius, et à la charge de l'héritier une obligation de transférer la propriété de l'objet légué, par mancipation, *cessio in jure*, tradition, au légataire, qui avait encore contre l'héritier, pour obtenir l'exécution de cette obligation, l'action personnelle, *condictio ex testamento*.

D'après ce qui précède, on voit que, sur les quatre espèces de legs qui ont été en usage pendant longtemps chez les Romains, il n'y en avait que deux qui transféraient la propriété *ex lege* : le legs *per vindicationem* et le legs *per præceptionem*. Quant au legs *per damnationem* et au legs *sinendi modo*, ils ne transféraient la propriété ni *ex lege*, ni autrement : ils ne créaient qu'une créance au profit du légataire et une obligation à la charge de l'héritier, obligation de transférer la propriété de l'objet légué à l'héritier.

885. *E*. DES USUCAPIONS ET DES POSSESSIONS DE LONG TEMPS. (*Inst.*, II, VI.) — *a. Définition et caractère de l'usucapion. Cas d'application.* — L'usucapion est un mode d'acquérir du droit civil, déjà mentionné dans la loi des Douze Tables. (P. 74.)

L'usucapion se définit d'elle-même : *capio usu*, acquisition par l'usage, c'est-à-dire par la possession; l'usucapion est un mode d'acquérir la propriété d'une chose par la possession prolongée pendant un certain temps et avec certaines conditions. Ce temps est d'un an pour les meubles, de deux ans pour les fonds de terre et les maisons : « *Usucapio est autem dominii adeptio per continuationem possessionis anni vel biennii, rerum mobilium anni, immobilium biennii.* » (Ulp., *Reg.*, XIX, § 8.)

886. D'après l'ancien droit civil, l'usucapion est un mode d'acquérir la propriété dans deux cas :

1° Dans le premier cas, l'usucapion est applicable seulement aux *res mancipi*. Les *res mancipi* ne peuvent pas être aliénées par la tradition. En conséquence, la tradition d'une *res mancipi*, faite même par le propriétaire *ex justa causa*, c'est-à-dire en vertu d'une cause indiquant, chez celui qui livre, l'intention d'aliéner, n'en transfère

pas la propriété. Celui qui a reçu par tradition une *res mancipi* n'en devient pas propriétaire immédiatement : il n'a d'abord la chose qu'*in bonis;* mais il peut en devenir propriétaire, par usucapion, après une année de possession, si c'est un meuble; après deux années de possession, si c'est un immeuble. (Gaïus, II, § 41.)

2° Dans le deuxième cas, l'usucapion s'applique aux *res mancipi* et aux *res nec mancipi*. Pour que la tradition transfère la propriété, il faut que celui qui livre soit propriétaire, qu'il soit capable d'aliéner et que la tradition soit faite en vertu d'une juste cause. (N^os^ 859, 860.) Lorsque la tradition d'une *res mancipi* ou d'une *res nec mancipi* est faite même en vertu d'une juste cause, mais par une personne qui n'en est pas propriétaire, la propriété n'est pas transférée. Celui auquel la chose a été livrée n'en devient pas propriétaire par cette tradition faite *a non domino*, mais il pourra en devenir propriétaire par usucapion, après une année de possession si c'est un meuble, après deux années de possession si c'est un immeuble; pourvu qu'il ait été de bonne foi et pourvu que la chose soit susceptible d'être usucapée. (N° 861, 2°.) Prenons un exemple : Primus vend et livre à Secundus une chose qui ne lui appartient pas, qui appartient à Mævius. Il est évident que Secundus ne devient pas propriétaire de cette chose par la tradition que Primus lui en fait, attendu que Primus n'en est pas propriétaire. Mais si Secundus a reçu la chose de bonne foi, c'est-à-dire a cru, en recevant la chose, que Primus en était propriétaire, il pourra l'acquérir par usucapion, en la possédant pendant une année, si c'est un meuble, pendant deux années, si c'est un immeuble. Mais tant que Secundus n'aura pas usucapé, le propriétaire Mævius, dont la chose a été vendue et livrée sans son consentement, à son insu, pourra revendiquer sa chose contre Secundus et le forcer à la restituer, et alors l'usucapion n'aura pas lieu. Pour que l'usucapion ait lieu, il faut donc que le propriétaire ne revendique pas pendant le temps exigé pour que le possesseur usucape.

L'usucapion a été admise, dit Gaïus, pour que les propriétés ne fussent pas dans l'incertitude, car on a pensé que le délai d'un an ou de deux ans, imposé au possesseur pour usucaper, suffirait au propriétaire pour rechercher sa chose. (Gaïus, II, § 44.)

En résumé, dans le premier cas, l'usucapion, pour avoir lieu, exige : 1° une juste cause; 2° la tradition d'une *res mancipi*, faite par le propriétaire. — Dans le second cas, l'usucapion, pour avoir lieu, exige : 1° une juste cause; 2° la bonne foi; 3° la tradition d'une *res mancipi* ou *nec mancipi* faite *a non domino*. Dans le premier cas, la bonne foi n'est pas exigée, parce qu'elle ne pouvait pas l'être,

attendu que la bonne foi consiste en ce que celui qui reçoit une chose croit que celui qui la lui livre en est propriétaire, tandis qu'il ne l'est pas; or, dans le premier cas, celui qui livre est bien propriétaire; mais si celui qui reçoit ne devient pas propriétaire, c'est parce que la tradition ne transfère pas la propriété des *res mancipi*.

887. L'usucapion est un mode d'acquérir du droit civil, à l'usage des seuls citoyens : le pérégrin ne peut acquérir par usucapion : « *Adversus hostem æterna auctoritas esto.* » (P. 74.)

888. L'usucapion suppose la possession; aussi elle ne s'applique qu'aux choses corporelles et non aux choses incorporelles, que le droit civil regarde comme non susceptibles de possession.

889. L'usucapion fait acquérir la propriété de la chose usucapée avec les charges réelles dont elle est grevée : hypothèques, servitudes; par l'usucapion, la chose est acquise *cum sua causa*. (L. 44, § 5. D. 41, 3.)

890. Indépendamment de la différence du temps exigé pour l'usucapion des meubles et du temps exigé pour l'usucapion des immeubles, il faut encore noter, entre l'usucapion des meubles et celle des immeubles, la différence suivante : l'usucapion s'appliquait aux meubles, en quelque lieu qu'ils fussent situés; au contraire, l'usucapion ne s'appliquait qu'aux immeubles situés en Italie et, dans les provinces, aux immeubles ayant reçu le *jus italicum*. Elle ne s'appliquait pas aux fonds des provinces, n'ayant pas le *jus italicum;* pourquoi? Parce que les fonds provinciaux n'étaient pas considérés comme susceptibles de propriété civile, de propriété quiritaire; or l'usucapion est un mode civil d'acquérir la propriété quiritaire; ce mode d'acquérir la propriété quiritaire ne pouvait donc pas s'appliquer à des biens qui n'en étaient pas susceptibles. En effet, les fonds provinciaux n'appartenaient pas aux particuliers, mais au peuple ou à l'empereur. Les particuliers n'en avaient que la possession et la jouissance. Mais nous avons vu que ce n'était là qu'une fiction, imaginée pour justifier le paiement du *tributum* et du *stipendium*, et que, dans la réalité des choses, les fonds provinciaux étaient distribués entre les habitants qui en retiraient toute l'utilité et tous les avantages, comme s'ils en avaient été propriétaires : ils pouvaient les transférer à d'autres par la tradition et les transmettre à leurs héritiers. (N^os^ 828, 829, 830.)

Cette possession ou quasi-propriété des habitants des provinces sur le sol provincial finit par être garantie par une action, analogue à la revendication qui garantit le propriétaire quiritaire, et qu'on appelle *revendication utile*, c'est-à-dire étendue *utilitatis causa*. (N° 827.)

891. Lorsque cette *quasi-propriété* des fonds provinciaux eut été admise, elle devint susceptible de se perdre, non point par usucapion, mais par un moyen analogue. En effet, il fut admis par le droit prétorien que celui, qui aurait possédé pendant dix ou vingt ans un fonds provincial, dans les mêmes conditions qu'un citoyen aurait possédé pendant deux ans un fonds italique, serait protégé dans sa possession par un moyen de défense, par une exception, appelée *præscriptio longi temporis*. En d'autres termes, il fut admis que celui, qui aurait reçu de bonne foi un fonds provincial livré par un autre que le *quasi-propriétaire*, et qui l'aurait possédé pendant dix ans ou vingt ans, pourrait opposer, à l'action en revendication utile du quasi-propriétaire un moyen de défense appelé *præscriptio longi temporis*. Cette *præscriptio longi temporis* ne fut d'abord qu'un moyen de défense contre la *reivindicatio utilis* du quasi-propriétaire, mais non pas un mode d'acquérir. — Le nom de *præscriptio* lui vient de ce que le préteur ou président de la province, qui renvoyait les parties devant un juge, écrivait en tête de la formule les mots suivants : « Si le défendeur n'a pas possédé pendant plus de dix ans (ou plus de vingt ans), juge, condamne-le. » Si le juge vérifiait que le possesseur avait possédé le temps voulu pour invoquer la *præscriptio*, il le maintenait en possession, en rejetant la demande du quasi-propriétaire.

892. Enfin il fut admis que celui qui aurait possédé un fonds provincial pendant dix ou vingt ans, s'il en perdait la possession, pourrait réclamer le fonds par la revendication utile, qui, avant sa *præscriptio*, appartenait au quasi-propriétaire. En un mot, la possession de long temps finit par donner au possesseur d'un fonds provincial non-seulement un moyen de défense, *præscriptio longi temporis*, contre la réclamation du quasi-propriétaire, mais encore un moyen d'attaque, une revendication utile. C'est ce que dit Justinien : « Si quelqu'un a possédé de bonne foi un fonds en vertu d'une vente, d'une donation, ou d'un autre juste titre, pendant dix ou vingt ans, il pourra opposer l'exception *longi temporis* aux propriétaires et aux créanciers hypothécaires ; et si, par hasard, il perd la possession, nous avons décidé qu'il pourrait avoir une action pour revendiquer le fonds. C'est ce que décidaient déjà les anciennes lois, comme on peut le voir si on les examine attentivement. » (L. 8. pr. C. 7, 39.)

893. Cette *præscriptio longi temporis*, imaginée pour les fonds provinciaux, avait avec l'usucapion des ressemblances et des différences.

894. Ressemblances : 1° l'usucapion et la *præscriptio longi tem-*

poris ont lieu au moyen d'une possession prolongée pendant un certain temps; 2° le possesseur n'usucape et ne prescrit que s'il possède *ex justa causa;* 3° le possesseur n'usucape et ne prescrit qu'autant qu'il est de bonne foi.

895. Différences : 1° l'usucapion s'accomplit par un an de possession pour les meubles, par deux ans pour les immeubles; la *præscriptio longi temporis* s'accomplit par dix ans entre présents, c'est-à-dire si le possesseur et le quasi-propriétaire habitent la même province, et par vingt ans entre absents, si le possesseur et le quasi-propriétaire n'habitent pas la même province; 2° quand une usucapion était sur le point de s'accomplir, si le propriétaire de la chose la revendiquait, cette demande en revendication n'interrompait point l'usucapion, de sorte que l'usucapion pouvait s'accomplir pendant l'instance, parce que l'on comptait pour le calcul du temps exigé pour l'usucapion, même le temps écoulé après la demande, après la *litis contestatio :* « *Si rem alienam emero, et cum usucaperem, eamdem rem dominus a me petierit : non interpellari usucapionem meam litis contestatione.* » (L. 2, § 21. D. 41, 4.) Au contraire, en cas de *præscriptio longi temporis*, si, au moment de la demande en justice, le possesseur n'avait pas encore possédé le fonds au moins dix ou vingt ans, il ne pouvait pas invoquer la *præscriptio* et était condamné à restituer l'immeuble. C'est ce que décide un rescrit de Dioclétien et Maximien : « La *præscriptio longi temporis,* complétée après la *litis contestatio*, ne profite pas même à ceux qui ont acquis la possession de bonne foi : car, après la *litis contestatio*, on ne tient compte que du temps qui s'est écoulé auparavant. » (L. 10. C. 7, 33.) 3° Celui. qui acquiert une chose par usucapion l'acquiert dans l'état où elle est, grevée des servitudes, des hypothèques, de l'usufruit dont elle est chargée. (L. 44, § 5. D. 41, 3; L. 17, § 2. D. 7, 1.) Quand un possesseur usucape un bien grevé d'un usufruit, il l'acquiert grevé de cet usufruit : « *Ususfructus usucapi non potest.* » (L. 44, § 5, D. 41, 3) ; à moins que, pendant le temps de l'usucapion, l'usufruitier n'ait laissé éteindre son usufruit *non utendo*, en ne l'exerçant pas : mais, dans ce cas, l'usufruit se trouvera éteint, non par l'usucapion, mais par un mode particulier d'extinction de l'usufruit, le non-usage. Au contraire, celui qui a possédé un fonds pendant dix ou vingt ans peut repousser non-seulement le propriétaire, mais encore tous ceux qui ont sur le fonds des droits réels : usufruit, hypothèques, servitudes. — D'après ce qui précède, on voit que les possesseurs de meubles ou d'immeubles situés en Italie, auxquels s'appliquait l'usucapion, avaient néanmoins intérêt à invoquer la *præscriptio longi temporis*, bien qu'ils

eussent accompli l'usucapion, pour pouvoir opposer cette *præscriptio* à ceux qui avaient des droits réels sur le bien usucapé par eux. En conséquence, le droit d'invoquer la *præscriptio* leur avait été accordé par Antonin. (L. 9. D. 44, 3.)

896. *Législation de Justinien sur l'usucapion et sur la præscriptio longi temporis.* — Nous savons qu'à l'époque de Justinien la distinction des *res mancipi* et des *res nec mancipi* n'existe plus, que le *dominium bonitarium*, désigné par les mots *rem in bonis habere*, a disparu : par conséquent, le premier cas d'application de l'usucapion n'existe plus.

Nous savons aussi que Justinien supprima définitivement la distinction des fonds provinciaux et des fonds italiques. Comme l'usucapion s'appliquait aux fonds italiques, et la *præscriptio longi temporis* aux fonds provinciaux, la distinction entre ces deux classes de biens ayant disparu, il n'y avait plus de raison sérieuse de distinguer entre l'usucapion et la *prescriptio longi temporis*. Aussi Justinien fondit ensemble ces deux institutions. (L. *un.* C. 7, 31.)

897. Justinien décida, par sa constitution *De usucapione transformanda* (L. *un.* C. 7, 31), qu'à l'avenir le délai pour usucaper ou prescrire les meubles serait de trois années de possession ; que le délai pour prescrire ou usucaper les immeubles serait de dix ou de vingt années de possession. — Les interprètes du droit romain ne sont pas d'accord sur la portée de cette innovation de Justinien. Certains interprètes pensent que Justinien ne conserva les règles de l'usucapion que pour les meubles, sauf l'extension du délai à trois années, par ce motif que cet empereur emploie l'expression *usucapion* quand il parle de l'acquisition des meubles par la possession ; tandis que Justinien aurait emprunté les règles de la *præscriptio longi temporis* prétorienne pour les appliquer aux immeubles. D'autres interprètes pensent que Justinien a entendu fondre ensemble l'usucapion et la *præscriptio longi temporis*, en conservant toutes les règles de l'usucapion des meubles et des immeubles, sauf que, pour les meubles, il porta le délai de l'usucapion d'une année à trois années, et que, pour les immeubles, il étendit le délai de deux années à dix ou vingt ans, délai de l'ancienne prescription prétorienne. Cette discussion résulte de ce que Justinien s'est exprimé d'une manière obscure, dans sa constitution *De transformanda usucapione*, et dans les *Institutes* :

Pr. « Il avait été décidé par le droit civil que celui qui, de bonne foi, aurait reçu, en vertu d'une vente, d'une donation ou de toute autre cause, une chose d'une personne qu'il en croyait propriétaire, mais qui ne l'était pas, usucaperait cette chose par la possession d'une année et en tous pays, si elle était

mobilière, et par la possession de deux années, si elle était immobilière et située en Italie. Il en avait été décidé ainsi pour que la propriété des choses ne restât pas dans l'incertitude, les anciens pensant que ces délais étaient suffisants aux propriétaires pour rechercher leurs propriétés. Mais nous, croyant qu'il ne faut pas laisser dépouiller trop promptement les propriétaires de leurs biens, et qu'il ne faut pas restreindre ce bénéfice à un seul pays, avons promulgué une constitution, par laquelle il a été décidé que les choses mobilières seraient usucapées par une possession de trois années, et les choses immobilières par la possession de longtemps, c'est-à-dire de dix ans entre présents et de vingt ans entre absents, et que les modes d'acquérir la propriété par la possession, basée sur une juste cause, s'appliqueront non-seulement en Italie, mais encore dans tous les pays compris dans notre empire. »

898. *Præscriptio de trente ans.* — L'empereur Théodose le Jeune avait établi une prescription de trente ans, appelée par les interprètes *præscriptio longissimi temporis.* (L. 3, L. 8. C. 7, 39.) Cette prescription de trente ans existe encore dans le droit de Justinien, qui l'a conservée. Pour pouvoir invoquer cette prescription trentenaire, il suffit d'avoir possédé pendant trente ans : la bonne foi et le juste titre ne sont pas exigés, de sorte que le possesseur même de mauvaise foi peut l'invoquer. Mais cette prescription trentenaire ne fait pas acquérir la propriété au possesseur de mauvaise foi : elle ne lui donne qu'un moyen de défense, une exception, contre la revendication du propriétaire, de sorte que, s'il vient à perdre la possession, il n'aura aucune action pour revendiquer la chose.

899. *Præscriptio de quarante ans.* — Cette prescription de quarante ans s'applique : 1° aux biens des églises. Dans le principe, les biens des églises ne se prescrivaient que par cent ans. Ce délai fut réduit à quarante ans par Justinien (*Nov.*, 111) ; — 2° à l'action hypothécaire. Lorsqu'un débiteur a hypothéqué son bien, le créancier a contre lui deux actions, l'action personnelle, résultant de la créance, et l'action hypothécaire, résultant de l'hypothèque. Ces deux actions ne se prescrivent pas par le même temps : l'action personnelle se prescrit par trente ans ; l'action hypothécaire par quarante ans ; — 3° aux biens patrimoniaux de l'empereur, qui ne se prescrivent aussi que par quarante ans. (L. 14. C. 11, 61.)

Nous allons maintenant étudier les règles de l'ancienne usucapion et de la *præscriptio longi temporis.*

b. Des conditions exigées pour l'usucapion et la præscriptio longi temporis. — Les conditions exigées pour l'usucapion sont : 1° la juste cause ; 2° la bonne foi ; 3° la possession ; 4° le temps ; 5° l'aptitude de la chose à être usucapée ; 6° la possibilité de l'usucapion contre le propriétaire.

900. *c. De la justa causa.* — Pour usucaper une chose, il faut la posséder *ex justa causa.* La juste cause est un acte juridique qui

indique chez celui qui livre une chose l'intention de l'aliéner, et chez celui qui la reçoit l'intention de l'acquérir. Or il y a plusieurs justes causes en vertu desquelles une personne ayant reçu une chose peut la posséder et l'usucaper.

On peut posséder et usucaper une chose :

901. Pro emptore. — Une personne me vend et me livre une chose dont elle n'est pas propriétaire ; je possède cette chose *pro emptore* et je l'usucape, si je suis de bonne foi. La vente est une juste cause.

902. Pro donato. — Une personne me fait donation et me livre une chose dont elle n'est pas propriétaire ; je possède cette chose *pro donato* et je l'usucape, si je suis de bonne foi. La donation est une juste cause.

903. Pro legato. — Un homme m'a légué une chose dont il n'était pas propriétaire ; son héritier m'en fait tradition, je la possède *pro legato* et je l'usucape, si je suis de bonne foi. Le legs est une juste cause.

904. Pro dote. — Une dot a été constituée à un mari par un tiers qui n'était pas propriétaire des choses qu'il a constituées en dot : le mari possède *pro dote* et usucape, s'il est de bonne foi. La constitution de dot est une juste cause.

905. Pro soluto. — Je crois être débiteur d'un corps certain envers Mævius ; je le lui livre à titre de payement ; mais je n'en suis pas propriétaire : Mævius le possède *pro soluto* et l'usucape, s'il est de bonne foi. Le payement est une juste cause. (L. 46 et 48. D. 41. III.)

906. Pro derelicto. — Un homme a abandonné une chose dont il n'était pas propriétaire, dont il n'était que possesseur ; je m'empare de la chose abandonnée : je la possède *pro derelicto* et je l'usucape, puisque je suis de bonne foi, croyant propriétaire celui qui l'a abandonnée. L'abandon d'une chose par celui qui n'en est que possesseur constitue une juste cause pour celui qui s'en empare.

Si celui qui abandonne une chose en est propriétaire, celui qui s'en empare n'a pas besoin de l'usucaper : il en devient propriétaire immédiatement par occupation ; car alors la chose est *res derelicta*, par suite, *res nullius*.

907. Pro herede. — Un héritier s'empare d'un objet qu'il croit appartenir à la succession à laquelle il est appelé, tandis que cet objet n'appartient pas à la succession ; mais comme l'héritier s'en croit propriétaire, il le possède *pro herede*, et comme il est de bonne foi, il peut l'usucaper. Mais, pour qu'il en soit ainsi, il faut que le défunt n'ait pas possédé lui-même la chose, car l'héritier ne peut, quant aux choses possédées par le défunt, que continuer la même possession. Pour qu'un héritier possède une chose *pro herede*, il

faut qu'il commence lui-même à posséder cette chose. (L. 3; L. 4. D. 41, 5.)

908. Pro dote. — Celui-là possède *pro suo*, qui possède en vertu d'une juste cause qui n'a pas un nom particulier. Une esclave a été volée et vendue à un acheteur de bonne foi. L'acheteur ne pourra l'usucaper, car elle est *res furtiva;* mais si cette esclave accouche d'un enfant, l'acheteur de bonne foi pourra usucaper l'enfant, pourvu que l'enfant ait été conçu depuis que la mère est sortie des mains du voleur et est possédée par l'acheteur de bonne foi; car l'enfant serait considéré aussi comme *res furtiva*, s'il avait été conçu chez le voleur. (L. 2. D. 41, 10. L. 48, § 5. D. 47, 2.) Celui qui possède une chose *pro suo* peut l'usucaper. — Dans un autre sens, l'expression posséder *pro suo* signifie posséder *animo domini* par opposition à posséder *naturaliter*.

909. Il arrive quelquefois que, par l'*addictio* du magistrat ou par l'*adjudicatio* d'un juge, une personne n'acquiert que la possession; néanmoins l'*addictio* ou l'*adjudicatio* sera, pour elle, une juste cause, qui lui permettra d'usucaper : *juste possidet qui auctore prætore possidet*.

910. Pour qu'un possesseur puisse usucaper, il faut que la cause de sa possession soit *justa*, c'est-à-dire conforme au droit, non réprouvée par le droit. La donation entre époux, étant nulle d'après le droit romain, n'est pas une *justa causa*. En conséquence, si un époux fait une donation à son conjoint, bien que l'époux donataire croie, par erreur de droit, que la donation entre époux est valable et qu'il est devenu propriétaire, il ne pourra pas usucaper. (L. 1, § 2. D. 41, 6.)

911. De même celui qui possède, croyant posséder en vertu d'une juste cause qui, en réalité, n'existe pas, ne peut pas usucaper. « L'usucapion ne peut avoir lieu ni *pro legato*, ni *pro donato*, ni *pro dote*, s'il n'y a eu ni legs, ni donation, ni constitution de dot, » dit le jurisconsulte Ulpien. (L. 27. D. 41, 3.) La même règle est reproduite aux *Institutes :*

§ 11. « *Error falsæ causæ usucapionem non parit : veluti si quis, cum non emerit, emisse existimans, possideat; vel cum ei donatum non fuerit, quasi ex donatione possideat.* L'erreur d'une fausse cause n'engendre pas l'usucapion; par exemple, si quelqu'un possède croyant avoir acheté, tandis qu'il n'a pas acheté, ou si quelqu'un possède comme en vertu d'une donation, tandis qu'on ne lui a rien donné. »

912. Mais comment une personne peut-elle posséder une chose, croyant la posséder en vertu d'une juste cause, tandis que cette juste cause n'existe pas ? Comment une personne peut-elle possé-

der une chose croyant l'avoir achetée, tandis qu'elle ne l'a pas achetée, ou croyant qu'on la lui a donnée, tandis qu'on ne la lui a pas donnée ? Ceci peut arriver dans plusieurs cas : 1° vous me livrez une chose dans l'intention de me la louer, tandis que je crois que vous me la vendez ; 2° vous me livrez une chose dans l'intention de me la prêter en commodat, je crois que vous m'en faites donation. Dans aucun de ces deux cas, je ne pourrai usucaper, car je crois posséder en vertu d'une juste cause qui, en réalité, n'existe pas : *Error falsæ causæ usucapionem non parit.*

913. Toutefois, il faut savoir que plusieurs jurisconsultes romains étaient d'avis d'apporter à cette règle : « *Error falsæ causæ usucapionem non parit*, » une exception, dans le cas où l'erreur du possesseur était excusable, par exemple, dans les cas suivants :

1° Je charge mon esclave ou un mandataire de m'acheter une chose ; il m'apporte cette chose, disant qu'il l'a achetée, tandis qu'il ne l'a pas achetée ; je la possède en vertu d'une juste cause que je crois exister, mais qui n'existe pas ; néanmoins je pourrai l'usucaper, parce que mon erreur est excusable, car elle résulte du fait d'autrui. (L. 11. D. 41, 4.)

2° Un testateur m'a légué une chose et son héritier me l'a livrée ; mais le testateur avait révoqué mon legs par un codicille, inconnu au moment où l'héritier m'a livré la chose ; néanmoins je pourrai l'usucaper. (L. 4 ; L. 9. D. 41, 8.)

3° J'achète une chose d'un pupille, le croyant pubère, ou d'un insensé, le croyant sain d'esprit ; quoique la vente soit nulle et bien que, par conséquent, je possède en vertu d'une cause imaginaire, je pourrai usucaper. (L. 2, §§ 15, 16. D. 41, 4.)

4° Je suis héritier, je trouve dans la succession une chose que je crois avoir été vendue ou donnée au défunt, tandis qu'elle ne lui avait été que remise en dépôt ; quoiqu'il n'y ait pas de juste cause, je pourrai l'usucaper. C'est ce que dit Nératius : « L'objet que quelqu'un possède, croyant le posséder comme sien, il l'usucapera, bien que sa croyance soit fausse. Ce qui doit être entendu en ce sens que l'erreur plausible du possesseur ne s'oppose pas à l'usucapion : par exemple, si je possède quelque chose, croyant faussement que mon esclave ou celui dont je suis l'héritier a acheté cette chose, je l'usucape, parce que l'erreur consistant dans l'ignorance du fait d'autrui est tolérable, excusable. » (L. 5, § 1. D. 41, 10.)

914. Si, dans ces divers cas, il a été permis d'usucaper au possesseur qui possède en vertu d'une juste cause imaginaire, c'est à rai-

son de sa bonne foi. De là, des interprètes du droit romain ont prétendu que la *justa causa* n'était pas exigée pour l'usucapion ; que la *justa causa* était un élément de la bonne foi. C'est une erreur. En effet, il est facile d'indiquer des différences importantes entre la juste cause et la bonne foi :

1° La juste cause est un acte, un fait juridique, qui indique, chez celui qui livre une chose, l'intention de l'aliéner. Au contraire, la bonne foi est la croyance d'une personne qui, recevant une chose pour l'acquérir, croit que celui qui la lui livre en est propriétaire ou a pouvoir de l'aliéner. (L. 109. D. 50, 16.)

2° La juste cause est exigée dans les deux cas d'usucapion; la bonne foi n'est exigée que dans le second cas d'usucapion.

3° C'est celui qui invoque l'usucapion qui doit prouver, en cas de contestation, qu'il a possédé en vertu d'une juste cause; au contraire, il n'a pas besoin de prouver sa bonne foi, car la bonne foi est toujours présumée : ceux qui prétendront qu'il était de mauvaise foi devront le prouver.

915. De ce qu'il avait été permis d'usucaper, dans certains cas, au possesseur qui possédait en vertu d'une juste cause imaginaire, il ne faut pas en conclure que la juste cause n'était pas exigée pour l'usucapion. La règle générale est que, pour usucaper, il faut posséder en vertu d'une juste cause. Une autre règle générale est que le possesseur, qui possède en vertu d'une juste cause imaginaire, ne peut pas usucaper : *Error falsæ causæ usucapionem non parit.* Mais, après de nombreuses discussions entre les jurisconsultes, *post magnas varietates* (L. 9. D. 41, 8), l'opinion des jurisconsultes qui pensaient que le possesseur, possédant en vertu d'une juste cause imaginaire, devait être reçu à usucaper, quand son erreur serait excusable, fut admise. Du reste, le possesseur qui prétend que son erreur est excusable doit prouver les circonstances, les motifs plausibles, qui l'ont induit en erreur.

916. *De la bonne foi.* — La bonne foi est la croyance qu'a le possesseur que celui qui lui a livré la chose en était propriétaire. Je rappelle que la bonne foi ne peut être exigée que dans le second cas d'application de l'usucapion, c'est-à-dire lorsqu'une chose a été livrée en vertu d'une juste cause par une personne qui n'en était pas propriétaire. Dans ce cas, pour usucaper, il faut que celui qui a reçu la chose et qui la possède ait été de bonne foi au moment où la chose lui a été livrée. Le possesseur de mauvaise foi, bien qu'il ait la possession proprement dite, composée du *corpus* et de l'*animus*, ne peut pas usucaper. (L. 2, § 1, D. 41, 4.)

917. A quel moment la bonne foi doit-elle avoir existé chez le

possesseur qui invoque une usucapion ? La règle générale est qu'il suffit que le possesseur ait été de bonne foi au moment où il est entré en possession, *initio possessionis ;* donc celui qui a commencé, de bonne foi, une usucapion, ne continue pas moins à usucaper, bien qu'il devienne ensuite possesseur de mauvaise foi. (L. 48, § 1. D. 41, 1.) — Toutefois, les jurisconsultes apportaient à cette règle générale deux exceptions :

1° Si la juste cause en vertu de laquelle la chose a été livrée au possesseur est une vente, le possesseur, c'est-à-dire l'acheteur, pour usucaper, doit être de bonne foi, non-seulement au moment où il entre en possession par la tradition qui lui est faite de la chose vendue, mais encore au moment de la vente. Exemple : J'achète une chose que je sais appartenir à autrui, mais mon vendeur m'assure qu'il l'acquerra avant de me la livrer ; ensuite je la reçois de bonne foi, croyant qu'il l'a acquise et qu'elle lui appartient. Bien que je sois de bonne foi au moment de la tradition, je ne pourrai pas usucaper. (L. 48. D. 41, 3. L. 2 pr. D. 41, 4.) Au contraire, si je stipule de Titius une chose que je sais ne pas lui appartenir ; si, ensuite, je la reçois de bonne foi, croyant que Titius l'a acquise, je pourrai usucaper. C'est l'Édit prétorien qui avait exigé que l'acheteur, pour qu'il pût usucaper, fût de bonne foi et au moment de la vente et au moment où il entrait en possession, sans doute parce que la loi des Douze Tables l'exigeait ainsi. (L. 7, § 11. D. 6, 2.)

2° Si la juste cause, en vertu de laquelle la chose a été livrée au possesseur, est une donation, le possesseur, c'est-à-dire le donataire, pour usucaper, doit être de bonne foi pendant tout le temps exigé pour l'usucapion de la chose qu'il possède. Ainsi le donataire qui a reçu la chose d'autrui doit, pour usucaper, être de bonne foi pendant toute la durée de l'usucapion. (L. 11, § 3. D. 6, 2.) — Mais Justinien, par sa constitution *De usucapione transformanda*, supprima cette différence entre la juste cause *pro donato* et les autres justes causes, en décidant qu'il suffirait que tout possesseur, pour usucaper, fût de bonne foi, *initio possessionis*, au moment où il entrait en possession. (L. *un*. C. 7, 31.)

918. C'est l'erreur qui engendre la bonne foi. Mais il y a deux espèces d'erreur à distinguer en matière d'usucapion : l'erreur de *fait* et l'erreur de *droit*. — L'erreur de fait est la croyance en un fait qui n'existe pas ou l'ignorance d'un fait qui existe. — L'erreur de droit est l'ignorance d'une règle de droit. — Ce n'est qu'autant que le possesseur a commis une erreur de fait qu'on le considère comme étant de bonne foi et qu'il peut usucaper. Exemple :

J'achète une chose d'un pupille, croyant qu'il est pubère. C'est une erreur de fait : je puis usucaper. (L. 9, § 2. D. 22, 6.) L'erreur de droit ne peut être invoquée par le possesseur pour usucaper. Exemple : J'achète une chose d'un pupille, sachant qu'il est pupille, mais croyant qu'un pupille est capable de vendre sans l'*auctoritas* de son tuteur. C'est une erreur de droit : je ne puis usucaper. (L. 31 pr. D. 41, 3.)

919. Il y avait trois cas exceptionnels dans lesquels un possesseur, même de mauvaise foi, pouvait usucaper. Ces trois cas sont indiqués dans les *Commentaires* de Gaïus par les expressions suivantes : « *Usucapio pro herede, usureceptio, usucapio ex prædiatura.* »

920. Usucapio pro herede. — Une succession est ouverte, l'héritier appelé à cette succession ne se presse pas de faire adition ; un tiers, le premier venu, s'empare des biens héréditaires et se comporte comme héritier ; après avoir possédé l'hérédité pendant un an, il l'aura acquise par usucapion, lors même que l'hérédité comprendrait des immeubles : il sera devenu héritier. Pourquoi cette usucapion d'un an permise à un possesseur de mauvaise foi? Parce que, dit Gaïus, la loi des Douze Tables avait dit que les immeubles seraient usucapés par deux ans et toutes les autres choses par un an : « *Lex enim Duodecim Tabularum soli quidem biennio usucapi jussit, cæteras vero anno.* » Or, ajoute Gaïus, l'hérédité paraissait devoir être comprise parmi les autres choses (*cæteras res*), puisqu'elle n'est pas un immeuble, n'étant pas même une chose corporelle. (Gaïus, II, § 54.) — Pourquoi cette usucapion d'une chose aussi importante qu'une hérédité par un délai si court d'une année, au profit d'un possesseur de mauvaise foi? « La raison en est, dit Gaïus, que les anciens voulaient que l'adition des hérédités se fît promptement, afin qu'il y eût quelqu'un pour faire les sacrifices, devoir très-religieusement observé dans ces temps-là, et afin que les créanciers sussent à qui s'adresser pour se faire payer ce qui leur était dû. » (Gaïus, II, § 55.) Ainsi cette usucapion d'une hérédité par un possesseur de mauvaise foi avait été admise dans l'ancien droit romain, pour engager l'héritier appelé à cette hérédité à s'empresser de faire adition d'hérédité, afin qu'il y eût un héritier pour continuer le culte de la famille du défunt, les *sacra privata* (n° 30), et auquel les créanciers du défunt pourraient s'adresser pour se faire payer de ce qui leur était dû.

Mais, à partir d'une certaine époque que Gaïus n'indique pas, cette usucapion d'une hérédité par une année de possession de mauvaise foi ne fut plus permise. Toutefois on continua à ad-

mettre que si, une hérédité étant ouverte et l'héritier ne se hâtant pas de faire adition et de prendre possession des biens héréditaires, un tiers, le premier venu, s'emparait d'une ou plusieurs choses héréditaires, il pourrait les usucaper par un an, même les immeubles. Pour empêcher cette usucapion des choses héréditaires, il ne suffisait pas à l'héritier de faire adition, il devait avoir pris possession lui-même des choses de l'hérédité. (Gaïus, II, §§ 52, 53.)

Gaïus dit que cette usucapion accomplie par un possesseur de mauvaise foi, quant aux choses héréditaires, dont l'héritier n'a pas encore pris possession, s'appelle usucapion *pro herede* (Gaïus, § 52) ; mais, en même temps, il l'appelle *usucapio lucrativa*, parce que, au moyen de cette usucapion, on fait sciemment son profit de la chose d'autrui, et il la qualifie aussi d'*improba*. (Gaïus, II, §§ 55, 56.) — Un sénatus-consulte, rendu sur la proposition d'Adrien, décida que ces usucapions seraient révoquées et que l'héritier pourrait, en intentant la pétition d'hérédité (*petitio hereditatis*) contre celui qui a usucapé une chose héréditaire, obtenir cette chose comme si elle n'avait pas été usucapée. (Gaïus, II, § 57.) Cependant, lorsque c'est un héritier nécessaire qui devient héritier de plein droit malgré lui, l'usucapion *pro herede* peut encore avoir lieu. Or l'héritier nécessaire est l'esclave institué héritier par son maître. (Gaïus, II, § 58.)

D'après ce qui précède, on voit que le fait de s'emparer d'une hérédité ou d'une chose héréditaire n'était pas considéré comme un vol par l'ancien droit romain. Mais un sénatus-consulte, rendu sur la proposition de Marc-Aurèle, décida que celui qui, de mauvaise foi, se serait emparé d'une hérédité ou d'un objet héréditaire, avant que l'héritier n'eût fait adition et n'eût pris possession des biens de la succession, serait poursuivi par une action criminelle appelée *crimen expilatæ hereditatis*, les principes de l'ancien droit romain ne permettant pas de donner l'action *furti*. (L. 1 ; L. 2. D. 47, 19.)

921. Dans le dernier état du droit romain, le fait de s'emparer d'une chose héréditaire ne conduit donc plus à l'usucapion. Mais la prescription de trente ans pourra s'accomplir au profit de celui qui se sera emparé d'une chose héréditaire et l'aura possédée pendant trente ans, et lui donnera une exception pour repousser la *petitio hereditatis* de l'héritier. — D'un autre côté, le possesseur de bonne foi d'une chose héréditaire, ayant juste titre, pourra la prescrire par dix ou vingt ans. Exemple : J'ai été institué héritier par un testament révoqué, dont j'ignore la révocation ; j'entre en

possession des choses héréditaires : je pourrai les usucaper par la *præscriptio* de dix à vingt ans.

922. Règle : Personne ne peut se changer à soi-même la cause de sa possession.—Pour comprendre cette règle, il faut supposer qu'une personne possède une chose pour autrui, n'ayant que la *possessio naturalis*. Ainsi le fermier et le locataire possèdent la chose louée pour celui qui la leur a donnée en location, le dépositaire possède pour le déposant, le commodataire (emprunteur à usage) possède pour le commodant. Celui qui possède ainsi pour autrui peut-il, à un moment quelconque, se changer à soi-même la cause de sa possession, c'est-à-dire peut-il transformer sa *possessio naturalis* en possession *cum animo domini*? Peut-il, de possesseur pour autrui, se transformer en possesseur *cum animo domini*? Non. Pourquoi? On pourrait dire : C'est parce qu'il est de mauvaise foi et qu'il n'a pas de juste titre. C'est même ce que disaient nos anciens commentateurs du droit romain, qui ne comprenaient pas même que les jurisconsultes romains eussent pris la peine de poser cette question et de la résoudre. Nos anciens commentateurs sont pardonnables de ne pas avoir compris l'utilité et l'application de cette règle : On ne peut se changer à soi-même la cause de sa possession; parce qu'à l'époque où ils écrivaient, le manuscrit des *Commentaires* de Gaïus, qui indique le cas où cette règle s'appliquait, n'était pas encore découvert. En effet, le cas où la règle : Nul ne peut se changer à soi-même la cause de sa possession, s'appliquait, était le cas de possession et d'usucapion *pro herede*. Voici un homme qui a la *possessio naturalis* d'une chose à titre de locataire, par exemple; le propriétaire qui lui a loué cette chose vient à mourir : peut-il commencer à posséder pour lui-même, *cum animo domini*, la chose héréditaire dont il est locataire et l'usucaper *pro herede*, comme pourrait le faire le premier venu? Non, parce que le locataire, ou tout autre possesseur, n'ayant que la *possessio naturalis*, ne peut se changer à soi-même la cause de sa possession. (L. 2, §. 1. D. 41, 5. L. 33, § 1. D. 41, 3.) Cette règle : Nul ne peut se changer à soi-même la cause de sa possession, s'appliquant aux possesseurs n'ayant que la *possessio naturalis*, avait été faite pour restreindre les effets trop étendus de l'usucapion *pro herede*. En effet, l'héritier eût été dépouillé trop facilement, s'il avait été permis au locataire, au dépositaire, au commodataire d'une chose du défunt, de l'usucaper *pro herede*, comme à tout autre, car le locataire, le dépositaire, le commodataire, étant déjà *in possessione*, il leur eût suffi, pour usucaper *pro herede*, de se changer à eux-mêmes la cause de leur possession.

La règle : On ne peut pas se changer à soi-même la cause de sa

possession, n'a jamais été appliquée dans l'hypothèse suivante : si un homme, ayant commencé à posséder une chose pour une autre, par exemple, à titre de locataire, achète cette chose d'un tiers autre que celui qui la lui a louée, et qu'il regarde comme propriétaire, bien qu'il ait été d'abord *possessor naturalis*, il pourra usucaper, parce que, dans ce cas, la cause de sa possession a été changée, non par lui-même, mais par le fait du tiers qui lui a vendu. La vente faite par le tiers est, pour le *possessor naturalis*, une *juste cause*, qui le constitue possesseur *cum animo domini*. (L. 23, § 1. D. 41, 3.)

923. Usureceptio. — L'*usureceptio* (recouvrement par l'usage) suppose qu'une personne a cessé légalement d'être propriétaire de la chose, et que si, plus tard, elle parvient à remettre la main sur la chose et à la posséder, elle pourra en recouvrer la propriété par la possession (*usu recipere*), c'est-à-dire l'usucaper, quoiqu'elle soit de mauvaise foi, quoiqu'elle sache qu'elle n'en est pas propriétaire, puisqu'elle a cessé de l'être par son propre fait.

924. L'*usureceptio* s'appliquait dans deux cas :

1° Les Romains n'ont pas connu tout d'abord le gage. Pendant longtemps, lorsqu'un débiteur voulait fournir à son créancier une sûreté pour le paiement de sa dette, il n'avait pas d'autre moyen que de lui transférer la propriété d'une chose, à lui appartenant, par mancipation ou *cessio in jure*. Mais comme le débiteur ne voulait pas perdre définitivement la propriété de sa chose, comme il ne l'aliénait à son créancier que comme garantie de sa dette, il faisait avec son créancier, au moment de la mancipation ou de la *cessio in jure*, un contrat de fiducie, par lequel le créancier s'obligeait, pour le cas où il serait payé, à retransférer au débiteur la propriété de la chose fournie comme sûreté. — Malgré ce contrat de fiducie, le créancier était devenu propriétaire de la chose, et, s'il l'aliénait lui-même à un tiers, ce tiers en devenait légitime propriétaire ; le débiteur avait bien une action personnelle résultant du contrat de fiducie, mais comme il ne pouvait l'intenter que contre le créancier, si le créancier était insolvable, cette action ne servait à rien au débiteur ; le débiteur avait donc perdu la propriété de sa chose par suite de la déloyauté du créancier, qui, malgré sa promesse, faite par contrat de fiducie, de remanciper la chose, l'avait aliénée à un tiers. Aussi on avait admis que si le débiteur, ayant payé sa dette à l'échéance à son créancier, parvenait à mettre la main sur sa chose et à la posséder, il pourrait l'usucaper par un an (même un immeuble,) bien qu'il fût de mauvaise foi, bien qu'il sût qu'il n'était plus propriétaire de la chose. — Même avant d'avoir

payé le débiteur, s'il parvenait à reprendre la possession de sa chose, il pouvait l'usucaper, pourvu qu'il ne fût pas rentré en possession du fait du créancier, parce que ce dernier lui aurait loué la chose ou la lui aurait concédée en précaire [1]. Dans ce cas, le débiteur usucapait sa chose, sans avoir payé sa dette; c'est pourquoi l'*usureceptio* était dite lucrative, *lucrativa*.

2° Je suppose qu'une personne se dispose à faire un voyage. Mais elle a un objet précieux auquel elle tient beaucoup et qu'elle ne veut pas laisser perdre en son absence; elle veut, en conséquence, le mettre en sûreté. Si elle le met en *dépôt* chez un de ses amis, l'objet ne sera pas en parfaite sécurité, car s'il est enlevé au dépositaire, le dépositaire, ne devenant pas propriétaire de la chose déposée d'après les règles du droit, ne pourra pas revendiquer l'objet. Pour que cet objet soit plus en sécurité pendant son absence, le propriétaire le mancipe ou le cède *in jure* à un de ses amis, qui en devient propriétaire; mais la mancipation ou la *cessio in jure* est accompagnée d'un contrat de fiducie, par lequel l'ami s'engage à remanciper au déposant la chose après son retour. Puisqu'ici l'ami dépositaire est devenu propriétaire, si l'objet déposé lui est enlevé, il pourra le revendiquer; de sorte que l'objet sera en plus grande sécurité et ne pourra se perdre. Mais si le dépositaire, devenu propriétaire, a la déloyauté d'aliéner à un tiers l'objet déposé, ce tiers deviendra légitime propriétaire; de sorte que l'ancien propriétaire ne pourra pas le revendiquer après son retour; il en aura perdu la propriété. Il aura bien l'action personnelle résultant du contrat de fiducie, mais, si le dépositaire est insolvable, cette action ne lui sera d'aucune utilité. Aussi on vint à son secours et il fut admis que, s'il parvenait à reprendre possession de la chose dont il a été dépouillé, il pourrait l'*usurecipere*, c'est-à-dire l'usucaper par une année de possession (même un immeuble), quoiqu'il sache bien que la chose ne lui appartient plus. — Voici ce que dit Gaïus sur ces deux cas d'*usureceptio* : « Il est encore d'autres cas où quelqu'un usucape sciemment la chose d'autrui. En effet, celui qui a mancipé ou cédé juridiquement à quelqu'un une chose, pour cause de fiducie, s'il rentre en possession de cette chose, peut l'usucaper par un an, quoique la chose soit un immeuble. Cette espèce d'usucapion est appelée *usureceptio*, parce que nous recouvrons (*recipimus*) par usucapion ce qui nous a appartenu autrefois. — Mais comme le

1. Le *precarium* est un contrat par lequel une personne, sur la prière d'une autre personne, lui concède la *possession* d'une chose, sous la condition de la lui reprendre à son gré : « *Precarium est*, dit Ulpien, *quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu quamdiu is qui concessit patitur.* » (L. I, pr. D. 43, 26.)

contrat de fiducie a lieu ou avec un créancier à titre de gage, ou avec un ami, pour que nos choses soient en sûreté chez lui : si c'est avec un ami que la fiducie a eu lieu, l'usuréception a toujours lieu de toute manière (*omnimodo*); au contraire, si c'est avec un créancier, l'usuréception a toujours lieu, quand la dette a été payée; mais, avant le paiement, elle n'a lieu que quand le débiteur n'a pas reçu du créancier cette chose en louage, ou n'a pas prié le créancier de lui en concéder à précaire le possession : dans ce cas, une usucapion lucrative a lieu. » (Gaïus, II, §§ 59, 60.)

925. Usucapio ex prædiatura. — Le fisc a vendu un bien qui lui avait été donné en gage ou hypothéqué par quelqu'un pour sûreté d'une dette. Si l'ancien propriétaire du bien vendu par le fisc parvient à en recouvrer la possession, il en redeviendra propriétaire par usucapion, après deux années de possession. — Sur cette usucapion, Gaïus s'exprime ainsi : « Si le peuple a vendu une chose qui lui a été obligée (*obligatam*), et que le propriétaire en reprenne possession, l'usuréception est admise; mais dans ce cas l'usuréception de l'immeuble s'accomplit par deux ans. C'est ce qu'on appelle vulgairement recouvrer; *ex prædiatura*, la possession par usuréception; car celui qui achète du peuple s'appelle *prédiateur*, *prædiator* (acheteur de fonds). » (Gaïus, II, § 61.)

On voit que Gaïus n'indique pas, comme il l'a fait pour les autres usucapions de mauvaise foi, le motif de cette usucapion *ex prædiatura*. Je ne vois pas qu'on puisse expliquer et justifier cette usucapion *ex prædiatura* autrement qu'en supposant que le bien n'avait pas été hypothéqué au fisc par son propriétaire, mais par un tiers, et que néanmoins, le bien hypothéqué au fisc et vendu par les agents du fisc était valablement aliéné; mais on permettait au propriétaire, s'il en recouvrait la possession, de l'usucaper par deux ans. Je dis que, pour comprendre cette usucapion *ex prædiatura*, il faut supposer que la vente faite par le fisc d'un bien à lui hypothéqué était valable, et faisait acquérir la propriété immédiatement à l'acquéreur. C'est là une supposition très-admissible. En effet, les acquéreurs des biens vendus par le fisc furent très-favorisés par la législation impériale. Ainsi Marc-Aurèle décida que, si le fisc vendait la chose d'autrui (même non hypothéquée au fisc), l'acheteur pourrait, après cinq années de possession, repousser l'action du propriétaire par une exception. — Zénon décida que celui qui recevrait du fisc la chose d'autrui par vente ou par donation en serait propriétaire immédiatement sans avoir besoin de l'usucaper, sauf le recours du propriétaire et des créanciers, ayant hypothèques sur le bien, contre le fisc, pendant quatre ans. Justinien étendit la

décision de Zénon aux biens vendus par la maison de l'empereur ou de l'impératrice, c'est-à-dire il décida que celui qui recevrait, de la maison de l'empereur ou de l'impératrice, le bien d'autrui, en serait propriétaire immédiatement, sauf le recours du propriétaire et des créanciers hypothécaires contre la maison de l'empereur ou de l'impératrice :

§ 14. « Par un édit du divin Marc-Aurèle, il a été décidé que celui qui achèterait du fisc la chose d'autrui pourrait, après cinq années depuis la vente, repousser le propriétaire de cette chose par une exception. Une constitution de Zénon, de glorieuse mémoire, vint favoriser ceux qui reçoivent du fisc quelque chose par vente, par donation ou à tout autre titre, en décidant qu'ils auront aussitôt pleine sécurité et qu'ils seront victorieux, soit qu'ils attaquent, soit qu'ils se défendent. Cependant il est permis à ceux qui croiront avoir des actions, à raison d'un droit de propriété ou d'hypothèque sur les biens aliénés, de les exercer pendant quatre ans contre le sacré trésor. Notre divine constitution, que nous avons promulguée dernièrement, donne, en faveur de ceux qui auront reçu quelque chose de notre maison ou de celle de l'impératrice, la même décision que celle de Zénon sur les aliénations du fisc. »

926. *De la possession.* — Pour usucaper une chose, il faut la posséder *cum animo domini*. Celui qui est *in possessione*, qui possède pour autrui, ne peut pas usucaper. (L. 13 pr. D. 41, 3.) — De plus, pour qu'un possesseur puisse usucaper, il faut que sa possession soit continue, non interrompue, c'est-à-dire qu'il n'ait pas cessé de posséder un seul instant pendant le temps exigé pour l'usucapion. Or sa possession peut être interrompue, soit par un fait volontaire de sa part, parce qu'il abandonne la chose; soit par un fait involontaire de sa part, parce qu'il devient captif, ou parce qu'un tiers s'empare de la chose.

Si le possesseur devient captif de l'ennemi, il cesse d'usucaper, car un esclave ne peut pas posséder pour son propre compte. S'il s'échappe et revient, il ne pourra pas se prévaloir de son ancienne possession, car la possession est un fait; or le *postliminium* ne s'applique pas aux faits. — Mais si, avant d'être captif, il possédait une chose par une personne soumise à sa puissance, par son fils ou son esclave, la captivité n'interromprait point l'usucapion. (L. 12, § 2. D. 49, 15.)

927. Interruption de l'usucapion et de la præscriptio longi temporis. — L'interruption de la possession s'appelle *usurpatio*. Nous allons étudier successivement les règles sur l'interruption d'après le droit civil, d'après le droit prétorien et d'après la législation de Justinien.

928. D'après le droit civil, la possession, et, par suite, l'usucapion, sont interrompues lorsque le possesseur a cessé de posséder,

soit parce qu'il a abandonné volontairement la chose, soit parce qu'il est devenu captif, soit parce qu'un tiers s'est emparé de la chose. Dans ces trois cas, la possession est interrompue ; tout son temps de possession est perdu. Si, plus tard, il rentre en possession de la même chose et est encore de bonne foi, il pourra bien recommencer une possession nouvelle ; mais tout le temps qu'il avait possédé avant l'interruption ne lui comptera pas. (L. 15, § 2. D. 41, 3. — L. 7, § 4. D. 41, 4.)

Mais il faut bien se rappeler que, d'après le droit civil, l'usucapion n'était pas interrompue par la demande en justice, par l'exercice de l'action en revendication du propriétaire contre le possesseur ; de sorte que l'usucapion pouvait s'accomplir pendant l'instance, puisque l'on comptait, pour le calcul du temps exigé pour l'usucapion, même le temps écoulé depuis la demande, depuis la *litis contestatio*. (N° 895, 2°.)

929. Toutefois, bien que l'usucapion se trouve avoir été accomplie pendant l'instance, au moment où le juge rend le jugement, le possesseur doit perdre son procès, si le juge reconnaît que le demandeur était encore propriétaire au jour de sa demande, au jour de la *litis contestatio*, parce qu'il est de règle, dans la procédure romaine, que le juge doit examiner, non pas si la demande est fondée au jour où il rend le jugement, mais si elle était fondée au jour de la demande, c'est-à-dire au jour de la *litis contestatio*. Et cela est juste, car les citoyens ne doivent pas souffrir des lenteurs de la justice. En conséquence, si le demandeur était encore propriétaire au jour où il a intenté son action en revendication, c'est-à-dire au jour de la litiscontestation, en d'autres termes, si l'usucapion n'était pas encore accomplie au jour de la litiscontestation, le juge, s'il eût jugé ce jour-là, eût condamné le défendeur à restituer. Le demandeur ne doit donc pas souffrir de ce que le juge n'a pas rendu le jugement dès le jour de sa demande, et, par suite, il ne doit pas souffrir de ce que le possesseur a eu le temps d'achever l'usucapion. Donc, quand le juge rend son jugement, s'il reconnaît que le demandeur était encore propriétaire au jour où il a formé la demande, au jour de la litiscontestation, le juge condamnera le défendeur, le possesseur, à restituer ; et, si le défendeur s'est mis, par sa faute, dans l'impossibilité de restituer la chose, le juge le condamnera à en payer la valeur au demandeur.

930. Cependant le possesseur qui a usucapé le bien et qui le restitue sur l'ordre ou après la condamnation du juge, en a été propriétaire pendant un certain temps, depuis le moment où, pendant l'instance, il a usucapé, jusqu'au jour où il rend le bien au pro-

priétaire. Peut-être l'a-t-il grevé d'hypothèques ou de servitudes, après l'avoir usucapé et avant de le rendre. Ces hypothèques, ces servitudes, disparaîtront-elles au moment où il rendra le bien à l'ancien propriétaire? Non : elles seront maintenues. Mais nous verrons plus tard que l'ancien propriétaire avait un moyen de se mettre à l'abri des conséquences de ces hypothèques et de ces servitudes. (L. 10. D. 6, 1.)

931. Nous savons que la *præscriptio longi temporis* est de création prétorienne. Or, *d'après le droit prétorien*, la possession conduisant à la *præscriptio longi temporis* pouvait être interrompue de deux manières : 1° par le même fait qui interrompait l'usucapion d'après le droit civil, c'est-à-dire par la perte de la possession, soit parce que le possesseur avait abandonné la possession, soit parce qu'il était devenu captif, soit parce qu'un tiers s'était emparé de la chose; 2° par un mode spécial, c'est-à-dire par la demande en justice, par l'exercice de l'action du propriétaire. En effet, nous avons vu que, dans la formule de l'action en revendication utile d'un fonds provincial, le préteur ou plutôt le président de la province écrivait : « Si le défendeur n'a pas possédé pendant dix ou vingt ans, juge, condamne-le. » Ainsi, si le défendeur n'avait pas possédé pendant dix ou vingt ans au jour de la demande, il était condamné à restituer; donc on ne lui tenait pas compte du temps écoulé depuis le jour de la demande jusqu'au jour du jugement : donc la possession avait été interrompue par la demande en revendication utile. (L. 10. C. 7, 33. N° 895, 2°.)

932. Justinien admit certainement l'interruption résultant de la dépossession du possesseur, qui a lieu lorsque le possesseur a abandonné la chose, est devenu captif, ou lorsqu'un tiers s'est emparé de la chose.

933. Mais une question très-controversée est de savoir si, après la fusion de l'usucapion et de la *præscriptio longi temporis*, il faut dire que l'usucapion-prescription nouvelle est interrompue par la demande en justice, comme l'ancienne prescription prétorienne; ou bien, au contraire, faut-il décider qu'elle n'est pas interrompue par la demande en justice, comme l'ancienne usucapion du droit civil?

1re *opinion*. — Justinien, en opérant la fusion de l'usucapion et de la *præscriptio longi temporis*, ayant conservé les règles de l'ancienne usucapion, il faut décider que l'usucapion-prescription nouvelle n'est pas interrompue par la demande en justice.

2e *opinion*. — Justinien a admis pour l'usucapion-prescription nouvelle l'interruption par la demande en justice. En effet, il a formellement réglé la question pour le cas où l'absence du possesseur

empêcherait la poursuite du propriétaire. Pour ce cas, Justinien a décidé que le propriétaire, dont le bien est possédé par un absent, pourrait, en déposant une protestation entre les mains du magistrat, interrompre la prescription qui court contre lui. (L. 2. C. 7, 40.) Ne peut-on pas conclure de là que Justinien avait admis l'interruption par l'exercice de l'action, lors même que le possesseur n'était pas absent?

934. La question de savoir si, dans la législation de Justinien, il faut appliquer ou non à la nouvelle usucapion-prescription la règle de l'ancienne usucapion, d'après laquelle l'usucapion ne faisait pas disparaître les droits réels, hypothèques, servitudes, dont la chose usucapée était grevée, est également controversée par les interprètes modernes du droit romain. — Les interprètes qui prétendent que Justinien, en fondant ensemble l'usucapion et la *præscriptio longi temporis*, conserva toutes les règles de l'ancienne usucapion, soutiennent, en conséquence, que, même après Justinien, le possesseur qui a possédé un immeuble, avec juste titre et bonne foi, pendant dix ou vingt ans, n'acquiert cet immeuble que grevé des hypothèques dont il est chargé au moment où la prescription a commencé; en d'autres termes, que le possesseur ne peut pas invoquer la prescription de dix ou vingt ans contre les créanciers hypothécaires. — Cette opinion me paraît erronée. Je crois qu'il faut reconnaître, au contraire, qu'à partir de Justinien celui qui a acquis un immeuble par prescription de dix ou vingt ans peut repousser non-seulement l'action du propriétaire, mais encore l'action des créanciers hypothécaires. C'est ce qui résulte clairement des trois textes suivants :

1° D'une constitution de l'empereur Gordien, insérée au Code de Justinien, qui porte : « La prescription de long temps rend inefficace l'action des créanciers qui réclament les gages...; mais lorsque la prescription de long temps est opposée par un possesseur au créancier, celui-ci conserve l'action personnelle contre le débiteur. » (L. 1, C. 7, 36.)

2° D'une constitution de Dioclétien et Maximien, également insérée au Code de Justinien, qui dit : « Si vous avez possédé pendant vingt ans les biens qui vous ont été donnés... ces biens, quoiqu'ils eussent été donnés en gage, ne peuvent pas vous être enlevés. » (L. 2. C. 7, 36.)

3° Il est vrai que ces deux constitutions sont d'empereurs antérieurs à Justinien; mais, par cela seul qu'elles ont été insérées au Code, elles ont force de loi dans la législation de Justinien. D'ailleurs voici une constitution de Justinien lui-même, de laquelle il résulte

bien que celui qui a acquis un immeuble par la prescription de dix ou vingt ans peut repousser, non-seulement l'action du propriétaire, mais encore l'action des créanciers hypothécaires : « Il s'était élevé, chez les anciens, trois difficultés au sujet de la prescription de long temps : la première, à raison de la situation des choses ; la seconde, relativement aux personnes, sur la question de savoir s'il fallait exiger la présence des deux parties ou seulement de l'une d'elles; la troisième, sur la question de savoir si le demandeur, le défendeur et la chose devaient être dans la même province ou dans la même ville. — Nous décidons qu'en cette matière il faut considérer le domicile du demandeur et du défendeur, de sorte que celui qui soulève une question de propriété ou *d'hypothèque*, aussi bien que celui qui possède la chose, aient leur domicile en un seul lieu, c'est-à-dire dans la même province. *Sancimus itaque debere in hujusmodi specie utriusque personæ tam petentis, quam possidentis spectari domicilium : ut tam is qui dominii vel hypothecæ quæstionem inducit, quam is qui res possidet, domicilium habeat in uno loco, id est, in una provincia.* » (L. 12. C. 7, 33.)

935. *Du temps exigé pour l'usucapion.* — J'ai dit déjà que l'usucapion s'accomplit par une année de possession pour les meubles en quelque lieu qu'ils soient situés, et par deux années de possession pour les immeubles situés en Italie. Justinien, en fondant ensemble l'usucapion et la *præscriptio longi temporis*, décida qu'à l'avenir les meubles ne pourraient plus être usucapés que par trois années de possession et les immeubles par dix ou vingt années de possession. (N° 897.)

Justinien décida que l'usucapion ou *præscriptio longi temporis* des immeubles aurait lieu par dix ans entre présents, *inter præsentes*, et par vingt ans entre absents, *inter absentes*, au profit du possesseur de bonne foi et ayant juste titre. L'usucapion-prescription a lieu *inter præsentes*, lorsque le possesseur et le propriétaire du fonds contre lequel il prescrit sont domiciliés dans la même province, sans s'inquiéter de la situation de l'immeuble. L'usucapion-prescription a lieu *inter absentes*, lorsque le possesseur et le propriétaire du fonds contre lequel il prescrit, ne sont pas domiciliés dans la même province. Après dix ou vingt ans de possession, l'usucapion ou prescription fait acquérir la propriété de l'immeuble au possesseur de bonne foi ayant juste titre. (L. 12. C. 7, 33.)

936. Manière de calculer le temps exigé pour usucaper. — Pour calculer le temps de l'usucapion, les Romains ne comptaient pas *de momento ad momentum*, c'est-à-dire d'heure à heure, mais de jour à jour, *de die ad diem*. Le premier jour, celui où commence la pos-

session, ne compte pas; mais le dernier jour compte pour un jour entier, dès qu'il est commencé : « *In usucapionibus, non a momento ad momentum, sed totum postremum diem computamus.* (L. 6. D. 41, 3.) Ainsi, en supposant qu'une usucapion, devant s'accomplir par un an, a commencé à un moment quelconque du 1er janvier, elle sera accomplie dès que l'année sera écoulée, c'est-à-dire à la première minute du 1er janvier suivant.

937. Accessio possessionis. — Pour qu'un possesseur puisse usucaper, il n'est pas nécessaire qu'il ait possédé la chose, pendant tout le temps voulu, par lui-même : il peut rattacher à sa possession la possession du précédent possesseur. C'est ce qu'on appelle *accessio possessionis*. Toutefois cette *accessio possessionis* n'est pas toujours possible. Pour qu'elle soit possible, il faut qu'il y ait entre les deux possesseurs successifs un certain rapport : il faut que le second soit l'ayant cause, le successeur du premier. Or, parmi les successeurs, les uns peuvent être des successeurs universels : ce sont les héritiers et les *bonorum possessores;* les autres peuvent être des successeurs particuliers : ce sont les acheteurs, les donataires, les légataires.

938. La règle sur l'*accessio possessionis* n'est pas la même pour les successeurs universels et pour les successeurs particuliers. En effet, lorsque le second possesseur est un successeur universel, on dit qu'il continue la possession de son auteur. Exemple : Un homme possède une chose; il vient à mourir : son successeur universel, c'est-à-dire son héritier, *continue* la possession de son auteur, telle qu'elle était chez son auteur. Pourquoi ? Parce que, d'après le droit romain, le successeur universel, l'héritier, continue la personne du défunt ; il est, en quelque sorte, le défunt survivant. Or, de même que l'héritier continue la personne du défunt, de même il continue la possession du défunt : donc, si le défunt était de mauvaise foi, l'héritier continue la possession de mauvaise foi du défunt et ne pourra pas plus usucaper, que le défunt ne l'aurait pu lui-même ; à l'inverse, si le défunt était de bonne foi, l'héritier continue encore la possession de bonne foi du défunt et peut usucaper quoiqu'il soit lui-même de mauvaise foi :

§ 12. « L'ancienne possession qui a commencé à être utile au défunt se continue pour l'héritier et pour le *bonorum possessor*, quand même ils sauraient que le fonds est à autrui. Mais si, au commencement de sa possession, le défunt a été de mauvaise foi, la possession ne sert à rien à l'héritier ni au *bonorum possessor*, même de bonne foi. »

939. Au contraire, le successeur particulier, acheteur, donataire, légataire, ne continue pas la possession de son auteur, ven-

deur, donateur, testateur. Aussi, il est probable que les jurisconsultes romains discutaient la question de savoir si un successeur particulier pourrait, pour usucaper, se prévaloir de la possession de son auteur, car les *Institutes* nous apprennent qu'un rescrit de Sévère et Antonin vint décider que l'acheteur pourrait *joindre* à sa possession le temps de possession de son auteur, le vendeur :

§ 13. « Entre le vendeur et l'acheteur, les temps des deux possessions peuvent être joints, d'après un rescrit de Sévère et Antonin. »

940. Ensuite la jurisprudence étendit aux autres successeurs particuliers ce que l'autorité impériale n'avait établi que pour le vendeur et l'acheteur. Mais remarquons que le § 13 ne dit pas que le successeur particulier *continue* la possession de son auteur. Ici il y a *adjonction* et non pas *continuation* de possession. La règle pour le successeur particulier est donc : qu'il peut *joindre* à sa possession la possession de son auteur. Du reste, il ne le peut pas toujours. En effet, si l'auteur était de mauvaise foi, sa possession ne lui comptait pas pour usucaper ; elle ne pourra pas davantage compter au successeur particulier. Dans ce cas, le successeur particulier, par exemple, un acheteur, ne pourra pas joindre à sa possession celle de son auteur, le vendeur ; et, à l'inverse, dans ce cas, le successeur particulier ne sera pas obligé de prendre la possession de son auteur : il ne sera pas empêché d'usucaper, par ce motif, que son auteur ne pouvait pas usucaper ; il pourra commencer une possession nouvelle et usucaper, s'il est de bonne foi. — Pour que le successeur particulier puisse joindre à sa possession la possession de son auteur, il faut que son auteur ait été de bonne foi et que lui-même soit de bonne foi. En un mot, pour qu'un successeur particulier puisse joindre à sa possession celle de son auteur, il faut que les deux possessions soient, toutes les deux, des possessions utiles, c'est-à-dire des possessions de bonne foi.

941. Pour qu'une personne puisse se prévaloir de la possession antérieure d'un autre, il faut qu'elle possède elle-même : *Accessio sine nostro tempore nobis prodesse non potest.* (L. 16. D. *44*, 3.) — Il y avait une exception à cette règle en faveur de l'héritier qui pouvait se prévaloir de la possession de son auteur, sans avoir possédé lui-même : « Il a été décidé, dit le jurisconsulte Nératius, que l'usucapion commencée par le défunt peut se compléter avant l'adition d'hérédité » (L. 40. D. 41, 3) ; de sorte que, quand l'héritier fera adition, la chose se trouvera usucapée. Ainsi un homme possède la chose d'autrui ; il meurt : l'usucapion peut s'accomplir

avant que l'héritier n'ait fait adition ; mais quand l'héritier aura fait adition, il profitera de l'usucapion accomplie, bien qu'il n'ait pas lui-même possédé la chose pendant le reste du temps exigé pour qu'elle fût usucapée. Cette exception, admise en faveur de l'héritier, se justifiait par cette idée que les jurisconsultes romains considéraient l'hérédité jacente, c'est-à-dire l'hérédité dont l'héritier n'a pas encore fait adition, comme représentant la personne du défunt : *Hereditas jacens personam defuncti sustinet ;* de sorte que l'hérédité jacente continuait l'usucapion. — Mais, pour que l'héritier puisse ainsi profiter de l'usucapion s'accomplissant pendant la *jacence* de l'hérédité, il faut que l'usucapion ait été possible, c'est-à-dire il faut qu'un tiers ne se soit pas emparé de l'objet dont l'hérédité continuait l'usucapion, car, alors, il y aurait *usurpatio*, interruption de la possession.

d. De l'aptitude de la chose à être usucapée.

§ 10. « Il faut savoir que la chose ne doit être affectée d'aucun vice, pour que l'acheteur de bonne foi ou celui qui la possède en vertu d'une autre juste cause puisse l'usucaper. »

942. Pour qu'un possesseur de bonne foi et ayant juste titre puisse usucaper, il faut que la chose qu'il possède soit susceptible d'être usucapée. Or nous allons voir que, d'après le droit romain, il y avait des choses qui, ayant une certaine condition, une certaine qualité, n'étaient pas susceptibles d'être usucapées.

943. En principe, toutes les choses qui sont dans le commerce des hommes, qui sont susceptibles de propriété, peuvent être usucapées. Or il y a certaines choses qui ne sont pas dans le commerce des hommes, qui ne sont pas susceptibles de propriété privée, et qui, par suite, ne peuvent pas être usucapées. Telles sont :

1° La liberté de l'homme. En vain un homme libre eût-il été possédé comme esclave pendant un temps très-long, il ne perdrait pas sa liberté et resterait toujours libre.

2° Les choses sacrées, saintes, religieuses, ni les choses publiques, c'est-à-dire les choses du domaine public du peuple et des cités : *usucapionem recipiunt maxime res corporales, exceptis rebus sacris, sanctis, publicis populi romani et civitatum, item liberis hominibus.*

Les biens du domaine privé des villes étaient soumis à la *præscriptio longi temporis*. (Paul, *Sent.*, V, II, § 4.) Quant aux biens du domaine privé du peuple romain, aucun texte ne dit s'ils étaient ou non susceptibles d'usucapion.

§ 1. « Quelquefois, bien que quelqu'un possède de bonne foi une chose, il ne pourra néanmoins, par aucun temps, l'usucaper ; par exemple, si, quelqu'un possède un homme libre, ou une chose sacrée ou religieuse, ou un esclave fugitif. »

3° L'esclave fugitif. Si un esclave s'enfuit de chez son maître, et est possédé par un tiers, il ne peut être usucapé, car il est considéré comme s'étant volé à son maître ; or les choses volées ne peuvent être usucapées. Nous allons voir, en effet, que le vol constitue, pour les choses volées, une qualité vicieuse, un vice, qui en empêche l'usucapion.

4° Les choses données à un gouverneur d'une province. La donation faite à un gouverneur de province est nulle, et les choses à lui données ne pourront être usucapées ni par lui, ni par un tiers, même de bonne foi, qui la tiendrait de lui par vente ou autre juste cause : « *Quod contra legem repetundarum proconsuli vel prætori donatum est non poterit usucapi.* » (L. 8 pr. D. 48, 11.)

5° Les choses volées ou occupées par violence ne peuvent être usucapées. — La loi des Douze Tables défendait déjà l'usucapion des choses volées. Un plébiscite, connu sous le nom de *lex Atinia*, datant du sixième siècle de Rome, renouvela la prohibition de la loi des Douze Tables, en ces termes : « *Quod subreptum erit, ejus rei æterna auctoritas esto.* Contre un objet volé, droit éternel. » (Aulu-Gelle, XVII, 7.) — La loi des Douze Tables et la loi *Atinia* n'avaient défendu que l'usucapion des choses volées. Or le vol ne s'appliquait qu'aux meubles. Une loi *Julia et Plautia* décida que l'usurpation par violence d'un immeuble équivaudrait au vol et empêcherait l'usucapion. (Gaïus, II, 45.)

§ 2. « Les choses volées ou usurpées par violence, même possédées de bonne foi pendant le temps ci-dessus prescrit, ne peuvent être usucapées ; car la loi des Douze Tables et la loi *Atinia* en défendent l'usucapion ; la loi *Plautia et Julia* défend l'usucapion des choses possédées par violence. »

944. Cette règle : Les choses volées ne peuvent être usucapées, n'a pas été faite pour dire que le voleur ne peut pas usucaper. Il est certain que le voleur ne peut pas usucaper la chose qu'il a volée, parce qu'il n'a ni juste titre ni bonne foi. La règle a été faite pour dire que la chose volée devient non susceptible d'être usucapée par qui que ce soit, tant qu'elle restera *res furtiva*. Quand même le voleur la vendrait à un tiers de bonne foi, ce tiers possesseur de bonne foi ne pourrait pas l'usucaper, car la chose est affectée du vice de vol, qui en empêche l'usucapion. — De

même, si un homme s'empare de l'immeuble d'autrui par violence, il est certain qu'il ne peut pas l'usucaper, car il n'a ni juste titre ni bonne foi; mais, en outre, s'il vend et livre l'immeuble à un tiers de bonne foi, ce tiers possesseur de bonne foi ne pourra pas l'usucaper, parce que l'immeuble est affecté du vice de violence, qui en empêche l'usucapion :

§ 3. « Lorsqu'on dit que l'usucapion des choses volées ou possédées par violence est défendue par les lois, cela ne signifie pas que le voleur et le possesseur par violence ne peuvent pas usucaper; car l'usucapion leur est interdite pour un autre motif, parce qu'ils possèdent de mauvaise foi. Cela signifie que nul autre qui, de bonne foi, aura acheté ou reçu d'eux en vertu d'une juste cause, n'aura le droit d'usucaper. De là il résulte que, pour les choses mobilières, l'usucapion a lieu rarement, même pour les possesseurs de bonne foi. En effet, celui qui vend ou livre pour une autre cause la chose d'autrui commet un vol. »

D'après ce texte, il est facile de comprendre que l'usucapion des meubles sera très-rare, même pour les possesseurs de bonne foi. Pourquoi? Parce que de deux choses l'une : ou la chose a été livrée par le véritable propriétaire, et la tradition suffit alors pour en transférer la propriété, sans qu'il y ait besoin d'usucapion; ou la chose est *furtiva*, et l'usucapion n'est pas possible; or d'après le droit romain, le vol était considéré d'une manière très-large : il y avait vol toutes les fois qu'une personne disposait sciemment, frauduleusement, de la chose d'autrui, sans la volonté du propriétaire, pour en retirer un gain. Ainsi, chez les Romains, il y avait vol, non-seulement lorsqu'une personne s'emparait subrepticement de la chose d'autrui, mais encore dans bien d'autres cas : un dépositaire, un locataire, un commodataire vend et livre à un tiers la chose à lui déposée, louée ou prêtée, pour s'en attribuer le prix : il commet un vol.

945. Est-ce à dire que l'usucapion ne pouvait jamais s'appliquer aux meubles? Non. Il y avait des cas où un meuble pouvait être usucapé par un possesseur de bonne foi, parce qu'il n'était pas *res furtiva*. 1° Un héritier trouve dans la succession à laquelle il est appelé un objet qu'il croit appartenir à la succession, mais qui avait été prêté ou loué au défunt, ou qui avait été mis en dépôt chez le défunt; l'héritier s'en croit propriétaire, il le vend et le livre à un tiers de bonne foi. Ici il n'y a pas vol, parce que l'héritier ignore qu'il vend la chose d'autrui; il n'y a pas de sa part *animus furandi, lucri faciendi gratia*. Le tiers possesseur de bonne foi pourra usucaper. 2° L'usufruitier d'une esclave croit que l'enfant dont elle accouche est un fruit; en conséquence, s'en

croyant propriétaire, il le vend et le livre à un tiers de bonne foi. Ce tiers possesseur de bonne foi pourra usucaper l'esclave, qui n'est pas *res furtiva*, car l'erreur de droit de l'usufruitier a supprimé chez lui l'intention de voler, l'*animus furandi*.

Ces deux cas sont indiqués par les textes suivants de notre titre :

§ 4. « Quelquefois, il en est autrement : si un héritier, pensant qu'une chose prêtée ou louée au défunt ou déposée chez lui appartient à la succession, la vend, la donne ou la constitue en dot à quelqu'un qui la reçoit de bonne foi : il n'est pas douteux que celui qui l'a reçue puisse l'usucaper, parce que cette chose n'est pas affectée du vice de vol, attendu que l'héritier qui l'a aliénée de bonne foi comme sienne ne commet aucun vol. »

§ 5. « De même, si celui auquel appartient l'usufruit d'une esclave, croyant que la part de cette esclave lui appartient, le vend ou le donne, il ne commet pas un vol, car il n'y a pas vol sans intention de voler. »

§ 6. « Il peut arriver encore dans d'autres cas que quelqu'un transfère, sans qu'il y ait vol, la chose d'autrui à un autre, qui, par conséquent pourra l'usucaper. »

Par exemple, si un homme se croyant héritier d'une succession ouverte, tandis qu'il n'y est pas appelé, vend un meuble de l'hérédité, il ne commet pas un vol : l'acheteur, s'il est de bonne foi, pourra usucaper. (L. 36, § 1. D. 41, 3.)

L'usucapion s'applique plus facilement aux immeubles, car ils ne sont pas susceptibles d'être volés. Il est vrai que l'usurpation d'un immeuble par violence en empêche l'usucapion. Mais il arrivera souvent qu'un homme entrera, sans violence, en possession de l'immeuble d'autrui.

§ 7. « Quant aux immeubles, l'usucapion a lieu plus facilement. En effet, si quelqu'un s'empare sans violence d'un bien vacant par suite de l'absence ou de la négligence de son propriétaire, bien qu'il possède de mauvaise foi, puisqu'il sait qu'il occupe le fonds d'autrui, cependant s'il livre le fonds à un autre qui le reçoit de bonne foi, celui-ci pourra l'acquérir par usucapion, car le fonds n'est ni volé ni possédé par violence. En effet, l'opinion de quelques anciens qui pensaient qu'il pouvait y avoir vol d'un fonds ou d'un terrain a été rejetée, et il a été décidé par des constitutions impériales qu'une possession longue et non équivoque ne pourrait être enlevée aux possesseurs d'immeubles. »

946. Une chose volée ou possédée par violence ne peut être usucapée, tant que le vice de vol ou de violence dont elle est affectée subsiste. Mais le vice de vol pour les meubles, le vice de violence pour les immeubles peuvent cesser. Le vice de vol ou de violence peut être purgé par le retour de la chose en la possession de son propriétaire, pourvu que le propriétaire sache bien que c'est sa chose qui lui revient. (L. 4, § 12; D. 41, 3. L. 86. D. 47, 2.) — Ce moyen de purger le vice de vol ou de violence a été établi par

la loi *Atinia*. C'est ce que nous apprend le jurisconsulte Paul : « Ce que dit la loi *Atinia*, savoir qu'une chose n'est usucapée que si elle revient dans le pouvoir de celui auquel elle a été volée, doit s'entendre ainsi : que la chose doit revenir dans le pouvoir de son propriétaire et non dans le pouvoir de celui auquel elle a été enlevée; en conséquence, si elle a été enlevée à un créancier ou à celui à qui elle avait été prêtée, elle doit revenir dans le pouvoir de son propriétaire. » (L. 4, § 6. D. 41, 3.)

Le vice de vol une fois purgé, la chose devient susceptible d'usucapion et pourra être usucapée. En effet, supposons que le propriétaire, ayant recouvré sa chose, la loue ou la prête à Titius qui vient à mourir; l'héritier de Titius, ignorant que la chose a été louée ou prêtée à son auteur, croyant qu'elle lui appartient, la vend et la livre à un tiers de bonne foi; celui-ci pourra l'usucaper. C'est ce que veut dire le § 8 de notre titre :

§ 8. « Quelquefois une chose volée ou possédée par violence peut être usucapée : par exemple, si elle est revenue dans le pouvoir de son propriétaire; alors, en effet, le vice purgé, l'usucapion peut avoir lieu. »

947. *e. Possibilité de l'usucapion contre le propriétaire de la chose possédée.* — Il y a certaines personnes dont les biens, d'après le droit romain, ne peuvent être usucapés :

1° Les biens du fisc ne peuvent être usucapés. Sous l'Empire, l'*ærarium*, trésor du peuple, fut confondu avec le trésor de l'empereur, *fiscus* :

§ 9. « Les biens de notre fisc ne peuvent être usucapés. Mais Papinien a écrit que, si les biens vacants n'étaient pas encore dénoncés au fisc, un acheteur de bonne foi peut usucaper un de ces biens à lui livré. Ainsi l'ont décidé, par des rescrits, les empereurs Sévère et Antonin. »

Les biens d'une hérédité vacante, pour laquelle il ne se présente aucun héritier, sont dévolus au fisc; mais, tant que la vacance n'a pas été dénoncée aux agents du fisc, le fisc n'en devient pas propriétaire; dès lors, l'usucapion de ces biens reste possible. (L. 1. D. 49, 14.) En conséquence, si un tiers achète un de ces biens vacants, il peut l'usucaper. (L. 18. D. 41, 3.)

Si l'usucapion ne s'appliquait pas aux biens du fisc, la prescription trentenaire s'y appliquait. — Quant aux biens du domaine privé de l'empereur, ils n'étaient soumis qu'à la prescription de quarante ans. (L. 14. C. 11, 61).

2° A l'époque où les femmes étaient en tutelle perpétuelle, les *res mancipi* d'une femme, livrées par elle sans l'*auctoritas* de son tuteur,

même en vertu d'une juste cause, à un possesseur de bonne foi, ne pouvaient être usucapées. (*Frag. Vatic.*, § 1.)

3° A partir de la loi *Julia de fundo dotali et de adulteriis* (rendue sous Auguste), qui défendit au mari d'aliéner les immeubles dotaux de sa femme, sans le consentement de celle-ci, les immeubles dotaux ne furent plus susceptibles d'être usucapés. (L. 16. D. 23, 5. L. 28 pr. D. 50, 16.)

4° Les biens d'un pupille peuvent-ils être usucapés? Les textes des jurisconsultes romains sur cette question paraissent être en contradiction. En effet, d'une part, quelques jurisconsultes admettent ou supposent que les biens du pupille peuvent être usucapés. Ainsi le jurisconsulte Celsus dit : « Si quelqu'un, gérant les affaires d'un pupille comme tuteur, n'étant pas tuteur en réalité, a vendu une chose du pupille ; si la chose du pupille n'est pas usucapée, le pupille pourra la revendiquer... » (L. 2. D. 27, 5.) Dans ce texte, le jurisconsulte Celsus admet bien que la chose d'un pupille peut être usucapée. De plus, une constitution de Dioclétien et Maximien dit que, si le bien d'un mineur a été usucapé il obtiendra la *restitutio in integrum*. (L. *un*. C. 2, 36.) — Mais, d'un autre côté, le jurisconsulte Paul, après avoir dit « que le possesseur de bonne foi acquiert les fruits de la chose qu'il possède, » ajoute « qu'il les acquiert, que la chose qu'il possède de bonne foi soit susceptible ou non d'être usucapée, par exemple, si elle appartient à un pupille ou si elle est possédée par violence, ou si elle a été donnée à un gouverneur de province contrairement à la loi contre les concussions, et aliénée par celui-ci à un acheteur de bonne foi ». (L. 48 pr. D. 41, 1.) Ainsi, d'après ce texte du jurisconsulte Paul, la chose du pupille ne pourrait pas plus être usucapée qu'une chose volée ou occupée par violence ou donnée à un gouverneur de province. — Mais tous les interprètes du droit romain s'accordent pour dire que le mot *pupilli*, qui se trouve dans ce texte de Paul, y a été inséré, par erreur, soit par les compilateurs du *Digeste*, soit par les copistes, à la place du mot *populi*, car on trouve l'expression τοῦ δήμου (du peuple) dans le passage correspondant du texte des *Baziliques*. — Du reste, si cette substitution du mot *pupilli* au mot *populi* n'était pas vraie, le jurisconsulte Paul serait en contradiction avec lui-même, car, dans un autre texte qui nous est parvenu, il dit : « Si la chose du pupille a été volée, il suffit, pour que le vice de vol soit purgé, qu'elle revienne dans la maison du pupille, pourvu que le tuteur le sache. » (L. 4, § 11. D. 41, 3.) Supposer que le vice est purgé par le retour de la chose volée dans la maison du pupille, c'est bien supposer que la chose du pupille, une fois le vice purgé, pourra

être usucapée. C'est aussi ce que dit le jurisconsulte Julien : « Si le tuteur a volé la chose de son pupille et l'a vendue, l'usucapion n'a pas lieu avant qu'elle ne soit revenue au pouvoir du pupille. » (L. 7, § 3. D. 41, 4.) Donc elle pourra être usucapée après son retour dans le pouvoir du pupille.

Il faut donc admettre que, d'après l'ancien droit civil romain, les biens du pupille pouvaient être usucapés. Mais le droit prétorien accordait la *restitutio in integrum* au pupille et au mineur de vingt-cinq ans dont la chose avait été usucapée. Les empereurs Dioclétien et Maximien confirmèrent cette décision du droit prétorien en accordant aussi la *restitutio in integrum* au pupille et au mineur de vingt-cinq ans dont le bien avait été usucapé. (L. *un.* C. 2, 36. L. 2. C. 2, 25.) — Nous avons vu qu'un sénatus-consulte rendu sous Septime Sévère décida que les *prædia rustica* et *suburbana* des pupilles et des mineurs de vingt-cinq ans ne pourraient plus être aliénés sans un décret spécial du préteur. (N^os^ 661, 743) De cette défense d'aliéner ces immeubles sans l'autorisation du magistrat résulta l'impossibilité de l'usucapion pour ces immeubles.

948. A l'époque de Justinien, aucune prescription, même celle de trente ans, ne court contre les impubères. (L. 3. C. 7, 39.) Quant aux mineurs de vingt-cinq ans, toutes les prescriptions, s'accomplissant par moins de trente ans, courent contre eux; mais la prescription trentenaire ne courra pas contre eux; et cela se comprend, car la prescription trentenaire peut être invoquée même par un possesseur de mauvaise foi : or il n'eût pas été juste de permettre à un possesseur de mauvaise foi d'invoquer une prescription, même de trente ans, contre un mineur de vingt-cinq ans. (L. 5. C. 2, 41. L. 3. C. 7, 35.)

On verra que le possesseur de bonne foi d'une chose non susceptible d'être usucapée en gagne néanmoins les fruits, tant qu'il reste de bonne foi. (N° 989.)

Appendice : de l'accession.

949. Aux sept modes d'acquérir que nous venons d'étudier, on en ajoute souvent un huitième, qui se rattacherait au droit des gens, l'*accession*, laquelle consiste en général à acquérir une chose comme *accessoire* d'une autre chose qui nous appartient déjà. On s'est demandé si l'accession est, en droit et à proprement parler,

un mode d'acquérir, ou si ce n'est qu'une extension du droit de propriété. La question présente peu d'intérêt pratique; toutefois, comme ce mode anonyme d'acquérir ne figure dans aucune énumération, et qu'il n'a pas même un nom spécial pour le désigner (car *accessio* s'applique uniquement à la chose accessoire), nous l'étudions en *appendice;* il était difficile, en effet, de faire rentrer tous les cas, qui se groupent sous le nom d'*accession*, soit dans les modes d'acquérir du droit des gens, soit dans les modes d'acquérir du droit civil; le *trésor* notamment, que l'on considère comme un des cas d'accession, s'acquiert bien par occupation (droit des gens), mais aussi *ex lege* (droit civil). C'est même dans l'acquisition *ex lege* que M. Accarias a étudié *le trésor*.

950. *A*. Théorie générale de l'accession. — L'accession est la réunion de deux choses unies entre elles de manière à ce qu'elles ne forment plus qu'un seul objet.

L'accession est un mode d'acquérir la propriété d'après le droit français. (Art. 712, C. C.) Mais la question de savoir si l'accession a été un mode d'acquérir la propriété, chez les Romains, a été et est encore controversée par les interprètes du droit romain. Ce qui est certain, c'est que le mot *accessio*, qui se rencontre dans les textes du droit romain, ne désigne pas un mode d'acquérir la propriété. Ce mot désigne simplement le fait de la réunion de deux choses.

Recherchons néanmoins si le fait appelé *accession*, c'est-à-dire la réunion de deux choses, a été ou non un mode d'acquérir la propriété d'après le droit romain.

951. Pour que la question se présente, il faut supposer que deux choses appartenant à deux propriétaires différents ont été réunies ensemble de manière à ne plus former qu'un seul objet. — Rationnellement, comprend-on que cette réunion de deux choses, faite sans la volonté des deux propriétaires ou sans la volonté de l'un d'eux, puisse avoir pour conséquence de dépouiller l'un des propriétaires, sans son consentement, de la propriété de sa chose au profit de l'autre propriétaire, qui deviendrait ainsi propriétaire de l'objet total, formé des deux choses réunies? Évidemment non, parce que l'accession serait contraire au principe de la perpétuité de la propriété. Nous avons vu, en effet, que la propriété, chez les Romains, est perpétuelle en ce sens qu'un propriétaire ne peut être dépouillé de sa propriété sans son consentement. Aussi, comme nous le verrons par plusieurs textes de notre titre, l'accession, c'est-à-dire la réunion de deux choses appartenant à deux propriétaires, opérée sans leur volonté ou sans la volonté de l'un d'eux,

n'était pas le plus souvent un mode d'acquérir la propriété; que néanmoins, dans quelques cas, l'accession était forcément un mode d'acquérir la propriété.

Supposons que deux choses, appartenant à deux propriétaires différents ont été réunies sans leur consentement ou, au moins, sans le consentement de l'un d'eux, alors deux hypothèses peuvent se présenter :

952. 1re *hypothèse.* — Les deux choses ont été réunies de telle manière qu'elles sont encore reconnaissables, que chacune d'elles a conservé son existence distincte; par exemple, si un bras d'airain a été joint à une statue d'airain par l'intermédiaire d'un métal étranger, tel que du plomb, il est facile de reconnaître le point de jonction et de distinguer les deux choses. Les jurisconsultes disent qu'en pareil cas il y a *plumbatura;* que chacun des propriétaires a une action, appelée action *ad exhibendum*, qu'il peut intenter contre celui qui détient l'objet total pour le forcer à exhiber, c'est-à-dire à séparer sa chose de l'autre, et ensuite il peut *revendiquer* sa chose. En pareil cas, l'accession ne sera pas un mode d'acquérir la propriété pour aucun des propriétaires, puisque chacun d'eux peut, au moyen de l'action *ad exhibendum*, faire séparer les deux choses et revendiquer la sienne. (L. 23, § 5. D. 6, 1.)

953. 2e *hypothèse.* — Deux choses appartenant à deux propriétaires différents ont été réunies sans leur consentement ou sans le consentement de l'un d'eux; mais ces deux choses se trouvent réunies de telle manière qu'elles ne sont plus reconnaissables : l'une a été absorbée par l'autre, de sorte qu'elle n'a plus son individualité distincte. Par exemple, un bras d'airain appartenant à une personne a été soudé à la statue d'airain d'une autre personne en les chauffant, en les battant ensemble, de manière à les unir sans qu'on puisse reconnaître le point de jonction. Ici les deux objets n'en font plus qu'un. Le bras d'airain est absorbé et incorporé dans la statue d'airain. Le maître de la statue devient propriétaire du bras, et, quand même le bras viendrait plus tard à être séparé, il en resterait propriétaire : « Si quelqu'un, dit le jurisconsulte Paul, a ajouté la chose d'un autre à la sienne, de manière qu'elle en devienne une partie, comme s'il a ajouté à sa statue un bras ou un pied appartenant à autrui, à sa coupe une anse ou un fond, à son candélabre une figurine, ou à sa table un pied, il devient propriétaire de la chose totale et il soutiendra avec raison que la statue ou la coupe est sienne; c'est ce que disent la plupart des auteurs. » (L. 23, § 2. D. 6, 1.) — En pareil cas, les jurisconsultes romains disent qu'il y a *ferruminatio* et que dans la chose absorbante se trouve la *præva-*

lentia. — Puisque la chose absorbée n'est plus reconnaissable, son propriétaire ne peut plus intenter l'action *ad exhibendum* pour faire séparer sa chose et ensuite la revendiquer : *Res extincta vindicari non potest.* Or une *res* est *extincta* dès qu'elle a perdu son individualité distincte. Dans cette seconde hypothèse, le propriétaire de la chose absorbée a forcément perdu la propriété de sa chose et le propriétaire de la chose absorbante est devenu propriétaire de l'objet total, y compris la chose absorbée. Il faut donc bien reconnaître qu'en pareil cas l'accession est un mode d'acquérir la propriété pour le propriétaire de la chose absorbante. — Il faut donc admettre qu'en cas de *plumbatura* l'accession n'est pas un mode d'acquérir la propriété, et qu'en cas de *ferruminatio* elle est un mode d'acquérir la propriété pour le propriétaire de la chose absorbante, et, par suite, une exception au principe de la perpétuité de la propriété.

Mais le propriétaire de la chose absorbée va-t-il être dépouillé de sa propriété sans indemnité? Évidemment non : ce serait inique. Quel moyen aura-t-il pour se faire indemniser? Il faut distinguer : si c'est lui, propriétaire de la chose absorbée, qui se trouve en possession de l'objet total, lorsque le propriétaire de la chose absorbante viendra revendiquer contre lui l'objet total, comme il en a le droit, le propriétaire de la chose absorbée lui opposera l'exception *doli mali*, il lui dira : Il y a dol de votre part à revendiquer une chose entière, composée en partie d'une chose qui m'appartenait ; indemnisez-moi de la valeur de ma chose et je vous rendrai l'objet total. « Dans tous les cas où ma chose, par prépondérance, *per prævalentiam*, attire à elle la chose d'autrui et la rend mienne, si je la revendique, je serai forcé, par l'exception de dol, à payer le prix de ce qui y a accédé. » (L. 23, § 4. D. 6, 1.)

Que si l'objet total est possédé par le propriétaire de la chose absorbante, le propriétaire de la chose absorbée a besoin d'une action pour se faire indemniser. Quelle action intentera-t-il? Il ne peut pas intenter l'action *ad exhibendum* pour faire séparer sa chose et ensuite la revendiquer, puisqu'elle est absorbée. Quelle action aura-t-il donc? Il faut distinguer : 1° si la réunion des deux choses a été faite de bonne foi par le propriétaire de la chose absorbante, le propriétaire de la chose absorbée aura contre lui une action *in factum* par laquelle il obtiendra la valeur de sa chose : « Dans tous les cas où ni l'action en exhibition ni l'action en revendication n'a lieu, une action *in factum* est nécessaire » (L. 23, § 5. D. 6, 1) ; 2° si la réunion des deux choses a été faite de mauvaise foi, le propriétaire de la chose absorbée pourra intenter l'action *ad exhibendum* contre celui qui a fait la réunion de mauvaise foi. Mais, peut-on objecter,

l'action *ad exhibendum* ne peut pas être intentée ici, puisqu'il s'agit d'un cas de *ferruminatio* : les deux choses ne sont pas séparables. C'est vrai, mais néanmoins l'action *ad exhibendum* peut être exercée au cas où la réunion des deux choses a été faite de mauvaise foi. En effet, il faut savoir que l'action *ad exhibendum* peut être intentée non-seulement contre celui qui détient la chose d'autrui reconnaissable, pour le forcer à la représenter, mais encore contre celui qui s'est mis par son dol dans l'impossibilité de représenter la chose. — Qu'est-ce que le propriétaire de la chose absorbée obtiendra par l'action *ad exhibendum*, dans ce cas? Il obtiendra d'abord la valeur de sa chose, et, de plus, le montant de l'intérêt qu'il avait à ne pas en être privé, le tout apprécié par lui-même sous la foi du serment. (L. 7, §§ 1, 2. D. 10, 4.) — Enfin, toutes les fois que la chose absorbée aura été volée avant d'être réunie à une autre, son propriétaire aura contre le voleur, quel qu'il soit, l'action *furti* par laquelle il le fera condamner à payer, à titre de peine, le quadruple du montant de l'intérêt qu'il avait à n'être pas volé, si le vol a été manifeste, et le double du montant de l'intérêt qu'il avait à n'être pas volé, si le vol a été non manifeste; de plus, en cas de vol, le propriétaire de la chose volée et absorbée dans une autre a encore une action appelée la *condictio furtiva*, pour obtenir la valeur de sa chose, contre le voleur et ses héritiers, et même contre certains autres possesseurs : « Celui à qui ont appartenu la matière et la substance a l'action *furti* contre le voleur et il a, en outre, contre celui-ci, la *condictio*, parce que les choses détruites, bien qu'elles ne puissent pas être revendiquées, peuvent cependant être répétées par *condictio* contre les voleurs et *quelques autres possesseurs*. » (Gaïus, II, § 79, *in fine*.) Quels sont ces autres possesseurs? Ce sont les possesseurs de mauvaise foi et même les possesseurs de bonne foi qui tiennent la chose du voleur. Cependant, lorsque le propriétaire dépouillé intente la *condictio* contre un possesseur de bonne foi qui a absorbé la chose volée dans la sienne, la *condictio* n'est plus qualifiée *furtiva;* elle s'appelle simplement *condictio*.

954. Ces notions générales étant connues, je vais passer en revue les divers cas compris dans les textes de notre titre et désignés sous le nom d'accession par les interprètes, en indiquant les cas dans lesquels l'accession est un mode d'acquérir la propriété.

B. Droit du propriétaire sur ce que produit sa chose.

§ 19. « Les petits nés des animaux soumis à ta propriété te sont acquis en vertu du droit naturel. »

955. D'après ce texte, les petits, nés d'un animal, appartiennent

au propriétaire de l'animal. Est-ce en vertu d'une accession? Évidemment non ; ici, il ne peut pas y avoir accession, puisque l'accession est la réunion de deux choses : or il y a séparation : séparation des petits et de la mère. Si le propriétaire des animaux devient, dans notre hypothèse, propriétaire des petits de ses animaux, ce n'est pas par accession, c'est en vertu de son droit de propriété sur ses animaux. En effet, il est de principe que le propriétaire d'une chose devient propriétaire de tout ce qui est produit par sa chose. Le propriétaire d'un fonds de terre devient, en vertu de son droit de propriété sur ce fonds, propriétaire de tous les fruits produits par son fonds. (§ 32 de n. t.) De même, le propriétaire d'animaux devient, en vertu de son droit de propriété sur ses animaux, propriétaire du croît, c'est-à-dire des petits de ses animaux. De même, le propriétaire d'une esclave devient, en vertu de son droit de propriété sur cette esclave, propriétaire de l'enfant (*partus*) dont elle accouche. Si le mâle et la femelle appartiennent à deux propriétaires différents, le croît appartient toujours au propriétaire de la femelle. (L. 5, § 2. D. 6, 1.) De même l'enfant d'une esclave appartient toujours au maître de la mère.

956. *Remarque.* — Si la chose est possédée par un tiers de bonne foi, si elle est soumise à un droit d'usufruit ou donnée à ferme, les fruits appartiennent à celui qui possède matériellement la chose, *animo domini* ou à titre précaire, et non au propriétaire. Toutefois, les enfants de l'esclave appartiennent, dans tous les cas, au véritable propriétaire de l'esclave. On en donne pour raison, peu décisive selon moi, que l'enfant de l'esclave n'est pas un fruit proprement dit, parce qu'on n'achète pas une esclave dans le but de la faire produire.

957. *C.* ACCESSION RÉSULTANT DU VOISINAGE D'UN FLEUVE, RIVIÈRE, ETC. — *a. De l'alluvion.*

§ 20. « Ce qu'un fleuve ajoute à ton fonds par alluvion t'appartient d'après le droit des gens. L'alluvion est un accroissement insensible. On regarde comme ajouté par alluvion ce qu'un fleuve ajoute peu à peu à notre fonds, si insensiblement que nous ne pouvons apprécier la quantité ajoutée à chaque moment. »

957. L'alluvion est un accroissement, une augmentation insensible, qui se produit lentement, à un fonds riverain d'un fleuve, soit parce que ce fleuve, se retirant peu à peu sur l'autre rive, laisse ce fonds à découvert, soit parce que le fleuve dépose insensiblement sur le bord du fonds quelques parcelles de terres qu'il charrie dans son cours. (Gaïus, II, § 70.) Le propriétaire, dont le fonds riverain se trouve ainsi augmenté insensiblement, devient propriétaire de la

partie de terre ajoutée peu à peu à son fonds. L'alluvion est donc un cas d'accession faisant acquérir la propriété.

A l'époque des jurisconsultes classiques, l'alluvion qui s'ajoutait à un fonds riverain d'un fleuve n'appartenait pas toujours au propriétaire du fonds. L'alluvion n'appartenait pas au propriétaire du fonds quand elle s'accroissait à un *ager limitatus*. C'est ce que nous apprend le jurisconsulte Florentinus : « Pour les *agri limitati*, il est certain que l'alluvion n'a pas lieu. C'est ce qu'a décidé Antonin le Pieux. Et Trébatius dit que le fonds, qui a été abandonné aux ennemis vaincus, est susceptible d'alluvion et n'est point un *ager limitatus;* c'est le fonds dont le peuple romain s'est emparé qui est *limitatus*, limité, de manière qu'on sait ce qui a été donné à chacun, ce qui a été vendu, ce qui est resté *public.* » (c'est-à-dire ce qui appartient à l'État). (L. 16. D. 41, 1 — N° 857.)

Le § 20 de notre titre ne dit pas que les *agri limitati* ne sont pas susceptibles d'alluvion, parce que la distinction des *agri limitati* et des *agri arcifinales* a disparu depuis longtemps à l'époque de Justinien. Aussi, dans le dernier état du droit romain, tous les fonds sont susceptibles d'alluvion.

§ 21. « Si la violence d'un fleuve a détaché une partie de ton fonds et l'a portée près du fonds de ton voisin, il est évident qu'elle continue à t'appartenir. Mais si, pendant longtemps, elle reste adhérente au fonds de ton voisin et si les arbres qu'elle a entraînés avec elle poussent des racines dans le fonds voisin, à partir de ce moment, *videntur vicini fundo acquisitæ esse.* »

Lorsque les arbres qui se trouvent dans la portion de terrain enlevée ont poussé leurs racines dans le fonds voisin, qu'est-ce qui est acquis au propriétaire de ce fonds ? La partie du fonds enlevée et les arbres, ou seulement les arbres ?

1re *opinion.* — Le propriétaire de la portion enlevée en reste propriétaire, même après que les arbres qu'elle a entraînés ont poussé des racines, parce que Justinien, au § 21 de notre titre, dit d'une part : Si le fleuve a entraîné une portion de votre terrain et l'a jointe au fonds du voisin, il est certain que *vous restez propriétaire ;* et, d'autre part, il dit que, si cette portion est restée pendant longtemps adhérente au fonds du voisin, et si les arbres qu'elle a entraînés avec elle ont poussé leurs racines dans le fonds, les arbres seuls appartiennent au propriétaire du fonds voisin, « en vertu de ce principe que, chez les Romains, l'arbre appartient toujours au propriétaire du fonds dans lequel se trouvent ses racines, dans lequel il se nourrit. » (M. Demangeat, *Cours élémentaire de droit romain*, t. I, p. 462.)

2e *opinion.* — La partie enlevée et les arbres qui s'y trouvent

appartiennent au propriétaire du fonds voisin auquel la portion du fonds enlevée s'est jointe. C'est ce que Gaïus décide en termes formels : « Si la violence d'un fleuve a détaché une partie de ton fonds et l'a jointe au mien, il est évident qu'elle reste tienne. Cependant si elle est restée longtemps adhérente à mon fonds et si les arbres qu'elle a entraînés avec elle ont poussé des racines dans mon fonds, à partir de ce moment elle est acquise à mon fonds : *Ex eo tempore videtur meo fundo adquisita esse.* » (L. 7, § 2. D. 41, 1.) Ainsi, d'après Gaïus, c'est la partie enlevée, et avec elle les arbres, qui est acquise au propriétaire du fonds voisin. Rien dans le texte de notre § 21 n'indique que Justinien a entendu changer cette règle ; au contraire, comme on l'a remarqué, les expressions : *Ex eo tempore videntur vicini fundo adquisitæ* se rapportent non-seulement au mot *arbores*, qui les précède immédiatement, mais encore aux mots *pars fundi*, qui se trouvent au commencement du § 21.

958. *b. De l'acquisition des îles nées dans les fleuves.*

§ 22. « L'île qui naît dans la mer, ce qui est rare, appartient au premier occupant, parce qu'elle est chose *nullius*. L'île qui naît dans un fleuve, ce qui arrive fréquemment, appartient en commun, si elle occupe le milieu du fleuve, à ceux qui, de chaque côté du fleuve, sur la rive, possèdent des fonds, en proportion de l'étendue de chacun de ces fonds le long de la rive. Que si l'île est plus rapprochée de l'une des rives, elle appartient seulement à ceux qui possèdent des fonds sur cette rive. Au contraire, lorsqu'un fleuve, se divisant sur un point de son cours et se réunissant plus bas, entoure un fonds en forme d'île, ce fonds continue à appartenir à son propriétaire. »

Pour savoir à qui appartient l'île formée dans un fleuve, il faut supposer une ligne longitudinale tracée au milieu du fleuve. Si l'île tout entière se trouve à droite de cette ligne, l'île appartiendra aux riverains de droite ; si elle se trouve tout entière à gauche de la ligne, elle appartiendra aux riverains de gauche. Que si elle est coupée en deux par la ligne longitudinale tracée par le milieu du fleuve, la partie de l'île qui se trouvera à droite de la ligne appartiendra aux riverains de droite, la partie de l'île qui se trouvera à gauche de la ligne appartiendra aux riverains de gauche. — C'est ce que Gaïus exprime très-clairement : « Si une île se forme *au milieu* d'un fleuve, elle est commune entre tous ceux qui possèdent les fonds le long de la rive, de chaque côté. Si elle n'est pas au milieu du fleuve, elle appartient à ceux qui ont des fonds sur la rive la plus rapprochée. » (Gaïus, II, § 72.) — Mais dans quelle proportion l'île ou la portion de l'île afférente à la rive droite, par exemple, appartiendra-t-elle aux divers propriétaires qui, sur la rive droite, ont des fonds situés en face de l'île ? Il faudra abaisser de chaque point de séparation des fonds une ligne perpendiculaire

Quant à la question d'indemnité, il faut distinguer :

1° Si j'ai planté sur mon terrain un arbre qui vous appartient, je serai tenu d'une revendication *utile*.

2° Si j'ai planté un arbre qui m'appartient dans votre terrain, que je possède de bonne foi, je pourrai opposer à votre revendication l'exception *de dol*, pour que vous ne vous enrichissiez pas à mes dépens.

Dans ces différentes hypothèses, on a fait abstraction du cas où l'arbre transplanté aurait été volé, car avec cette circonstance il y aurait lieu à *l'actio furti* ou à la *condictio furtiva*.

980. *Semences dans le fonds d'autrui.*

§ 32. « Par la même raison, les grains semés dans un fonds accèdent à ce fonds. Mais, de même que celui, qui a construit sur le fonds d'autrui, peut repousser, par l'exception de dol, le propriétaire qui lui réclame l'édifice; de même celui, qui a ensemencé, à ses frais et de bonne foi, le fonds d'autrui, est protégé aussi par l'exception de dol. »

981. *c. De l'acquisition du trésor.*

§ 39. « Le divin Adrien, suivant l'équité naturelle, décida que les trésors qu'une personne trouverait dans son fonds appartiendraient à cette personne. Il donna la même décision pour les trésors trouvés dans un lieu sacré ou religieux. Si quelqu'un trouve un trésor dans le fonds d'autrui, sans le chercher, mais par hasard, Adrien en attribue la moitié au propriétaire du sol. Et, conformément à cette règle, il décida que si quelqu'un trouve un trésor dans un fonds de César, la moitié du trésor appartiendra à l'inventeur et la moitié à César. En conséquence, si quelqu'un trouve un trésor dans un lieu appartenant au fisc ou à une cité, la moitié du trésor sera à l'inventeur, la moitié au fisc ou à la cité. »

« Le trésor, dit le jurisconsulte Paul, est un dépôt ancien d'argent ou de choses précieuses dont on n'a plus souvenir et qui n'a plus de propriétaire : *thesaurus est vetus depositio, cujus non exstat memoria, ut jam dominum non habeat.* » (L. 31, § 1. D. 41, 1.)

Celui qui trouve un trésor dans son fonds en devient propriétaire.

Celui qui trouve un trésor dans un terrain sacré ou religieux en devient propriétaire, pourvu qu'il l'ait trouvé par hasard et sans le chercher.

Que si un trésor est trouvé par une personne dans le fonds d'autrui, la moitié appartiendra par occupation à l'inventeur, c'est-à-dire à celui qui l'a trouvé, et l'autre moitié au propriétaire du fonds par accession.

982. *d. De l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi.*

§ 35. « Si quelqu'un a, de bonne foi, acheté ou reçu, par suite d'une donation ou pour toute autre juste cause, un fonds d'une personne qui n'en était

pas propriétaire, mais qu'il croyait propriétaire, il a été admis, d'après les principes du droit naturel, que les fruits qu'il recueille lui appartiennent à raison de la culture et de ses soins. En conséquence, si, plus tard, le propriétaire revendique le fonds, il ne pourra pas demander les fruits consommés par le possesseur. Mais la propriété des fruits n'a pas été accordée à celui qui possède sciemment le fonds d'autrui : aussi, avec le fonds, il doit restituer les fruits et même la valeur de ceux qui sont consommés. »

983. Nous avons vu que la tradition transfère la propriété à trois conditions : 1° que celui qui livre soit propriétaire; 2° qu'il ait la capacité d'aliéner; 3° que la tradition soit faite en vertu d'une juste cause. Nous savons que la juste cause est un acte juridique qui révèle chez celui qui livre la chose l'intention de l'aliéner et chez celui qui la reçoit l'intention de l'acquérir, comme une vente, une donation, un paiement, une constitution de dot. (N° 860.)

984. J'ai dit que celui auquel une chose est livrée, même en vertu d'une juste cause, mais par une personne qui n'en est pas propriétaire, n'acquiert point la propriété de la chose, il n'en acquiert que la possession; que, s'il est de bonne foi, c'est-à-dire s'il ignore au moment de la tradition que la personne qui lui livre la chose n'en est pas propriétaire, il s'appelle *possesseur de bonne foi;* que, s'il est de mauvaise foi, c'est-à-dire s'il sait, au moment de la tradition, que la personne qui lui livre la chose n'en est pas propriétaire, il s'appelle *possesseur de mauvaise foi.* — En d'autres termes, le possesseur de bonne foi est celui qui possède une chose, et qui est persuadé que cette chose lui appartient. Le possesseur de mauvaise foi est celui qui possède une chose, sachant bien qu'elle ne lui appartient pas.

985. D'après le § 35 de notre titre, le possesseur d'une chose, s'il est de bonne foi, en acquiert les fruits; s'il est possesseur de mauvaise foi, il ne les acquiert pas. On entend par *fruits* ce qu'une chose est destinée par sa nature à produire et à reproduire périodiquement.

Comment expliquer que le possesseur de bonne foi devienne propriétaire des fruits d'une chose qui ne lui appartient pas? Le droit romain lui accordait la propriété des fruits, parce qu'il se croyait propriétaire de la chose, et on le considérait comme tel, parce qu'il avait juste motif de se croire propriétaire. Aussi, au point de vue des fruits, la législation romaine l'assimilait au propriétaire et c'est à raison de cette assimilation qu'il gagnait les fruits : « Le possesseur de bonne foi, dit le jurisconsulte Julien, a sur les fruits qu'il recueille le même droit qui est attribué aux propriétaires. *Porro bonæ fidei possessor in percipiendis fructibus id juris habet, quod dominis prædiorum tributum est.* » (L. 25, § 1.

D. 22, 1.) — Mais ce n'est qu'au point de vue des fruits que le possesseur de bonne foi était assimilé à un propriétaire. Comme le propriétaire, le possesseur de bonne foi devient propriétaire des fruits dès qu'ils sont séparés du sol, avant même qu'il les ait appréhendés : il n'a pas besoin, à la différence de l'usufruitier, d'en prendre possession pour les acquérir. (L. 25, § 1. D. 22, 1.)

986. Le motif de cette acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi est très-juste. En effet, les fruits sont destinés à être consommés. Le possesseur de bonne foi les ayant consommés, parce qu'il s'en croyait propriétaire, ce serait le ruiner ou au moins lui imposer une gêne considérable que de l'obliger à restituer la valeur de ces fruits consommés, quand, plus tard, le propriétaire du fonds viendrait le revendiquer contre lui. — Quant aux fruits non encore consommés au moment où le propriétaire du fonds revendique, il y a controverse, entre les interprètes du droit romain, sur la question de savoir si, à l'époque des jurisconsultes classiques, le possesseur était tenu de restituer au revendiquant les fruits par lui recueillis, mais non encore consommés, comme il en est certainement tenu à l'époque de Justinien.

987. Il est facile de démontrer qu'au temps des jurisconsultes classiques le possesseur de bonne foi n'était pas tenu de restituer les fruits existants, c'est-à-dire les fruits perçus par lui et non encore consommés avant la revendication du propriétaire du fonds, avant la *litis contestatio* [1]. C'est ce qui résulte de plusieurs textes de divers jurisconsultes : « Il est certain, dit Paul, que l'acheteur de bonne foi, en recueillant les fruits, même de la chose d'autrui, les fait siens en attendant, parce que, en ce qui concerne les fruits, il est presque à la place du propriétaire. Aussi, même avant la perception, dès qu'ils sont séparés du sol, ils appartiennent à l'acheteur de bonne foi. » (L. 48 pr. D. 41, 1.) Voici un autre texte de Julien, qui est encore plus formel : « ..... Le possesseur de bonne foi a, quant aux fruits qu'il recueille, le même droit qui est attribué aux propriétaires des immeubles. De plus, comme les fruits, quel que soit celui qui les a semés, appartiennent à l'usufruitier, à plus forte raison cela doit-il être admis pour les possesseurs de bonne foi qui ont plus de droits sur les fruits à percevoir, puisque les fruits n'appartiennent pas à l'usufruitier avant qu'il ne les ait perçus, tandis qu'ils appartiennent au possesseur de bonne foi, de

1. La *litis contestatio* est l'engagement du procès : elle a lieu au moment où le préteur délivre la formule aux parties et les renvoie devant un juge. (V. à la table : *litis contestatio*.)

quelque manière qu'ils aient été séparés du sol, de même que les fruits appartiennent à celui qui a un fonds vectigal, dès qu'ils sont séparés du sol. » (L. 25, § 1. D. 22, 1.)

« Voilà, dit M. Pellat, une doctrine bien positive : le possesseur de bonne foi a, quant aux fruits, le même droit que le propriétaire et que le titulaire d'un fonds vectigal ou emphytéotique, et plus de droit que l'usufruitier, qui ne fait les fruits siens qu'en les percevant lui-même, tandis que les premiers les acquièrent dès qu'ils sont séparés du sol, même par accident, même par le fait d'un tiers, comme un voleur; qui ne travaillait pas pour eux. Or l'emphytéote ni l'usufruitier ne restituent jamais au propriétaire les fruits qu'ils ont acquis; comment, si cette restitution était imposée au possesseur de bonne foi, Julien dirait-il qu'il a autant de droit que le propriétaire et l'emphytéote, et qu'il a plus de droit que l'usufruitier? Cette dernière assertion serait bien étrange, si, ayant sur l'usufruitier le faible avantage d'acquérir, avant d'y avoir touché, les fruits détachés par le vent ou par un voleur, le possesseur de bonne foi était inférieur à ce même usufruitier, en un point bien autrement important, la nécessité de restituer tous les fruits non consommés. » (M. Pellat, *Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété*, p. 309 et 310.)

A l'époque classique, il est donc certain que le possesseur de bonne foi n'était pas tenu de restituer les fruits, par lui perçus et non encore consommés, au propriétaire revendiquant. Cette obligation de restituer les fruits non consommés ne lui a été imposée que plus tard, sans doute par des constitutions impériales. Voici un rescrit de Dioclétien et de Maximien qui l'y astreint formellement : « Il est certain que les possesseurs de mauvaise foi restituent avec la chose elle-même tous les fruits, que les possesseurs de bonne foi restituent les fruits extants, et, après la litiscontestatio, tous les fruits. » (L. 22. C. 3, 32.)

Aussi, à l'époque de Justinien, il est certain que le possesseur de bonne foi est tenu de restituer les fruits par lui perçus, mais non encore consommés au moment où le propriétaire du fonds vient le revendiquer. (§ 35 de n. t.)

988. Le possesseur de bonne foi gagne-t-il tous les fruits, sans distinction, du fonds qu'il possède? Ou bien n'a-t-il droit qu'aux fruits industriels, qui ont besoin de culture et des soins de l'homme? On a soutenu qu'il n'a droit qu'aux fruits industriels, en récompense de sa culture et de ses soins, en s'appuyant sur la loi 45 *De usuris et fructibus* (D. 22, 1), ainsi conçue : « L'époux en percevant les fruits de la chose à lui donnée par son conjoint les fait siens,

ceux-là toutefois qu'il a acquis par ses travaux, par exemple, ceux qu'il a ensemencés; car, s'il a cueilli des fruits à un arbre, ou a coupé des bois dans une forêt, il n'en devient pas propriétaire, parce que ces fruits ne sont pas nés par ses soins ni par son fait. » Cette loi ne prouve pas ce qu'on veut lui faire prouver, à savoir que *tout* possesseur de bonne foi ne gagne que les fruits industriels. Pour comprendre la décision restreinte de cette loi, il faut savoir que toute donation entre époux est nulle. Or la loi 45 *De usuris et fructibus* suppose qu'un époux a fait donation d'un bien à son conjoint qui, *par erreur de droit*, ignorant que les donations entre époux sont prohibées, croit que la donation à lui faite par son conjoint est valable. Mais, en réalité, la donation est nulle, et l'époux donataire n'a pas acquis la propriété du bien à lui donné et livré; il n'en est que possesseur de bonne foi par suite d'une erreur de droit. Or nous verrons plus tard qu'en droit romain l'*erreur de droit* n'est pas une *justa causa* permettant d'usucaper ni de gagner les fruits. L'époux donataire ne devrait donc acquérir aucune espèce de fruits. Mais le jurisconsulte Pomponius, auteur de la loi 45, lui accorde les fruits industriels en récompense de sa culture.

Du reste, il y a, au *Digeste*, un texte du jurisconsulte Paul, qui repousse formellement cette distinction entre les fruits naturels et les fruits industriels, en ce qui concerne le possesseur de bonne foi, et décide que le possesseur de bonne foi, *ex justa causa*, gagne *tous* les fruits de la chose qu'il possède : « Il est certain que l'acheteur de bonne foi en percevant les fruits, même de la chose d'autrui, les fait siens, non-seulement ceux qui proviennent de son activité et de son travail, mais *tous*, parce que, en ce qui concerne les fruits, il est presque à la place du propriétaire. » (L. 48. D. 41, 1.) On voit qu'après avoir cité cette règle, d'après laquelle le possesseur de bonne foi gagne tous les fruits de la chose qu'il possède, le jurisconsulte Paul en indique le motif : « C'est, dit-il, parce que, en ce qui concerne les fruits, le possesseur de bonne foi est assimilé au propriétaire. »

989. Le possesseur de bonne foi d'une chose non susceptible d'usucapion (par exemple, une chose volée) devient néanmoins propriétaire des fruits de cette chose.

990. Lorsque la chose possédée est susceptible d'usucapion, le possesseur, pour l'usucaper, n'a besoin d'être de bonne foi qu'au moment où il entre en possession, qu'au commencement de la possession. Au contraire, le possesseur de bonne foi n'acquiert les fruits qu'à la condition que sa bonne foi se continue et existe au

moment où il veut les acquérir, c'est-à-dire au moment de chaque séparation des fruits de la chose qui les produit. En un mot, il cesse d'acquérir les fruits dès qu'il devient possesseur de mauvaise foi. (L. 25. D. 22, 1; — L. 48, § 1. D. 41, 1.)

Pour devenir propriétaire de la chose qu'il possède, le possesseur de bonne foi a besoin de l'usucapion, tandis qu'il n'en a pas besoin pour devenir propriétaire des fruits, puisqu'il les acquiert, comme nous l'avons vu, par leur seule séparation de la chose qui les produit.

D'après ce qui précède, on voit que les règles sur l'acquisition de la propriété de la chose possédée et les règles sur l'acquisition de la propriété des fruits par le possesseur de bonne foi sont bien différentes.

991. Le possesseur de bonne foi gagne les fruits de la chose qu'il possède, c'est-à-dire tout ce que la chose est destinée, par la nature, à produire et à reproduire périodiquement; mais il ne gagne pas ce qu'on appelle les *produits extraordinaires* d'une chose, parce que ces produits ne sont pas des fruits; et ils ne sont pas des fruits, parce que la chose qui les produit n'est pas destinée, par sa nature, à les produire et reproduire périodiquement : il n'en deviendra propriétaire, comme de la chose même, que par usucapion. Ainsi, par exemple, le possesseur de bonne foi d'une esclave ne devient pas propriétaire de l'enfant dont elle accouche, aussitôt qu'il est né, parce que l'enfant d'une esclave n'est pas un fruit, les femmes esclaves n'étant pas, chez les Romains, destinées à procréer des enfants, mais à travailler. Toutefois le possesseur de bonne foi de la mère pourra devenir propriétaire de l'enfant, comme de la mère, par usucapion. (L. 4. D. 41, 10.)

Si un possesseur de bonne foi a disposé des produits extraordinaires avant de les avoir usucapés, devra-t-il en restituer la valeur totale au propriétaire revendiquant? Non, car, en disposant des produits, il a cru user de son droit : il ne devra rendre la valeur de ces produits extraordinaires que jusqu'à concurrence du profit qu'il en a retiré. (L. 25, § 11. D, 5, 3.)

Nous avons vu qu'au temps des jurisconsultes classiques le possesseur de bonne foi n'était pas tenu de restituer les fruits extants au propriétaire revendiquant. Cependant il faut savoir que, même à cette époque, il y avait déjà un possesseur de bonne foi qui était tenu de rendre les fruits extants des choses qu'il possédait; c'était le possesseur de bonne foi d'une hérédité, c'est-à-dire celui qui possédait une hérédité ouverte, croyant en être l'héritier, tandis qu'il ne l'était pas. Lorsque le véritable héritier

intentait contre lui l'action appelée *petitio hereditatis*, pour lui réclamer l'hérédité, le possesseur de l'hérédité, quoiqu'il fût de bonne foi, devait rendre à l'héritier véritable, non-seulement les fruits extants, mais encore la valeur des fruits dont il avait disposé ou qu'il avait consommés, mais seulement jusqu'à concurrence du profit qu'il en avait retiré : « Le sénat, dit Ulpien, a décidé que les possesseurs de bonne foi d'une hérédité ne sont pas tenus de toute la perte, mais seulement de ce dont ils se sont enrichis. En conséquence, ils ne sont pas tenus de rendre le profit quelconque qu'ils ont retiré de l'hérédité, s'ils l'ont dissipé ou perdu, car ils peuvent disposer de leur chose. » (L. 25, § 11. D. 5, 3.) — Ainsi le possesseur même de bonne foi d'une hérédité était tenu de rendre à l'héritier véritable les fruits extants et la valeur des fruits par lui consommés, jusqu'à concurrence du profit qu'il avait retiré. De là la règle : « *Fructus augent hereditatem.* » En effet, l'hérédité se trouvait augmentée, au moment de la restitution, des fruits extants et de la valeur des fruits consommés, dans les limites du profit retiré par le possesseur.

992. Nous savons, d'une part, qu'à toutes les époques du droit romain le possesseur de bonne foi, autre que le possesseur de bonne foi d'une hérédité, gagne les fruits dès qu'ils sont séparés de la chose qui les produit; que, d'autre part, dans le droit de Justinien, le possesseur de bonne foi doit restituer dans tous les cas, au propriétaire revendiquant, non-seulement la chose possédée, mais encore les fruits extants, c'est-à-dire non consommés. Il me semble qu'il y a contradiction entre ces deux règles. En effet, si le possesseur de bonne foi est devenu propriétaire des fruits dès qu'ils ont été séparés, comment peut-il être obligé, s'il ne les a pas encore consommés, à les rendre au revendiquant, puisqu'il en est propriétaire? Comment expliquer cette contradiction? Elle ne peut s'expliquer que par une résolution du droit de propriété du possesseur de bonne foi sur les fruits encore *existants* au moment de la revendication. En effet, dans le droit de Justinien, le droit de propriété résoluble est connu et pratiqué, comme nous le verrons bientôt. Au contraire, la propriété résoluble était inconnue à l'époque des jurisconsultes classiques. Les jurisconsultes romains, à l'exception d'Ulpien qui, le premier, mit en avant et soutint cette idée de la propriété résoluble, n'admettaient pas que la propriété une fois acquise pût être résolue. Selon eux, la propriété une fois acquise à une personne était définitive, incommutable. Celui qui était devenu propriétaire d'une chose ne pouvait cesser de l'être qu'en aliénant sa chose par un mode d'aliéner. Aussi

on comprend qu'à cette époque, où le possesseur de bonne foi acquérait sur les fruits un droit de propriété définitif, non susceptible de résolution, les jurisconsultes fussent disposés à refuser au propriétaire revendiquant tout droit même sur les fruits non consommés. Mais, à l'époque de Justinien, la législation romaine admet un droit de propriété résoluble ; dès lors on peut dire que, si le possesseur de bonne foi est devenu propriétaire des fruits par leur séparation de la chose par lui possédée, son obligation de restituer ces fruits au revendiquant, s'ils existent encore, s'explique par l'idée de résolution de son droit de propriété sur les fruits extants, résolution opérée par la loi elle-même au profit du revendiquant.

993. Quant au possesseur de mauvaise foi, sa situation à l'égard de la chose qu'il possède est bien différente de celle du possesseur de bonne foi. En effet, il n'y a aucune raison d'équité qui milite en sa faveur, comme en faveur du possesseur de bonne foi. — Aussi le possesseur de mauvaise foi est tenu de restituer au propriétaire revendiquant *tous* les fruits, même ceux qu'il a consommés, dont il payera la valeur en même temps qu'il restituera la chose principale. Le propriétaire a contre lui la revendication pour lui réclamer la chose principale et les fruits extants, puis la *condictio* pour lui réclamer la valeur des fruits consommés. (L. 4, § 2. D. 10, 1.) Le possesseur de mauvaise foi est même tenu de payer la valeur des fruits qu'il a négligé de recueillir. (*Inst.*, IV, XVII, § 2.)

994. IV. **Extinction du droit de propriété.** — Le droit de propriété s'éteint, quant à l'ancien propriétaire, toutes les fois qu'il passe à un autre propriétaire. — Mais quelquefois le dépouillement du propriétaire n'a pas pour corrélatif l'acquisition par un tiers. En voici des exemples :

1° La chose *cesse d'exister*, soit matériellement quand elle périt, soit juridiquement quand elle s'incorpore à une autre.

2° La chose *sort du commerce;* comme un esclave qui devient libre, une chose qui devient sacrée ou religieuse, etc.

3° La chose *devient res nullius*, par abandon du propriétaire, ou, par un effet analogue à celui du *postliminium*, si un animal sauvage capturé recouvre sa liberté.

§ II. — DES SERVITUDES

(*Inst.*, II, II.)

995. I. **Généralités.** — J'ai dit que les divers éléments qui constituent le droit de propriété peuvent se trouver distribués entre

plusieurs personnes. (№ 824.) Lorsque ces divers éléments, ces divers avantages, qui composent et constituent le droit de propriété, appartiennent à plusieurs personnes, on dit que la propriété est démembrée. Un des plus importants de ces démembrements de la propriété s'appelle *servitude*.

996. Le mot servitude est une expression figurée. En effet, lorsqu'une chose n'est utile qu'à son propriétaire, on dit que cette chose est *libre*. Au contraire, lorsqu'une chose procure de l'utilité à un autre qu'à son propriétaire, on dit qu'elle est *en servitude*. — La servitude est donc un état anormal, contraire à l'état ordinaire de la propriété. L'état ordinaire, normal, de la propriété est que le propriétaire d'une chose a le droit exclusif de retirer toute l'utilité, tous les avantages dont sa chose est susceptible. Donc, lorsqu'elle procure de l'utilité à un autre, sa chose est dans un état anormal.

997. Cet état anormal, consistant à retirer de l'utilité de la chose d'autrui, peut exister de deux manières. En effet, ou le droit de retirer de l'utilité de la chose d'autrui peut exister au profit d'une personne et ne pas durer plus longtemps que la vie de cette personne : dans ce cas, on dit qu'il y a *servitude personnelle*. Ou bien le droit de retirer de l'utilité de la chose d'autrui peut exister, non plus au profit d'une personne, mais au profit d'une autre chose, qui doit être nécessairement un immeuble. Sans doute cet immeuble n'est pas susceptible de profiter d'un droit, d'un avantage sur la chose d'autrui, et, en définitive, ce sera son propriétaire qui en profitera; mais il en profitera en tant que propriétaire et non en tant que personne. S'il cesse d'être propriétaire, il perd le profit, l'avantage attribué à son immeuble. Mais cet avantage, ce profit subsiste et passe avec l'immeuble au nouveau propriétaire. Dans ce cas, on dit qu'il y a servitude *rerum vel prædiorum*, c'est-à-dire servitude de chose à chose, de fonds à fonds : servitude *réelle ou prédiale*. En effet, la chose sur laquelle porte la servitude réelle ou prédiale doit aussi être un immeuble.

Le fonds au profit duquel l'avantage est établi s'appelle fonds dominant. Le fonds dont les avantages sont restreints s'appelle fonds servant.

998. Dans le langage juridique des Romains, le mot *servitude* était employé pour désigner : le droit de retirer de l'utilité de la chose d'autrui, attribué à une personne; et le droit de retirer de l'utilité de la chose d'autrui, attribué à un fonds : *Servitutes aut personarum sunt, ut usus et ususfructus; aut rerum, ut servitutes rusticorum prædiorum et urbanorum*. (L. 1. D. 8, 1.)

999. Une servitude personnelle constitue un rapport entre une personne et une chose. Ce rapport peut être examiné à deux points de vue : au point de vue actif et au point de vue passif. Au point de vue actif, ce rapport, appelé servitude personnelle, est le droit qu'a une personne de retirer de l'utilité de la chose d'autrui. Au point de vue passif, le rapport, appelé servitude personnelle, est la charge imposée à une chose de procurer de l'utilité à un autre qu'à son propriétaire. — La servitude réelle ou prédiale constitue un rapport entre deux fonds. Ce rapport peut aussi être envisagé au point de vue actif et au point de vue passif. Au point de vue actif, ce rapport, appelé servitude réelle ou prédiale, est le droit, attribué à un fonds, de retirer de l'utilité d'un autre fonds. Au point de vue passif, la servitude réelle ou prédiale est la charge, imposée à un fonds, de fournir de l'utilité à un autre fonds.

On peut donc donner de la servitude personnelle ou de la servitude réelle ou prédiale, au point de vue actif, la définition suivante : la servitude est un droit sur la chose d'autrui attribué à une personne ou à un fonds ; au point de vue passif : la servitude est une charge imposée à une chose au profit d'une personne ou un profit d'un fonds.

1000. Les servitudes personnelles, usufruit, usage, habitation, sont aussi bien que les servitudes réelles ou prédiales des droits *réels*. Nous savons que le droit réel est un droit qu'une personne a directement sur une chose ; c'est un droit absolu qu'elle peut exercer envers et contre tous. (N° 816.)

Supposons que Mævius m'a constitué une servitude personnelle, un droit d'usufruit, sur son fonds ; quand même Mævius viendrait ensuite à aliéner son fonds, je n'en conserverai pas moins mon droit d'usufruit ; et je pourrai l'exercer à l'encontre du nouveau propriétaire et envers quiconque voudrait y mettre obstacle. — Les servitudes personnelles sont donc des droits réels. Quand on emploie les mots servitudes personnelles, on ne donne pas au mot *personnelles* le même sens qu'on lui donne quand on dit : droits réels, droits *personnels*. Dans ces derniers cas, les mots : droits *personnels*, désignent un droit qu'une personne a contre une autre personne déterminée, c'est-à-dire un droit de créance. Au contraire, quand on donne à l'usufruit, à l'usage, à l'habitation, la qualification de servitudes *personnelles*, on veut dire que ce sont des servitudes établies au profit d'une personne et ne pouvant pas durer plus longtemps que la vie de cette personne.

La servitude réelle ou prédiale est aussi un droit *réel*. Mævius a constitué, au profit de mon fonds A, sur son fonds B, une servitude

prédiale, par exemple, un droit de passage ; qu'il reste propriétaire de son fonds ou qu'il l'aliène à un autre, je n'en conserverai pas moins mon droit de passage, en quelques mains que passe le fonds B, tant que je resterai moi-même propriétaire du fonds A.

1001. Les servitudes personnelles et les servitudes réelles ou prédiales, considérées au point de vue passif, ne sont pas des *obligations*. La servitude ne consiste pas à obliger le propriétaire de la chose grevée d'une servitude à faire quelque chose : elle le met seulement dans la nécessité de *laisser* faire ou de ne pas faire, de s'abstenir : « *Servitutum non ea natura est ut aliquid faciat quis, sed ut aliquid patiatur aut non faciat.* » (L. 15, § 1. D. 8, 1.) De là on dit que la servitude, au point de vue passif, consiste *in patiendo* ou *in non faciendo*. Au contraire, au point de vue actif, la servitude consiste, pour celui au fonds duquel elle est attribuée, à faire, *in faciendo*, comme la servitude personnelle d'usufruit et la servitude prédiale de passage, — ou à empêcher, *in prohibendo*, comme la servitude de ne pas bâtir, imposée à un fonds au profit d'un autre fonds.

En résumé, la servitude n'est pas une obligation et ne crée même pas d'obligations à la charge du propriétaire dont la chose est grevée d'une servitude personnelle ou prédiale, sauf dans un cas que nous verrons bientôt.

1002. Nous venons de voir que les servitudes, considérées au point de vue actif, consistent tantôt *in faciendo*, tantôt *in prohibendo*. Les servitudes qui consistent *in faciendo* donnent au propriétaire du fonds dominant le droit de faire certains actes sur le fonds servant, ou le droit de retirer du fonds servant certains avantages, comme l'usufruit, l'usage (servitudes personnelles); la servitude de passage, de puisage, de pacage (servitudes réelles). Quelques interprètes du droit romain appellent ces servitudes *servitudes positives*. Au contraire, les servitudes, qui consistent *in prohibendo*, ne donnent au propriétaire du fonds dominant que le droit d'empêcher le propriétaire du fonds servant de faire certains actes sur son fonds : telles sont les servitudes de ne pas bâtir, de ne pas élever ses constructions au delà d'une certaine hauteur. Quelques interprètes du droit romain appellent ces servitudes *servitudes négatives*.

1003. Y a-t-il quelque intérêt pratique à distinguer les servitudes qui consistent *in faciendo* (*servitudes positives*), et les servitudes qui consistent *in prohibendo* (*servitudes négatives*) ? Oui. Les servitudes qui consistent *in prohibendo* (ou *négatives*), non-seulement ne sont pas susceptibles de la possession proprement dite du droit

civil, puisqu'elles sont des choses incorporelles; mais encore elles ne sont pas susceptibles de cette quasi-possession du droit prétorien qui consiste dans l'exercice d'un droit avec l'intention de l'exercer comme sien. En effet, les servitudes consistant *in prohibendo*, n'exigeant pas d'actes positifs à faire par le propriétaire du fonds dominant, ne sont pas susceptibles d'actes constituant l'exercice d'une servitude : elles ne sont donc pas susceptibles de quasi-possession. Au contraire, les servitudes, qui consistent *in faciendo* (ou *positives*), peuvent être exercées, et leur exercice consiste en des actes faits par le propriétaire du fonds dominant sur le fonds servant; elles sont donc susceptibles de quasi-possession et, par suite, de quasi-tradition. Aussi nous verrons que les servitudes, qui consistent *in faciendo* (*positives*), peuvent être acquises par la tradition; tandis que les servitudes, qui consistent *in prohibendo* (*négatives*), ne peuvent être acquises par la quasi-tradition. Nous allons étudier successivement les servitudes réelles ou prédiales et les servitudes personnelles.

1004. II. **Des servitudes réelles ou prédiales.** — Une servitude prédiale existe sur un immeuble, appelé fonds *servant*, au profit d'un autre immeuble, appelé fonds *dominant*. Ces fonds doivent naturellement appartenir à deux propriétaires différents, car : *Nemini sua res servit*. De là trois principes : 1° la servitude doit profiter au fonds dominant, indépendamment du propriétaire de ce fonds; — c'est ainsi que la servitude de *prospect* peut exister au profit d'un fonds qui appartient à un aveugle. — 2° La servitude prédiale suppose une *causa perpetua*, c'est-à-dire doit être telle que le fonds dominant en jouisse sans que le propriétaire du fonds servant soit tenu de faire pour cela un seul mouvement. — 3° Toute servitude prédiale est *indivisible*, en ce sens qu'elle ne peut exister pour ou contre une fraction indivise d'un fonds. On ne peut supposer en effet chaque molécule scindée en deux parties, l'une grevée, l'autre non, l'une jouissant d'un droit et l'autre n'en jouissant pas.

1005. Le droit romain divise les servitudes réelles ou prédiales en deux classes : en servitudes *prædiorum rusticorum* et en servitudes *prædiorum urbanorum*, c'est-à-dire en servitudes rurales et en servitudes urbaines. — Ici, par *prædia rustica*, il faut entendre tous les fonds de terre, tous les immeubles non bâtis, peu importe leur situation : un terrain non bâti, situé dans une ville, est un *prædium rusticum*. Les *prædia urbana* sont tous les édifices, tous les bâtiments, en quelque lieu qu'ils soient situés, à la ville ou à la campagne. (L. 1 pr. D. 8, 4.)

1006. Quelles sont les servitudes rurales? Quelles sont les servitudes urbaines? Comment les distinguer les unes des autres? Faut-il s'attacher à la nature du fonds dominant pour déterminer la nature de la servitude et dire : La servitude est rurale si le fonds dominant est rural ; la servitude est urbaine si le fonds dominant est urbain? Non, car la servitude de passage est une servitude rurale ; or elle peut exister aussi bien au profit d'un bâtiment qu'au profit d'un fonds de terre. Faut-il s'attacher à la nature du fonds servant et dire : Si le fonds servant est rural, la servitude est rurale ; si le fonds servant est urbain, la servitude est urbaine? Non, car la servitude *stillicidii recipiendi*, ou droit de faire tomber l'eau du toit de sa maison sur le fonds de son voisin, est une servitude urbaine, et cependant l'eau du toit de la maison (fonds dominant) peut tomber aussi bien sur un terrain que sur un bâtiment (fonds servant). — Il ne faut donc s'attacher, ni à la nature du fonds dominant, ni à la nature du fonds servant, pour déterminer la nature de la servitude : il faut s'attacher à la nature de la servitude elle-même. C'est en s'attachant à la nature de la servitude elle-même, à ce qui la constitue, qu'on reconnaîtra si elle est rurale ou urbaine : « *Servitutes prædiorum aliæ in solo, aliæ in superficie consistunt.* » (L. 3. D. 8, 1.) — Si une servitude peut exister et se concevoir sans que son existence réveille en notre esprit l'idée d'un bâtiment, c'est une servitude rurale. Ainsi les servitudes de passage sur le fonds d'autrui, de puisage dans la source d'autrui, de pacage, se conçoivent parfaitement sans réveiller dans notre esprit l'idée d'un bâtiment ; l'idée du sol suffit : « *In solo consistunt.* » Ce sont des servitudes rurales. Au contraire, si une servitude ne peut exister ni se concevoir sans que son existence réveille en notre esprit l'idée d'un bâtiment, d'une construction quelconque, c'est une servitude urbaine. Ainsi la servitude *tigni immittendi*, ou droit d'introduire sa poutre dans le mur de son voisin, le droit d'avoir un balcon, ou le droit de projeter sa gouttière sur le fonds d'autrui, ne peuvent exister ni se concevoir sans réveiller dans notre esprit l'idée d'un bâtiment, d'une construction ; ici l'idée du sol ne suffit plus : « *In superficie consistunt.* » Ce sont des servitudes urbaines. (L. 20 pr. D. 8, 2.)

1° *Des servitudes réelles rurales.*

Pr. « Les servitudes des fonds ruraux sont : l'*iter*, l'*actus*, la *via*, l'*aquæductus*. L'*iter* est le droit d'aller et de passer pour un homme, mais non pas de conduire des animaux ni des voitures. L'*actus* est le droit de conduire une bête de somme et une voiture. Celui qui a l'*iter* n'a pas l'*actus* ; au contraire, celui qui a l'*actus* a l'*iter*. La *via* est le droit d'aller, de conduire et de passer ; elle

contient l'*iter* et l'*actus*. L'*aquæductus* est le droit de conduire de l'eau par le fonds d'autrui. »

1007. D'après ce texte, les servitudes rurales sont l'*iter*, l'*actus*, la *via*, l'*aquæductus*.

1° L'*iter* est le droit de passer, pour l'homme, à pied, à cheval ou en litière. (L. 12. D. 8, 3.)

2° L'*actus* est le droit de conduire et de faire passer sur le fonds d'autrui *jumentum vel vehiculum*, une bête de somme et une voiture. L'*actus* contient l'*iter*, car il faut quelqu'un pour conduire la bête de somme et la voiture. Mais l'*iter* ne contient pas l'*actus*.

3° La *via* est le droit de passage le plus étendu : elle contient l'*iter* et l'*actus* et, de plus, le droit de voiturer et de charrier des matériaux. (L. 7 pr. D. 8, 3.) La largeur de la *via* doit être, d'après la loi des Douze Tables, de huit pieds quand elle est droite, et de dix pieds là où elle tourne. (L. 8. D. 8, 3.)

4° L'*aquæductus* est le droit de faire passer et conduire de l'eau par le fonds d'autrui pour l'amener dans son fonds.

Il y a encore d'autres servitudes rurales, qui nous sont indiquées par le § 2 de notre titre :

§ 2. « Parmi les servitudes rurales, quelques-uns pensent, avec raison, qu'il faut compter le droit de puiser de l'eau dans la source d'autrui, d'y abreuver ses troupeaux, de faire paître ses troupeaux sur le fonds d'autrui, d'y faire cuire de la chaux, d'y prendre du sable. »

Au nombre des servitudes rurales précédemment indiquées, il faut donc ajouter les suivantes :

5° Le droit de puiser de l'eau dans la source d'autrui, *aquæ haustus*.

6° Le droit d'abreuver ses troupeaux dans la source d'autrui, *pecoris ad aquam adpulsus*.

7° Le droit de faire paître son troupeau sur le fonds d'autrui, *jus pascendi*.

8° Le droit de faire cuire de la chaux dans le fonds d'autrui, *jus calcis coquendæ*.

9° Le droit de tirer du sable du fonds d'autrui, *jus arenæ fodiendæ*.

2° *Des servitudes réelles urbaines.*

§ 1. « Les servitudes des fonds urbains sont celles qui sont inhérentes aux édifices : leur nom vient de ce que tous les édifices, même ceux situés à la campagne, sont appelés fonds urbains. Les servitudes des fonds urbains sont : le droit d'appuyer son bâtiment sur le mur ou le pilier de son voisin ; le droit d'introduire sa poutre dans le mur de son voisin ; le droit de faire tomber l'eau de son toit sur la maison, sur le terrain ou dans l'égout de son voisin ; et, pour le voisin, le droit de ne pas la recevoir ; le droit d'empêcher son voisin de bâtir ou d'élever son bâtiment plus haut ; le droit de vue. »

1008. Ces différentes servitudes ont reçu des interprètes du droit romain les noms suivants :

A. SERVITUDE *oneris ferendi.* — C'est le droit qu'a le propriétaire d'un bâtiment d'appuyer son bâtiment sur le mur ou le pilier de son voisin. La servitude *oneris ferendi* a un caractère particulier, exceptionnel : c'est la seule des servitudes qui entraîne une obligation à la charge du propriétaire du fonds servant : elle l'oblige à entretenir son mur ou son pilier en bon état, pour supporter le bâtiment du voisin. (L. 33. D. 8, 2. L. 6, § 2. D. 8, 5.)

B. SERVITUDE *tigni immittendi.* — C'est le droit qu'a le propriétaire d'une maison d'introduire sa poutre dans le mur de son voisin.

C. SERVITUDE *stillicidii avertendi vel recipiendi.* — C'est le droit qu'a le propriétaire d'une maison de faire tomber l'eau de son toit sur la maison, sur le terrain ou dans l'égout de son voisin. Considéré au point de vue actif, le droit de faire tomber, goutte à goutte, l'eau de son toit sur le fonds du voisin s'appelle servitude *stillicidii avertendi.* Au point de vue passif, il prend le nom de servitude *stillicidii recipiendi*, puisque le fonds servant doit recevoir l'eau du toit de la maison.

D. SERVITUDE *fluminis avertendi vel recipiendi.* — C'est le droit qu'a le propriétaire d'une maison de faire tomber l'eau du toit de sa maison, réunie dans une gouttière, sur le fonds du voisin. Au point de vue du fonds dominant, cette servitude s'appelle servitude *fluminis avertendi;* au point de vue du fonds servant, elle prend le nom de servitude *fluminis recipiendi.*

E. SERVITUDE *stillicidii vel fluminis non recipiendi.* — Cette servitude ne peut se comprendre. En effet, on comprend qu'il y ait servitude, pour un fonds, à recevoir l'eau du toit de la gouttière de la maison voisine; mais on ne comprend pas qu'il y en ait une à ne pas la recevoir. Plusieurs explications ont été données pour résoudre cette difficulté. — Une première explication, qui n'est pas acceptable, parce qu'elle ne repose sur aucun texte du droit romain, est celle-ci : il y aura servitude *stillicidii vel fluminis non recipiendi*, lorsque, dans certains pays, des lois locales, des statuts locaux, établissant, comme droit commun de la propriété, la nécessité pour certains fonds de recevoir les eaux des toits ou des gouttières des maisons voisines : le propriétaire d'un de ces fonds aura acquis du propriétaire de la maison voisine le droit de ne pas recevoir l'eau de son toit ou de sa gouttière. — Théophile, dans sa *Paraphrase des Institutes*, dit qu'il y a servitude *stillicidii vel fluminis non recipiendi*, lorsque le propriétaire d'un fonds grevé de

la servitude *stillicidii vel fluminis recipiendi* en acquiert la libération du propriétaire du fonds dominant. Mais il n'y a pas là l'établissement d'une servitude *stillicidii vel fluminis non recipiendi;* il y a, au contraire, extinction d'une servitude *stillicidii vel fluminis recipiendi*. — M. Demangeat présente la servitude *stillicidii vel fluminis non recipiendi* comme une modification avantageuse; comme une extinction partielle d'une servitude *stillicidii vel fluminis recipiendi* déjà établie. (*Cours élémentaire de droit romain*, par M. Ch. Demangeat, t. I, p. 318.) — Cette explication ne paraît pas plus satisfaisante que les précédentes, car elle n'est appuyée sur aucun texte du droit romain. Du reste, c'est l'explication de Théophile, diminuée dans son étendue. Je crois donc que le parti le plus sage à prendre, faute de documents, est de renoncer à comprendre cette servitude.

F. Servitude *non altius tollendi*. — C'est la servitude qui consiste pour le propriétaire d'un fonds ou d'une maison, à empêcher le propriétaire d'un fonds voisin, de bâtir ou de bâtir au delà d'une certaine hauteur.

G. Servitude *altius tollendi*. — C'est le droit de bâtir ou de bâtir plus haut. Voilà encore une servitude qu'on ne peut comprendre. En effet, d'après le droit commun de la propriété, d'après l'état normal de la propriété, chacun a le droit de bâtir sur son terrain, et d'élever ses constructions aussi haut qu'il lui plaît, quand même les fonds voisins devraient en souffrir; dès lors, le propriétaire d'un fonds n'a pas besoin d'acquérir de ses voisins le droit de bâtir, ou le droit de bâtir au delà d'une certaine hauteur. Pour expliquer cette servitude, les interprètes du droit romain reproduisent les mêmes explications qu'ils donnent pour expliquer la servitude *stillicidii vel fluminis non recipiendi*. Mais je crois encore que, faute de documents, il vaut mieux renoncer à comprendre cette servitude.

H. Servitude *ne luminibus officiatur*. — C'est le droit, qu'a le propriétaire d'une maison, ayant un droit de vue sur le fonds de son voisin, d'empêcher son voisin de bâtir ou de faire des plantations ou tout autre ouvrage, nuisant à son droit de vue. (L. 4; L. 17 pr., § 2; L. 23. D. 8, 2.)

I. Servitude *ne prospectui offendatur*. — C'est la servitude de prospect : j'ai une maison ou un parc qui a de beaux points de vue, j'acquiers du propriétaire du fonds voisin le droit de l'empêcher de bâtir ou de faire des plantations qui feraient perdre à ma maison ou à mon parc ses beaux points de vue : j'acquiers la servitude de prospect. (L. 15. D. 8, 2.)

J. SERVITUDE *luminum.* — D'après la loi des Douze Tables, entre maisons voisines, il devait être laissé un espace de deux pieds et demi. (N° 75.) D'après une constitution de Zénon, le propriétaire qui bâtit sur son terrain ne peut ouvrir de jour dans son mur, qu'autant que ce mur est éloigné de dix pieds au moins du fonds du voisin. (L. 12, § 3. C. 8, 10.) Le propriétaire qui acquiert de ses voisins le droit d'ouvrir un jour dans son mur, éloigné de moins de dix pieds de leurs fonds, acquiert la servitude *luminum*. De même celui qui acquiert le droit d'ouvrir un jour dans un mur mitoyen ou dans le mur de son voisin acquiert une servitude *luminum*. (L. 4; L. 40. D. 8, 2.)

1009. 3° *Des caractères communs aux servitudes rurales et urbaines.* — Les servitudes réelles ou prédiales, qu'elles soient urbaines ou rurales, ont les caractères suivants :

A. La servitude réelle ou prédiale ne peut exister qu'entre deux fonds, deux immeubles distincts, appartenant à deux propriétaires différents. Un propriétaire, ayant tous les avantages du droit de propriété, ne peut pas avoir une servitude sur son propre fonds : *res nemini sua servit :*

§ 3. « Ces servitudes sont appelées prédiales, parce que, sans immeubles, elles ne peuvent être constituées. En effet, personne ne peut acquérir une servitude s'il n'a pas un fonds. »

B. Toute servitude réelle ou prédiale, qu'elle soit urbaine ou qu'elle soit rurale, doit avoir pour effet d'augmenter l'utilité ou l'agrément du fonds au profit duquel elle est établie, mais non pas de procurer un simple plaisir ou agrément au propriétaire du fonds au profit duquel elle est établie. (L. 8 pr. D. 8, 1.)

L'agrément au profit d'une personne, comme le droit de se promener, de cueillir des fruits dans le fonds d'autrui, peut bien servir de cause à l'établissement d'une servitude personnelle, qui s'éteindra à la mort de la personne au profit de laquelle elle existe, mais ne constitue pas une servitude réelle ou prédiale. — Cependant l'agrément peut être pris pour cause de l'établissement d'une servitude prédiale, si cet agrément augmente véritablement la valeur du fonds : j'ai un parc, qui perdrait ses beaux points de vue si vous bâtissiez sur votre terrain, qui entoure mon parc; j'acquiers de vous la servitude de ne pas bâtir. C'est là une servitude prédiale, car elle augmente l'agrément de mon fonds et, par suite, sa valeur.

Ordinairement, la servitude de passage est établie sur un fonds au profit d'un autre fonds : c'est une servitude prédiale. Mais si le

droit de passage est établi au profit d'une personne, c'est une servitude personnelle. (L. 6. D. 33, 3.) Le droit de prendre de l'eau dans le fonds d'autrui peut être une servitude personnelle ou prédiale, selon qu'elle est établie au profit d'une personne ou au profit d'un fonds.

Enfin, si un droit ne rend pas la propriété d'un fonds plus avantageuse et ne procure aucun avantage ou agrément à une personne, ce droit n'est pas une servitude. (L. 15 pr. D. 8, 1.)

C. Le droit romain considérait les servitudes réelles ou prédiales comme des qualités avantageuses pour le fonds dominant, qualités analogues à l'abondance, à la fertilité, à la salubrité, — et comme des qualités mauvaises pour le fonds servant. (L. 86. D. 50, 16.)

D. Comme la propriété, dont elle est un démembrement, la servitude prédiale, une fois établie, est *perpétuelle :* tant que les deux fonds, entre lesquels elle existe, existeront, elle subsistera. Au contraire, nous verrons que la servitude personnelle, usufruit, usage, habitation, est temporaire, s'éteignant forcément à la mort de la personne au profit de laquelle elle est établie.

E. Toute servitude prédiale doit avoir une cause perpétuelle : « *Omnes servitutes prædiorum perpetuas causas habere debent.* » (L. 28. D. 8, 2.) — Que faut-il entendre par cause perpétuelle des servitudes prédiales ? C'est un certain état naturel et perpétuel qui existe entre deux fonds, de manière à permettre d'établir entre eux une servitude dont l'exercice sera permanent et indépendant du fait de l'homme : « Ce qui est fait par la main de l'homme, dit le jurisconsulte Paul, n'a pas une cause perpétuelle ; mais ce qui tombe du ciel, par exemple la pluie, bien qu'elle ne tombe pas constamment, a lieu cependant par une cause naturelle et est censée tomber perpétuellement. (L. 28, D. 8, 2.) C'est en vertu de cette idée qu'une servitude d'aqueduc ne peut être établie ni sur un lac ni sur un étang : « *Neque ex lacu, neque ex stagno concedi aquæductus potest.* » (L. 28. D. 8, 2.) Pourquoi ? Parce que le lac ou l'étang pourrait tarir ; donc un lac ou un étang ne présente pas une condition naturelle, un état naturel, permettant d'établir une servitude d'aqueduc, dont l'exercice puisse être permanent et indépendant du fait de l'homme. « La servitude de puisage ne peut être établie que si l'eau provient d'une source ou d'une fontaine : *Servitus aquæducendæ vel hauriendæ, nisi ex capite, vel ex fonte constitui non potest.* » (L. 9. D. 8. 3.) Pourquoi ? Parce qu'une source ou une fontaine présente un état naturel, permettant d'établir une servitude d'aqueduc ou de puisage, dont l'exercice pourra être permanent et indépendant du fait de l'homme. — La même théorie s'applique à la servitude de gouttière :

« *Stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet.* » (L. 28. D. 8, 2.) Elle s'applique également au droit de passage, *via* : « Lorsqu'un fleuve est interposé, le droit de passage, *via*, peut être établi, si le fleuve peut être traversé à gué, ou s'il a un pont. Il en est autrement s'il est traversé par des bateaux. » (L. 38. D. 8, 3.) Pourquoi cette différence entre les deux cas? Parce que, dans le premier cas, les moyens de passer sont permanents; tandis qu'ils ne sont ni naturels ni permanents dans le second.

Telle était la théorie de l'ancien droit romain sur la *causa perpetua* des servitudes prédiales, établissant une distinction subtile et sans utilité pratique. Aussi finit-elle par tomber en désuétude, car le jurisconsulte Paul, après avoir dit qu'une servitude d'aqueduc ou de puisage ne peut être établie que si l'eau provient d'une source ou d'une fontaine, ajoute : « Aujourd'hui, cependant, de quelque lieu qu'elle provienne, on a l'habitude de constituer une servitude. » (L. 9. D. 8. 3.)

F. Les servitudes réelles ou prédiales sont indivisibles. L'indivisibilité des servitudes prédiales consiste en ce qu'une servitude prédiale, une fois établie, existe sur le fonds servant tout entier et sur chacune de ses parcelles, au profit du fonds dominant tout entier et au profit de chacune de ses parcelles : *Tota et in toto fundo et in qualibet parte.* En effet, les servitudes prédiales, étant considérées comme des qualités bonnes ou mauvaises, inhérentes aux fonds entre lesquels elles sont établies, doivent exister au profit du fonds dominant tout entier et sur le fonds servant tout entier.

1010. L'indivisibilité des servitudes prédiales présente un intérêt pratique à trois points de vue :

1° Au point de vue de leur établissement : une servitude ne peut être établie au profit d'une partie indivise d'un fonds. Exemple : Je suppose qu'un fonds appartient à plusieurs copropriétaires par indivis; l'un d'eux peut-il acquérir une servitude pour sa part indivise dans ce fonds? Non, parce qu'une servitude une fois établie doit exister au profit du fonds tout entier et au profit de chacune de ses parcelles, si petites qu'on puisse les imaginer : *Per unum dominorum servitus adquiri non potest.* (L. 4, § 3. D. 8, 5.) Mais l'un des copropriétaires peut-il acquérir la servitude au profit du fonds tout entier, pour lui et ses copropriétaires? Non, parce qu'il est de règle en droit romain qu'une personne ne peut pas acquérir pour autrui : chacun doit acquérir pour soi-même. — Réciproquement, lorsqu'un fonds appartient à plusieurs copropriétaires par indivis, l'un d'eux ne peut pas établir une servitude sur sa part indivise au profit du fonds d'autrui; parce qu'une fois établie sur un fonds la

servitude prédiale doit exister sur le fonds tout entier et sur chacune des parcelles du fonds, si petites qu'on puisse les imaginer : « *Unus ex dominis communium ædium servitutem imponere non potest... quia per partes servitus imponi non potest, sed nec adquiri.* » (L. 2, D. 8, 1. L. 6, § 1. D. 8, 4.)

2° Au point de vue de leur réclamation en justice : les servitudes prédiales ne peuvent être réclamées en justice pour partie : « Si un fonds, auquel un passage est dû, appartient à plusieurs, l'action compète à chacun pour le tout... Aussi chacun agira pour le droit lui-même et la victoire profitera aussi aux autres. » (L. 4, § 3, D. 8, 5.) — Réciproquement : « Si le fonds servant appartient à deux copropriétaires, on pourra aussi agir contre chacun, et, quel que soit celui des deux qui soit défendeur, il doit restituer le tout, parce que cette chose (la servitude) n'admet pas de division. » (L. 4, § 4. D. 8, 5.)

3° Au point de vue de leur extinction : les servitudes, lorsqu'elles existent au profit d'un fonds appartenant à plusieurs par indivis, ne peuvent pas s'éteindre pour partie. Ainsi, lorsque le fonds dominant appartient à deux copropriétaires, si l'un d'eux ne l'exerce pas, la servitude ne s'éteindra pas, pour partie, par le non-usage, à son préjudice, pourvu que l'autre propriétaire exerce la servitude. (L. 6, § 1. D. 8, 6.)

Lorsqu'un fonds dominant ou servant est partagé en plusieurs portions, la servitude subsiste pour chaque portion du fonds : « Quelle que soit la servitude due à un fonds, elle est due à toutes ses parties; et c'est pourquoi, bien que le fonds soit vendu partiellement, la servitude suit toutes les portions, de manière à ce que chacun soutienne avec raison que ce droit sur le fonds est à lui. » (L. 23, § 3. D. 8, 3.)

Mais, lorsque le fonds servant ou dominant est divisé, l'indivisibilité des servitudes n'empêche pas la servitude de s'éteindre pour partie : « Si ton fonds me doit une servitude, soit que je devienne propriétaire d'une partie de ton fonds, ou toi d'une partie du mien, la servitude sera retenue par partie, quoique dans le principe elle ne pût être acquise par partie. » (L. 8, § 1, D. 8, 1); mais la servitude est éteinte pour la partie du fonds dominant, — ou pour la partie du fonds dominant acquise au propriétaire du fonds servant : « De même, si un fonds indivis vient à être divisé entre les copropriétaires, en ce qui concerne la servitude qui était due à ce fonds, c'est comme si, dès le principe, elle avait été due à deux fonds; et chacun des propriétaires conserve la servitude en l'exerçant, mais la perd en n'en usant pas; en cet état, les conditions de ces fonds ne sont plus confondues. » (L. 6, § 1. D. 8, 6.)

1011. Si les servitudes prédiales sont indivisibles, leur mode, c'est-à-dire la manière de les exercer, est divisible, et les parties peuvent déterminer, par une convention, l'étendue du mode des servitudes, c'est-à-dire l'étendue de la manière de les exercer : « Il est constant qu'un mode peut être ajouté aux servitudes, par exemple, qu'on transportera seulement par cheval, ou bien tel poids déterminé, ou quel troupeau sera conduit à travers le fonds, ou qu'on portera du charbon. » (L. 4, § 1. D. 8, 1.) — « L'usage des servitudes peut être partagé par le temps : par exemple, il peut être convenu que quelqu'un usera de tel droit depuis la troisième jusqu'à la dixième heure, ou qu'il en usera en alternant les heures. » (L. 5, § 1. D. 8, 1.)

1012. 4° *Différences entre les servitudes rurales et les servitudes urbaines.* — Il y a trois différences à remarquer entre les servitudes rurales et les servitudes urbaines :

A. Les servitudes rurales sont des *res mancipi;* en conséquence, elles peuvent être établies par la mancipation. Au contraire, les servitudes urbaines sont des *res nec mancipi;* en conséquence, elles ne peuvent pas être établies par la mancipation. Dans le dernier état du droit romain, l'intérêt de cette distinction n'existe plus.

B. Une servitude rurale s'éteint par le simple non-usage, par cela seul que le propriétaire du fonds dominant cesse de l'exercer pendant un certain temps. — Au contraire, une servitude urbaine ne s'éteint pas par le simple non-usage. Pour qu'elle s'éteigne par le non-usage, il faut que le propriétaire du fonds servant ait fait un acte contraire à l'existence et à l'exercice de la servitude. Ce n'est qu'à partir du moment où le propriétaire du fonds servant aura fait un acte contraire à l'existence de la servitude, que la servitude urbaine commencera à s'éteindre par le non-usage. Lorsqu'il se sera écoulé un certain laps de temps depuis que l'acte contraire à l'existence de la servitude aura été fait, la servitude urbaine sera éteinte; le propriétaire du fonds servant aura en quelque sorte usucapé la liberté de son fonds : « Les servitudes urbaines, semblablement à ce qui a lieu pour les servitudes rurales, périssent par un laps de temps déterminé; si ce n'est qu'il y a cette différence qu'elles ne périssent pas de toute manière par le non-usage, mais seulement si le voisin usucape en même temps sa libération : par exemple, si ta maison doit à la mienne la servitude de ne pas être élevée plus haut, afin de ne pas nuire aux jours de ma maison, et que, pendant le temps fixé, j'aie eu mes fenêtres fermées, ou que je les aie bouchées, je ne perds mon droit que si, pendant ce temps, tu

as élevé ta maison plus haut : autrement, si tu n'as rien fait de nouveau, je conserve la servitude. De même, si ta maison doit la servitude de la poutre introduite et que j'aie ôté la poutre, je ne perds mon droit que si tu as bouché le trou d'où la poutre a été ôtée, et que cet état ait duré pendant le temps fixé ; autrement, si tu n'as rien fait de nouveau, je conserve ma servitude. » (L. 6. D. 8, 2.)

Pourquoi les servitudes urbaines ne s'éteignent-elles par le non-usage qu'à partir du moment où il a été fait un acte contraire à leur existence, tandis que les servitudes rurales s'éteignent par le simple non-usage ? C'est parce que les servitudes urbaines sont *continues*, tandis que les servitudes rurales sont *discontinues*. — Les servitudes urbaines sont continues, c'est-à-dire présentent un caractère de continuité qui fait que ces servitudes s'exercent, pour ainsi dire, par elles-mêmes. Ainsi, dans la servitude *oneris ferendi*, la poutre porte constamment sur le mur ou le pilier du voisin ; de même, dans la servitude *fluminis recipiendi*, la gouttière est constamment prête à verser l'eau sur le fonds servant. Au contraire, les servitudes rurales sont discontinues ; elles ne présentent pas le même caractère de continuité que les servitudes urbaines. Aussi on ne peut pas dire qu'elles s'exercent par elles-mêmes : leur exercice exige le fait de l'homme : « Les servitudes des fonds ruraux... sont des servitudes telles qu'elles n'ont pas une possession certaine et continue, car personne ne peut passer si perpétuellement et si continuellement que, à aucun moment, sa possession ne paraisse interrompue. » (L. 14, pr. D. 8, 1.)

Les servitudes urbaines étant continues, s'exerçant en quelque sorte d'elles-mêmes, se conservent par la possession et subsistent tant qu'elles continuent à s'exercer d'elles-mêmes, tant qu'il n'a pas été fait un acte contraire à leur existence : « Les servitudes qui consistent dans la superficie sont conservées par la possession ; car si, par exemple, j'ai appuyé la poutre de ma maison sur ta maison, aussitôt que je l'ai appuyée, je possède, par le fait de la poutre, le droit d'en avoir une habituellement. Il en est de même si j'ai un balcon avancé sur ton fonds ou si j'ai projeté une gouttière sur ton fonds et que je possède ainsi par un fait. » (L. 20 pr. D. 8, 2.) — Au contraire, les servitudes rurales n'étant pas continues ne s'exercent pas d'elles-mêmes : il faut que le propriétaire du fonds dominant les exerce. Dès que le propriétaire cesse de les exercer, elles commencent à s'éteindre par non-usage. Ainsi une servitude de passage ne s'exerce que lorsque le propriétaire du fonds dominant passe sur le fonds servant. Dès qu'il cesse d'y passer, la servitude de passage commence à s'éteindre par non-usage.

C. Les servitudes urbaines ne peuvent pas être données en gage ni hypothéquées; les servitudes rurales peuvent être hypothéquées. « Les droits des fonds urbains ne peuvent pas être donnés en gage. Donc on ne peut convenir qu'ils seront hypothéqués. Mais Pomponius dit qu'il faut examiner si une voie, un passage, une conduite, un aqueduc peuvent être donnés en gage, en ce sens qu'un pacte déterminera que, tant que l'argent ne sera pas payé, le créancier usera de ces servitudes, pourvu qu'il ait un fonds voisin; et que, si, dans un temps fixé, l'argent n'est pas payé, il lui sera permis de les vendre à un voisin. — Et cette opinion doit être admise à cause de l'utilité des contractants. » (L. 11, § 3. L. 12. D. 20, 1.)

1013. 5° *Des modes de constitution des servitudes réelles ou prédiales.* — Comme les servitudes réelles ou prédiales sont des démembrements de la propriété, nous allons rechercher si les servitudes peuvent être acquises par les mêmes modes que la propriété. Mais, auparavant, je ferai remarquer qu'une servitude peut être établie de deux manières : ou par voie de *translatio*, ou par voie de *deductio*. Une servitude est établie par voie de *translatio*, lorsqu'un propriétaire détache de son fonds une servitude, et la transfère à un autre propriétaire, dont le fonds profitera de la servitude. Une servitude est établie par voie de *deductio*, lorsqu'un propriétaire, aliénant un de ses fonds, réserve sur ce fonds, déduit de ce fonds, une servitude, pour l'utilité d'un autre fonds, qui lui appartient et qu'il n'aliène pas.

Voyons d'abord comment les servitudes prédiales peuvent être acquises par les modes du droit civil :

1014. *A.* MANCIPATION. — La mancipation ne peut être employée pour établir toute espèce de servitudes. En effet, les servitudes urbaines, étant des *res nec mancipi*, ne peuvent être établies par la mancipation; au contraire, les servitudes rurales, étant des *res mancipi*, peuvent être établies, au moyen de la mancipation, soit par voie de *translatio*, soit par voie de *deductio*. (Gaïus, II, § 29.) — Cependant les servitudes urbaines peuvent être établies, au moyen de la mancipation, par voie de *deductio*. Exemple : Un propriétaire qui aliène un de ses fonds par la mancipation retient sur ce fonds, déduit de ce fonds, une servitude urbaine au profit d'un autre fonds, dont il est propriétaire et qu'il n'aliène pas. En pareil cas, on dit que le propriétaire a mancipé son fonds *deducta servitute urbana*. (L. 3. D. 8, 4.)

1015. *B.* IN JURE CESSIO. — La *cessio in jure*, s'appliquant aussi bien aux *res nec mancipi* qu'aux *res mancipi*, peut servir à établir

toute espèce de servitudes, soit par voie de *translatio*, soit par voie de *deductio*. (Gaïus, II, § 29.)

1016. *C.* Adjudicatio. — Une servitude prédiale, urbaine ou rurale, peut être constituée, dans un partage, par l'adjudication du juge, qui établira, par exemple, une servitude sur un fonds qu'il adjuge à l'un des copartageants, au profit d'un autre fonds, qu'il adjuge à un autre copartageant; mais il ne pourrait pas constituer une servitude sur un fonds ou au profit d'un fonds de l'un des copartageants, non compris dans l'indivision. En un mot, pour que le juge puisse établir une servitude entre deux fonds, il faut que ces deux fonds appartiennent à deux copropriétaires par indivis; dans ce cas, le juge, devant lequel l'action en partage est portée, pourra établir une servitude sur l'un des fonds au profit de l'autre, en adjugeant l'un des fonds à l'un des copartageants et l'autre à l'autre copartageant. (L. 22, § 3. D. 10, 2. L. 18, D. 10, 3.)

1017. *D.* Usucapion. — L'usucapion est un mode d'acquérir la propriété par la possession prolongée pendant un certain temps. Dès lors, il semble que l'usucapion ne peut pas être un mode d'acquérir les servitudes, puisqu'elles sont des choses incorporelles, non susceptibles de possession. Cependant il paraît que, d'après l'ancien droit romain, les servitudes pouvaient être acquises par usucapion, parce qu'une loi *Scribonia* est venue prohiber l'usucapion des servitudes; donc, avant cette loi, les servitudes pouvaient être usucapées. (L. 4, § 29. D. 41, 3.) — Mais, même après que l'usucapion des servitudes fut défendue, lorsqu'un homme usucapait un fonds dominant, il acquérait en même temps la servitude existante. (L. 10, § 1. D. 41, 3.)

D'un autre côté, le préteur trouva qu'il serait injuste de ne pas tenir compte d'une longue possession que quelqu'un aurait pu avoir d'une servitude. Aussi le droit prétorien admit que, quand une servitude aurait été quasi-possédée *longo tempore*, celui qui l'aurait ainsi possédée ne pourrait pas être dépossédé : « *Si quis diuturno usu et longa quasi possessione jus aquæducendæ nactus sit, non est ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo; sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot usum se, non vi, non clam, non precario possedisse.* Si quelqu'un a acquis *diuturno usu*, par une longue possession, un droit d'aqueduc, il ne lui sera pas nécessaire de prouver par quel titre, par legs ou par toute autre manière, il l'a acquis; mais il a une action utile pour prouver qu'il a possédé pendant tant d'années, (dix ans entre présents, vingt ans entre absents) ni par violence, ni clandestinement, ni précairement. » (L. 10 pr. D. 8, 5.)

Voyons maintenant comment les servitudes peuvent être acquises par les modes du droit des gens.

1018. *E*. Occupation. — L'occupation ne peut pas être un moyen d'acquérir les servitudes, car les servitudes ne sont pas des *res nullius*.

1019. *F*. Tradition. — La tradition est la remise de la possession d'une chose faite par une personne à une autre. Les servitudes peuvent-elles être établies par la tradition? La question revient à celle-ci : Les servitudes sont-elles susceptibles de possession, puisque la tradition est la remise de la possession? D'après le droit civil romain, les servitudes étant des choses incorporelles ne sont pas susceptibles de possession ni de tradition : une servitude ne peut donc pas être établie par tradition. — Mais si le droit civil n'admettait pas que les servitudes fussent susceptibles de possession et de tradition, le droit prétorien admit une quasi-possession et une quasi-tradition pour les servitudes. La quasi-tradition d'une servitude consiste en ce que le propriétaire, qui veut constituer une servitude sur son fonds par quasi-tradition, laisse exercer sur son fonds cette servitude par le propriétaire d'un autre fonds. La quasi-tradition était déjà admise, comme mode constitutif des servitudes, par le droit prétorien et par les jurisconsultes, à l'époque où vivait Javolénus, qui dit, après avoir parlé de la servitude *via* : « Je pense que l'exercice de ce droit doit être considéré comme la tradition de la possession; en conséquence, des interdits quasi-possessoires ont été établis : *Et ego puto, usum ejus juris pro traditione accipiendum esse. Ideoque interdicta veluti possessoria constituta sunt.* » En effet, le préteur garantissait la quasi-possession de celui auquel la quasi-tradition d'une servitude avait été faite, par des interdits quasi-possessoires et aussi par l'action publicienne : « On donne aussi l'action publicienne au cas où des servitudes de fonds urbains ont été constituées par tradition ou par patience, par exemple, si quelqu'un a souffert que sa maison fût traversée par un aqueduc. Il en est de même des servitudes rurales, car on est d'accord qu'ici il faut protéger aussi la possession et la patience. » (L. 11, § 1. D. 6, 2.) — La tradition est un mode d'acquérir les servitudes soit par *translatio*, soit par *deductio* : « Celui qui a deux terrains, en livrant l'un, peut le rendre asservi à l'autre. » (L. 34, D. 8, 2.) « Si le propriétaire de deux fonds en donne un sous cette condition que le fonds qui est donné soit asservi à celui qu'il retient lui-même (ou à l'inverse), la servitude paraîtra légalement établie.» (L. 3. D. 8, 4.)

Dans le droit de Justinien, la mancipation et la *cessio in jure* n'existant plus, la quasi-tradition suffit pour établir les servitudes.

Le § 4 de notre titre indique deux autres modes d'établir les servitudes, les pactes et stipulations et le testament :

§ 4. « Si quelqu'un veut constituer à son voisin un droit de servitude, il doit le faire par pactes et stipulations. Quelqu'un peut aussi, par testament, condamner son héritier à ne pas élever plus haut son bâtiment pour ne pas nuire au jour du voisin, à supporter que le voisin introduise des poutres dans son mur, ou à recevoir l'eau de son toit, ou à le laisser passer, conduire des animaux ou conduire de l'eau. »

Nous allons d'abord étudier le testament comme mode de constitution des servitudes.

1020. *G.* Le testament. — Un testateur peut établir par legs une servitude réelle. Nous savons que primitivement, chez les Romains, il y avait quatre espèces de legs : le legs *per vindicationem*, le legs *per damnationem*, le legs *sinendi modo* et le legs *per præceptionem*. (Nos 881, 882.)

Un testateur pouvait-il établir, par ces quatre espèces de legs, une servitude? — Un testateur pouvait bien établir une servitude prédiale de manière que la servitude existât en vertu du legs, en employant la formule du legs *per vindicationem*. Il pouvait dire, par exemple : « *Titius heres esto; jus eundi et agendi per fundum Cornelianum meum Mævio lego.* » Dans ce cas, la servitude existait, comme droit réel, en vertu du legs : Mævius acquérait la servitude en vertu du legs, dès que l'héritier avait fait adition de l'hérédité, suivant les Sabiniens, et après que lui-même avait accepté le legs, d'après les Proculiens. (N° 881.) En effet, de même que le legs *per vindicationem* transfère la propriété, de même il peut transférer un droit réel.

Au contraire, lorsqu'un testateur avait légué une servitude en employant la formule du legs *per damnationem*, lorsqu'il avait dit, par exemple : « *Titius heres esto; Titius, heres meus, damnas esto dare jus eundi et agendi per fundum Cornelianum meum Mævio;* » dans ce cas, la servitude n'était pas établie directement par le legs, parce que le legs *per damnationem* ne peut transférer ni un droit de propriété ni un droit réel. (N° 883.) Le legs *per damnationem* ne fait acquérir au légataire qu'un droit de créance. Quand une servitude aura été léguée *per damnationem*, la servitude n'existera pas, comme droit réel, en vertu du legs. Mais lorsque l'héritier aura fait adition, le légataire aura seulement une créance contre l'héritier, qui sera tenu envers lui de l'obligation d'établir la servitude. L'héritier établira la servitude par un mode constitutif de servitude, par mancipation ou *cessio in jure*. (L. 16. D. 8, 4.) — Dans le droit de Justinien, toutes les fois qu'un testateur aura légué une

servitude, cette servitude sera établie directement, comme droit réel, par le seul effet du legs, aussitôt que l'héritier aura fait adition.

1021. *H.* PACTES ET STIPULATIONS. — Les pactes et stipulations, considérés comme moyen d'établir une servitude, ne se rencontrent pas qu'à l'époque de Justinien. En effet, Gaïus nous apprend que les pactes et stipulations peuvent servir à établir une servitude entre fonds provinciaux. — On peut être surpris de voir Gaïus dire que des servitudes peuvent être établies entre fonds provinciaux, parce que les fonds provinciaux, tributaires ou stipendiaires, n'étant pas susceptibles de propriété quiritaire, ni de propriété privée, pour les habitants des provinces, qui n'en avaient que la possession et la jouissance, il ne pouvait pas y avoir entre ces fonds un rapport de servitude, qui est un démembrement de la propriété. Cependant Gaïus, après avoir dit que la mancipation et la *cessio in jure* ne sont des modes d'établir les servitudes qu'entre fonds italiques, ajoute : « Quant aux fonds provinciaux, si quelqu'un veut y constituer un droit d'usufruit ou un droit de passage, de conduite d'animaux, d'aqueduc, de ne pas élever son édifice pour ne pas nuire au jour du voisin, ou autres droits semblables, il peut le faire par pactes et stipulations, parce que ces fonds ne sont pas susceptibles de mancipation ni de *cessio in jure.* » (Gaïus, II, § 31.) — Mais nous savons que ce n'était que par une fiction qu'on disait que les habitants des provinces n'étaient pas propriétaires du sol provincial ; nous avons vu que leur droit avait fini par présenter beaucoup d'analogie avec la propriété, et que sous le nom de possession, *possessio*, leur droit sur les fonds provinciaux fut protégé par les préteurs au moyen d'une revendication utile, analogue à la revendication du droit civil, et par l'action publicienne utile. (N° 833.) Ce sont aussi les préteurs qui ont permis d'établir entre fonds provinciaux, par pactes et stipulations, des droits analogues aux servitudes.

Le pacte est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes, qui, d'après le droit romain, ne peut engendrer une obligation. La stipulation, au contraire, est un contrat qui crée des obligations. Comment se faisaient ces pactes et stipulations, employés pour établir des servitudes entre fonds provinciaux ? Les parties faisaient d'abord un pacte pour déterminer le genre de servitude à établir et le mode de jouissance de cette servitude, la manière dont elle serait exercée, — et ensuite une stipulation par laquelle celle des parties qui avait promis la servitude s'obligeait à payer à l'autre une somme, à titre de peine, pour le cas où elle l'empêcherait d'exercer la servitude.

1022. C'est de ces pactes et stipulations que parle Justinien, quand il dit : « *Si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet* » (§ 4 de n. t.) ; et, comme la distinction des fonds provinciaux et des fonds italiques n'existe plus à l'époque de Justinien, ces pactes et stipulations s'appliquent à tous les immeubles.

Mais ces pactes et stipulations, soit au temps de Gaïus, soit au temps de Justinien, suffisaient-ils pour établir une servitude, de manière que la servitude existât comme droit réel ?

1re *opinion*.—Ces pactes et stipulations ont été un moyen d'établir les servitudes comme droits réels. En effet, Gaïus et Justinien emploient l'expression *constituere* pour dire que quelqu'un peut établir une servitude par pactes et stipulations : « *In provincialibus prædiis sive quis usumfructum, sive jus eundi, agendi... constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest,* » dit Gaïus ; *Si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet,* » dit Justinien.

2e *opinion*. — Il est impossible qu'une servitude soit établie comme droit réel par pactes et stipulations. En effet, le pacte est un accord de volontés entre deux personnes qui conviennent de quelque chose. Or, d'après le droit civil romain, le pacte est insuffisant pour créer une obligation ou un droit réel. En un mot, ni une obligation ni un droit réel (excepté le droit réel d'hypothèque) ne peuvent résulter d'un pacte. Quant à la stipulation, c'est un contrat qui crée des obligations, mais qui ne peut jamais donner naissance à un droit réel. — Après le pacte et la stipulation, celui qui a promis une servitude ou une somme, à titre de peine, pour le cas où il ne la laisserait pas exercer, est simplement obligé par stipulation ; mais la servitude n'existe pas comme droit réel. Exemple : Titius et Mævius conviennent que Titius pourra passer, pour le service de son fonds, sur le fonds de Mævius. Voilà le pacte. Il n'y a même, en vertu de ce pacte, ni obligation ni droit réel de servitude. Ensuite Titius dit à Mævius : « Me promets-tu de me laisser passer ? Et, si tu ne me laisses point passer, me promets-tu dix écus d'or à titre de peine ? » Mævius répond : « Je promets. » Or cette stipulation oblige bien Mævius ou à laisser passer Titius ou à lui payer dix écus d'or ; mais cette stipulation n'a pas créé une servitude comme droit réel. — Il n'y a pas d'argument à tirer de l'expression *constituere*, employée par Gaïus et Justinien, parce que les mots *constituere servitutem* ne désignent pas toujours *établir* un usufruit ou une servitude. En effet, Gaïus, dans ses *Institutes*, dit qu'un usufruit peut être constitué, *constitui potest*, par un legs *per*

damnationem. Or il est certain que le legs *per damnationem* n'est pas un moyen d'établir un usufruit ou une servitude comme droits réels. (N° 1020.) — Enfin il y a, au Digeste, des textes nombreux d'après lesquels, si quelqu'un a promis par stipulation une servitude, la stipulation n'établit pas actuellement la servitude comme droit réel, et nous voyons dans l'un de ces textes que, si le stipulant aliène son fonds après la stipulation faite, mais avant que la servitude ne soit établie, la stipulation devient inutile, parce que la servitude ne peut plus être établie au profit d'un fonds dont le stipulant n'est plus propriétaire : « *Si quis viam ad fundum suum ante constitutam servitutem alienaverit, evanescit stipulatio.* » (L. 136. D. 45, 1.) On voit que le jurisconsulte Paul, dans cette loi, ne considère pas la servitude comme établie par la stipulation.

Puisque les servitudes ne sont pas établies par le pacte et la stipulation ; puisque de la stipulation il ne résulte qu'une obligation du promettant, comment ce promettant exécutera-t-il son obligation ? Comment constituera-t-il la servitude ? En employant la mancipation ou la *cessio in jure*, et, à l'époque de Justinien, la tradition.

1023. Mais comment peut-on faire tradition d'une servitude ? Les servitudes, étant des choses incorporelles, ne sont pas susceptibles de possession, car la possession est la détention du *corpus* d'une chose, avec la volonté de s'en considérer comme propriétaire, et la tradition est la remise de la possession. Les servitudes, n'étant pas susceptibles de possession, ne sont pas non plus susceptibles de tradition. C'est ce que décidait le droit civil romain. Mais nous avons vu que le droit prétorien avait admis, pour les servitudes, une quasi-tradition, consistant dans l'exercice même de la servitude. Lorsque le propriétaire d'un fonds met une personne à même de faire, sur son fonds, acte de jouissance d'une servitude, il y a quasi-tradition de la servitude. L'usage, l'exercice d'une servitude, constituent la quasi-tradition de cette servitude. (L. 3, § 2. D. 19, 1. L. 1, § 2. D. 8, 3.)

1024. Par mancipation, par *cessio in jure*, par adjudication, une servitude prédiale ne pouvait pas être établie à terme ou sous condition, c'est-à-dire de manière à ne commencer à exister qu'à partir d'un certain délai ou à l'arrivée d'une condition, parce que la mancipation, la *cessio in jure*, l'adjudication sont des *actus legitimi*, qui ne peuvent être faits ni à terme, ni sous condition. (L. 77. D. 50, 17.)—Mais, une servitude une fois établie purement et simplement par mancipation, *cessio in jure*, adjudication ou par tout autre mode, les parties peuvent convenir que la servitude s'éteindra à

l'expiration de tel délai ou à l'arrivée de telle condition. Lorsque le terme sera expiré, lorsque la condition sera accomplie, la servitude ne sera pas éteinte, il est vrai, d'après le droit civil, qui considère les servitudes une fois établies comme perpétuelles, devant durer aussi longtemps que le fonds dominant et le fonds servant. Mais, d'après le droit prétorien, si, après l'expiration du terme ou après l'arrivée de la condition, le propriétaire du fonds dominant veut continuer à exercer la servitude, le propriétaire du fonds servant pourra le repousser par l'exception de dol. (L. 4 pr. D. 8, 1.)

1025. 6° *Des modes d'extinction des servitudes.* — Il y a deux espèces de modes d'extinction des servitudes à distinguer : les modes d'extinction du droit civil, et les modes d'extinction du droit prétorien.

1026. Les modes d'extinction du droit civil sont au nombre de cinq :

A. La perte de l'un des deux fonds. — La servitude s'éteint par la perte, par la destruction du fonds servant ou du fonds dominant. — Mais il avait été admis que, si un bâtiment, au profit duquel ou à la charge duquel existait une servitude, venait à périr, la servitude revivrait, si le bâtiment était reconstruit à la même place.

B. La confusion. — La confusion est la réunion dans la même personne des deux qualités de propriétaire du fonds dominant et de propriétaire du fonds servant. Il y a confusion : 1° lorsque le propriétaire du fonds dominant devient propriétaire du fonds servant ; 2° lorsque le propriétaire du fonds servant devient propriétaire du fonds dominant ; 3° lorsqu'un tiers acquiert le fonds dominant et le fonds servant. Dans ces trois cas, la servitude est éteinte, parce que *res nemini sua servit.* (L. 1. D. 8, 6.) — Mais il faut que la confusion soit complète, c'est-à-dire il faut que la même personne devienne propriétaire des deux fonds entiers, sinon la servitude ne s'éteindrait que pour la partie acquise et subsisterait pour l'autre partie : « Si ton fonds me doit une servitude, soit que je devienne propriétaire d'une partie de ton fonds, ou toi d'une partie du mien, la servitude sera retenue pour partie. » (L. 8, § 1, D. 8, 1.)

Si la confusion vient à cesser, c'est-à-dire si les deux fonds cessent d'appartenir à la même personne, parce qu'elle en aliène un à une autre personne, ou les aliène tous les deux à deux personnes différentes, la servitude ne revivra pas. Si on veut qu'elle revive, il faut recourir à un mode de constitution des servitudes. (L. 30. D. 8, 2.) — Toutefois, si la confusion ne s'était opérée que pour un certain temps, celui au profit duquel la confusion s'est

opérée devrait rétablir la servitude à la cessation de la confusion. Exemple : Une femme constitue en dot un de ses immeubles, auquel un immeuble du mari doit une servitude ; l'immeuble constitué en dot entre dans le patrimoine du mari, libre de la servitude, qui s'éteint par confusion ; mais le mari, lors de la restitution de la dot, sera contraint par le juge à rétablir la servitude. (L. 7, § 1. D. 23, 5.)

C. LA RENONCIATION A LA SERVITUDE PAR LE PROPRIÉTAIRE DU FONDS DOMINANT. — Si le propriétaire du fonds dominant consent à renoncer à sa servitude, pour que la servitude soit éteinte, il faut qu'il retransfère la servitude au propriétaire du fonds servant par un mode analogue à celui qui l'a établie ; par exemple, il lui remancipera ou lui cédera *in jure* la servitude.

D. LA RÉSOLUTION DU DROIT DE PROPRIÉTÉ DU CONSTITUANT. — Il est possible que le propriétaire, qui constitue une servitude sur son fonds, n'ait sur ce fonds qu'une propriété résoluble. (N° 992.) Si, après avoir constitué la servitude, sa propriété vient à être résolue, la servitude s'éteint : *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.* Exemple : Un testateur institue pour son héritier Titius, et lègue à Mævius un immeuble sous condition. Tant que la condition n'est pas arrivée, l'héritier Titius est propriétaire de l'immeuble, car le légataire Mævius ne doit en devenir propriétaire que si la condition s'accomplit. Or l'héritier constitue une servitude sur l'immeuble au profit d'un tiers, puis la condition s'accomplit : la propriété de l'héritier sur l'immeuble est résolue, et la servitude qu'il a constituée au profit d'un tiers est résolue aussi : *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.* Ici le *dans* est l'héritier, l'*accipiens* est le tiers auquel l'héritier a constitué la servitude qui est éteinte par confusion. (L. 11, § 1. D. 8, 6.)

E. LE NON-USAGE. — Il y a non-usage lorsque le propriétaire du fonds dominant cesse d'exercer la servitude. — Par quel délai les servitudes s'éteignent-elles par le non-usage? D'après l'ancien droit civil, les servitudes s'éteignent par deux années de non-usage. (Paul, *Sent.*, I, XVII, § 1.) Justinien décida que les servitudes s'éteindraient par dix ou vingt années de non-usage. (L. 13. C. 3, 34.) — Nous savons que, parmi les servitudes prédiales, les servitudes rurales seules s'éteignent par non-usage. Pour qu'une servitude rurale s'éteigne par simple non-usage, il suffit que le propriétaire du fonds dominant n'ait pas exercé la servitude pendant deux ans, et, à partir de Justinien, pendant dix ans ou vingt ans. Au contraire, pour qu'une servitude urbaine s'éteigne par non-usage, il faut que le propriétaire du fonds servant, ou un tiers quelconque,

ait fait un acte contraire à l'exercice de la servitude. (N° 1012, *B.*)

Pour qu'une servitude rurale ne s'éteigne pas *non utendo*, il faut donc qu'elle soit exercée; mais il n'est pas nécessaire qu'elle soit exercée par le propriétaire du fonds dominant lui-même : lors même qu'elle serait exercée par un tiers, même par un possesseur de mauvaise foi du fonds dominant, cet exercice empêcherait la servitude de s'éteindre. (L. 12. et L. 20 et suiv. D. 8, 6.)

1027. Lorsqu'un homme possède de bonne foi, et avec juste titre, un fonds grevé de servitude, il peut usucaper le fonds; mais lorsqu'il aura usucapé le fonds, la servitude sera-t-elle éteinte? Il faut distinguer : si le propriétaire du fonds dominant n'a pas exercé la servitude depuis que le possesseur est entré en possession, après l'usucapion du fonds, la servitude sera éteinte par non-usage; car le temps exigé pour l'extinction des servitudes par non-usage est le même que le temps exigé pour l'usucapion de la propriété. Mais si le propriétaire du fonds dominant a continué à exercer la servitude depuis l'entrée du possesseur de bonne foi en la possession du fonds servant, la servitude ne sera pas éteinte par non-usage après l'usucapion du fonds servant.

1028. Si l'exercice d'une servitude rurale a cessé par suite d'un obstacle naturel, la servitude s'éteindra-t-elle par ce non-usage résultant d'un obstacle naturel? Exemple : J'ai le droit de puiser de l'eau dans la source d'autrui; la source vient à tarir et reste tarie pendant le temps exigé pour le non-usage : la servitude est éteinte; mais, si l'eau reparaît, le propriétaire du fonds dominant pourra forcer le propriétaire du fonds servant à rétablir la servitude. (L. 34, § 1. L. 35. D. 8, 3.) — L'usage irrégulier d'une servitude urbaine ne suffit pas pour empêcher la servitude de s'éteindre; j'ai le droit de puiser de l'eau, au profit de mon fonds, pendant la nuit, dans la source de mon voisin; j'en puise pendant le jour : cet usage irrégulier n'empêche pas ma servitude de s'éteindre par non-usage, aussi bien que si je ne l'exerçais pas du tout. (L. 10, § 1. D. 8, 6.)

A la différence des servitudes, le droit de propriété ne se perd pas par non-usage. Pour qu'un propriétaire perde son droit de propriété sur sa chose, il faut qu'un autre en ait pris possession. (L. 4, § 28. D. 41, 3.)

1029. Voyons maintenant les modes d'extinction des servitudes, dérivant du droit prétorien :

F. LA CONVENTION. — La convention, par laquelle le propriétaire du fonds dominant renonce à la servitude, ne produit pas l'extinction de la servitude, d'après le droit civil; mais, d'après le droit

prétorien, si le propriétaire du fonds dominant veut continuer à exercer la servitude, le propriétaire du fonds servant pourra le repousser par l'exception de dol ou par l'exception *pacti conventi*, qui n'est pas autre chose que l'exception de dol dans un cas particulier.

G. LE TERME ET LA CONDITION. — Si, au moment de l'établissement de la servitude, les parties ont fait une convention par laquelle il a été convenu que la servitude s'éteindrait à l'expiration d'un certain délai ou à l'arrivée d'une condition, d'après le droit civil, qui considérait les servitudes, une fois établies, comme des qualités perpétuelles, la servitude ne s'éteindra pas à l'arrivée du terme ou de la condition ; mais, si le propriétaire du fonds dominant veut continuer à exercer la servitude, le propriétaire du fonds servant pourra, d'après le droit prétorien, le repousser par l'exception *pacti conventi* ou par l'exception de dol.

1030. Les contestations relatives aux servitudes réelles ou prédiales peuvent donner lieu à deux actions : *actio confessoria*, *actio negatoria*. L'action confessoire est celle par laquelle une personne prétend avoir, au profit de son fonds sur le fonds d'autrui, une servitude qui lui est contestée. L'action négatoire est celle que le propriétaire d'un fonds intente pour faire constater que son fonds est libre d'une servitude qu'un tiers veut exercer.

Enfin, de même qu'il y avait, en droit romain, des interdits pour garantir la possession des choses corporelles, de même il y avait des interdits pour garantir la quasi-possession des servitudes.

1031. III. **Des servitudes personnelles.** — La servitude personnelle est celle qui est établie au profit d'une personne, physique ou morale, sur des choses mobilières ou immobilières, et qui s'éteint de plein droit après un certain laps de temps ou à la mort de celui qui en jouit. D'après le droit civil, il y a trois servitudes personnelles : l'usufruit, l'usage et l'habitation.

1° *De l'usufruit.* (*Inst.*, II, XIV.)

« Pr. L'usufruit est le droit de se servir et de jouir des choses d'autrui, sans en altérer la substance. C'est un droit sur un corps : si ce corps périt, le droit périt également. »

1032. *A.* GÉNÉRALITÉS. — L'usufruit est donc le droit de se servir et de jouir de la chose d'autrui, sans en altérer la substance : « *Jus rebus alienis utendi fruendi, salva rerum substantia.* » — D'après cette définition, on voit que l'usufruit se compose de deux des éléments du droit de propriété : le *jus utendi* et le *jus fruendi*.

Le *jus utendi* est le droit qu'a l'usufruitier de se servir de la

chose, de l'employer à l'usage auquel elle est destinée par sa nature. Le *jus fruendi* est le droit qu'a l'usufruitier d'acquérir les fruits de la chose dont il a l'usufruit.

1033. L'usufruitier ne peut exercer ces deux droits qu'à la charge de ne pas altérer la substance des choses dont il a l'usufruit : *salva rerum substantia*. Les interprètes du droit romain ne sont pas d'accord sur le sens de ces mots :

Les uns pensent que ces mots signifient que l'usufruit ne peut pas durer plus longtemps que la chose sur laquelle il existe : si cette chose périt, l'usufruit s'éteint; de sorte que ces mots : *salva rerum substantia*, indiqueraient un mode d'extinction de l'usufruit. — Cette explication, qui est adoptée à la Faculté de Paris, est confirmée par cette définition que les *Institutes* donnent de l'usufruit : « *Est enim jus in corpore, quo sublato et ipsum tolli necesse est.* »

D'après d'autres interprètes, ces mots se traduiraient par : « Tant que la chose conserve sa destination primitive; » en effet, au point de vue juridique, le mot *substance* s'applique, non à l'existence même de la chose, mais à la *destination* au point de vue de laquelle on l'envisage. Dès lors, celui qui aura l'usufruit d'une maison n'aura pas l'usufruit du sol, si la maison est démolie.

D'autres pensent encore que les mots *salva rerum substantia* signifient que l'usufruit n'est possible qu'autant que la chose sur laquelle il est établi n'est pas suspectible d'être détruite par l'usage qu'on en fait. En effet, il y a des choses dont on ne peut se servir sans les consommer, comme le blé, le vin, la monnaie. Les mots *salva rerum substantia* signifieraient que l'usufruit ne peut être établi sur les choses qui se consomment par le premier usage qu'on en fait.

Enfin, selon d'autres, ces mots indiqueraient une limitation du droit de l'usufruitier : l'usufruitier a droit de se servir et de jouir de la chose d'autrui; mais son droit ne va pas jusqu'à lui permettre d'en altérer la substance.

Ce qui est certain, c'est que ces trois explications sont vraies. Il est vrai que l'usufruit s'éteint par la perte de la chose, qu'il ne peut porter que sur les choses qui ne se consomment pas par le premier usage, et que le droit de l'usufruitier ne s'étend pas jusqu'à lui permettre d'altérer la substance des choses dont il a l'usufruit. Comme cette discussion ne présente, en droit romain, aucun intérêt pratique, il n'est pas bien utile de savoir le sens exact de ces mots.

1034. Le plus souvent, c'est le propriétaire d'une chose qui a le *jus utendi fruendi*. Mais ce *jus utendi fruendi* du propriétaire est bien différent du *jus utendi fruendi* sur la chose d'autrui : il n'est pas limité par certaines règles qui limitent l'usufruit proprement

dit. Quelques interprètes appellent le *jus utendi fruendi* du propriétaire *usufruit causal*, parce qu'il prend sa cause dans le droit de propriété.

1035. Quand une chose est grevée d'un droit d'usufruit au profit d'un tiers, le propriétaire de cette chose n'a plus que le *jus abutendi* ou droit de disposer de sa chose; alors on dit qu'il n'a plus que la *nue propriété*, parce que, tant que l'usufruit dure, le propriétaire est privé des deux principaux avantages de sa propriété. Pour désigner la propriété complète, entière, non démembrée, sur un immeuble, les jurisconsultes romains emploient l'expression *fundus*.

1036. L'usufruit est un droit réel, droit absolu, opposable à tous, non-seulement au propriétaire qui l'a établi, mais encore à tous ceux qui acquerront la nue propriété du fonds. — L'usufruit, droit réel, est qualifié de servitude *personnelle*, parce qu'il est établi au profit d'une personne.

1037. L'usufruit est *divisible* en ce sens qu'il peut exister sur une portion divise ou indivise de la chose sur laquelle il existe. Cette divisibilité de l'usufruit présente un intérêt pratique à deux points de vue : 1° au point de vue de son établissement : si plusieurs personnes sont copropriétaires par indivis d'un immeuble, l'un des copropriétaires peut établir, au profit d'un tiers, un droit d'usufruit sur sa part indivise dans l'immeuble; de même, après le partage de l'immeuble, chaque copartageant pourra établir un usufruit sur sa part divise; 2° l'usufruit peut s'éteindre pour partie, ce qui a lieu lorsque l'usufruitier néglige d'exercer son usufruit sur tout le bien ou sur tous les biens dont il a l'usufruit : il perdra par non-usage son usufruit, sur la portion du bien, ou sur les biens sur lesquels il ne l'aura pas exercé. Ces conséquences de la divisibilité de l'usufruit sont indiquées dans le texte suivant de Papinien : « *Ususfructus et ab initio pro parte indivisa vel divisa et legitimo tempore similiter amitti potest.* » (L. 5. D. 7, 1.) — Toutefois, lorsque nous étudierons l'*usus* séparé du *fructus*, le *nudus usus*, nous verrons qu'il est *indivisible*. De même l'*usus*, réuni au *fructus* dans l'usufruit, est indivisible, parce que, dit le jurisconsulte Paul : « *Uti pro parte non possumus.* » Au contraire, le *jus fruendi* est divisible : « *Nam frui pro parte possumus*, » dit encore le jurisconsulte Paul. (L. 19. D. 7, 8.)

Nous allons étudier successivement : 1° les droits de l'usufruitier; 2° les obligations de l'usufruitier; 3° les choses susceptibles d'usufruit; 4° les modes de constitution de l'usufruit; 5° les modes d'extinction de l'usufruit.

1038. *B.* DES DROITS DE L'USUFRUITIER. — Les deux droits, qui constituent l'usufruit, sont le *jus utendi* et le *jus fruendi.*

Le *jus utendi* est le droit qu'a l'usufruitier de se servir de la chose, c'est-à-dire de l'employer à l'usage auquel elle est propre.

Le *jus fruendi* est le droit qu'a l'usufruitier d'acquérir les fruits de la chose dont il a l'usufruit. Le propriétaire d'une chose acquiert tout ce que la chose produit. Au contraire, l'usufruitier n'acquiert que les fruits proprement dits. Par fruits, il faut entendre tout ce que la chose est destinée à produire et à reproduire périodiquement.

1039. Il y a à distinguer deux espèces de fruits : les fruits naturels et les fruits civils. Les fruits naturels sont ceux qui sont produits directement et matériellement par une chose : par exemple, les récoltes des fonds de terre; les coupes de bois taillis, qu'on est dans l'usage de couper à des époques périodiques. (L. 9, § 7. L. 10, D. 7, 1.) Les petits des animaux, le lait, la laine des troupeaux, sont aussi des fruits naturels.

1040. Les fruits civils sont des revenus périodiques, produits indirectement par une chose et résultant de la location ou du prêt de l'usage de cette chose. Tels sont : les loyers des maisons, les fermages des fonds, les intérêts des sommes prêtées.

1041. L'usufruitier acquiert les fruits naturels et les fruits civils des choses dont il á l'usufruit, c'est-à-dire tout ce que ces choses sont destinées à reproduire périodiquement. Mais l'usufruitier n'acquiert pas ce que la chose dont il a l'usufruit n'est pas destinée à produire et à reproduire périodiquement, ce qu'elle ne produit qu'accidentellement, ce qu'on appelle les *produits extraordinaires.* Ainsi, par exemple, l'usufruitier d'une esclave n'acquiert pas les enfants dont elle accouche, parce que les petits d'une esclave ne sont pas des fruits, les femmes esclaves n'étant pas destinées à produire des enfants. De même l'usufruitier n'acquiert pas les hérédités ni les legs laissés par un tiers à l'esclave dont il a l'usufruit, car les esclaves ne sont pas destinés à recevoir des hérédités ou des legs. Cette hérédité ou ce legs appartient au nu-propriétaire de l'esclave. — L'usufruitier d'un bois n'acquiert pas les bois de haute futaie, qui sont considérés comme produits extraordinaires. (L. 11, D. 7, 1.)

1042. A quel moment et de quelle manière l'usufruitier acquiert-il les fruits? Quant aux fruits naturels, pour qu'ils soient acquis à l'usufruitier, il ne suffit pas qu'ils soient détachés, séparés de la chose qui les a produits. L'usufruitier n'acquiert les fruits naturels que par la perception, la prise de possession qu'il en fait par lui-

même ou par un autre en son nom. Il résulte de là 1° que : si les fruits sont détachés et volés par un tiers, l'usufruitier ne pourra pas les revendiquer contre le voleur; car, pour revendiquer une chose, il faut en être propriétaire; 2° si l'usufruitier meurt avant d'avoir pris possession d'une récolte, cette récolte appartiendra, non à ses héritiers, mais au nu-propriétaire, car son usufruit s'est éteint par sa mort, avant qu'il ne soit propriétaire de la récolte. — Cette règle, d'après laquelle l'usufruitier n'acquiert les fruits naturels que par là prise de possession qu'il en fait, est indiquée dans le § 36 du titre : *De divisione rerum.* (*Inst.*, II, 1.)

« Celui auquel appartient un usufruit ne devient propriétaire des fruits qu'autant qu'il les a perçus lui-même. En conséquence, si, à sa mort, les fruits, quoique mûrs, n'ont pas été perçus par lui, ils appartiennent, non pas à ses héritiers, mais au propriétaire. On en dit presque autant du fermier. »

1043. A quel moment et de quelle manière l'usufruitier acquiert-il les fruits civils, intérêts des sommes prêtées, loyers et fermages? Il faut distinguer : s'il s'agit de fermages de biens ruraux, on regarde le prix de fermage comme représentant la récolte; en conséquence, l'usufruitier n'a droit qu'au prix de fermage des récoltes qui ont été faites pendant la durée de son usufruit; de sorte que, si l'usufruitier meurt après une récolte faite par le fermier, mais avant d'en avoir touché le prix, ses héritiers auront droit au prix de fermage, représentant cette récolte. Que si l'usufruitier meurt avant que le fermier ait fait une récolte, ses héritiers n'auront pas droit au prix de fermage, représentant cette récolte. (L. 58 pr. D. 7, 1.) — Au contraire, l'usufruitier acquiert jour par jour les autres fruits civils, loyer des maisons, intérêts des sommes prêtées, prix des services d'un esclave loués à un tiers : chaque jour l'usufruitier acquiert un trois cent soixante-cinquième de ces fruits. Cette manière d'acquérir les fruits civils par l'usufruitier présente un intérêt pratique pour l'année où l'usufruit s'éteint. Exemple : Je suppose que les loyers d'une maison sont payables tous les ans au 1er janvier; l'usufruitier de cette maison vient à mourir le 15 mai d'une certaine année, l'usufruit s'éteint; les héritiers de l'usufruitier auront droit pour cette dernière année à autant de trois cent soixante-cinquièmes du prix du loyer qu'il s'est écoulé de jours depuis le 1er janvier jusqu'au 15 mai. Cette manière d'acquérir les fruits civils, jour par jour, par l'usufruitier, présente encore un intérêt pratique pour la première année dans laquelle l'usufruit commence; lorsque l'usufruit porte sur des choses qui produisent des fruits civils, par exemple sur une maison qui se trouve louée à un loca-

taire au moment où l'usufruit commence : pour cette première année, l'usufruitier aura droit à autant de trois cent soixante-cinquièmes du prix du loyer que son usufruit aura duré de jours pendant cette première année.

1044. L'usufruitier a le droit de vendre ou de donner son usufruit à une autre personne ; mais il faut bien remarquer que c'est seulement l'émolument, l'avantage de son droit qu'il peut vendre ou donner, et non pas son droit d'usufruit, qui est attaché à sa personne. L'usufruitier ne peut pas détacher son droit d'usufruit de sa personne pour le transférer à un autre usufrutier à sa place ; il ne peut céder à un tiers que les avantages de son droit d'usufruit, qui reste attaché à sa personne, et qui s'éteindra à sa mort. — De ce que l'usufruitier ne peut céder son droit d'usufruit, il résulte qu'une servitude prédiale ne peut être établie sur un immeuble grevé d'un usufruit, ni par l'usufruitier, ni par le propriétaire, ni par tous les deux réunis, parce qu'en constituant une servitude, l'usufruitier aliénerait une partie de son droit; or il ne peut aliéner son droit d'usufruit ni pour le tout, ni pour partie. (L. 15, § 7. L. 16. D. 7, 1.)

1045. L'usufruitier a le droit de donner à bail les biens dont il a l'usufruit. — Il est possible que les biens soumis à l'usufruit aient été donnés à bail par le propriétaire avant la constitution de l'usufruit; l'usufruitier est-il tenu de respecter le bail ou bien? au contraire, a-t-il le droit d'expulser le fermier? L'usufruitier n'est pas tenu de respecter le bail et peut expulser le fermier, à moins qu'au moment de la constitution de l'usufruit il ne se soit obligé envers le propriétaire à respecter le bail. Dans ce cas, le fermier devra payer les loyers ou fermages, non plus au propriétaire qui lui a loué le bien, mais à l'usufruitier, à partir du jour où l'usufruit aura commencé.

1046. *C.* DES OBLIGATIONS DE L'USUFRUITIER. — 1° L'usufruitier est obligé à ne pas changer la destination de la chose, c'est-à-dire à ne pas l'employer à un usage autre que celui auquel elle est destinée. En conséquence, s'il a l'usufruit d'une maison d'habitation, il ne peut y établir une hôtellerie ou des bains publics, ni en changer la distribution. (L. 13, § 8. D. 7, 1.) L'usufruitier d'un esclave doit l'employer au métier auquel il a été employé jusqu'alors par ses propriétaires. (L. 15, § 1. D. 7, 1.) — L'usufruitier d'un bien d'agrément, par exemple d'un parc, ne peut le changer en terre labourable et productive. (L. 13, § 4. D. 7, 1.) — Mais l'usufruitier d'un fonds a le droit d'y ouvrir des carrières pour en tirer de la marne ou du sable; il a le droit d'exploiter les mines d'or, d'argent, de soufre, de cuivre, de fer et autres déjà ouvertes par le propriétaire

ou qu'il ouvrira lui-même, pourvu qu'il ne nuise pas à l'agriculture. (L. 13, § 5. D. 7, 1.)

2° L'usufruitier est obligé à ne pas dégrader la chose dont il a l'usufruit; il doit jouir en bon père de famille, c'est-à-dire se comporter comme un bon administrateur.

3° L'usufruitier est tenu de certaines charges à raison de son usufruit. Ainsi l'usufruitier d'une maison est tenu de faire les réparations d'entretien, *modica refectio*, par la raison que tous les fruits de la chose lui appartiennent, Celsus pense que l'usufruitier peut être condamné à réparer les maisons. (L. 7, § 2. D. 7, 1.) Mais l'usufruitier peut se décharger des frais de réparation d'entretien en abandonnant son usufruit. (L. 48. D. 7, 1.) — L'usufruitier doit supporter toutes les charges de l'usufruit, comme les impôts, les tributs extraordinaires. (L. 7, § 2. L. 27, § 3. D. 7, 1.) — Enfin l'usufruitier est tenu de ne pas laisser périr les servitudes du fonds dont il a l'usufruit; s'il les laisse éteindre par non-usage, il sera responsable envers le propriétaire. (L. 15, § 7. D. 7, 1.)

L'usufruitier d'un troupeau doit entretenir le troupeau en remplaçant les bêtes mortes par le croît, de sorte qu'il ne profitera des petits du troupeau que lorsque le troupeau sera complet. De même l'usufruitier doit remplacer les vignes et les arbres qui ont péri. C'est ce qui est dit au § 38 *De divisione rerum* (*Inst.*, II, 1) :

« Si quelqu'un a l'usufruit d'un troupeau, il doit remplacer les bêtes mortes par le croît, suivant l'avis de Julien. De même l'usufruitier doit remplacer par d'autres les ceps de vignes ou les arbres qui ont péri. »

1047. *Sanction des obligations de l'usufruitier.* — Si l'usufruitier dégrade, détériore, par son fait, la chose dont il a l'usufruit, le nu-propriétaire a contre lui, pour se faire indemniser, l'action de la loi *Aquilia*, qui punit le dommage causé sans droit à autrui. Nous étudierons cette loi dans le IV^e^ livre des *Institutes*. D'un autre côté, le préteur donne au nu-propriétaire le droit d'exiger de l'usufruitier, au commencement de l'usufruit, qu'il fournisse caution de jouir en bon administrateur et de rendre la chose à la fin de l'usufruit, c'est-à-dire que l'usufruitier doit promettre par stipulation de jouir en bon administrateur et sa promesse doit être garantie par un fidéjusseur. (L. 13 pr. D. 7, 1.) — En conséquence, si, à la fin de l'usufruit, quelques-unes des choses soumises à l'usufruit ont péri par la faute ou la négligence de l'usufruitier, le nu-propriétaire aura, pour se faire indemniser, la *condictio* et contre l'usufruitier et contre le fidéjusseur. — Puisque le nu-propriétaire a déjà l'action de la loi *Aquilia* pour se faire indemniser, il semble

qu'il lui est inutile d'avoir aussi la *condictio*. Mais il n'en est pas ainsi. Le nu-propriétaire a intérêt à avoir la *condictio*, indépendamment de l'action de la loi *Aquilia*, parce que la *condictio* a, pour le nu-propriétaire, deux utilités que n'a pas l'action de la loi *Aquilia* : 1° le nu-propriétaire ne peut exercer l'action de la loi *Aquilia* contre l'usufruitier, pour se faire indemniser, que si les choses détruites ou dégradées ont été détruites ou dégradées par un *fait actif* de l'usufruitier ; si les choses ont péri ou ont été dégradées par suite d'une *négligence* de l'usufruitier, l'action de la loi *Aquilia* ne peut pas être exercée, comme nous le verrons plus tard en étudiant cette action. Au contraire, par la *condictio*, le nu-propriétaire pourra réclamer une indemnité, même lorsque les choses auront péri ou auront été dégradées par suite de la négligence de l'usufruitier (L. 13, § 2. D. 7, 1) ; 2° le nu-propriétaire ne peut exercer l'action de la loi *Aquilia* que contre l'usufruitier ; au contraire, il peut intenter la *condictio* contre l'usufruitier et contre son fidéjusseur, de sorte que, par la *condictio*, il peut poursuivre deux débiteurs au lieu d'un.

Si, au commencement de l'usufruit, l'usufruitier ne veut pas fournir la caution, le propriétaire peut lui refuser l'exercice de son droit. (L. 13 pr. D. 7, 1.) Que si le propriétaire a livré les choses à l'usufruitier sans exiger la caution, et qu'ensuite l'usufruitier ne la fournisse pas, « le propriétaire peut revendiquer ces choses ; si l'usufruitier lui oppose l'exception *de re ususfructus nomine tradita*, le propriétaire lui opposera une réplique tirée de ce qu'il n'a pas fourni caution. Au lieu de revendiquer, le propriétaire peut exiger la caution par une *condictio* ». (L. 7 pr. D. 7, 9.)

1048. *D.* DES CHOSES SUSCEPTIBLES D'USUFRUIT. — Toutes les choses corporelles, meubles ou immeubles, qui sont dans le commerce des hommes, sont susceptibles d'usufruit. — Toutefois l'usufruit n'est pas possible sur les choses qui se consomment par le premier usage qu'on en fait, sur les choses dont on ne peut se servir sans les détruire, comme le blé, le vin, la monnaie... Pourquoi l'usufruit sur ces choses n'est-il pas possible ? Parce que, si un usufruit était établi sur des choses qui se consomment par le premier usage, il y aurait incompatibilité entre un des droits et une des obligations de l'usufruitier. En effet, d'une part, l'usufruitier a le droit de se servir des choses dont il a l'usufruit, et, d'autre part, il est tenu de l'obligation de rendre, à la fin de l'usufruit, les choses dont il a eu l'usufruit. Or, si un usufruit était établi sur une chose se consommant par le premier usage, l'usufruitier aurait le droit de s'en servir, mais en s'en servant il la consommerait, et, l'ayant

consommée, il serait dans l'impossibilité de la rendre à la fin de l'usufruit. Il y aurait donc incompatibilité entre son droit de se servir de la chose, et son obligation de la rendre.

Cependant on comprend qu'une personne pouvait avoir le désir de constituer, par exemple par legs, un droit d'usufruit sur une somme d'argent au profit d'un tiers, au lieu de lui laisser la somme en pleine propriété. Mais la règle, d'après laquelle l'usufruit ne pouvait être établi sur les choses qui se consomment par le premier usage, s'y opposait. Cette règle était donc gênante dans la pratique. Aussi un sénatusconsulte, rendu probablement au commencement de l'Empire, vint décider, *utilitatis causa*, qu'on pourrait établir, sur les choses qui se consomment par le premier usage, un droit analogue à l'usufruit, sous le nom de *quasi-usufruit*. C'est ce que nous apprend le § 2 de notre titre :

§ 2. « L'usufruit peut être établi non-seulement sur un fonds et sur des maisons, mais encore sur des esclaves, des animaux et sur toutes autres choses, excepté celles qui se consomment par l'usage, car ces choses ne sont susceptibles d'usufruit ni d'après le droit naturel, ni d'après le droit civil. Parmi ces choses sont le vin, l'huile, le blé, les vêtements, l'argent monnayé parce qu'il est en quelque sorte consommé par l'usage dans l'échange qu'on en fait. Mais, pour cause d'utilité, le sénat a pensé que l'usufruit pourrait être établi sur ces choses, pourvu qu'une caution fût fournie à l'héritier. En conséquence, si l'usufruit d'une somme d'argent a été légué, cette somme sera transférée au légataire en pleine propriété, pourvu qu'il fournisse caution à l'héritier qu'une somme égale lui sera rendue, à sa mort, ou s'il encourt la *capitis deminutio*. Les autres choses, après avoir été estimées, sont aussi livrées en propriété au légataire, qui fournit caution qu'à sa mort, ou s'il encourt une *capitis deminutio*, il sera rendu à l'héritier une somme égale à l'estimation des choses. Le sénat n'a pas établi pour ces choses un usufruit (ce qui n'était pas possible), mais il a établi un quasi-usufruit, au moyen d'une caution. »

Ainsi, d'après ce sénatus-consulte, l'usufruit des choses qui se consomment par le premier usage peut être légué. Si c'est l'usufruit d'une somme d'argent qui est légué, l'héritier, débiteur du legs, la livre en propriété au légataire, qui fournit caution qu'une pareille somme sera, après sa mort, ou après une *capitis deminutio* encourue par lui, restituée à l'héritier. Si c'est l'usufruit de choses se consommant par l'usage, autres qu'une somme d'argent, qui a été légué, l'héritier, débiteur du legs, et le légataire, estiment ou font estimer ces choses, et l'héritier les livre en propriété au légataire, qui fournit caution qu'une pareille somme, égale au montant de l'estimation, des choses sera, après sa mort ou après une *capitis deminutio* encourue par lui, restituée à l'héritier. — Si l'estimation des choses n'a pas été faite, le légataire sera obligé, à la fin de son quasi-usufruit, de rendre à l'héritier nu-propriétaire des choses de

même espèce et de même qualité : «... *Et ab eo cautio desideranda est, ut, quandoque is mortuus aut capite deminutus sit; ejusdem qualitatis res restituatur; aut, æstimatis rebus, certæ pecuniæ nomine cavendum est, quod et commodius est.* » (L. 7. D. 7, 5.)

D'après ce qui précède, on voit que, dans le quasi-usufruit, le quasi-usufruitier devient propriétaire des choses dont il a le quasi-usufruit, mais en même temps il devient débiteur d'une valeur égale à celle qu'il a reçue, et il doit fournir caution ponr en assurer la restitution.

1049. Plus tard, les jurisconsultes étendirent l'application du sénatusconsulte et firent admettre que l'usufruit serait possible même pour les choses incorporelles : « Après ce sénatus-consulte, dit Ulpien, l'usufruit de toutes les choses peut être légué. L'usufruit des créances peut-il être légué? Nerva l'a contesté. Mais il est plus vrai de dire, comme le pensent Cassius et Proculus, que l'usufruit des créances peut être légué. Cependant Nerva a écrit que l'usufruit d'une créance peut être légué au débiteur lui-même, ce qui le dispensera de payer les intérêts de sa dette. Mais il devra donner caution de restituer le capital à la fin de son usufruit. » (L. 3, L. 4. D. 7, 5.)

1050. *E.* DES MODES DE CONSTITUTION DE L'USUFRUIT. — Comme l'usufruit est un démembrement de la propriété, nous allons rechercher si l'usufruit peut être acquis par les mêmes modes que la propriété. Voyons d'abord les modes d'acquérir du droit civil.

1051. *La mancipation.* — L'usufruit n'étant pas une *res mancipi* ne peut être établi par la mancipation, directement, par voie de *translatio;* mais il peut être établi indirectement, par voie de *deductio :* un propriétaire peut manciper son fonds *deducto usufructu.* (Gaïus, II, § 33. *Fragm. Vat.*, § 47.)

1052. *La cessio in jure.* — L'usufruit peut être établi par *cessio in jure*, soit par *translatio*, soit par *deductio.* (Gaïus, II, § 30. *Fragm. Vat.*, § 47.)

1053. *L'usucapion.* — D'après le droit civil, l'usufruit étant une chose incorporelle, n'étant pas susceptible de possession, ne peut être acquis par usucapion, puisque l'usucapion est un mode d'acquérir par la possession prolongée. Mais, dans le droit de Justinien, celui qui aura eu la quasi-possession d'un droit d'usufruit, c'est-à-dire qui se sera comporté comme usufruitier pendant dix ou vingt ans, aura acquis la servitude par la *præscriptio longi temporis.* (L. 12 *in fine.* C. 7, 33.)

1054. *L'adjudication.* — L'adjudication est un mode de consti-

tution de l'usufruit : « L'usufruit est constitué dans l'action en partage d'une hérédité et dans l'action en partage de choses communes, si le juge a adjugé à l'un la propriété, à l'autre l'usufruit. (L. 6, § 1. D. 7, 1. *Fragm. Vat.*, § 47. — N° 877.)

1055. *La loi.* — La loi établit quelquefois un usufruit au profit d'une personne. Ainsi la loi donne au père, qui a la puissance paternelle, l'usufruit sur le pécule adventice de son fils. (*Inst.*, II, IX, § 1.)

Voyons maintenant si l'usufruit peut être acquis par les modes d'acquérir du droit des gens.

1056. *L'occupation.* — L'occupation ne peut pas être un mode d'acquérir l'usufruit, car l'usufruit n'est pas une *res nullius*.

1057. *La tradition.* — D'après le droit civil, l'usufruit étant une chose incorporelle n'est pas susceptible de possession et, par suite, ne peut être établi par la tradition, qui est la remise de la possession, ni par voie de *translatio*, ni par voie de *deductio*. (*Fragm. Vatic.*, § 47.) Mais le droit prétorien admit que l'usufruit pourrait être établi par la quasi-tradition, d'abord sur les fonds provinciaux. (*Fragm. Vatic.*, § 61.) L'usufruit ainsi établi sur les fonds provinciaux par la quasi-tradition, *tuitione prætoris*, était protégé par des interdits quasi-possessoires et par l'action publicienne utile que le préteur accordait à l'usufruitier, lorsque son usufruit était contesté. (*Fragm. Vatic.*, §§ 61, 91. L. 11, § 1. D. 6, 2.) — La quasi-tradition fut ensuite appliquée par le droit prétorien, comme mode de constitution de l'usufruit, même aux fonds italiques. — Dans le droit de Justinien l'usufruit peut être établi par tradition, soit par voie de *translatio*, soit par voie de *deductio*. (L. 3 pr. ; L. 32. D. 7, 1.)

Le § 1 de notre titre indique encore deux autres modes de constitution de l'usufruit : le testament et les pactes et stipulations :

§ 1. « L'usufruit peut être séparé de la propriété, ce qui arrive de plusieurs manières, par exemple, si un usufruit est légué à quelqu'un : dans ce cas, l'héritier a la nue propriété, le légataire a l'usufruit. A l'inverse, si un fonds a été légué, déduction faite de l'usufruit, le légataire a la nue propriété, l'héritier a l'usufruit. De même, un testateur peut léguer à l'un l'usufruit, à l'autre la propriété, déduction faite de cet usufruit. Si quelqu'un veut, sans testament, constituer un usufruit, il doit le faire par pactes et par stipulations. Mais comme la propriété eût été inutile si l'usufruit en eût toujours été séparé, il a été admis que l'usufruit s'éteindrait et viendrait rejoindre la propriété de plusieurs manières. »

1058. *Testament.* — Dans l'ancien droit romain, l'usufruit ne pouvait être établi, comme droit réel, que par un legs *per vindicationem*. Le legs *per damnationem* ne donnait au légataire qu'un

droit de créance et la *condictio* contre l'héritier pour le forcer à constituer l'usufruit par *cessio in jure*, par exemple. (*Fragm. Vat.*, § 47, nos 881, 883.) — Dans le droit de Justinien, le legs établit toujours l'usufruit comme droit réel. D'après le § 1 de notre titre, l'usufruit peut être établi par legs de trois manières différentes, qui n'ont pas besoin d'explications.

1059. *Pactes et stipulations.* — Les pactes et stipulations furent d'abord employés comme mode d'établir le droit d'usufruit sur les fonds provinciaux : « Quant aux fonds provinciaux, dit Gaïus, si quelqu'un veut y constituer un droit d'usufruit..., il peut le faire par pactes et stipulations, parce que ces fonds ne sont pas susceptibles de mancipation ni de *cessio in jure*. » (Gaïus, II, § 31.) A l'époque de Justinien, les pactes et stipulations sont devenus un mode de constitution de l'usufruit applicable à toute espèce de biens, puisque la distinction des fonds italiques et des fonds provinciaux a disparu. Les parties font d'abord un pacte, par lequel l'une consent sur sa chose un droit d'usufruit à l'autre, et ensuite une stipulation, par laquelle celle des parties qui a promis l'usufruit s'oblige à payer à l'autre une somme, à titre de peine, pour le cas où elle l'empêcherait d'exercer l'usufruit. Mais nous savons qu'à aucune époque du droit romain ni le pacte ni la stipulation n'ont pu créer un droit réel (excepté le droit réel d'hypothèque, qui peut être établi par un simple pacte). Pour que l'usufruit soit établi par un pacte et par une stipulation, il faut que ce pacte et cette stipulation soient suivis d'une quasi-tradition du droit d'usufruit; il faut que celle des parties qui a consenti l'usufruit laisse l'autre exercer l'usufruit. L'exercice de l'usufruit par l'usufruitier constitue la quasi-tradition de l'usufruit. (nos 812, 1,021.)

1060. *F.* DES MODES D'EXTINCTION DE L'USUFRUIT. — Les modes d'extinction de l'usufruit sont au nombre de sept, dont six sont indiqués par le § 3 de notre titre. Le jurisconsulte Paul, dans ses *Sentences*, en indique un septième : le terme.

§ 3. « L'usufruit finit par la mort de l'usufruitier, par deux *capitis deminutiones*, la grande et la moyenne, et par le non-usage d'après le mode et le temps fixés, *per modum et tempus*. De même l'usufruit finit, si l'usufruitier le cède au propriétaire, mais il ne peut le céder à un tiers; ou, à l'inverse, si l'usufruitier acquiert la propriété de la chose, ce qui s'appelle consolidation. En outre, si la maison est détruite par un incendie ou s'écroule par suite d'un tremblement de terre ou d'un vice de construction, l'usufruit s'éteint et n'existe même plus sur le sol. »

1061. L'usufruit s'éteint :

1° *Par la mort de l'usufruitier*. — L'usufruit, étant un droit

attribué à une personne, ne peut survivre à cette personne. Aussi l'usufruit s'éteint par la mort de l'usufruitier. — A quelle époque s'éteint l'usufruit établi au profit d'une personne morale, comme une ville, une corporation, dont l'existence peut se prolonger indéfiniment? L'usufruit s'éteint après cent ans à partir de sa constitution, à moins que la personne morale ne soit détruite avant ce temps, cas auquel l'usufruit cesse avec elle. (L. 56. D. 7, 1. L. 21. D. 7, 4.)

2° *Par la capitis deminutio.* — D'après l'ancien droit romain, toute *capitis deminutio*, encourue par l'usufruitier, éteignait l'usufruit. (Paul, *Sent.*, III, VI, § 29.) Dans le droit de Justinien, la *minima capitis deminutio* n'éteint plus l'usufruit. Aussi le § 3 de notre titre ne cite que la grande et moyenne *capitis deminutio*, comme modes d'extinction de l'usufruit.

1062. L'usufruit établi au profit d'un fils de famille ou d'un esclave est acquis au père ou au maître. Cet usufruit s'éteindra-t-il à la mort du fils ou de l'esclave ou, au contraire, à la mort du père ou du maître? Dans l'ancien droit romain, si l'usufruit avait été établi par la formule *do lego* (legs *per vindicationem*), l'usufruit s'éteignait à la mort du fils ou de l'esclave. Si l'usufruit avait été constitué par tout autre mode, il s'éteignait à la mort du père ou du maître. (*Fragm. Vatic.*, § 57.) — D'après le droit de Justinien, l'usufruit acquis par un esclave ou un fils de famillle ne s'éteint plus par aucune *capitis deminutio*, ni par la mort du fils, ni par l'aliénation, l'affranchissement, ni la mort de l'esclave. Si le père meurt ou encourt la grande ou moyenne *capitis deminutio*, l'usufruit ne s'éteint pas et subsiste pour le fils, même exhérédé par son père. (L. 17. C. 3, 33.)

3° *Par le non-usage.* — D'après l'ancien droit romain, le délai de l'usucapion étant d'un an pour les meubles, de deux ans pour les immeubles, l'usufruit sur une chose mobilière s'éteignait par un an, l'usufruit sur un immeuble s'éteignait par deux ans. (Paul, *Sent.*, III, VI, § 30.) Justinien décida que l'usufruit sur les meubles s'éteindrait par trois ans, et l'usufruit sur les immeubles par dix ou vingt ans de non-usage.

1063. Relativement à l'extinction de l'usufruit par non-usage, d'après la législation de Justinien, il y a controverse parmi les interprètes du droit romain. D'après quelques auteurs, pour que l'usufruit s'éteigne par non-usage, il ne suffit pas que l'usufruitier soit resté pendant le temps voulu sans exercer son droit, il faut encore que le nu-propriétaire usucape lui-même la liberté de son fonds, en faisant des actes de jouissance pendant dix ou vingt ans.

Ces auteurs invoquent une constitution de Justinien de l'an 503 qui porte : « *Nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quæ etiamsi dominium vindicaret, posset eum præsentem vel absentem excludere.* On ne peut opposer à l'usufruitier qu'une exception telle qu'elle pourrait repousser le propriétaire présent ou absent qui viendrait revendiquer. » (L. 16, § 1, *in fine*. C. 3, 33.) On voit, disent les auteurs dont j'expose l'opinion, que d'après ce texte le possesseur, qui a possédé un fonds pendant dix ou vingt ans, ne peut repousser l'usufruitier qu'aux mêmes conditions qu'il peut repousser le propriétaire. Or un propriétaire ne perd pas son droit de propriété sur son fonds par non-usage; il ne le perd que lorsqu'un tiers a possédé le fonds pendant dix ou vingt ans; donc, d'après la constitution de Justinien, l'usufruitier ne perdra pas non plus son droit par non-usage; il ne l'aura perdu que lorsque le nu-propriétaire aura exercé le droit d'usufruit à sa place. — Je crois que cette opinion doit être rejetée : 1° parce que Justinien, dans une constitution postérieure de l'an 531, déclarant qu'il veut établir pour les servitudes prédiales les mêmes règles qu'il a déjà établies pour l'usufruit, décide qu'elles s'éteindront par *le non-usage* pendant dix ou vingt ans (L. 13. C. 3, 34); 2° parce qu'un texte de Pomponius, qui dit que l'usufruit peut s'éteindre *non utendo*, a été inséré au Digeste. Or si, dans la législation de Justinien, l'usufruit ne s'éteignait plus par non-usage, ce texte n'eût pas été inséré au Digeste. (L. 25. D. 7, 4.)

Pour que l'usufruit ne s'éteigne pas *non utendo*, il n'est pas nécessaire que l'usufruitier l'exerce par lui-même; il peut l'exercer par l'intermédiaire d'un tiers qui l'exerce en son nom, par exemple par un fermier, par un acheteur, par un donataire : « L'usufruitier n'exerce pas son droit, s'il ne jouit ni par lui-même ni par un autre, par exemple par quelqu'un à qui il l'a vendu, ou loué, ou donné. » (L. 38. D. 7, 1.) « Si j'ai vendu mon usufruit et que l'acheteur n'en jouisse pas, je suis censé le retenir, parce que celui qui jouit du prix d'une chose n'est pas moins censé jouir de la chose que celui qui en jouit réellement; mais si je l'ai donné, je ne le conserve que si mon donataire en jouit. » (L. 38; L. 39; L. 40. D. 7, 1.)

4° *Par la consolidation.* — La consolidation est la réunion de la nu-propriété à l'usufruit, ce qui a lieu lorsque l'usufruitier acquiert la nu-propriété.

5° *Par la perte de la chose.* — Si la chose sur laquelle porte l'usufruit vient à périr, l'usufruit s'éteint : un usufruit est établi sur une maison, la maison brûle ou s'écroule, l'usufruit s'éteint. (§ 3 de n. t. Paul, *Sent.*, III, VI, 31.)

6° *Par la cessio in jure* de l'usufruit faite au nu-propriétaire par l'usufruitier. — Si l'usufruitier veut renoncer à son droit d'usufruit au profit du nu-propriétaire, il doit le lui céder *in jure*. (Paul, *Sent.*, III, VI, § 32.) A l'époque de Justinien, la *cessio in jure* n'existant plus, l'usufruitier renonce à son droit d'usufruit, au profit du nu-propriétaire, par une simple déclaration de volonté.

Mais l'usufruitier ne peut céder son usufruit à un tiers : « L'usufruitier en cédant *in jure* l'usufruit au propriétaire fait que l'usufruit s'éloigne de lui et va rejoindre la propriété ; mais en le cédant *in jure* à un autre, il conserve néanmoins son droit, car on regarde cette cession comme ne produisant aucun effet. » (Gaïus, II, 30.) C'est aussi ce que disent les *Institutes* : « L'usufruit s'éteint si l'usufruitier le cède au propriétaire ; mais il ne peut le céder à un autre. » (§ 3 de n. t.)

7° *Par l'arrivée du terme.* (Paul, *Sent.*, III, VI, § 33.) — Si l'usufruit a été établi pour durer jusqu'à un certain terme, *ad diem*, le terme arrivé, l'usufruit s'éteint. Lorsque l'usufruit a été établi pour durer jusqu'à un certain terme, si l'usufruitier meurt avant que le terme soit arrivé, l'usufruit s'éteint, car l'usufruit ne peut jamais survivre à l'usufruitier. Toutefois Justinien apporte à cette règle une exception, en décidant que, si un usufruit a été établi au profit d'une personne, pour durer jusqu'à que cette personne ait atteint tel âge, l'usufruitier venant à mourir avant l'âge fixé, l'usufruit subsistera jusqu'au jour où l'usufruitier aurait atteint cet âge s'il ne fût pas mort. (L. 12. C. 3, 33.)

Revenons un peu sur ces principes :

1064. L'adjonction d'un terme, disons-nous, ne peut jamais prolonger l'usufruit au delà des événements qui l'interrompent ordinairement, comme la mort de l'usufruitier. A ce sujet, plusieurs espèces. 1° L'usufruit constitué, jusqu'à ce qu'un tiers ait vingt-cinq ans, continuera, en l'absence d'autres causes d'extinction, jusqu'à l'époque où ce tiers aurait eu vingt-cinq ans, quand même il serait mort avant. 2° L'usufruit acquis par une personne *alieni juris* : *inter vivos?* s'éteint par la mort, etc., du maître ou du père : — *mortis causa?* par celle de l'esclave ou du fils. — Justinien décide dans ce cas que la mort du fils ou de l'esclave n'éteint jamais l'usufruit, et que, le père mort, son fils lui succède.

8° Enfin, bien entendu, par la *résolution* du droit du constituant.

§ 4. « Lorsque l'usufruit est entièrement éteint, il revient à la propriété, et, à partir de ce moment, le propriétaire a plein pouvoir sur sa chose. »

2° *De l'usage.* (*Inst.*, II, v.)

1065. L'*usus* est le droit de se servir de la chose d'autrui, sans avoir droit aux fruits produits par cette chose. — L'*usus* séparé de *fructus* s'appelle *nudus usus*. (L. 1, § 1, D. 7, 8.)

1066. Si le droit d'usage était resté limité au simple droit de se servir de la chose, il eût été à peu près inutile à l'usager dans certains cas; par exemple, en cas d'usage sur un fonds.

1067. *A*. Usage des fonds. — Si l'on eût restreint l'usage d'un fonds aux limites ordinaires de l'*usus*, l'usager n'aurait eu que le droit de se promener sur le fonds et d'y séjourner, sous la condition de ne pas empêcher le propriétaire, qui a conservé le *fructus*, de faire les travaux de culture et d'enlever les récoltes. (L. 1, § 1. L. 11. D. 7, 8.) — Aussi les jurisconsultes finirent par donner à l'*usus* d'un fonds une certaine extension, en permettant à l'usager de prendre des fruits *ad usum quotidianum* : « L'usager a le droit de se promener sur les fonds dont il a l'usage, dit Ulpien. Sabinus et Cassius pensent qu'il peut, pour son usage quotidien, prendre du bois, des fruits, des légumes, des fleurs et de l'eau, qui se trouvent dans les fonds dont il a l'usage, sans cependant en retirer un bénéfice et sans en abuser. » (L. 12, § 1. D. 7, 8.) — Justinien a consacré cette extension de l'usage au profit de l'usager d'un fonds :

§ 1. « Il y a moins de droit dans l'usage que dans l'usufruit; car celui qui a l'usage nu d'un fonds n'a que le droit de prendre des légumes, des fruits, des fleurs, du foin, des pailles, du bois pour son usage quotidien. Il peut aussi séjourner sur le fonds; mais il ne doit pas nuire au droit du propriétaire, ni s'opposer aux travaux de la culture. Il ne peut louer, vendre ou céder son droit gratuitement à un autre, quoique l'usufruitier le puisse. »

1068. *B*. Usage des bois taillis. — De même, si l'usage d'un bois taillis eût été restreint dans les limites prescrites, il eût été à peu près inutile pour l'usager, qui n'aurait eu que le droit de s'y promener. Aussi le droit d'usage sur un bois taillis fut étendu par Adrien, qui donna à l'usager d'un bois taillis, comme à l'usufruitier, le droit de faire les coupes et d'en vendre les produits. (L. 22 pr., D. 7, 8.)

1069. *C*. Usage des batiments. — *L'usus ædium*, l'usage d'une maison, donne à l'usager le droit d'y habiter avec sa famille, sans pouvoir louer la maison à des locataires. Toutefois, les jurisconsultes firent admettre que l'usager d'une maison pourrait y recevoir un hôte et même y loger des personnes qui lui paieraient un loyer, pourvu que l'usager habitât lui-même la maison : « La personne qui habite avec l'usager ne peut pas être proprement appelée locataire; aussi on ne peut lui reprocher qu'il en reçoive un loyer, pourvu qu'il habite lui-même; car si on a légué l'usage d'une mai-

son considérable à une personne qui n'en pourrait occuper qu'une petite partie, il serait regrettable de l'empêcher d'en tirer profit. » (L. 4, pr. D. 7, 8.) — Justinien dit également que l'usager doit habiter lui-même la maison dont il a l'usage :

§ 2. « Celui qui a l'usage d'une maison n'a que le droit de l'habiter lui-même, sans pouvoir le transmettre à d'autres. C'est à peine s'il lui a été permis de recevoir un hôte, d'y habiter avec sa femme, ses enfants, ses esclaves, ses affranchis et les autres personnes libres qu'il possède comme esclaves. Si l'usage d'une maison appartient à une femme, il lui est permis d'y habiter avec son mari. »

1070. *D.* USAGE D'UN ESCLAVE :

§ 3. « De même celui qui a l'usage d'un esclave ne peut que profiter lui-même de ses travaux et de ses services ; mais il ne lui a pas été permis de transférer ce droit à un autre. Il en est de même pour les bêtes de somme. »

Cependant l'usager d'un esclave avait un moyen de tirer profit du travail de l'esclave : il n'avait qu'à se charger d'un ouvrage et à le faire exécuter par l'esclave : « *Si fundum conduxerit quis, usuarium servum posse ibi operari.* » (L. 12, § 6. D. 7, 8.)

1071. *E.* USAGE DES TROUPEAUX :

§ 4. « Si l'usage d'un troupeau a été légué, l'usager n'a droit ni au lait, ni à la laine, ni aux agneaux, car ce sont des fruits. Mais il pourra se servir du troupeau pour l'engrais de son champ, *ad stercorandum agrum suum.* »

En résumé, on voit que le droit d'usage est plus ou moins indéterminé : il est des cas où il est assez important, d'autres cas où il est presque inutile. Mais il y a un cas où il est aussi étendu que le quasi-usufruit : c'est lorsqu'il est établi sur des choses qui se consomment par le premier usage. L'usager, dans ce cas, acquiert la propriété de ces choses, à la charge de donner caution de rendre, à la fin de l'usage, leur estimation ou des choses pareilles en quantité et qualité. (L. 5, § 2. L. 7. D. 7, 5.) — Du reste, tout usager doit donner caution d'user en bon administrateur.

L'*usus* d'une chose peut appartenir à l'un, le *fructus* à un autre, et la propriété à un troisième. (L. 14, § 3. D. 7, 8.)

1072. L'usage, *nudus usus*, est indivisible, car on ne peut se servir d'une chose pour partie, tandis qu'on peut n'avoir droit qu'à une partie des fruits d'une chose : « *Frui quidem pro parte possumus; uti pro-parte non possumus.* » (L. 19. D. 7, 8.)

Le *nudus usus* se constitue et s'éteint par les mêmes modes que l'usufruit. (L. 3, § 3. D. 7, 1.)

3° *De l'habitation.*

§ 5. « Si l'habitation a été léguée ou constituée d'une autre manière à quel-

qu'un, il n'y a ni un usage, ni un usufruit, mais un droit particulier. Nous avons permis, par utilité et d'après l'avis de Marcellus, à ceux qui ont l'habitation, non-seulement d'habiter eux-mêmes, mais encore de louer à d'autres. »

1073. L'*habitation* ne se confond ni avec l'usufruit ni avec l'usage. Elle se rapproche du legs *in singulos annos;* en effet, c'est un avantage quotidien ouvert et acquis jour par jour, d'où résulte qu'il ne s'éteint ni par non-usage ni par la *capitis deminutio*, car on ne peut perdre ce qui n'est pas né.

On avait discuté si ce droit était annuel ou viager; cette dernière opinion prévalut.

Le légataire de l'habitation donnait caution.

Quant à l'étendue de ce droit, les opinions étaient divisées. Justinien efface toute controverse en décidant, avec Marcellus, que le légataire de l'habitation aurait la faculté d'habiter avec sa famille la maison, ou de la louer.

1074. Quelles différences y a-t-il entre l'habitation et l'usage d'une maison, entre l'*habitatio* et l'*usus ædium?* 1° L'habitation ne s'éteint ni par le non-usage ni par la *capitis deminutio* de l'*habitator;* au contraire, l'usage, comme l'usufruit, s'éteint par le non-usage et par la *capitis deminutio* (L. 10, pr. D. 7, 8); 2° l'usager d'une maison doit l'habiter lui-même, sans pouvoir la louer; l'*habitator* peut ou habiter la maison lui-même ou la louer à d'autres. (§ 5 de n. t.)

L'*habitatio* dure, sauf convention contraire, pendant toute la vie de l'*habitator;* mais elle s'éteint toujours à la mort de l'*habitator*. Quelques interprètes pensent même que ce droit, constitué *inter vivos*, s'éteignait non-seulement par la mort du donataire, mais encore par celle du donateur. L'*habitator* doit aussi donner caution. (L. 5, § 3. D. 7, 9.)

4° *Des travaux des esclaves.*

1075. Un citoyen romain peut léguer le droit aux travaux de son esclave à un autre citoyen romain. Ce droit aux travaux d'un esclave a beaucoup de ressemblance avec l'*usus* d'un esclave. C'est ce que remarque le jurisconsulte Térentius Clémens : « J'ai appris et Julien pense que les services d'un esclave ayant été légués, ce legs doit être assimilé à un legs d'usage. » (L. 5. D. 7, 7.)

Mais les travaux ou services d'un esclave consistent en des faits successifs, se renouvelant chaque jour, et pouvant être obligés chaque jour. (L. 1. D. 7, 7.) — De cette nature des services de l'esclave, il résulte plusieurs différences entre l'usage d'un esclave et le droit aux services d'un esclave :

1° L'usage d'un esclave s'éteint toujours à la mort de l'usager

et aussi à la mort de l'esclave; au contraire, le droit aux travaux d'un esclave, le *jus operarum servi*, ne s'éteint pas à la mort de celui auquel il appartient et passe à ses héritiers : il s'éteint seulement à la mort de l'esclave lui-même.

2° L'usage d'un esclave s'éteint par le non-usage et par la *capitis deminutio* de l'usager; au contraire, le droit aux travaux d'un esclave ne s'éteint ni par le non-usage, ni par la *capitis deminutio* de celui auquel il appartient.

3° Celui qui a droit aux *operæ* d'un esclave peut les louer; l'usager ne peut louer les services de l'esclave dont il a l'usage.

4° Si l'esclave, aux travaux duquel j'ai droit, est usucapé par un autre, mon droit s'éteint; tandis que si l'esclave, dont j'ai l'*usus*, est usucapé, je ne perds pas mon droit, parce que l'usage, pas plus que l'usufruit, ne s'éteint par l'usucapion accomplie au profit d'un tiers. (N° 1062). Ces quatre différences sont indiquées par le jurisconsulte Papinien. (L. 2. D. 33, 2.)

Celui qui a le droit aux travaux d'un esclave doit subvenir à son entretien et donner caution pour sa restitution. (L. 4, D. 7, 7; — L. 5, § 3, D. 7, 9.)

Les contestations relatives au droit d'usufruit, d'usage et d'habitation peuvent donner lieu à une action confessoire et à une action négatoire que nous étudierons plus loin.

§ 6. « Ce qui vient d'être dit sur les servitudes, sur l'usufruit, l'usage, l'habitation, suffit. Quant aux hérédités et aux obligations, nous en parlerons en leur lieu. Nous avons exposé sommairement les modes d'acquérir du droit des gens, voyons maintenant ceux du droit civil. »

J'ai expliqué antérieurement les modes d'acquérir du droit civil. (N^os^ 875, 883.)

§ III. — GAGE OU PIGNUS

1076. Le gage est le dernier des *droits réels* reconnus par le droit civil. C'est l'embryon de l'*hypothèque*, avec laquelle il arrive à se confondre; c'est donc au titre de l'hypothèque qu'on l'étudiera.

ARTICLE II. — DROITS RÉGLEMENTÉS PAR LE PRÉTEUR

1077. Avec la transformation du monde romain prirent naissance quelques démembrements nouveaux du droit de propriété, établis par le préteur. Ce sont : l'*emphytéose*, la *superficie*, l'*hypothèque*, le *domaine bonitaire*.

§ Ier. — DROIT DE SUPERFICIE

1078. D'après le droit civil romain, le propriétaire du sol est

propriétaire de la superficie : « *Superficies natura solo cohæret.* » Le propriétaire d'un terrain est propriétaire de toute construction faite sur son terrain, même par un tiers : « *Ædificium solo cedit* [1]. »

1079. Si le propriétaire d'un terrain concède à une personne le droit de construire une maison sur son terrain, moyennant un prix fixe ou moyennant une redevance, quand même ce concessionnaire aurait construit dans l'intention d'être propriétaire de la maison construite, il n'en sera pas propriétaire. La maison appartiendra au propriétaire du terrain : « *Superficiarias ædes appellamus, quæ in conducto solo positæ sunt, quarum proprietas, et civili et naturali jure, ejus est cujus est solum.* Nous appelons maisons superficiaires, celles qui sont situées sur un sol loué et qui, d'après le droit civil et le droit naturel, appartiennent au propriétaire du sol. » (L. 2. D. 43, 18.) Toutefois, si la concession a été faite moyennant un prix fixe, le concessionnaire est considéré comme acheteur; si la concession a été faite moyennant une redevance annuelle, il est considéré comme locataire; en conséquence, il a tantôt l'action *ex empto*, tantôt l'action *ex conducto*, contre le concédant, pour obtenir des dommages-intérêts, si le concédant met obstacle à sa jouissance. Mais l'action *ex empto* ou l'action *ex conducto* n'appartient au superficiaire que dans ses rapports avec son vendeur ou son bailleur; lorsqu'il est troublé par un tiers, il n'a d'autre ressource que d'obtenir de son vendeur ou de son bailleur la cession de ses actions. C'est ce que dit le jurisconsulte Ulpien : « Celui qui a la *superficies* sur le sol d'autrui est protégé par une action civile; car il pourra agir contre le propriétaire du sol par l'action *ex conducto*, s'il a loué la *superficies*, — par l'action *ex empto*, s'il l'a achetée. En effet, si c'est le propriétaire qui le trouble, le superficiaire, en agissant contre lui, obtiendra des dommages-intérêts; s'il est troublé par un tiers, le propriétaire doit lui céder ses actions. » (L. 1, § 1. D. 43, 18.)

1080. Mais cette nécessité de recourir au propriétaire, quand il était troublé par un tiers, était gênante pour le superficiaire; aussi le préteur jugea équitable de lui accorder un interdit et une action réelle utile. Ulpien nous a transmis les termes de l'édit par lequel le préteur accorda au *superficiarius* cet interdit et cette action. « *Ait prætor : Uti ex lege locationis sive conductionis superficie, qua de agitur, nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero fruemini, quominus fruamini, vim fieri veto. Si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo.* Le préteur dit : Comme, en vertu des

1. Le droit français dit également : « La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous. » (Art. 552.)

clauses de votre location de la superficie, dont il s'agit, vous ne jouissez ni par violence, ni clandestinement, ni précairement à l'égard de votre adversaire, je défends qu'on vous fasse violence, pour vous empêcher de jouir. Si une action est demandée relativement à la superficie, je la donnerai en connaissance de cause. » (L. 1 pr. D. 43, 18.)

D'après Ulpien, cet interdit est une espèce d'interdit *uti possidetis* : « Le préteur protége celui qui réclame une superficie comme par un interdit *uti possidetis*, sans exiger de lui qu'il prouve la cause de sa possession. Il recherche seulement s'il ne possède pas par violence, clandestinement ou précairement à l'égard de son adversaire. Toutes les règles qui sont appliquées à l'interdit *uti possidetis* sont appliquées aussi à cet interdit. » (L. 1, § 2. D. 43, 18.)

Quant à l'action accordée par le préteur au superficiaire, c'est une action réelle utile, une revendication utile. Mais le préteur n'accorde cette action qu'en connaissance de cause, *causa cognita*, c'est-à-dire seulement lorsque le superficiaire a obtenu une superficie perpétuelle ou à longue durée : « Ce que dit le préteur : *Si une action est demandée relativement à la superficie, je la donnerai en connaissance de cause*,—doit s'entendre en ce sens que si quelqu'un a loué une superficie pour un temps limité, l'action lui sera refusée; mais l'action réelle compétera à celui qui a loué la superficie pour un temps très-long. » (L. 1, § 3. D. 43, 18.) Si la *superficies* n'a été concédée que pour un temps limité, le superficiaire, s'il est troublé par un tiers, sera obligé de recourir au propriétaire pour se faire céder ses actions.

Le superficiaire peut intenter l'interdit et l'action réelle même contre le propriétaire qui lui a fait la concession. De plus, s'il est poursuivi par le propriétaire, le préteur lui accorde une exception : « Celui, sur le sol duquel est établie la *superficies*, n'a pas besoin d'une action utile, parce qu'il a la même action réelle que pour le sol. Cependant, s'il veut revendiquer contre le superficiaire, il faut dire que celui-ci pourra se servir d'une exception *in factum* qui lui sera donnée; car celui qui a une action doit, à plus forte raison, avoir une exception. » (L. 1, § 4. D. 43, 18.)

1081. A partir du moment où le droit du *superficiarius* fut ainsi protégé par le préteur, on peut dire que le superficiaire fut assimilé à un propriétaire, qu'il eut, en quelque sorte, la propriété prétorienne de la maison [1].

---

1. *Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété* (nº 119, p. 99), par M. Pellat.

Le préteur tira les conséquences de cette assimilation et décida que le superficiaire pourrait vendre, donner ou léguer son droit à un autre : « *Sed et tradi posse intelligendum est, ut et legari et donari possit* » (L. 1, § 7. D. 43, 18); qu'il pourrait consentir sur la maison un droit d'usufruit, d'usage, des servitudes : « Des servitudes peuvent être établies d'après le droit prétorien, et elles seront garanties, à l'exemple de celles qui sont établies d'après le droit civil, non-seulement par des actions utiles, mais encore par un interdit utile. » (L. 1, § 6, § 9. D. 43, 18.)

Si la *superficies* appartient en commun à plusieurs superficiaires, l'un deux, voulant sortir de l'indivision, pourra demander le partage par l'action *communi dividundo* utile : « *Et si duobus sit communis, etiam utile communi dividundo dabimus.* » (L. 1, § 8. D. 43, 18.)

La *superficies* s'établit par une convention analogue à un louage ou à une vente; mais de cette convention, il ne résulte, pour le concessionnaire, qu'un droit de créance; la *superficies* n'existe, comme droit réel, que lorsque le concessionnaire a été mis en possession par la quasi-tradition.

§ II. — DE L'EMPHYTÉOSE

1082. I. **D'un certain droit réel prétorien sur les agri vectigales.** — Le louage, *locatio conductio*, est un contrat par lequel une personne, appelée locateur (*locator*), s'engage à procurer la jouissance d'une chose, pendant un certain temps, à une autre personne, appelée locataire ou preneur (*conductor*), qui s'engage à payer au *locator* une redevance annuelle, en équivalent de la jouissance.

Par ce contrat, le locataire n'acquiert contre le locateur qu'un droit personnel, un droit de créance, qui a pour objet la jouissance de la chose louée. Si le locataire est empêché d'exercer sa jouissance sur la chose louée, par le locateur lui-même, il a contre lui l'action *conducti*, pour le faire condamner à des dommages-intérêts; mais s'il est empêché d'exercer sa jouissance par un tiers qui, par exemple, s'est emparé de la chose louée, le locataire n'a d'autre moyen que de s'adresser au locateur, qui revendiquera lui-même la chose, ou cédera ses actions au locataire.

1083. On comprend que rien ne s'oppose à ce qu'un propriétaire, au lieu de s'obliger à fournir à un locataire la jouissance d'une chose pour un temps limité, s'oblige à la lui fournir pour un temps illimité, moyennant une redevance annuelle. — Il paraît même que cet usage de louer des biens pour un temps illimité s'était

introduit et était pratiqué pour les terres des cités, des villes municipales, qui donnaient leurs biens à bail à un locataire pour un temps illimité, moyennant une redevance annuelle appelée *vectigal*, et on appelait *agri vectigales* les fonds des cités ainsi loués pour un temps illimité. C'est ce que nous apprend le jurisconsulte Paul : « Les fonds des cités sont appelés les uns *agri vectigales*, les autres *non vectigales*. Sont appelés *vectigales* les fonds qui sont loués à perpétuité, c'est-à-dire avec cette clause que tant que le *vectigal* sera payé pour ces fonds ils ne pourront être enlevés ni à ceux qui les ont pris à bail ni à ceux qui leur ont succédé. Sont *non vectigales* les fonds qui sont donnés pour être cultivés de la même manière que, nous particuliers, nous donnons les nôtres à cultiver. » (L. 1 pr. D. 6, 3.)

1084. Le bail à durée illimitée était appliqué aussi aux biens de l'État, c'est-à-dire aux biens qui étaient *in patrimonio populi romani*, notamment aux terres de l'*ager publicus* : « *Agri publici, qui in perpetuum locantur*. » (L. 11, § 1. D. 39, 4. — N° 805.)

« Le grand avantage des baux de courte durée, c'est de ne pas gêner l'aliénation des biens loués et, par suite, de ne pas entraver la circulation des biens ; mais, en compensation, ils présentent un grave inconvénient. Le fermier ne cultive pas en bon père de famille la terre qui bientôt produira pour un autre que lui. Or l'avantage est nul pour les cités qui aliènent rarement ; et l'inconvénient est d'autant plus grave qu'elles ne disposent pas des mêmes moyens de surveillance que les particuliers. Aussi, quoique le bail ordinaire ne fût pas tout à fait inusité à l'égard des terres du domaine municipal ou public, il est certain que le bail pour cent ans, et surtout le bail perpétuel, étaient beaucoup plus fréquents [1]. »

1085. D'après les principes du droit civil, le locataire d'un *ager vectigalis*, pris par lui à bail perpétuel, ne pouvait avoir, comme le locataire à bail d'une durée limitée, que l'action personnelle, l'action *conducti*, contre son locateur, la cité ou l'État. S'il était troublé dans sa jouissance par un tiers, il était obligé de se faire céder les actions de son bailleur, la cité ou l'État. Mais le préteur vint encore accorder au locataire d'un *ager vectigalis* une action réelle utile : « Ceux qui ont reçu d'un municipe un fonds à bail perpétuel ne deviennent pas propriétaires ; cependant il a été admis qu'une action réelle leur appartient contre tout possesseur et même contre les municipes, pourvu toutefois qu'ils paient régulièrement le vectigal. » (L. 1, § 1 ; L. 2. D. 6, 3.)

---

1. M. Pepin Le Halleur, *Histoire de l'emphytéose en droit romain et en droit français*, p. 9.

Ainsi, d'après le droit prétorien, le locataire d'un *ager vectigalis* acquiert sur ce fonds un droit réel prétorien, garanti par une action réelle utile qu'il peut exercer contre tout usurpateur et même contre la cité qui a donné le bien à bail.

Le locataire d'un *ager vectigalis* peut vendre, léguer son droit sur le fonds (L. 71, § 5, § 6. D. 30, *De legatis*, I); il peut l'hypothéquer : « *Etiam vectigale prædium pignori dari potest.* » (L. 16, § 2. D. 13, 7); il peut le grever d'un usufruit. (L. 1 pr. D. 7, 4.) Il acquiert les fruits dès qu'ils sont séparés du fonds. (L. 25, § 1. D. 22, 1.) — Si la concession d'un *ager vectigalis* a été faite à plusieurs, ils peuvent intenter l'action *communi dividundo*. (L. 7, pr. D. 10, 3.)

Tant que la redevance, *vectigal*, sera régulièrement payée, l'*ager vectigalis* ne pourra être enlevé au locataire ni à ses successeurs : héritiers, acheteurs, légataires. Si le *vectigal* cesse d'être payé, le droit du concessionnaire cesse et le fonds lui est enlevé. (L. 1, § 1; L. 2, D. 6, 3.)

1086. II. **De l'emphytéose proprement dite.** — Sous l'Empire, le droit réel du locataire perpétuel d'un *ager vectigalis* s'est transformé et est devenu l'*emphytéose*. — Recherchons comment cette transformation s'est opérée. Sous l'Empire, les biens du domaine du peuple romain, l'*ager publicus*, et l'*ærarium*, trésor du peuple, furent absorbés dans le domaine impérial et dans le *fiscus*, trésor de l'empereur. Le domaine impérial comprenait non-seulement les biens du fisc, mais encore les biens du domaine privé de l'empereur ou de la maison de l'empereur : *sacrum patrimonium*, *res privatæ*, *fundi divini domus*. Cette distinction des biens du domaine impérial en deux parties : bien du fisc et biens du domaine privé ou de la maison de l'empereur, est faite notamment dans le § 14 *De usucapione*, aux *Institutes*. (N° 925.) Aussi on ne trouve plus dans les constitutions impériales l'expression *ager publicus;* on trouve, au contraire, les expressions : *fundi patrimoniales*, *fundi rei privatæ*.

Voyons la condition de ces fonds au commencement du Bas-Empire :

1087. Les *fundi patrimoniales* et les *fundi rei privatæ* étaient quelquefois vendus moyennant un prix et, en outre, à la charge par l'acheteur de payer une redevance annuelle et perpétuelle appelée *canon*. La vente ainsi faite, moyennant un prix et une redevance annuelle, était dite faite *salvo canone*, sous la réserve du *canon*, et le droit acquis par l'acheteur s'appelait *jus privatum salvo canone*. Ces mots *jus privatum salvo canone* désignent un véritable droit de propriété pour l'acheteur de ces fonds. En effet, ces biens ainsi

vendus cessaient d'être *fundi patrimoniales* ou *fundi rei privatæ* et devenaient la propriété de l'acheteur. C'est ce qui résulte notamment d'une constitution de Valentinien et de Valens : « Que ceux qui sont tentés par l'avantage que présentent les fonds de notre patrimoine particulier (*commoditas prædiorum rei privatæ*), fassent connaître leurs intentions par écrit, et ils peuvent être assurés que chacun de ces fonds passera au pouvoir du nouveau propriétaire (*novi domini*) avec les seules charges dont ils sont grevés actuellement; et quelles que soient les améliorations qu'ils pourront y apporter par leurs soins et leur industrie, ou par l'augmentation des esclaves ou des troupeaux, la capitation et le *canon* n'en seront pas augmentés. Ces améliorations ne profiteront qu'aux propriétaires et à leurs héritiers (*sed solis dominis et heredibus eorum*). Mais si quelqu'un d'entre eux ne paye pas ce qu'il doit chaque année à raison du fonds, qu'il y soit contraint sans délai. S'il est constant qu'il est devenu insolvable de manière à ne plus pouvoir payer la redevance, qu'il soit dépossédé et que le fonds soit transféré à un autre, solvable, qui néanmoins ne sera pas tenu de ce qui était dû par son prédécesseur. » (L. 2. C. 11, 65.)

Quelquefois les *fundi patrimoniales* ou les *fundi rei privatæ* étaient donnés par l'empereur, mais toujours *salvo canone*. (L. 10. C. 11, 61.)

1088. Mais le plus souvent les *fundi patrimoniales* ou les *fundi rei privatæ*, au lieu d'être vendus, étaient affermés à perpétuité, moyennant une redevance annuelle appelée aussi *canon*. Le droit résultant pour le locataire de cette location perpétuelle s'appelait *jus perpetuum salvo canone* ou *jus perpetuarium salvo canone*. La propriété de ces *fundi patrimoniales* ou de ces *fundi rei privatæ*, ainsi donnés en location perpétuelle, n'était pas aliénée. Ces fonds continuaient à faire partie du domaine impérial et sont désignés, dans les constitutions impériales, par ces mots : *fundi patrimoniales* ou *fundi rei privatæ in conditione sua constituti*, c'est-à-dire fonds patrimoniaux ou fonds du domaine privé, ayant conservé leur condition de biens patrimoniaux ou de fonds du domaine privé, quoique donnés en location. (L. 10. C. 11, 61.) Souvent même ils sont appelés simplement *fundi patrimoniales*, précisément parce que, n'ayant pas été aliénés, mais seulement loués à perpétuité, ils font encore partie du domaine impérial.

1089. La distinction des fonds patrimoniaux vendus pour un prix et une redevance, *salvo canone*, et les biens patrimoniaux non aliénés, mais loués *in perpetuum salvo canone*, est faite par plusieurs constitutions; notamment par une constitution d'Honorius et Arca-

dius : « *Universi cognoscant nihil privato jure salvo canone fundis emptis cum patrimonialibus esse commune : ita ut ad eos nunquam patrimonialium fundorum peræquator accedat : gravi mulcta feriendo eo, qui statuta nostræ clementiæ ausus fuerit temerare.* » (L. 9 C. 11, 61).

1090. De même, si on examine avec quelque attention les constitutions impériales du Bas-Empire, relatives aux fonds patrimoniaux de l'empereur, on y voit parfaitement distingué le *jus privatum salvo canone* attribué aux acheteurs de biens patrimoniaux, et le *jus perpetuum* ou *perpetuarium salvo canone* attribué aux locataires, qui ont reçu en location perpétuelle des biens patrimoniaux.

1091. Or ce droit, le *jus perpetuum* ou *perpetuarium*, résultant d'une location perpétuelle d'un bien du domaine impérial, au profit du locataire appelé *perpetuarius* ou *conductor perpetuarius*, est un droit réel, lui permettant de garder le bien tant qu'il paie la redevance annuelle, droit réel qu'il transmet à ses héritiers, qu'il peut vendre ou donner. C'est ce qui résulte d'une constitution de Théodose et de Valentinien : « Les fonds de notre maison, s'ils ont été donnés en location perpétuelle à quelqu'un par notre ordre, ou par l'autorité du comte de notre trésor privé, homme très-illustre, ne doivent pas être transmis à un autre *perpetuarius*. En effet, par le présent édit, nous décidons clairement que la possession ne doit jamais être enlevée à un *perpetuarius*, quand même l'empereur, sollicité ou volontairement, l'aurait donnée à un autre par un rescrit ou un édit. Si le comte de nos affaires privées acquiesce à un tel acte, il sera lui-même condamné à payer une amende de cent livres d'or, et l'office palatin devra payer également cent livres d'or à notre fisc. Il ne faut pas même louer à un autre qui offrirait une redevance plus forte. Que le *perpetuarius* jouisse de son droit perpétuel, en toute sécurité, en vertu de la force du contrat public qui le lui a donné ; et qu'il sache que ce droit ne peut être enlevé ni à lui, ni à ses descendants, ni à ceux auxquels il l'aura transmis par succession, donation, par vente ou par tout autre titre... Mais si quelqu'un a reçu du comte de nos affaires privées la possession d'un bien, non en vertu d'un droit perpétuel, mais pour un temps, ce ne sera pas un obstacle à la libéralité du prince, s'il veut le transférer en donation à un autre, car celui-ci a loué pour un temps limité... ». (L. 5. C. 11, 70.)

1092. De ce qui précède, il est facile de conclure : que le *jus in agro vectigali* a été remplacé sous l'Empire par le *jus perpetuum* ou *perpetuarium salvo canone ;* que ce *jus perpetuum salvo canone* n'est pas autre chose que le *jus in agro vectigali* sous un autre nom. En

effet, le *jus perpetuum salvo canone* est, comme le *jus in agro vectigali*, un droit réel résultant d'un louage d'une durée indéfinie. Que le *jus perpetuum salvo canone* résulte d'un contrat de louage perpétuel, cela n'est pas douteux ; c'est ce que disent toutes les constitutions impériales qui s'en occupent, notamment la constitution de Théodose et de Valentinien que je viens de citer, et qui oppose le cas où un bien du domaine privé de l'empereur a été donné en louage perpétuel, au cas où un de ces mêmes biens a été donné en louage temporaire, en employant, dans ces deux cas, le mot *locatam* : « *Sane si quis non perpetuo jure sed ad tempus locatam*..... »

1093. Enfin le *jus perpetuum* ou *perpetuarium salvo canone* a fini par devenir lui-même l'emphytéose. En effet, dans un grand nombre de constitutions, on voit les mots *jus perpetuum* et *jus emphyteuticum* employés comme synonymes. De même les expressions : *perpetuarius* et *emphyteuticarius*, sont employées indifféremment l'une pour l'autre, notamment dans une constitution des empereurs Arcadius et Honorius de l'an 397 : « *Ad Palatinorum et Rationalium officia omnium rerum nostrarum et totius perpetuarii, hoc est, emphyteuticarii, juris exactio revertatur.* (L. 1. C. 1, 34. L. 3 ; L. 5. C. 11, 70 ; L. 7. C. 11, 61.)

1094. Le *jus perpetuum salvo canone* paraît avoir pris le nom d'emphytéose, *emphyteusis*, à l'époque du Bas-Empire, lorsque la culture des terres devint presque impossible par suite de la dépopulation des campagnes, résultat des guerres de l'Empire. Nous avons vu déjà les empereurs chercher dans le colonat un moyen d'assurer la culture des terres en asservissant les colons au sol. (N^os^ 345 et suiv.) Mais il paraît que ce moyen ne suffisait pas, car nous voyons les empereurs recourir à un autre moyen pour assurer la culture des terres. Les empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius décident : « Que ceux qui, pour leur avantage particulier et pour l'utilité publique, voudront se charger de la culture d'un fonds abandonné par son propriétaire, sachent que nous adhérons à leur volonté, à la condition, toutefois, que si, dans les deux ans à partir du moment où le nouveau cultivateur se sera emparé du fonds vacant et abandonné, l'ancien propriétaire revendique son fonds, il pourra le reprendre après avoir remboursé les dépenses de culture faites par celui qui s'est emparé du fonds. Ce délai expiré, l'ancien propriétaire n'aura plus aucun droit et le nouveau possesseur sera propriétaire. » (L. 8. C. 11, 58.)

Voici un rescrit des empereurs Honorius et Théodose qui va nous donner l'origine étymologique du mot emphytéose. Ce mot vient, en effet, du mot grec ἐμφυτεύειν, qui signifie *planter*, *ense-*

mencer, *cultiver* : « Nous voulons que celui qui, avec l'autorisation de notre majesté, recevra des fonds stériles de notre patrimoine avec promesse de payer un certain *canon*, ne puisse jamais être troublé dans sa possession, sous la condition toutefois qu'il paye chaque année le *canon* convenu, et il ne pourra être soumis à aucune nouvelle charge, car il serait injuste que ceux qui ont entrepris d'améliorer, par un grand travail, des fonds qu'ils ont reçus incultes et stériles, fussent soumis à de nouvelles charges imprévues... » (L. 16. C. 11, 58.)

La convention, dont il est question dans ce rescrit, par laquelle une personne s'engage à cultiver (ἐμφυτεύειν) un fonds inculte, et à payer une redevance annuelle, moyennant quoi il pourra garder le fonds perpétuellement, a précisément les mêmes caractères que la convention d'emphytéose possède d'après la législation de Justinien.

1095. A l'époque où les empereurs donnaient leurs fonds patrimoniaux incultes en emphytéose, les propriétaires, qui ne pouvaient pourvoir, avec leurs propres ressources, à la culture de leurs terres, donnèrent également leurs fonds incultes en emphytéose. Dès lors, l'emphytéose s'appliqua aussi bien aux fonds des particuliers qu'aux fonds patrimoniaux des empereurs.

1096. Voyons maintenant les règles qui régissent l'emphytéose dans le dernier état du droit romain.

L'emphytéote a un droit réel ; mais il ne l'acquiert pas par la seule convention d'emphytéose : il ne l'acquiert que par sa mise en possession, c'est-à-dire par la tradition.

L'emphytéote gagne les fruits, comme le possesseur de bonne foi, dès qu'ils sont séparés du fonds. (L. 25, § 1. D. 22, 1.)

L'emphytéote transmet son droit à ses héritiers ; il peut le grever d'hypothèques, d'un usufruit ; il peut le vendre à un tiers. (L. 16, § 2. D. 13, 7.) — Mais, lorsque l'emphytéote veut vendre son droit à un tiers, il doit avertir le propriétaire qui lui a concédé le fonds en emphytéose ; et alors le propriétaire a le droit de préemption, c'est-à-dire le droit de reprendre le fond emphytéotique pour le prix qui est offert par le tiers qui veut acheter. Si le propriétaire ne veut pas exercer son droit de préemption, il consent par là même à la vente du fonds emphytéotique, qui passe à un nouvel emphytéote ; mais il a le droit de prélever la cinquantième partie du prix de vente : *quinquagesimam partem pretii*, c'est-à-dire 2 0/0. (L. 3. C. 4, 66.)

Lorsque l'emphytéote a cédé son droit, il reste tenu de l'obligation de payer la redevance, si le nouvel emphytéote ne la paye

pas, à moins que le propriétaire n'ait accepté pour débiteur le nouvel emphytéote. (L. 3. C. 11, 65.)

Tout emphytéote a le droit de garder le fonds tant qu'il paye la redevance. Il est déchu de son droit et peut être expulsé s'il reste trois années sans payer la redevance, d'après une constitution de Justinien. (L. 2. C. 4, 66.)

§ III. — (PIGNUS) HYPOTHÈQUE

1097. *N. B.* — Nous reviendrons un peu plus loin (n^os^ 1,118 et suiv.) sur l'hypothèque, mais dès à présent c'est le lieu de présenter un aperçu complet de cette importante matière.

1098. I. **Généralités.** — L'hypothèque est un droit réel sur un bien affecté à l'acquittement d'une dette.

Il faut savoir que, dans la rigueur des principes : 1° le patrimoine du débiteur forme le gage *commun* — des créanciers, — et se partage entre eux au prorata de leurs créances, *quelle que soit la date* de celles-ci; 2° les aliénations, consenties par le débiteur sont opposables aux créanciers; 3° ceux-ci, pour se faire payer, ne peuvent faire vendre tel ou tel bien du débiteur, mais sont obligés de procéder à la *vente en masse*.

L'hypothèque remédie à ces inconvénients : 1° en donnant aux *premières* créances un droit de préférence; 2° en donnant aux créanciers un droit de *suite* quant aux aliénations postérieures à la constitution de l'hypothèque; 3° et, enfin, en permettant de vendre *individuellement* la chose grevée. L'hypothèque fut le dernier perfectionnement apporté à une organisation longtemps élaborée.

1099. II. **Aliénation fiduciaire.** — Dans l'origine, le débiteur, qui veut donner des sûretés au créancier, lui transfère la propriété d'un fonds (*res fiduciaria*) et le créancier s'engage, *par un contrat de fiducie*, à retransférer cette propriété au débiteur au moment du paiement. — Ainsi le créancier retient la chose jusqu'à parfait paiement; il en *use*, sauf à ne pas la détériorer, et à compenser les fruits ou autres produits avec les intérêts ou le capital de la créance; — non payé à l'échéance, il vend la chose, et en garde le prix jusqu'à concurrence du montant de sa créance.

Inconvénients de ce système. — Le débiteur perdait l'usage de la chose; de plus, il risquait de ne la recouvrer que détériorée, ou même de la perdre entièrement, si par exemple le créancier l'avait aliénée et était insolvable.

1100. III. **Pignus.** — Le *pignus* cherche à remédier aux inconvénients précédents, en transportant seulement au créancier la

possession de la chose, jusqu'à parfait paiement, sans que le créancier puisse, à peine d'être réputé *voleur*, se servir de la chose ou la vendre, sans le consentement du propriétaire-débiteur.

Inconvénients de ce système. — Ce *pignus* primitif était encore insuffisant : il laissait le créancier sans action au cas où il aurait perdu la possession, et il ne lui permettait pas de vendre de plein droit, en cas de non-paiement à l'échéance. — On corrigea ces deux défauts :

1° Sur le premier point : on accorda au créancier les interdits possessoires et la *procuratio in rem suam* pour recouvrer la possession de la chose.

2° Sur le deuxième point : 1re *époque.* On insère la clause que le créancier pourra vendre, et même on la sous-entend, mais alors la vente ne pourra avoir lieu qu'après trois sommations faites au débiteur; — 2e *époque.* Pour éviter les effets de cette clause tacite, on permet d'insérer la clause contraire : que le créancier ne pourra vendre; — 3e *époque*. Le créancier peut toujours vendre, même si la clause contraire a été insérée, mais dans ce dernier cas il doit faire trois significations; en cas de clause tacite, ces significations ne sont plus nécessaires.

Même avec ces perfectionnements, le *pignus* laisse à désirer, puisqu'il *inutilise* la chose, le créancier ne devant pas, et le débiteur ne pouvant pas s'en servir. C'est à quoi notamment remédie l'hypothèque.

1101. IV. **Hypothèque.** — Ce contrat vient remplir toutes les lacunes : le débiteur ne perd ni la propriété ni la possession de la chose; le créancier, de son côté, acquiert les droits *de préférence*, *de suite* et *de vente*.

1° Le premier pas fut fait par le préteur *Servius*, qui, au moyen de l'*action servienne*, permet au propriétaire d'un héritage rural de revendiquer contre tout possesseur les objets affectés par les fermiers à la sûreté des fermages; cette affectation s'opère au moyen d'une simple convention, sans qu'il soit nécessaire que les choses grevées aient été apportées dans la ferme.

2° L'action servienne se généralisa dans l'action *quasi-servienne*, qui permet au propriétaire d'un fonds urbain, sans qu'il y ait convention à cet égard, de réclamer, contre tout possesseur, les objets qui auraient été *apportés* par le locataire pour garnir les lieux loués.

3° L'action quasi-servienne s'appliqua ensuite à tous les cas où, par la simple convention, et sans tradition, un débiteur affecte une chose quelconque mobilière ou immobilière, comme garantie de sa dette.

Cette action quasi-servienne s'appelle indifféremment action servienne *utile*, *hypothecaria*, ou *pigneratitia in rem*.

1102. V. **Conditions exigées pour la validité d'une constitution d'hypothèque.** — Outre les conditions nécessaires à la validité de toute convention, on exige ici : 1° qu'il y ait une dette, sans laquelle le contrat accessoire d'hypothèque ne se comprendrait pas; 2° que la chose hypothéquée puisse faire l'objet d'une vente, car le droit de préférence *ne s'exerce que sur le prix;* 3° que le constituant soit propriétaire et capable d'aliéner, car l'hypothèque est une aliénation conditionnelle ou partielle.

1103. VI. **Quelles choses peuvent être hypothéquées.** — On peut hypothéquer tous les biens meubles ou immeubles, susceptibles d'être vendus, et même les biens *futurs*, qui sont frappés dès qu'ils tombent dans le domaine du débiteur.

1104. VII. **Étendue et effets de l'hypothèque.** — 1° L'hypothèque est indivisible, en ce sens que chaque portion divise ou indivise de la chose garantit l'*intégralité* de la dette; — 2° l'hypothèque frappe la chose elle-même et tous ses accessoires ou améliorations.

On a vu que l'hypothèque donne au créancier le droit de préférence non-seulement contre les créanciers chirographaires, mais encore contre les créanciers hypothécaires postérieurs en date : *potior tempore*, *potior jure* (on considère la date de l'hypothèque et non celle de la créance). Cette règle de priorité donnait lieu à des fraudes et à des embarras multiples, par suite du caractère occulte des hypothèques. Ce système était donc une conception très-juste, mais sans organisation pratique utile, malgré le timide essai de Léon, qui décide : que les hypothèques constatées par acte public ou par acte privé, revêtu de la signature de trois témoins irréprochables, primeraient le simple titre (*idiochirium*).

1105. VIII. **Extinction des hypothèques.** — L'hypothèque s'éteint : 1° *par voie de conséquence*, lorsque la dette qu'elle garantit s'éteint elle-même d'une façon *absolue*, sans même laisser subsister une obligation naturelle.

2° *Par voie principale :* 1° lorsque la chose est régulièrement vendue par le créancier non payé; 2° en cas de renonciation des créanciers; 3° de confusion; 4° de perte entière de la chose; 5° de résolution du droit du constituant; 6° de prescription acquisitive de 10 à 20 ans; 7° de prescription libératoire de 40 ans.

1106. IX. **Hypothèques tacites ou légales.** — Les principales sont : 1° celle du propriétaire d'un fonds rural sur la récolte de ce fonds; 2° celle du propriétaire d'un fonds urbain sur les objets *invecta et illata;* 3° celle du fisc sur les biens de son débiteur; 4° celle

des mineurs de vingt-cinq ans sur les biens de leurs tuteurs ou curateurs ; 5° celle des légataires sur les biens de la succession ; 6° celle de la femme mariée pour la reprise de sa dot (cette dernière hypothèque est privilégiée et prime toutes les autres).

§ IV. — DU DOMAINE BONITAIRE

C'EST-A-DIRE

D'UNE CERTAINE PROPRIÉTÉ PRÉTORIENNE DÉSIGNÉE PAR CES MOTS :

REM IN BONIS HABERE.

1107. A l'origine et à la fin de la législation romaine, on ne trouve qu'une seule espèce de propriété : le *dominium*, propriété complète et absolue, que nous avons étudiée. Mais à l'époque des jurisconsultes classiques on distingua la propriété complète, absolue, le *dominium*, et une autre propriété incomplète, imparfaite, désignée par ces mots : *rem in bonis habere*. Gaïus dit en effet : « Chez les pérégrins, il n'y a qu'une sorte de propriété, *apud peregrinos unum est dominium* : on est propriétaire ou on ne l'est pas. Le peuple romain suivait aussi autrefois un droit pareil, car ou l'on était propriétaire d'après le droit des Quirites, ou on ne l'était pas. Mais ensuite la propriété a admis une division, de sorte que l'un peut être propriétaire d'une chose, d'après le droit des Quirites, et un autre l'avoir dans ses biens : *Ut alius possit esse ex jure Quiritium dominus, alius in bonis habere.* » (Gaïus, II, § 40.)

1108. Pour comprendre cette propriété incomplète, imparfaite, désignée par les mots *rem in bonis habere*, il faut se rappeler que les *res mancipi* ne pouvaient être aliénées ni acquises par la tradition, mais pouvaient l'être par *mancipatio*, *cessio in jure*, ou par tout autre mode d'acquérir. Or, supposons que Primus est propriétaire d'une *res mancipi* : il veut l'aliéner et Secundus désire l'acquérir. Pour faire acquérir la propriété à Secundus, Primus n'a qu'à lui manciper sa chose. Mais, au lieu de recourir à une mancipation, Primus *vend* et *livre* sa *res mancipi* à Secundus. Secundus est-il devenu propriétaire par cette vente et cette tradition? Non. Primus est resté propriétaire de la chose, il a conservé sur elle le *dominium;* mais on dit que Secundus a la chose *mancipi in bonis suis*. C'est ce que dit Gaïus : « Au lieu de te manciper ou de te céder *in jure* ma *res mancipi*, je t'en fais tradition, cette chose sera dans tes biens, *in bonis tuis;* mais elle restera mienne, d'après le droit des Quirites, jusqu'à ce que tu l'usucapes en la possédant; car, l'usucapion une fois accomplie, la chose devient tienne d'un droit

plein et entier, c'est-à-dire elle est non-seulement dans tes biens, mais encore elle t'appartient, d'après le droit des Quirites, de la même manière que si elle t'eût été mancipée ou cédée *in jure.* » (Gaïus, II, § 41.)

Ainsi, celui qui a reçu une *res mancipi* par tradition au lieu de la recevoir par mancipation ne l'a d'abord qu'*in bonis;* mais il peut ensuite en devenir propriétaire par usucapion, après une année de possession, si c'est un meuble; après deux années de possession, si c'est un immeuble. Une fois qu'il l'aura usucapée, il en sera plein propriétaire, il aura sur elle le *dominium ex jure Quiritium.* Mais tant qu'il ne l'a pas usucapée, tant qu'il ne l'a qu'*in bonis*, quel est donc son droit sur la *res mancipi* qu'il a ainsi reçue par tradition? Primitivement, d'après le droit civil, celui qui avait une chose *in bonis* n'avait sur elle aucun droit et il était exposé à deux dangers; mais le droit prétorien vint le protéger contre ces deux dangers. Pour bien comprendre ceci, prenons un exemple : Primus, propriétaire d'une *res mancipi*, la vend et en fait tradition à Secundus. Secundus devient-il propriétaire par cette vente et cette tradition? Non, il reçoit seulement la chose *in bonis suis*. C'est Primus qui est resté propriétaire, qui a conservé sur la chose *mancipi* le *dominium ex jure Quiritium*, de sorte que rigoureusement, d'après le droit civil, Primus peut revendiquer la chose *mancipi* contre Secundus, et le faire condamner à la lui restituer. Voilà le premier danger auquel est exposé, d'après le droit civil, celui qui n'a une chose qu'*in bonis*. Mais les préteurs trouvèrent injuste qu'une personne ayant vendu et livré une chose *mancipi* pût la revendiquer; en conséquence, ils décidèrent que, quand une personne aurait vendu et livré une *res mancipi*, si elle venait ensuite la revendiquer contre celui auquel elle l'a vendue et livrée, celui-ci pourrait la repousser par un moyen de défense, par une exception appelée *exceptio rei venditæ et traditæ*. Ainsi, dans notre exemple, si Primus, après avoir vendu et livré sa chose *mancipi* à Secundus, vient ensuite, sous prétexte qu'il est resté propriétaire, revendiquer la chose contre Secundus, celui-ci lui répondra : Il y a dol de votre part à me réclamer une chose que vous m'avez vendue et livrée ; je vous oppose l'exception *rei venditæ et traditæ;* et Secundus ne sera pas condamné par le juge à rendre la chose à Primus. — D'après cela, on voit que celui qui avait une chose *in bonis* commença à avoir sur cette chose un certain droit efficace, à partir du moment où le préteur lui eut accordé le moyen de paralyser la revendication du propriétaire par l'exception *rei venditæ et traditæ.*

1109. Mais celui qui n'a une chose qu'*in bonis* est exposé à un

autre danger d'après le droit civil. Supposons qu'avant d'avoir usucapé, lorsqu'il n'a encore la chose qu'*in bonis*, il vienne à en perdre la possession, de sorte que la chose se trouve possédée par un tiers; comme il n'en est pas encore devenu propriétaire par l'usucapion, il n'a pas la *rei vindicatio* pour recouvrer la chose : voilà la chose perdue pour lui ! Mais un préteur, du nom de Publicius, vint encore à son secours, dans ce cas, pour le protéger contre ce nouveau danger, et lui accorda une action à l'effet de réclamer la chose à celui entre les mains duquel elle se trouvait. Mais comment, lorsque le droit civil refusait toute action à celui qui, ayant une chose *in bonis*, en perdait la possession, le préteur Publicius put-il lui en accorder une? C'est au moyen d'une fiction que le préteur Publicius accorda cette action : il supposa accomplie, au profit de celui qui avait perdu la possession de la chose qu'il avait *in bonis*, l'usucapion qui, en réalité, n'était pas encore accomplie au moment où il perdait la possession de la chose. C'est ce que Gaïus explique très-bien : « Une action est donnée à celui qui n'a point encore usucapé une chose à lui livrée en vertu d'une juste cause, et qui, ayant perdu la possession, réclame cette chose. Comme il ne peut pas prétendre qu'elle est à lui d'après le droit des Quirites, on suppose qu'il l'a usucapée, et, par suite, comme s'il était devenu propriétaire selon le droit des Quirites, il peut la réclamer. » (Gaïus, IV, § 36.) — Cette action, par laquelle celui, qui a perdu la possession de la chose qu'il avait *in bonis* peut la réclamer, prit le nom du préteur qui l'avait imaginée, et s'appela *action publicienne*. — Ainsi, celui auquel une *res mancipi* a été vendue et livrée, et qui l'a *in bonis*, en perd-il la possession? Il peut la réclamer par l'action publicienne contre celui qui la possède et en obtenir la restitution. Exemple : Secundus, auquel Primus a vendu et livré une *res mancipi*, a cette chose *in bonis;* il en perd la possession avant de l'avoir usucapée; deux hypothèses : si la chose se trouve maintenant possédée par un tiers, Secundus intentera l'action publicienne contre ce tiers et obtiendra de lui la restitution de la chose; — si, au contraire, la chose se trouve possédée par Primus, qui a conservé sur elle le *dominium*, Secundus pourra-t-il, par l'action publicienne, faire condamner Primus à lui restituer la chose? Oui; mais ici l'exercice de l'action publicienne offre l'exemple de l'application d'un mécanisme remarquable de la procédure romaine; le voici : Secundus intente l'action publicienne contre Primus; comme celui-ci a conservé le *dominium* sur la chose il opposera, à l'action publicienne de Secundus, un moyen de défense tiré de son droit de propriété : l'exception *justi dominii*. Mais, de son côté,

Secundus paralysera cette exception par une *réplique*, appelée réplique *rei venditæ et traditæ* [1], et finalement, bien que Primus soit encore propriétaire de la chose en vertu du droit civil, il sera condamné à rendre la chose à Secundus.

1110. A partir du moment où celui, qui a *in bonis* une chose *mancipi*, a vu ainsi son droit garanti par le droit prétorien, soit par une exception, soit par une action, on comprend qu'il eut en quelque sorte sur cette chose une propriété prétorienne, aussi efficace que le *dominium*. Aussi Théophile, dans sa *Paraphrase des Institutes*, qualifie le droit de celui, qui a une chose *in bonis*, de : *dominium bonitarium*. Le *dominium bonitarium* devint ainsi une propriété prétorienne, protégée par l'action publicienne et, au besoin, par l'exception *rei venditæ et traditæ*, tandis que la propriété civile, le *dominium ex jure Quiritium*, était protégée par l'action civile, *rei vindicatio*, et, au besoin, par l'exception *justi dominii*.

1111. De plus, c'est à celui qui a la chose *in bonis*, qui a sur elle le *dominium bonitarium*, et non pas à celui qui a sur elle le *dominium ex jure Quiritium*, qu'appartiennent toute l'utilité, tous les avantages de la chose : « Il faut savoir, dit Gaïus, que si un esclave est *dans les biens* d'une personne et appartient à une autre, d'après le droit des Quirites, c'est celle qui l'a dans ses biens qui acquiert par lui dans tous les cas... Celui qui a le *nudum jus Quiritium* sur un esclave, bien qu'il en soit propriétaire, ne peut rien acquérir par cet esclave; si bien que, quand même l'esclave aurait stipulé pour ce propriétaire, ou aurait reçu par mancipation en son nom, quelques auteurs pensent que rien ne lui serait acquis. » (Gaïus, II, § 88; III, § 166.)

1112. Remarquons que cette propriété prétorienne, consistant à « *rem in bonis habere* », ne peut exister qu'au profit des Romains, c'est-à-dire qu'il n'y a place pour cette propriété prétorienne que lorsqu'un citoyen romain reçoit d'un autre citoyen romain une *res mancipi* par tradition. (Gaïus, II, § 40.)

1113. Indépendamment du cas de propriété prétorienne que nous venons d'étudier, il y avait, en droit romain, d'autres cas où une personne pouvait avoir une chose *in bonis*. On peut dire que : toutes les fois qu'une personne n'avait sur une chose qu'une propriété à elle reconnue par le préteur, et non par le droit civil, elle n'avait la chose qu'*in bonis*, et n'arrivait à la propriété, au *dominium ex jure Quiritium*, que par l'usucapion. Or il arrivait assez souvent

---

1. La réplique est une exception opposée à une exception.

que le préteur accordait à une personne un droit de propriété sur une chose en vertu de sa seule autorité :

1° Quelquefois le préteur appelle à une succession ouverte des personnes autres que celles qui y sont appelées par le droit civil. Ces personnes, que le préteur appelle à la succession, s'appellent *bonorum possessores*. Or les *bonorum possessores* ne deviennent pas, de suite, propriétaires des choses dont le préteur leur a donné la possession ; ces choses passent d'abord dans leurs biens, *in bonis;* mais elles ne leur sont acquises que quand ils les ont usucapées. (Gaïus, III, § 80.)

2° De même l'*emptor bonorum*, c'est-à-dire l'acheteur des biens d'un débiteur vivant ou mort, n'avait d'abord les choses du débiteur qu'*in bonis*, et n'en acquérait le *dominium* que par usucapion : « On vend les biens ou de personnes vivantes ou de personnes mortes : de personnes vivantes, par exemple : les biens de ceux qui se cachent pour se soustraire aux poursuites de leurs créanciers, et qui ne sont pas défendus pendant leur absence ; de ceux qui, en vertu de la loi *Julia*, font cession de biens ; des condamnés, après le temps qui leur est accordé, en partie par la loi des Douze Tables, en partie par l'édit du préteur, pour se procurer de l'argent. — On vend les biens de personnes mortes, par exemple de ceux pour lesquels il est certain qu'il n'existe ni héritiers, ni possesseurs de biens, ni aucun autre juste successeur. Si ce sont les biens d'un vivant qu'on met en vente, le préteur ordonne qu'ils soient possédés et affichés pendant trente jours ; si ce sont ceux d'un mort, pendant quinze jours. Après ce délai il ordonne que les créanciers se réunissent pour choisir l'un d'entre eux (*magistrum :* syndic) qui sera chargé de vendre les biens..... Mais les acheteurs de ces biens ne deviennent pas pleinement propriétaires des choses comprises dans cet achat qui passent seulement dans leurs biens, *in bonis;* ces choses ne sont acquises, d'après le droit civil, aux acheteurs que quand ceux-ci les ont usucapées. » (Gaïus, III, §§ 78 à 80.)

3° De même, quand un propriétaire dont la maison menaçait ruine refusait de la réparer et de fournir la *cautio damni infecti*, le préteur pouvait envoyer en possession de cette maison le voisin exposé au danger de sa chute ; mais la personne envoyée en possession n'avait d'abord la maison qu'*in bonis*, sauf ensuite à l'usucaper. (L. 5 pr. D. 39, 2.)

4° Quand un esclave s'était rendu coupable d'un délit, c'est-à-dire avait causé un dommage à autrui, si le propriétaire de l'esclave refusait de répondre à l'action de la personne victime du dommage causé par l'esclave, cette personne était envoyée en possession de

l'esclave par le préteur; mais elle n'avait d'abord l'esclave qu'*in bonis*. (L. 26, § 6. D. 9, 4.)

5° Lorsqu'un testateur avait chargé son héritier institué de rendre à un tiers son hérédité, l'héritier chargé de rendre s'appelait héritier *fiduciaire*, et le tiers auquel il devait rendre l'hérédité s'appelait *fidéicommissaire*. Dès que l'héritier fiduciaire avait déclaré qu'il était prêt à restituer l'hérédité au fidéicommissaire, celui-ci avait les choses de l'hérédité *in bonis*, même avant que la tradition ne lui en eût été faite : « *Facta in fideicommissarium restitutione, statim omnes res in bonis fiunt ejus cui restituta est hereditas, etsi nondum earum nactus fuerit possessionem.* » (L. 63 pr. D. 36, 1.)

FIN DES DROITS RÉELS.

ARTICLE III. — DE CEUX A QUI IL EST PERMIS D'ALIÉNER

(*Inst.*, II, VIII.)

Pr. «... Il arrive quelquefois que celui qui est propriétaire ne peut aliéner, et, à l'inverse, que celui qui n'est pas propriétaire peut aliéner... »

1114. En principe, le propriétaire peut aliéner, et le non-propriétaire ne le peut pas. Le pr. du titre VIII nous annonce que ce principe reçoit deux sortes d'exceptions.

§ Ier. — CAS OU LE PROPRIÉTAIRE NE PEUT PAS ALIÉNER LA CHOSE QUI LUI APPARTIENT

1115. Ceux qui, étant propriétaires d'une chose, ne peuvent l'aliéner, sont :

1116. I. **Le mari.** — Le mari est incontestablement le propriétaire des immeubles dotaux de sa femme. Mais la loi Julia, rendue sous Auguste, lui défend de les aliéner sans le consentement de sa femme, — excepté dans le cas où les immeubles dotaux ont été *estimés*, lors de leur apport, car il n'y a plus ici de *fonds* dotal; ce qui est dotal, c'est le montant de l'estimation.

Une servitude, étant une portion active ou passive de la propriété, le mari ne peut grever le fonds dotal d'une servitude passive, ni abdiquer une servitude active existant au profit du fonds dotal.

Toute aliénation consentie par le mari, contrairement aux dispositions de la loi Julia, est nulle à l'égard de la femme, qui conserve le droit de revendiquer contre l'acquéreur.

Le mari ne peut *hypothéquer* le fonds dotal, *même* avec le consentement de la femme. Cela paraît bizarre, puisque l'hypothèque n'est qu'un démembrement de la propriété, et devrait être soumise à des règles moins sévères. Mais on a craint que la femme ne comprît moins facilement la gravité d'une constitution d'hypothèque, qui ne dépossède pas de suite, et ne consentît trop facilement à la laisser constituer.

Il faut remarquer d'ailleurs que la prohibition de la loi Julia ne s'applique qu'aux *fonds italiques*, et non aux fonds provinciaux.

Justinien modifie le système de la loi Julia en deux points : 1° il soumet à ses prescriptions les *immeubles provinciaux* comme les immeubles italiques ; 2° il assimile l'aliénation à l'hypothèque, en décidant qu'elle sera impossible, même avec le consentement de la femme.

L'inaliénabilité du fonds dotal commence avant le mariage, si la dot a été livrée au fiancé, et subsiste après, tant que le fonds dotal, qui doit être restitué, ne l'a pas été.

Les dispositions de la loi Julia ne s'appliquent pas : 1° *aux aliénations nécessaires*, par exemple : à l'expropriation par suit d'une demande en *cautio damni infecti*, intentée par le voisin de la maison dotale qui menace ruine ; — à l'attribution par le *judex*, à celui qui intente l'action *communi dividundo*, de tout ou partie du fonds dotal indivis ; 2° *aux transmissions* PER UNIVERSITATEM, par exemple, si le mari est adopté.

Nous reviendrons, du reste, sur cette matière. (N^os^ 1199 et suiv.)

II. **Le pupille.** — Le pupille ne peut aliéner ses biens sans l'*auctoritas* de son tuteur :

§ 2. « Nous devons avertir que ni le pupille ni la pupille ne peuvent aliéner aucun de leurs biens sans l'*auctoritas* de leur tuteur. Donc, si un pupille livre à quelqu'un une somme d'argent en prêt, il ne fait naître aucune obligation à son profit, parce qu'il ne transfère pas la propriété de l'argent à celui qui le reçoit. En conséquence, les écus peuvent être revendiqués dans quelque lieu qu'ils se trouvent. Mais si les écus ont été consommés de bonne foi par celui auquel le pupille les a livrés en prêt, ils pourront être réclamés par la *condictio;* s'ils ont été consommés de mauvaise foi, ils seront réclamés par l'action *ad exhibendum*. — Au contraire, le pupille et la pupille peuvent acquérir la propriété de toutes choses sans l'*auctoritas* de leur tuteur. — Si le débiteur du pupille lui paye ce qu'il doit, il faut que l'*auctoritas* du tuteur intervienne, sinon le débiteur ne sera pas libéré. Cette décision a été justifiée par les motifs les plus évidents, dans une constitution que nous avons promulguée pour les avocats de Césarée, sur la proposition de Tribonien, homme très-éminent, questeur de notre sacré palais. Cette constitution décide qu'il est permis au débiteur d'un pupille de payer au tuteur ou au curateur, après y avoir été autorisé par une sentence du juge, prononcée sans frais. Ces formalités étant observées, le débiteur ayant payé au tuteur, avec l'autorisation du juge, ce payement lui donne

pleine sécurité. Lorsque le payement aura été fait autrement que nous l'avons ordonné, si le pupille possède encore intacte la somme payée, ou s'il en a tiré profit, et qu'il réclame une seconde fois la même somme, il pourra être repoussé par l'exception de dol. Mais s'il l'a dissipée ou perdue par vol l'exception de dol ne pourra être invoquée par le débiteur qui sera condamné, parce qu'il aura payé imprudemment, sans l'*auctoritas* du tuteur, et sans observer nos dispositions. — A l'inverse, les pupilles ne peuvent faire un payement sans l'*auctoritas* de leur tuteur, car ce qu'ils payent ne devient pas la propriété de celui auquel ils payent, parce qu'aucune aliénation ne leur a été permise sans l'*auctoritas* de leur tuteur. »

1117. Nous savons que le pupille ne peut, sans l'*auctoritas* de son tuteur, rendre sa condition pire. Or, rendre sa condition pire, c'est aliéner ou s'obliger. Le § 2 du titre VIII contient trois applications de cette règle :

1° Le pupille, sans l'*auctoritas* de son tuteur, fait un *mutuum* (prêt de consommation) : il prête une somme d'argent à une personne. Le *mutuum* est un contrat par lequel une personne *livre* une certaine quantité de choses à une autre personne, qui s'*oblige* à rendre des choses pareilles, en même quantité et de même qualité. Celui qui livre les choses s'appelle prêteur; celui qui les reçoit s'appelle emprunteur. Pour que le contrat de *mutuum* se forme et soit valable, il faut que la tradition faite par le prêteur transfère à l'emprunteur la propriété des choses livrées, parce que telle est la volonté des parties. En effet, les choses sont livrées pour que le prêteur puisse s'en servir et les consommer. Or, pour avoir le droit de les consommer, il faut qu'il en soit devenu propriétaire : « ... La dation en *mutuum* a lieu pour les choses qui s'apprécient au poids, au nombre, à la mesure, comme le vin, l'huile, le froment, la monnaie, le cuivre, l'argent, l'or; ces choses étant comptées, mesurées ou pesées, nous les livrons pour en transférer la propriété à celui qui les reçoit, et pour qu'il nous rende, non pas les mêmes choses, mais d'autres de même nature et qualité. De là le *mutuum* a été ainsi appelé, parce que je vous livre un objet pour que de mien il devienne tien :.... *ex meo tuum fiat.* » (*Inst.*, III, XIV, pr.)

Puisque, dans le *mutuum*, le prêteur doit transférer la propriété à l'emprunteur pour que le *mutuum* soit valable, et pour que l'emprunteur soit obligé à rendre des choses pareilles à celles qu'il a reçues, on comprend que le pupille ne peut pas faire seul un *mutuum*, puisqu'il ne peut pas aliéner sans l'*auctoritas* de son tuteur; voilà pourquoi le § 2 de notre titre dit : Si le pupille donne de l'argent à quelqu'un en *mutuum*, sans l'*auctoritas* de son tuteur, *non contrahit obligationem*, c'est-à-dire il ne fait pas naître d'obligation

à son profit à la charge de l'emprunteur : l'emprunteur n'est pas obligé, parce qu'il n'est pas devenu propriétaire des écus, le pupille n'ayant pu lui en transférer la propriété ; aussi le *mutuum* est nul. Mais néanmoins l'emprunteur a reçu les écus, et, s'il n'est pas obligé, s'ensuit-il qu'il ait le droit de garder les écus? Évidemment non, puisqu'il n'en est pas devenu propriétaire. C'est le pupille qui est resté propriétaire ; en conséquence, ce dernier peut revendiquer les écus, s'ils sont encore reconnaissables : « *Ideoque nummi vindicari possunt, sicubi extent.* » (§ 2.)

Mais si celui qui a reçu les écus les a consommés, c'est-à-dire les a dépensés ou les a confondus avec d'autres écus, de telle sorte que les écus livrés par le pupille ne soient plus reconnaissables, parce qu'ils n'ont plus leur individualité distincte, la revendication n'est plus possible. (L. 78. D. 46, 3.) Mais alors quelle action aura le pupille? Le § 2 distingue : 1° si celui qui a reçu les écus a été de bonne foi, c'est-à-dire a cru les recevoir non d'un pupille, mais d'un pubère, le pupille aura contre lui la *condictio* pour se faire rendre immédiatement un nombre d'écus égal au nombre d'écus qu'il a livrés ; 2° si celui qui a reçu les écus était de mauvaise foi, c'est-à-dire s'il a su qu'il recevait les écus d'un pupille, le pupille a contre lui l'action *ad exhibendum*. Nous avons vu que l'action *ad exhibendum* est une action qu'une personne intente contre une autre personne, pour la forcer à représenter une chose. On pourrait donc objecter qu'ici l'action *ad exhibendum* n'est pas possible. En effet, puisque les écus sont consommés, ont perdu leur individualité distincte, il est impossible de les représenter. Mais il faut se rappeler que l'action *ad exhibendum* peut être intentée aussi contre celui qui s'est mis par son dol dans l'impossibilité de représenter une chose. Or, c'est précisément ce qui est arrivé ici : celui qui a reçu les écus du pupille, les ayant consommés de mauvaise foi, s'est mis par son dol dans l'impossibilité de les restituer: Voilà pourquoi l'action *ad exhibendum* est possible contre lui.

Ainsi, lorsque celui qui a reçu les écus d'un pupille, en *mutuum*, les a consommés de bonne foi, il peut être poursuivi par la *condictio;* s'il les a consommés de mauvaise foi, il peut être poursuivi par l'action *ad exhibendum*. Le résultat des deux actions sera-t-il le même, c'est-à-dire, la condamnation sera-t-elle la même dans les deux actions? Non. Par la *condictio*, le pupille ne peut réclamer qu'un nombre d'écus égal au nombre d'écus qu'il a livrés. Par l'action *ad exhibendum*, il peut réclamer, non-seulement un nombre d'écus égal, mais encore le montant de l'intérêt qu'il avait à ne pas être privé de ses écus, intérêt apprécié par lui sous la foi du serment.

2° Le pupille reçoit d'un de ses débiteurs, sans l'*auctoritas* de son tuteur, le payement d'une créance. Le pupille devient propriétaire de la chose ou de la somme à lui payée, parce qu'un pupille peut bien rendre sa condition meilleure sans l'*auctoritas* de son tuteur. Or, en recevant le payement, il rend sa condition meilleure, puisqu'il acquiert la somme ou la chose à lui payée. Mais d'un autre côté le payement est nul; le débiteur n'est pas libéré, parce que le pupille ne peut, sans l'*auctoritas* de son tuteur, éteindre sa créance, cesser d'être créancier; car cesser d'être créancier, c'est rendre sa condition pire. Le débiteur n'est donc pas libéré; en conséquence, le pupille peut réclamer un nouveau payement. Toutefois, si le pupille n'a pas dissipé la somme qu'il a reçue, par exemple s'il l'a remise à son tuteur, qui l'a employée utilement; ou bien si le pupille a reçu en payement un objet qui lui était dû, et qu'il l'ait conservé; en un mot, si le pupille a tiré profit du payement, et qu''il veuille poursuivre son débiteur pour le forcer à payer une seconde fois, le débiteur pourra le repousser par l'exception de dol. Mais l'exception de dol est un assez faible secours pour le débiteur; car c'est lui qui doit prouver que le payement a profité au pupille en tout ou en partie; et ce n'est qu'autant que le pupille se trouve encore enrichi par le payement, au moment où il réclame le second payement, que ledit pupille peut être repoussé par l'exception de dol. (L. 47. D. 46, 3.)

Pour que le payement soit valablement fait, il faut qu'il soit fait au pupille *cum auctoritate tutoris*, ou bien au tuteur seul. Mais lors même que le débiteur a payé au pupille *cum auctoritate tutoris*, ou au tuteur seul, le débiteur n'est pas encore en parfaite sécurité. En effet, si, à la fin de la tutelle, le tuteur se trouve insolvable, de telle sorte que le pupille ne puisse se faire rendre par lui la somme valablement payée, dans le cours de la tutelle, par le débiteur du pupille, le préteur accorde à ce dernier la *restitutio in integrum*, c'est-à-dire annule le payement, et le débiteur n'est pas libéré. Il y avait quelque chose d'injuste dans cette position faite aux débiteurs des pupilles, qui n'étaient jamais sûrs de payer avec sécurité, en payant au tuteur ou au pupille muni de l'*auctoritas* de son tuteur. Aussi Justinien, comme il le dit dans le § 2, indiqua certaines formalités que les débiteurs du pupille devaient remplir pour payer avec sécurité : lorsque le débiteur d'un pupille ou d'un mineur de vingt-cinq ans voudra payer sa dette, il devra demander au juge l'autorisation de payer, non pas au pupille ou au mineur de vingt-cinq ans, mais au tuteur du pupille ou au curateur du mineur de vingt-cinq ans. Le juge examine s'il n'y a aucun danger à payer entre les mains du

tuteur ou du curateur; alors il autorise le payement. Mais si le débiteur paye lui-même au tuteur ou au curateur, sans la permission du juge, le payement sera nul si la somme ou la chose payée a été dissipée ou volée. (§ 2.)

3° Le pupille est débiteur. Pour payer valablement, il faut transférer la propriété de la chose due. Mais comme le pupille ne peut aliéner sans l'*auctoritas* de son tuteur, il s'ensuit qu'il ne peut faire un payement valable qu'avec l'*auctoritas* de son tuteur. Donc, si le pupille a payé un de ses créanciers sans l'*auctoritas* de son tuteur, le payement est nul : le créancier n'est pas devenu propriétaire de la chose ou de la somme donnée en payement. Le pupille en est resté propriétaire; en conséquence, il peut la revendiquer. Toutefois le pupille ne réussira pas toujours dans sa revendication : 1° le créancier a consommé de bonne foi ce qui lui a été payé par le pupille; le pupille ne peut réclamer ce qu'il à payé, mais il est libéré de sa dette : « *Si creditor bona fide pecuniam pupilli consumpserit, liberabitur pupillus* » (L. 9, § 2. D. 26, 8); 2° la somme ou la chose payée n'a pas été consommée par le créancier; mais si le pupille n'a aucun intérêt à se faire rendre ce qu'il a payé, parce qu'il n'a payé que ce qu'il devait, s'il vient revendiquer, le créancier lui opposera l'exception de dol : « *Dolo facit qui quod petit redditurus est.* » Mais si le pupille a payé avant l'échéance, ou si, étant débiteur de deux choses sous une alternative (c'est-à-dire pouvant se libérer par le payement d'une seule des choses à son choix), il a payé celle qui valait le plus, — dans ces deux cas, il a payé plus qu'il ne devait. Il peut revendiquer ce qu'il a payé; mais à l'échéance de sa dette son créancier pourra lui demander un nouveau payement; 3° si le créancier a consommé de mauvaise foi, c'est-à-dire connaissant l'intérêt que le pupille avait à répéter, il est tenu de la revendication ou de l'action *ad exhibendum.* (M. Accarias, t. I, p. 678.)

§ II. — CAS OU LE NON-PROPRIETAIRE A LE DROIT D'ALIÉNER UNE CHOSE QUI NE LUI APPARTIENT PAS :

CRÉANCIER GAGISTE OU HYPOTHÉCAIRE.

§ 1. « Au contraire, le créancier peut, en vertu d'une convention, aliéner la chose à lui remise en gage, quoiqu'il n'en soit pas propriétaire. Mais il n'en est ainsi que par la volonté du débiteur qui, au moment du contrat de gage, est convenu qu'il serait permis au créancier de vendre le gage, si la somme due ne lui était pas payée. Pour que les créanciers ne soient pas empêchés de poursuivre leurs droits, et pour que les débiteurs ne paraissent pas perdre trop facilement la propriété de leurs biens, il a été établi, par notre constitution, un certain mode d'aliénation des gages, qui pourvoit suffisamment à l'intérêt des créanciers et des débiteurs. »

1118. **Préliminaires.** — Les Romains n'ont pas connu tout d'abord le gage. Dans le principe, lorsqu'un débiteur voulait fournir une sûreté réelle [1] à son créancier, il lui transférait, pour garantie de sa dette, la propriété d'une chose, par la mancipation, la *cessio in jure* ou la tradition. Mais comme le débiteur ne voulait pas perdre définitivement la propriété de sa chose, les parties faisaient, au moment de l'aliénation, un contrat de fiducie par lequel le créancier s'obligeait, pour le cas où il serait payé, à retransférer la propriété au débiteur. Si le débiteur ne payait pas à l'échéance, le créancier pouvait retenir la chose, ou, s'il le préférait, la vendre et se payer sur le prix. Ce système de sûreté est connu sous le nom d'*aliénation fiduciaire*. Dans ce système, il ne peut y avoir, entre plusieurs créanciers, concours sur la même chose; car, pour que le débiteur puisse la donner en sûreté à un autre, il faut d'abord qu'il en ait recouvré la propriété.

Il y avait, dans ce système de sûreté, cet inconvénient, que le recouvrement de la propriété par le débiteur dépendait de la bonne volonté du créancier; car le débiteur n'avait, en vertu du contrat de fiducie, qu'une action personnelle, l'action *fiduciæ directa*, pour forcer le créancier à lui retransférer la propriété. Aussi, si le créancier avait eu la déloyauté d'aliéner la chose, le débiteur, bien qu'il fût prêt à acquitter la dette, ne pouvait revendiquer sa chose contre le tiers acquéreur. (Gaïus, II, § 60. — N° 923.)

1119. I. **Du gage.** — C'est sans doute à raison de cet inconvénient que le droit civil reconnut bientôt un autre moyen pour les débiteurs de fournir des sûretés réelles à leurs créanciers : *le contrat de gage*, par lequel le débiteur, au lieu de transférer la propriété au créancier, ne lui transféra plus que la possession; la chose ainsi mise en la possession du créancier, s'appela *res pignerata* ou simplement *pignus*.

Dans ce système de sûreté, la situation du créancier n'est plus la même que dans le système de la fiducie : au lieu de la propriété, il n'a plus que la possession, non pas la possession *ad usucapionem*, laquelle reste au débiteur ainsi que la propriété, mais la possession *ad interdicta*. (N^os^ 840, 841.)

Le créancier gagiste a la possession *ad interdicta*. En effet, il possède le gage pour lui, pour la sûreté de sa créance, et sa possession lui est garantie par les interdits prétoriens. Mais, à un autre

---

1. Il y a *sûreté réelle* quand une chose est affectée au payement d'une dette; il y a *sûreté personnelle* quand un tiers (un fidéjusseur, par exemple) intervient pour s'obliger avec le débiteur, et garantit sa dette.

point de vue, il n'est qu'un *possessor naturalis*, car il possède la chose pour le débiteur, qui conserve la *possessio ad usucapionem*, et qui possède par le créancier gagiste. Voici l'intérêt qu'il y a à dire que le débiteur conserve, en cas de gage, la possession *ad usucapionem*. Supposons que Secundus a reçu de bonne foi et en vertu d'une juste cause une chose mobilière de Primus, qui n'en était pas propriétaire. Secundus réunit les conditions voulues pour usucaper; mais avant d'avoir usucapé la chose il la livre en gage à son créancier Mævius. Bien que Secundus n'ait plus le *corpus* de la chose, il continuera à usucaper, parce qu'il continue à posséder par le ministère de son créancier gagiste.

Le créancier gagiste a, sur le gage, deux droits pour la garantie de sa créance : 1° le droit de rétention, c'est-à-dire le droit de retenir le gage tant qu'il n'est pas payé; 2° le droit de vendre le gage s'il n'est pas payé à l'échéance. Ce droit de vendre, il est vrai, n'existait dans le principe qu'en cas de convention expresse. (Gaïus, II, § 64. L. 73. D. 47, 2); mais il fut admis plus tard, comme sous-entendu, dans tout contrat de gage. Toutefois, même avec cette clause tacite, le créancier non payé à l'échéance ne pouvait vendre le gage qu'après avoir fait au débiteur trois sommations de payer. — Enfin le droit de vendre fut reconnu au créancier gagiste, malgré toute convention contraire, et les trois sommations ne furent plus exigées, si ce n'est dans un seul cas : lorsque, au moment du contrat de gage, il avait été convenu que le gage ne serait pas vendu par le créancier. Dans ce cas, la prohibition de vendre n'enlevait pas au créancier le droit de vendre le gage, s'il n'était pas payé à l'échéance; elle le mettait seulement dans la nécessité de faire au débiteur trois sommations de payer, avant de vendre, sans quoi le créancier gagiste était considéré comme voleur : « ... Quand même il n'aurait pas été convenu que le gage pourrait être vendu, il est cependant admis que la vente est permise, pourvu qu'il n'ait pas été convenu expressément qu'elle serait interdite. Lorsqu'il a été convenu que la chose ne serait pas vendue, si le créancier la vend, il se soumet à l'action de vol, à moins qu'il n'ait fait au débiteur trois sommations de payer, et que celui-ci n'ait point payé. » (L. 4. D. 13, 7.) — Le droit de vendre est ainsi devenu de l'essence du gage, puisque le créancier conserve le droit de vendre, malgré toute convention contraire, sauf, en cas de convention contraire, à faire au débiteur trois sommations de payer. — Du reste, dans tous les cas, même après l'échéance, ce droit de vendre le gage est facultatif pour le créancier, qui peut, s'il le préfère, s'en tenir à la rétention, qui est aussi de l'essence du

droit de gage. Mais le débiteur peut vendre le gage, et, avec le prix, payer sa delte. (L. 6. D. 13, 7.)

Dans ce système, comme dans le précédent, il ne peut y avoir concours entre plusieurs gagistes; car, une fois que le débiteur a remis une chose en gage à son créancier, celui-ci en est possesseur, et, tant qu'il n'aura pas perdu cette possession et les interdits qui la garantissent, la chose ne pourra être donnée en gage à un autre créancier.

Le *pignus* présentait cet inconvénient qu'il privait le débiteur de l'usage de sa chose. Il est vrai qu'au moyen du *precarium*, le créancier gagiste pouvait la rendre au débiteur pour qu'il pût s'en servir; mais c'était là un remède peu efficace, car il laissait le débiteur exposé au caprice du créancier, qui pouvait *ad nutum* reprendre la chose, par lui concédée à précaire au débiteur. (L. 35, § 1. D. 13, 7.)

1120. Conserver au débiteur tout à la fois la propriété et la possession des choses engagées; d'un autre côté, donner au créancier un droit réel sur ces choses, de manière à garantir sa créance, non-seulement vis-à-vis du débiteur, mais encore à l'encontre des autres créanciers et des acquéreurs des choses engagées, tel est le double avantage que l'hypothèque vint réaliser.

1121. II. **De l'hypothèque.** — A une époque inconnue, probablement avant la fin de la République, le préteur Servius décida que le preneur d'un fonds rural pourrait, par simple convention et sans tradition, affecter à la sûreté du payement des fermages les objets qu'il introduirait sur le fonds, et que le bailleur aurait une action réelle pour se faire mettre en possession des choses engagées, quand il ne serait point payé de ses fermages. Cette action réelle s'appela du nom de celui qui l'avait créée : *actio Serviana.*

Les préteurs postérieurs généralisèrent l'idée de Servius, et décidèrent que tout débiteur pourrait, par une simple convention, et sans tradition, affecter une chose au payement de son créancier; et ils donnèrent, dans ce cas, au créancier, une action réelle appelée *quasi Serviana* ou *hypothecaria.* (*Instit.*, IV, VI, § 7.)

1122. L'introduction de l'hypothèque eut pour conséquence d'améliorer la situation du créancier gagiste. En effet, nous avons vu que le créancier gagiste avait la possession et des interdits pour la garantir. Ce qui lui manquait, c'était une action réelle contre les tiers; mais une fois qu'on eut accordé une action réelle au créancier hypothécaire qui n'était pas en possession des choses hypothéquées, il n'eût pas été logique de la refuser au créancier gagiste, qui, lui, était en possession du gage. L'action hypothécaire

fut donc accordée au créancier gagiste, et dès lors les mots *gage* et *hypothèque* devinrent synonymes. Sans doute il y avait bien encore, entre le gage et l'hypothèque, cette différence que le droit de gage ne pouvait exister sans qu'il y eût remise de la chose au créancier, tandis que le droit réel d'hypothèque prenait naissance indépendamment de toute tradition; mais quant au droit acquis sur la chose affectée au paiement de la dette, soit par le créancier gagiste, soit par le créancier hypothécaire, il était absolument de même nature. Aussi le jurisconsulte Marcien dit-il : « *Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt.* » (L. 5, § 1. D. 20, 1.) Voilà pourquoi on trouve dans les textes du droit romain les mots *pignus* et *hypotheca* pris indifféremment l'un pour l'autre. — Les meubles et les immeubles peuvent être hypothéqués.

1123. Du moment que le droit prétorien eut admis qu'une simple convention suffirait, indépendamment de toute tradition, pour affecter une chose au payement d'une dette, on comprend qu'un débiteur, après avoir consenti une première hypothèque, pût, par des conventions postérieures, constituer d'autres hypothèques sur la même chose à d'autres créanciers, et même remettre cette chose, à titre de gage, à un autre créancier. Dès lors le concours entre plusieurs créanciers sur le même objet devint possible. En pareil cas, dans quel ordre ces divers créanciers seront-ils payés sur le prix de la chose qui leur est hypothéquée?

Lorsqu'une hypothèque a été établie sur une chose au profit d'un créancier, ce créancier a acquis sur la chose un droit réel, qui l'amoindrit, la démembre jusqu'à un certain point, en sorte que les droits d'hypothèque que le débiteur viendrait à consentir plus tard sur le même objet, rencontrant le droit primitif, ne peuvent l'altérer, le restreindre; ils ne peuvent grever la chose que déduction faite du droit primitif qui s'exercera plein et entier. Le créancier qui le premier a reçu hypothèque sera donc préféré à ceux qui n'ont reçu hypothèque qu'après lui; tel est le principe fondamental en matière de préférence, entre créanciers hypothécaires, principe qui se formule ainsi : *Prior tempore, potior jure.* (L. 2; L. 4. C. 8, 18.)

1124. 1° *Avantages de la priorité.* — Droit de suite et droit de rétention, droit de vendre et droit de préférence sur le prix, tels sont les quatre avantages que donne la priorité.

A. Droit de suite. — L'hypothèque n'a pas pour résultat de donner au créancier un droit de disposition immédiate sur la chose : elle constitue pour lui une garantie qui sommeille jusqu'au moment où sa créance sera exigible. Jusque-là le débiteur reste en

possession de la chose, et comme il n'a pas cessé d'être propriétaire il peut encore l'aliéner ou la grever de nouvelles hypothèques. Mais si, à l'échéance, il n'acquitte pas son obligation, le créancier peut, au moyen de son action hypothécaire, suivre la chose, c'est-à-dire la réclamer à quiconque la détient. Toutefois il ne peut prendre possession de la chose qu'après s'y être fait autoriser par le magistrat. (L. 3. C. 8, 14. L. 13. D. 4, 2.)

Ainsi l'action hypothécaire ne peut être intentée avant l'échéance de la dette; mais si, à cette époque, le débiteur ne paie pas, le créancier préférable peut l'exercer contre tout possesseur de la chose hypothéquée, non-seulement contre le débiteur et ses héritiers, mais encore contre les tiers acquéreurs, et même contre les créanciers postérieurs qui se trouveraient en possession de la chose, ou contre le tiers qui l'aurait achetée d'un créancier postérieur.

Lorsque le créancier préférable intentera l'action hypothécaire contre un autre créancier hypothécaire qui est en possession, celui-ci pourra bien lui opposer l'exception : *si non convenit ut sit sibi res obligata;* mais le créancier préférable paralysera cette exception par la réplique : *si non mihi sit ante res obligata.* (L. 12 pr. D. 20, 4.)

Lorsque le premier créancier intentera l'action contre un tiers détenteur qui a acheté d'un autre créancier hypothécaire, il triomphera en prouvant qu'il est préférable au créancier de qui ce tiers détenteur tient la chose.

B. Droit de rétention. — Une fois que le créancier préférable s'est fait mettre en possession après l'échéance, il a le droit de retenir la chose jusqu'à parfait paiement : il a, comme dans le *pignus* proprement dit, des interdits pour faire respecter sa possession. Si un autre créancier intente contre lui l'action hypothécaire, il le repoussera par l'exception : *si non mihi ante pignori hypothecæve nomine sit obligata.* Enfin, tant qu'il n'est pas payé, il a le droit de retenir la chose indéfiniment, lors même que sa valeur excéderait le chiffre de sa créance, ou que l'intérêt du débiteur ou des autres créanciers hypothécaires exigerait que la chose fût vendue. (L. 6. D. 13, 7.)

C. Droit de vendre. — Le droit de vendre résulte, pour le créancier préférable, de la convention d'hypothèque. Mais vendre la chose n'est pour le créancier qu'une faculté; nous venons de voir, en effet, qu'il peut retenir la chose indéfiniment, tant qu'il n'est pas payé. Il peut donc choisir, pour la vente, le moment qui lui convient. Toutefois, est-ce à dire que le débiteur, qui n'est pas à même de payer, sera complétement à sa merci, et se trouvera

dépouillé du droit de vendre lui-même, si une occasion favorable se présente? Pomponius admet que le débiteur, après avoir donné caution suffisante au créancier, peut le forcer à lui représenter la chose pour pouvoir la vendre, sauf au débiteur, après l'avoir vendue, à désintéresser le créancier avec le prix. (L. 6. D. 13, 7.)

Quant aux créanciers postérieurs, ils peuvent bien vendre la chose et payer le créancier préférable avec le prix ; mais aucun texte ne leur accorde le droit d'exiger du premier créancier la représentation de la chose après lui avoir préalablement donné caution.

D. DROIT DE PRÉFÉRENCE SUR LE PRIX.— Le créancier préférable est payé le premier sur le prix de la chose hypothéquée ; il est payé par préférence aux autres créanciers hypothécaires, non pas seulement du capital de sa créance, mais encore des intérêts, même de ceux qui sont échus depuis que la chose a été hypothéquée à d'autres créanciers. (L. 18. D. 20, 4.)

Lorsque le créancier préférable est complétement désintéressé, s'il reste quelque chose du prix de vente, il doit remettre cet excédant, soit au débiteur, soit au créancier suivant. (L. 24, § 2. D. 13, § 7. L. 20. L. 12, § 5. D. 20, 4.)

1125. 2° *Droits des créanciers postérieurs.* — D'après ce qui vient d'être dit, on comprend que les droits des créanciers postérieurs devront être fort restreints. Sans doute un créancier postérieur peut bien intenter avec succès l'action hypothécaire contre tout détenteur autre que le premier créancier ; mais, le plus souvent, l'exercice de cette action ne sera pour lui d'aucune utilité, puisqu'il se trouvera immédiatement exposé à se voir enlever le gage par le créancier préférable. (L. 12, § 7. D. 20, 4.)

Un créancier postérieur peut bien aussi vendre la chose hypothéquée ; mais, s'il n'emploie pas le prix de vente à désintéresser le premier créancier, celui-ci réclamera le gage à l'acquéreur, et le créancier qui a vendu sera exposé à un recours. Aussi la loi 8 (*Qui potiores.* C. 8, 18) dit-elle qu'il n'a pas le droit de vendre. L'acheteur n'a aucun moyen pour échapper au danger de l'éviction, car il n'y a pas en droit romain, comme en droit français, une institution qui, à l'exemple de la purge, mette l'acquéreur à l'abri de l'action hypothécaire des créanciers non désintéressés.

Cependant le créancier postérieur a un droit assez important : il peut exercer le *jus offerendæ pecuniæ*, c'est-à-dire payer le premier créancier, et se substituer à lui, ce qui lui permettra d'attendre un moment favorable pour la vente de la chose.

Il a aussi le droit de se faire payer sur le prix de la chose ven-

due par le premier créancier; mais seulement lorsque ce premier créancier sera complétement désintéressé. (L. 12, § 5. L. 20. D. 20. 4.)

On peut adresser au système hypothécaire des Romains de justes critiques ; et il faut reconnaître à notre législation, en cette matière, une incontestable supériorité.

La loi française a établi une juste répartition des effets de l'hypothèque entre les créanciers qui ont tous le droit de provoquer la vente de la chose hypothéquée, sauf le droit de préférence accordé au premier sur le prix. Elle donne à l'acquéreur le moyen de se mettre à l'abri de l'éviction en recourant à la purge. Enfin elle a introduit les deux principes de la publicité et de la spécialité, si importants dans un système hypothécaire bien organisé.

La loi romaine, au contraire, par une faveur exagérée, a accordé tous les droits au premier créancier ; à lui seul, il a toute l'efficacité de l'hypothèque ; les autres créanciers n'ont que la ressource du *jus offerendæ pecuniæ*.

En l'absence de toute publicité, le créancier qui se croit le premier est loin d'être en pleine sécurité : il a toujours à craindre l'apparition d'un créancier plus ancien que lui. Est-il sûr d'avoir le premier rang ? Il n'y a guère que le débiteur qui le sache.

La position de l'acquéreur des biens hypothéqués n'est pas meilleure : lui aussi a toujours à craindre l'apparition d'un créancier préférable à celui dont il tient la chose ; il n'a aucun moyen de consolider sa situation.

Enfin tous ces inconvénients sont nuisibles au débiteur ; ils lui enlèvent tout crédit. Dans l'impossibilité de connaître le nombre des hypothèques établies, on lui prêtera difficilement, dans la crainte de se voir primé par une hypothèque antérieure.

1126. 3° *Des hypothèques privilégiées.* — Indépendamment de la priorité, il y a, en droit romain, une autre cause de préférence : la nature de la créance. En effet, il y a, en droit romain, certaines hypothèques privilégiées, qui priment les hypothèques simples.

Les hypothèques privilégiées sont ou *tacites* ou *conventionnelles*. Il y a hypothèque tacite privilégiée, lorsque la loi attache à une créance une hypothèque à laquelle elle donne la qualité de privilégiée. Il y a hypothèque conventionnelle privilégiée, lorsque la loi attribue la qualité de privilégiée à une hypothèque née d'une convention.

A. HYPOTHÈQUE PRIVILÉGIÉE DE CELUI QUI A PRÊTÉ DE L'ARGENT POUR L'ACQUISITION D'UNE CHOSE. — Le créancier qui a prêté de l'ar-

gent pour acquérir une chose est préféré, sur cette chose, à tous les autres créanciers de l'acheteur. Ceux-ci n'ont pas à se plaindre, car le prêteur leur dira : « Sans moi, ce bien ne serait pas dans le patrimoine du débiteur et n'aurait pu vous servir de gage. » (L. 7. C. 8, 18.)

Peu importe que l'objet acheté soit un meuble ou un immeuble ; la loi 3 (D. 20, 4) dit en effet, d'une manière générale : *Quod si res fuerit comparata.*

Toutefois le créancier, dont l'argent a servi à acquérir la chose, n'a pas une hypothèque tacite. Il doit avoir soin de s'en faire consentir une ; mais, une fois établie, cette hypothèque est de droit privilégiée. (L. 3. C. 8, 18.)

Il y a une exception à cette règle : dans le cas où les deniers qui ont servi à l'acquisition étaient ceux d'un pupille, une constitution de Sévère et Antonin a décidé que la chose acquise serait tacitement affectée d'une hypothèque pour assurer le remboursement de la somme. (L. 3, pr., D. 27, 9. L. 6. C. 7, 8.)

B. Hypothèque privilégiée de celui qui a prêté de l'argent pour la conservation d'une chose hypothéquée a plusieurs créanciers. — Celui qui a prêté de l'argent pour conserver le gage, le réparer, est préféré aux autres créanciers ; il a une hypothèque tacite privilégiée, parce que, dit Ulpien : « *hujus pecunia salvam fecit totius pignoris causam.* (L. 5 ; L. 6 pr. §§ 1, 2, D. 20, 4.)

Enfin Marc-Aurèle accorda une hypothèque tacite privilégiée à celui qui a prêté de l'argent pour la reconstruction d'une maison. (L. 1, *In quib. caus. pign.* D. 20, 2. L. 25, *De reb. cred.* D. 12, 1.)

C. Hypothèques privilégiées du fisc. — Le fisc a deux hypothèques privilégiées :

a. Hypothèque privilégiée du fisc sur les biens du primipilus. — « Le *primipilus* était un employé chargé de faire rentrer les prestations en nature de denrées destinées à la subsistance de l'armée, et de les faire verser dans les magasins établis à cet effet sur les frontières [1]. »

Le fisc avait une hypothèque privilégiée, portant sur tous les biens du *primipilus*, pour la garantie des créances qu'il pourrait avoir contre lui. (L. 3, *De primip.* C. 12, 63.) Cette hypothèque privilégiée présente ceci de remarquable, c'est qu'elle s'étend sur tous les biens dotaux de la femme du *primipilus*, et sur les biens des *nominatores*, c'est-à-dire des personnes qui avaient désigné le *primipilus* à la nomination de l'autorité. Toutefois l'hypothèque

1. Schilling, § 213, traduction de M. Pellat.

ne frappera les biens de la femme du *primipilus* qu'autant que les biens du mari et ceux des *nominatores* auront été insuffisants pour désintéresser le fisc. (L. 4, *In quib. caus.* C. 8, 15.)

b. Hypothèque privilégiée du fisc pour le recouvrement des impôts arriérés. — Le fisc avait une hypothèque tacite portant sur les biens de ceux qui devaient des impôts. Cette hypothèque est mentionnée par plusieurs textes, notamment par la loi 1re, *In quib. caus. pign.* (C. 8, 15), qui porte : « *Universa bona eorum qui censentur, vice pignorum, tributis obligata sunt,* » et par la loi 1re, *Si propter publicas pensitationes* (C. 4. 46), qui s'exprime ainsi : « *Potior est causa tributorum quibus priore loco omnia bona cessantis obligata sunt.* »

D. HYPOTHÈQUE PRIVILÉGIÉE DE LA FEMME MARIÉE. (N° 1217.)

1127. Justinien, à la fin du § 1 du titre VIII, dit qu'il a établi, par une constitution, une nouvelle forme pour la vente du gage par le créancier gagiste non payé à l'échéance. Par cette constitution, Justinien décide : 1° que, si le créancier et le débiteur ont fait des conventions sur l'époque et la manière dont le gage serait vendu, ces conventions seront observées ; 2° que, s'il n'a été fait aucune convention, le créancier pourra vendre le gage après deux années, à partir du jour de la sommation de payer par lui faite au débiteur, ou à partir du jugement de condamnation par lui obtenu contre le débiteur ; 3° que, si aucun acheteur ne se présente pour acheter le gage, après deux autres années, le créancier devra obtenir, par rescrit de l'empereur, l'autorisation de s'attribuer la propriété du gage ; 4° qu'il sera accordé au débiteur un nouveau délai de deux ans, à partir du rescrit, pour rentrer dans la propriété de sa chose, en payant au créancier qui en est devenu propriétaire la dette avec les intérêts ; 5° que, si le débiteur laisse encore expirer ce délai de deux ans, le créancier sera pleinement et irrévocablement propriétaire de la chose... après six années d'attente ! (L. 3, § 1. C. 8, 34.)

ARTICLE IV. — PAR QUELLES PERSONNES ON ACQUIERT

(*Inst.*, II, IX.)

Pr. « Vous pouvez acquérir non-seulement par vous-même, mais encore par ceux qui sont sous votre puissance ; vous acquérez aussi par les esclaves sur lesquels vous avez l'usufruit, et par les hommes libres que vous possédez de bonne foi. »

1128. Un citoyen romain peut acquérir non-seulement par lui-même, mais encore par ceux qu'il a sous sa puissance, et aussi par

des personnes qu'il n'a pas sous sa puissance, mais avec lesquelles il se trouve dans un certain rapport. — Un citoyen romain peut acquérir : 1° par les enfants soumis à sa puissance paternelle ; 2° par ses esclaves ; 3° par l'esclave qu'il a *in bonis ;* 4° par sa femme *in manu* et par la personne libre qu'il a *in mancipio ;* 5° par l'esclave dont il a l'usufruit ou l'usage ; 6° par l'esclave d'autrui, ou par l'homme libre qu'il possède de bonne foi en vertu d'une juste cause ; 7° *per extraneam personam*, c'est-à-dire par mandataire. — Toutefois il y a des distinctions à faire entre les différentes personnes par lesquelles un citoyen romain peut acquérir, soit quant à l'étendue des acquisitions, soit quant aux modes d'acquisitions.

Un citoyen romain acquiert :

§ Ier. — PAR LES ENFANTS SOUMIS A SA PUISSANCE PATERNELLE

§ 1. « Autrefois, tout ce que les enfants de l'un et de l'autre sexe, soumis à la puissance paternelle, acquéraient (excepté leur pécule castrans), ils l'acquéraient, pour leur père, sans aucune distinction. Les biens acquis par eux appartenaient au père, à ce point qu'il pouvait les donner, les vendre ou les aliéner d'une manière quelconque à un autre de ses enfants ou à un tiers. Cela nous a semblé inhumain ; en conséquence, par une constitution générale, nous avons pourvu à l'intérêt des enfants et maintenu l'honneur dû au père, en décidant que tout ce qui arriverait à un enfant, par la chose du père, serait acquis au père. Quelle injustice, en effet, y a-t-il qu'une chose venant du père retourne au père ? Mais quant aux biens que le fils de famille acquerra par toute autre cause, le père n'en aura que l'usufruit ; la propriété restera au fils, qui n'aura plus la douleur de voir aller à un autre ce qu'il a acquis par son travail ou par un hasard heureux. »

1129. Qu'est-ce qui peut être acquis au père par son fils soumis à sa puissance ? 1° La propriété et ses démembrements : usufruit, servitudes. Par quels modes ? Dans l'ancien droit par mancipation, par legs ou par tradition (Gaïus, II, § 87) ; mais non par *cessio in jure* ni par adjudication, parce que la *cessio in jure* et l'adjudication sont des *actus legitimi*, qui se font dans les formes des actions de la loi : or un citoyen romain ne peut être représenté dans les actions de la loi, même par ceux qui sont sous sa puissance. Du reste, la *cessio in jure* est une revendication fictive ; or le fils de famille, ne pouvant être propriétaire, est dans l'impossibilité de revendiquer une chose comme sienne. De même, l'adjudication ne peut avoir lieu qu'au profit d'un copropriétaire. Or le fils de famille ne peut être copropriétaire. Gaïus dit formellement : « Il faut savoir que rien ne peut être cédé *in jure* à ceux qui sont *in potestate*, *in manu*, *mancipiove*, parce que rien ne pouvant apparte-

nir à ces personnes, elles ne peuvent rien revendiquer devant le magistrat. » (Gaïus, II, § 96) ; 2° une hérédité ; mais, lorsqu'un fils de famille est institué héritier, l'hérédité n'est acquise au père que lorsque le fils a fait adition par ordre de son père (Gaïus, II, § 87) ; 3° la possession : « Ce n'est pas seulement la propriété, mais encore la possession que nous acquérons par ceux qui sont sous notre puissance, car nous sommes censés posséder toute chose dont ils ont pris possession ; d'où il suit que l'usucapion s'accomplit par eux à notre profit. » (Gaïus, II, § 89.)

A quel moment le père acquiert-il la possession de la chose possédée par son fils? Il faut distinguer : — 1° si le père a confié un pécule *profectice* à son fils (n° 442), aussitôt qu'une chose entre dans le pécule du fils, le père en acquiert la possession, même à son insu et commence l'usucapion, si toutes les conditions voulues pour l'usucapion sont réunies dans la personne du fils : « Par le fils ou l'esclave que nous avons en notre puissance, nous acquérons, même à notre insu, la possession des choses qu'ils tiennent à titre de pécule, parce que ceux auxquels nous avons permis d'avoir un pécule sont censés posséder par notre volonté. En conséquence, un *infans*, un insensé acquièrent la possession et usucapent *ex causa peculiari*. » (L. 1, § 5. D. 41, 2.) — 2° Lorsque le fils n'a pas de pécule, le père n'acquiert la possession des choses détenues par le fils qu'autant qu'il sait que le fils les possède ; de plus, il faut que le père ait l'*animus domini* et que le fils ait l'*animus possidendi;* par conséquent, si le fils, n'ayant pas de pécule profectice, est en démence, le père ne peut acquérir par lui la possession d'aucune chose. (L. 1, §§ 9, 10. D. 41, 2.)

1130. I. **Peculium castrense.** — J'ai déjà dit que, dans les premiers temps de l'Empire, les empereurs décidèrent que les fils de famille resteraient propriétaires des biens qu'ils auraient acquis au service militaire, et que les biens ainsi acquis par un fils de famille formèrent pour lui un patrimoine qu'on appela *peculium castrense*. (N° 442.)

Le pécule *castrense* comprend tout ce que le fils de famille acquiert à l'occasion du service militaire, tous les biens qu'il n'eût pas acquis s'il n'eût pas été militaire. (L. 11. D. 49, 17.) — Quant aux biens de son pécule *castrense*, le fils de famille est considéré comme s'il était *pater familias;* il en a la propriété pleine et entière, il peut les aliéner, il peut en disposer par testament. (L. 2. D. 14, 6.) Il peut faire des contrats et soutenir des procès, même avec son chef de famille, relativement aux biens de son pécule *castrense*. (L. 1 pr. D. 15, 1. L. 4. D. 5, 1.)

1131. II. **Peculium quasi-castrense.** — Ce pécule comprend les biens acquis par un fils de famille dans un emploi à la cour de l'empereur. Il paraît avoir été établi par Constantin, car une constitution de cet empereur dit : « Nous ordonnons que tous les palatins (*omnes palatini*) auxquels nos édits ont déjà accordé certains priviléges aient, comme pécule *castrense*, ce qu'ils acquièrent, tant qu'ils restent dans notre palais, soit par suite de leurs économies, soit par suite des dons que nous leur aurons faits. » (L. *un.* C. 12, 31.) — Le fils de famille est propriétaire des biens de son pécule *quasi-castrense.* On appelle ce pécule *quasi-castrense*, parce qu'il est régi par les mêmes règles que le pécule *castrense.* Il n'y avait entre ces deux pécules qu'une différence : le fils de famille pouvait disposer des biens de son pécule *castrense* par testament; tandis que ce n'est que sous Justinien que les fils de famille eurent le droit de disposer par testament des biens de leur pécule *quasi-castrense.*

1132. III. **Pécule adventice.** — Constantin décida que les fils de famille seraient propriétaires des biens par eux acquis dans la succession de leur mère, et que le père n'en aurait que l'usufruit. De plus, Constantin décida que si le père vendait ou donnait un de ces biens appartenant à son fils, l'acheteur ou le donataire, même de bonne foi, ne pourrait l'usucaper. (L. 1. C. 6, 60.) C'est ce pécule, composé des biens recueillis par le fils de famille dans la succession testamentaire ou *ab intestat* de leur mère, que les commentateurs du droit romain ont appelé pécule adventice. Après Constantin, il fut admis que le pécule adventice comprendrait les biens recueillis par les fils de famille dans la succession de leurs ascendants maternels, ainsi que les biens qu'ils recevraient de leur conjoint. Enfin, à l'époque de Justinien, la règle est que tous les biens acquis par un fils de famille en dehors de la fortune du père, *aliunde ex re patris*, entrent dans le pécule adventice.

Si le fils de famille est émancipé, il devient *sui juris*, *pater familias;* l'usufruit du père sur les biens du pécule adventice cesse-t-il, et le fils émancipé en devient-il plein propriétaire? Il faut distinguer suivant les époques : avant Justinien, le père, en émancipant son fils, retenait en pleine propriété le tiers du pécule adventice; le fils devenait plein propriétaire du surplus. Justinien décida que le père, en émancipant son fils, pourrait conserver l'usufruit de la moitié du pécule adventice, de sorte que le fils aura toute la nu-propriété et la moitié en usufruit :

§ 2. « Nous avons aussi établi une règle nouvelle sur le droit qu'avait le père, en vertu des anciennes constitutions, de retenir, lorsqu'il émancipait ses

enfants, le tiers de leurs biens comme prix de leur émancipation. Il était inhumain que le fils fût privé du tiers de la propriété de ses biens, à cause de son émancipation. En conséquence, nous avons décidé que le père, au lieu de la propriété du tiers des biens, pourrait en retenir la moitié, non en propriété, mais en usufruit. De cette manière, les biens resteront intacts au fils, et le père jouira d'une part plus grande, de la moitié au lieu du tiers. »

§ II. — PAR SES ESCLAVES

§ 3. « De même, ce que vos esclaves acquièrent par tradition, ce qu'ils stipulent, ou ce qu'ils acquièrent par toute autre cause, vous est acquis, même à votre insu et malgré vous. Mais si votre esclave est institué héritier, il ne peut faire adition que par votre ordre. Et s'il a fait adition par votre ordre, l'hérédité vous est acquise, comme si vous-même vous aviez été institué héritier. Le legs qui leur est fait vous est également acquis par eux. Non-seulement la propriété, mais encore la possession vous est acquise par ceux que vous avez sous votre puissance. Quelle que soit la chose dont ils aient pris possession, vous êtes censé la posséder. D'où il suit que l'usucapion et la prescription de long temps s'accomplit pour vous par leur intermédiaire. »

1133. Au temps de Gaïus, le citoyen romain peut acquérir, par ses esclaves, la propriété et les autres droits réels. Par quels modes? Par mancipation ou par tradition. (Gaïus, II, § 87.) Voici les paroles de la mancipation faite par un esclave au profit de son maître : « *Hanc rem ex jure Quiritium Lucii Titii domini mei esse aio, eaque ei empta est hoc ære æneaque libra* [1]. (Gaïus, III, § 167.) Mais l'esclave ne peut rien acquérir à son maître par *cessio in jure* ni par adjudication, parce que la *cessio in jure* et l'adjudication sont des actes légitimes faits dans la forme des actions de la loi. Or un citoyen ne peut être représenté dans une action de la loi, pas même par son esclave.

Quant à la possession, pour que le maître puisse l'acquérir, il faut qu'il possède l'esclave lui-même ; de plus, le maître n'acquiert la possession des choses possédées par son esclave, qu'à partir du moment où il a l'*animus domini*, c'est-à-dire à partir du moment où il sait que l'esclave possède pour lui. Mais si l'esclave a un pécule le maître acquiert, même à son insu, la possession de toutes les choses qui entrent dans le pécule. (L. 1, § 15. L. 3. § 12. L. 44. § 1. D. 41, 2.)

Par son esclave, un maître peut aussi acquérir une hérédité : mais l'hérédité n'est acquise au maître que lorsque l'esclave fait adition par l'ordre de son maître. (Gaïus, II, § 87.) En effet,

---

1. Si c'était un fils de famille qui acquérait pour son père par mancipation, les paroles étaient celles-ci : « *Hanc rem ex jure Quiritium esse Lucii Titii, patris mei, eaque empta est hoc ære æneaque libra.* »

l'adition d'hérédité est un acte dangereux, car, si elle fait acquérir l'actif de la succession, elle entraîne aussi avec elle la charge du passif. (L. 6 pr. D. 29, 2.)

Si un esclave appartient en commun à plusieurs maîtres, tout ce qui est acquis par cet esclave, même avec l'argent d'un seul de ses maîtres, appartient à tous les maîtres, en proportion de la part de propriété de chacun d'eux sur l'esclave ; à moins qu'en acquérant une chose par mancipation ou par tradition l'esclave ne déclare qu'il l'acquiert pour un seul de ses maîtres. (L. 45. D. 41, 1. — Gaïus, III, § 167.)

§ III. — PAR L'ESCLAVE QU'IL A IN BONIS

1134. Lorsqu'un esclave est *in bonis* d'une personne, et appartient à un autre *ex jure Quiritium*, tout ce que l'esclave acquiert est acquis à la personne qui l'a *in bonis*, et non au *dominus ex jure Quiritium*. (Gaïus, II, § 88.)

§ IV. — PAR LA FEMME QU'IL A IN MANU ET PAR LA PERSONNE LIBRE QU'IL A IN MANCIPIO

1135. Le citoyen romain acquiert la propriété, soit par la femme *in manu*, soit par la personne *in mancipio;* mais la question de savoir s'il acquérait aussi par elles la possession faisait doute au temps de Gaïus. (Gaïus, II, §§ 90.)

§ V. — PAR L'ESCLAVE DONT IL A L'USUFRUIT OU L'USAGE

§ 4. « Quant aux esclaves dont vous avez seulement l'usufruit, il a été admis que ce qu'ils acquéraient par votre chose (*ex re vestra*) ou par leur travail (*ex operis suis*) vous appartient. Au contraire, ce qu'ils acquièrent en dehors de ces causes appartient au nu-propriétaire de l'esclave. C'est pourquoi, si un esclave a été institué héritier, si un legs lui a été fait, si une donation lui a été faite, ce n'est pas pour l'usufruitier, mais pour le propriétaire qu'il acquiert. — Vous acquérez de la même manière par celui que vous possédez de bonne foi, que ce soit un homme libre, ou l'esclave d'autrui, peu importe, car la règle est la même pour l'usufruitier et le possesseur de bonne foi. En conséquence, tout ce qui est acquis, en dehors de ces deux causes, par celui que vous possédez de bonne foi est acquis à lui-même, s'il est libre, ou à son maître, s'il est esclave. Mais lorsque le possesseur de bonne foi aura usucapé l'esclave, devenu propriétaire de cet esclave, il acquerra par lui en vertu de toute espèce de causes. Au contraire, l'usufruitier ne peut pas usucaper l'esclave dont il a l'usufruit, d'abord parce qu'il ne le possède pas, mais en a seulement l'usufruit; en outre, parce qu'il sait que c'est l'esclave d'autrui. — Ce n'est pas seulement la propriété, mais aussi la possession que vous acquérez par les esclaves dont vous avez l'usufruit ou que vous possédez de bonne foi et par la personne libre qui, de bonne foi, vous est asservie. Toutefois, par

ces personnes; vous n'acquérez que la possession qu'elles acquièrent *ex re vestra vel ex operis suis.* »

1136. Qu'est-ce que l'usufruitier acquiert par l'esclave dont il a l'usufruit? 1° Tout ce que l'esclave acquiert *ex re usufructuarii*, c'est-à-dire toute acquisition qui provient d'une chose de l'usufruitier, appartient à l'usufruitier. Exemples : l'usufruitier confie une somme d'argent à l'esclave, qui l'emploie à acheter une chose; cette chose est acquise *ex re usufructuarii*, elle appartiendra à l'usufruitier. A l'inverse, l'usufruitier confie à l'esclave une chose à lui appartenant pour que l'esclave la vende : le prix de la chose proviendra *ex re usufructuarii*, il appartiendra à l'usufruitier. — Supposons que l'esclave cultive un bien de l'usufruitier; faut-il dire que la récolte provient *ex re fructuarii?* Non. L'usufruitier acquiert la récolte, parce qu'il est propriétaire du bien qui l'a produite; il n'y a pas là acquisition par l'esclave. — 2° l'usufruitier acquiert ce qui est acquis *ex operis servi :* si l'usufruitier loue les services de l'esclave à un tiers, le salaire des services appartiendra à l'usufruitier. (Gaïus, II, § 91.) — En résumé, par l'esclave dont il a l'usufruit, l'usufruitier acquiert : 1° ce qui provient *ex re sua*, en vertu de son *jus utendi;* 2° ce qui provient *ex operis servi*, en vertu de son *jus fruendi.* (§ 4.)

En dehors de ces deux causes d'acquisition, tout ce qui est acquis par l'esclave appartient au nu-propriétaire. Si l'esclave soumis à l'usufruit est institué héritier, si un legs lui est fait, l'hérédité ou le legs appartient au nu-propriétaire. (§ 4. — V. n° 1040.)

L'usager, par l'esclave dont il a l'usage, n'acquiert que ce qui provient *ex re sua.* En effet, l'usager n'a que le *jus utendi;* et ce qui est acquis par l'esclave *ex re usuarii* appartient à l'usager, en vertu de son *jus utendi.* Mais l'usager n'a pas le *jus fruendi;* aussi il ne peut louer les services de l'esclave à un tiers. (N° 1070.)

L'usufruitier peut-il acquérir la possession par l'esclave dont il a l'usufruit ? A l'époque de Gaïus, on en doutait, parce que l'usufruitier ne possède pas l'esclave. (Gaïus, § 94.) Plus tard, il fut admis que la possession pourrait être acquise à l'usufruitier par l'esclave dont il aurait l'usufruit, mais seulement lorsque la possession serait acquise *ex re usufructuarii* ou *ex operis servi :* « *Possessio quoque per servum cujus ususfructus meus est, ex re mea vel ex operis servi adquiritur mihi.* » (L. 49 pr. D. 41, 2. *Inst.*, § 4 de n. t.) — La possession peut ainsi être acquise à l'usager par l'esclave dont il a l'usage, mais ce n'est qu'autant que la possession est acquise *ex re usuarii.*

§ VI. — PAR L'HOMME LIBRE OU PAR L'ESCLAVE D'AUTRUI QU'IL POSSÈDE DE BONNE FOI, EN VERTU D'UNE JUSTE CAUSE

1137. Si je possède de bonne foi et en vertu d'une juste cause un homme libre ou l'esclave d'autrui, j'acquiers tout ce qui est acquis par lui *ex re mea* ou *ex operis ejus*. Tout ce qu'il acquiert en dehors de ces deux causes est acquis : à lui-même, s'il est libre; à son maître, s'il est esclave. (§ 4, 2e alin. — Gaïus, II, § 92.)

Le possesseur de bonne foi d'un homme libre ou d'un esclave acquiert par lui la possession *ex re sua* ou *ex operis ejus*. (§ 4, 3e alin. — Gaïus, II, § 94.)

Il y a, entre l'usufruitier d'un esclave et le possesseur de bonne foi d'un esclave, cette différence que le possesseur de bonne foi pourra devenir propriétaire de l'esclave par usucapion, et alors il acquerra par l'esclave *ex omnibus causis;* tandis que l'usufruitier ne peut jamais être propriétaire de l'esclave par usucapion. (§ 4, 2e alin. — Gaïus, II, § 93.)

§ VII. — PER EXTRANEAM PERSONAM

§ 5. « De ce qui précède, il résulte que rien ne peut vous être acquis pour aucune cause par les hommes libres que vous n'avez pas sous votre puissance ou que vous ne possédez pas de bonne foi, ni par les esclaves d'autrui dont vous n'avez ni l'usufruit ni une juste cause de possession. De là vient cette maxime : Rien ne peut être acquis par une personne étrangère; excepté que, par une personne libre, par exemple, par un mandataire, on peut, d'après une constitution de Sévère, acquérir, même à son insu, la possession, et par cette possession la propriété, si celui qui a livré était propriétaire, ou bien par l'usucapion ou la possession de long temps, s'il n'était pas propriétaire.

1138. Le principe du droit civil romain est que chaque citoyen doit agir par lui-même dans les actes de droit qui l'intéressent : il ne peut s'y faire représenter par un autre. En conséquence de ce principe, un citoyen romain ne peut acquérir la propriété par un autre : « *Per extraneam personam nihil adquiri potest.* » (§ 5. — Gaïus, II, § 95).

En vertu de ce principe du droit civil, un citoyen romain ne peut acquérir par un autre, quand même il lui aurait donné mandat. — Cependant le mandat était connu et pratiqué chez les Romains. Mais si un citoyen romain donne mandat à un autre d'acquérir pour lui la propriété d'une chose, la propriété ne lui sera pas acquise directement. Voici comment les choses se passent : Primus donne à Secundus mandat d'acheter, pour lui, la maison de Mævius. Secundus ira trouver Mævius et lui dira non pas :

Vendez-moi votre maison pour Primus ; il lui dira simplement : Vendez-moi votre maison. Mævius vend et livre sa maison à Secundus ; Secundus a acheté lá maison en son nom et pour son propre compte ; il n'a pas représenté Primus : le principe du droit civil est respecté. En effet, par la tradition que Mævius lui a faite de sa maison, Secundus est devenu propriétaire ; la propriété de la maison n'est nullement acquise au mandant Primus : « *Res ex mandato meo empta, non prius mea fiat quam si mihi tradiderit qui emit.* » (L. 59, D. 41, 1.) — Mais Secundus, par le mandat qu'il a accepté de Primus, s'est obligé à lui procurer la propriété de la maison ; en conséquence, Primus aura contre son mandataire Secundus l'action *mandati*, pour le forcer à lui revendre et à lui livrer la maison. Si Secundus exécute son obligation, c'est-à-dire vend et livre la maison à Primus, celui-ci devient propriétaire. Mais, ici encore, chacune des parties a agi en son nom et pour son compte : le principe du droit civil est encore respecté.

1139. Si un citoyen romain ne pouvait pas acquérir la propriété *per extraneam personam*, il n'en était pas de même pour la possession : un citoyen romain pouvait acquérir la possession d'une chose *per extraneam personam*. En effet, nous avons vu que la possession se compose de deux éléments : du *corpus* et de l'*animus domini*. Le *corpus* est le fait d'avoir une chose à sa disposition, l'*animus domini* est la volonté de se considérer comme propriétaire de la chose. (N° 840.) Nous avons vu aussi que la possession s'acquiert par la réunion de ces deux éléments dans la même personne : « *Adipiscimur possessionem corpore et animo.* » (L. 3, § 1. D. 41, 2.—V. n° 846.) Pour qu'une personne acquière la possession d'une chose, il faut nécessairement qu'elle ait l'*animus possidendi* à l'égard de cette chose. Mais est-il nécessaire, indispensable, qu'elle détienne elle-même le *corpus* de la chose, pour en acquérir la possession ? Non. Les jurisconsultes romains ont admis que la possession pourrait être acquise *animo tantum*, pourvu que le *corpus* de la chose fût détenu, par un tiers, pour celui qui avait l'*animus domini* : « *Possessionem adquirimus et animo et corpore : animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno.* » (Paul, *Sent.*, V, II, § 1.) Il fut donc admis qu'une personne pourrait acquérir la possession par le fait d'un tiers, *per extraneam personam*, par exemple par un mandataire : « ... *Quamvis per procuratorem possessionem adipisci nos, jam fere conveniat.* » (L. 41, D. 41, 3.)

Mais, pour que je puisse acquérir la possession d'une chose par mandataire, il faut : 1° que j'aie l'intention d'acquérir la chose ; 2° que mon mandataire ait l'intention de l'acquérir pour moi ;

3° que celui qui livre la chose ait la volonté de la faire acquérir à moi et non à mon mandataire. — Lorsque ces trois conditions sont remplies, la possession est acquise au mandant, même à son insu, c'est-à-dire quoiqu'il ignore que la chose ait été livrée au mandataire : « *Per liberam personam ignoranti quoque adquiri possessionem, tam ratione utilitatis quam jurisprudentia receptum est.* » (L. 1. C. 7. 32.)

1140. Lorsqu'il eut été admis qu'une personne pouvait acquérir la possession d'une chose par mandataire, on admit, en conséquence, qu'elle pourrait acquérir en même temps la propriété, lorsque la chose aurait été livrée au mandataire *ex justa causa.* — En effet, lorsque la tradition d'une chose est faite en vertu d'une juste cause par le propriétaire ou par une personne ayant pouvoir d'aliéner, la possession est transférée et, avec elle, la propriété, à celui auquel la chose est livrée. (N° 863.) — Si une chose est livrée, en vertu d'une juste cause, par le propriétaire, à un mandataire qui la reçoit au nom du mandant, la possession et la propriété sont acquises au mandant : « *Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo, eique sit tradita mea nomine : dominium mihi, id est proprietas adquiritur etiam ignoranti; — et tutor pupilli, pupillæ, similiter ut procurator, emendo nomine pupilli, pupillæ, proprietatem illis adquirit etiam ignorantibus.* » (L. 13 pr., § 1. D. 41, 1.) De même Justinien dit : « Par mandataire, on peut acquérir, même à son insu, la possession, et par cette possession la propriété, si celui qui a livré était propriétaire. « *Per procuratorem placet non solum scientibus sed et ignorantibus adquiri possessionem et per hanc possessionem etiam dominium, si dominus fuerit qui tradidit.* » (§ 5 de n. t.) — Si celui qui livre n'est pas propriétaire, le mandant n'acquerra la propriété que par l'usucapion ou la possession de long temps : « *Per usucapionem aut longi temporis præscriptionem, si dominus non sit.* » (§ 5 de n. t.) Mais le mandant ne commence à usucaper ou à prescrire qu'à partir du moment où il saura que la chose a été livrée à son mandataire. Pourquoi ? Parce qu'une personne ne peut usucaper une chose qu'autant qu'elle s'en croit propriétaire ; or elle ne peut s'en croire propriétaire, tant qu'elle ne sait pas que la chose lui a été livrée, à elle ou à son mandataire : « *Si emptam rem mihi procurator, ignorante me, meo nomine apprehenderit, — quamvis possideam, eam non usucapiam, quia ut ignorantes usuceperimus, in peculiaribus tantum rebus receptum est.* » (L. 47. D. 41, 3. L. 1. C. 7, 32.)

1141. Par les personnes soumises à sa puissance, un chef de famille peut encore acquérir des créances contre des tiers, au moyen des contrats faits par ces personnes avec des tiers. Le titre

XXVIII du livre III des *Institutes* étant consacré à cette acquisition de créances, par un chef de famille, par suite de contrats faits par les personnes soumises à sa puissance, il n'y a pas lieu de s'en occuper ici.

ARTICLE V. — APPENDICE : DES DONATIONS [1]

(*Inst.*, II, VII.)

Pr. « *Est et aliud genus adquisitionis, donatio. Donationum autem duo sunt genera, mortis causa et non mortis causa.* — Il y a un autre genre d'acquisition, la donation. Il y a deux espèces de donation : la donation à cause de mort, et celle qui n'est pas à cause de mort. »

§ Ier. — GÉNÉRALITÉS ET CARACTÈRES

1142. Ces mots : « *Est et aliud genus adquisitionis, donatio,* » n'ont pas le sens qu'ils paraissent avoir. Ils ne signifient pas que la donation est un mode d'acquérir la propriété, car la donation, comme nous le verrons, n'est certainement pas un mode d'acquérir la propriété : elle est une juste cause d'acquisition. (N° 902.) D'un autre côté, ces mots ne signifient pas que toute donation emporte translation de propriété, car il est certain qu'il peut y avoir donation sans qu'il y ait translation de propriété au donataire. — Je crois que par ces mots : *Est et aliud genus adquisitionis, donatio,* les rédacteurs des *Institutes* ont voulu dire qu'une acquisition peut avoir un caractère différent suivant le but que les parties se proposent d'atteindre. Il y a, en effet, au point de vue du but que les parties se proposent d'atteindre, deux genres d'acquisition : 1° l'acquisition *à titre onéreux*, qui a lieu lorsqu'une personne acquiert une chose ou un droit moyennant un équivalent qu'elle aliène elle-même ; 2° l'acquisition *à titre gratuit*, qui a lieu lorsqu'une personne acquiert une chose ou un droit, sans aliéner elle-même un équivalent.

C'est de ce caractère de gratuité que le mot *donatio* a tiré son nom : « *Donatio dicta est a dono, quasi dono datum,* » dit le jurisconsulte Paul. (L. 35, § 1. D. 39, 6.)

---

1. On étudie ici *la donation*, quoique, dans les *Institutes* de Justinien, elle se place immédiatement après l'*usucapion*, qui elle-même se trouve placée après les *servitudes*. J'ai rétabli l'*usucapion* à la place qu'elle devait rationnellement occuper, parmi les modes d'acquérir à titre particulier ; et j'ai dû rejeter l'explication du titre VII à la fin des droits réels, car elle ne trouve pas de place logique parmi les modes d'acquérir, puisqu'elle n'est qu'une *juste cause d'acquisition*.

1143. Y a-t-il donation par cela seul qu'une personne offre une chose ou un droit à une autre personne qui l'accepte sans rien fournir en équivalent? Non. Cette simple convention, ce simple accord de volontés, ne fait acquérir au donataire ni la chose ni le droit offert. Si le donateur veut donner de manière à transférer de suite au donataire la propriété de la chose qu'il lui donne, il doit employer un mode ordinaire d'aliéner : il doit transférer la propriété au donataire par la mancipation, la *cessio in jure*, ou la tradition.

Il ne faut pas croire qu'il n'y a donation que lorsque le donateur transfère au donataire la propriété de la chose qu'il lui donne. En effet, une donation peut être faite par voie d'obligation. Il est possible que le donateur ne veuille faire une donation qu'en *s'obligeant* actuellement, sauf à exécuter plus tard son obligation, de sorte que, dans ce cas, le donataire n'acquerra contre le donateur qu'un droit de créance. Mais, ici encore, une simple convention, un simple accord de volontés ne suffit pas pour créer l'obligation du donateur. Les parties doivent recourir aux modes ordinaires de créer les obligations, à un contrat, par exemple, à une stipulation. Supposons que Primus veuille *s'obliger* à donner 100 sous d'or ou bien son fonds Cornélien à Secundus, — Secundus lui dira : *Spondesne mihi dare centum aureos?* Primus répondra : *Spondeo;* — ou bien Secundus dira à Primus : *Spondesne mihi dare fundum tuum Cornelianum?* Primus répondra : *Spondeo.*

Il y a encore donation, sans qu'il y ait translation de propriété au donataire, lorsqu'un créancier fait à son débiteur *acceptilatio* ou remise de dette. Ici le donataire est le débiteur qui est libéré gratuitement de sa dette.

Il y a encore donation, sans qu'il y ait translation de propriété, lorsqu'une personne paye la dette d'un débiteur à son créancier, sans avoir l'intention de réclamer au débiteur ce qu'elle a payé pour lui.

1144. *Caractères de la donation.* — Pour qu'il y ait donation : 1° il faut un acte juridique qui opère la donation : mancipation, *cessio in jure*, tradition, stipulation, acceptilation; 2° il faut que cet acte juridique diminue le patrimoine du donateur; 3° il faut que cet acte juridique enrichisse le donataire; 4° il faut une intention de libéralité, *animus donandi*, de la part du donateur; 5° il faut la volonté chez le donataire d'accepter son enrichissement. — Il est certain que le consentement du donataire est nécessaire, lorsque la donation se réalise par une translation de propriété ou par une création d'obligation; de même le consentement du débiteur,

que son créancier veut libérer, est nécessaire; car le débiteur, pour être libéré par remise de dette, doit dire au créancier : *Acceptumne habes quod tibi debeo?* et le créancier doit répondre : *Acceptum habeo.* Une personne peut payer la dette d'un débiteur, même à son insu, avec l'intention de ne rien lui réclamer : le débiteur est libéré; mais je crois que pour qu'il y ait donation, même dans ce cas, il faut que le débiteur adhère à son enrichissement, résultant de sa libération. En effet, Ulpien dit d'une manière absolue et sans distinction : « Une libéralité ne peut être acquise à celui qui n'en veut pas. *Non potest liberalitas nolenti adquiri.* » (L. 19, § 2. D. 39, 5.) Le jurisconsulte Paul dit également : « *Invito beneficium non datur.* » (L. 69. D. 50, 17.) Enfin, voici un autre texte duquel il résulte que le consentement du donataire est nécessaire pour qu'il y ait donation : « Si je t'ai livré de l'argent dans l'intention de te le donner et que tu l'aies reçu comme prêté, Julien écrit qu'il n'y a pas donation. » (L. 18. D. 12, 1.) — Pourquoi ? parce qu'il n'y a pas eu accord de volontés.

D'après le *principium* de notre titre, il y a deux espèces de donations : la donation entre-vifs et la donation à cause de mort.

§ II. — DONATION ENTRE-VIFS

1145. La donation entre-vifs est un acte juridique par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de ce qu'il donne : « *Dat aliquis ea mente ut statim velit accipientis fieri, nec ullo casu ad se reverti.* » (L. 1. D. 39, 5.) Dans la donation entre-vifs, le donateur préfère le donataire à lui-même et à ses héritiers.

1146. I. **Des personnes qui peuvent faire une donation.** — Pour pouvoir faire un donation, il faut avoir un patrimoine et être capable d'aliéner : le *pater familias*, ayant un patrimoine, et capable d'aliéner, peut faire une donation.

Le fils de famille peut donner les biens de son pécule *castrans* et de son pécule *quasi-castrans*, car il en est propriétaire. (L. 7, § 6, D. 39, 5.) Le fils de famille ne peut donner les biens de son pécule *profectice*, qu'avec l'autorisation expresse de son chef de famille. (L. 7, pr. § 1, 2, 3, 4. D. 39, 5.)

L'homme en démence ne peut faire une donation. (L. 23, § 1, D. 39, 5.)

Le condamné pour crime de lèse-majesté devient incapable de faire une donation. (L. 15; L. 31, § 4. D. 39, 5.)

La femme en tutelle perpétuelle ne pouvait donner ses *res mancipi*.

1147. II. **A quelles personnes une donation peut-elle être faite?** — Une donation peut être faite à toute personne capable d'être propriétaire et d'avoir la volonté de s'enrichir. — La donation faite à un fils de famille est acquise au chef de famille. La donation faite à un esclave est acquise au maître.

Par exception, il y a quelques personnes qui sont incapables de recevoir une donation :

1° Les pérégrins ne peuvent recevoir en donation une *res mancipi*, par exemple, un fonds italique.

2° Un fils de famille ne peut recevoir une donation de son chef de famille, et, réciproquement, un chef de famille ne peut recevoir un donation de son fils, soumis à sa puissance, parce qu'il y a entre eux communauté de patrimoines. (L. 17, C. 8, 54.)

3° Un époux ne peut recevoir une donation de son conjoint, à partir des derniers temps de la République, et jusqu'au règne de Caracalla.

4° Un gouverneur de province ne peut recevoir une donation des habitants de la province qu'il administre. Toutefois la donation faite à un gouverneur, par un habitant de la province qu'il administre, devient valable, si le donateur ou ses héritiers laissent passer cinq ans à partir de la cessation des fonctions du gouverneur, sans attaquer la donation. (L. 1. § 1, C. 1, 53.)

1148. III. **Dans quelle forme une donation peut-elle être faite?** — La donation n'est soumise, par le droit civil romain, à aucune forme spéciale. Si le donateur veut donner de manière à transférer de suite la propriété au donataire, il doit la lui transférer par la mancipation ou la *cessio in jure*, si la chose donnée est une *res mancipi;* par la *cessio in jure* ou par la tradition, si la chose donnée est une *res nec mancipi;* par la tradition seulement, si la chose donnée est un fonds provincial, car, bien que les fonds provinciaux soient des *res nec mancipi*, ils ne peuvent être aliénés ni acquis par la mancipation ou par la *cessio in jure*, parce que, n'étant pas susceptibles de propriété civile, ils ne peuvent être acquis par un mode d'acquérir du droit civil. — Le donataire, auquel la propriété aura été ainsi transférée par la mancipation, la *cessio in jure* ou la tradition, aura contre le donateur la *rei vindicatio* pour faire exécuter la donation.

Si le donateur veut seulement *s'obliger* à donner, il s'obligera par une stipulation ou par le contrat *litteris* « *expensilatio* » que nous étudierons plus loin. Dans ce cas, le donataire n'acquiert qu'une créance contre le donateur, qui s'est seulement obligé à donner ; et, pour faire exécuter la donation, c'est-à-dire l'obligation du

donateur, le donataire aura une action personnelle, la *condictio*, qui résulte aussi bien de l'*expensilatio* que de la stipulation.

Si le donateur veut faire une donation à son débiteur, en lui faisant remise de sa dette, il lui fera cette remise au moyen de l'*acceptilatio*.

Si le donateur veut constituer, *donationis causa*, une servitude prédiale sur son fonds au profit du fonds de son voisin, il emploiera un mode constitutif des servitudes. S'il veut donner une servitude personnelle, usufruit, usage, habitation, il emploiera un mode constitutif de cette servitude.

Enfin, s'il veut donner une créance, il constituera le donataire *procurator in rem suam*, mandataire dans sa propre affaire en le dispensant de rendre compte.

1149. Une donation entre-vifs peut être faite sous condition, en ce sens que son effet peut être subordonné à l'arrivée d'un événement futur et incertain. Ainsi le donateur peut faire tradition d'une chose sous la condition que la propriété ne sera acquise au donataire qu'à l'arrivée de tel événement : « *Ut tunc demum accipientis fiat, cum aliquid secutum fuerit.* » (L. 1 pr. D. 39, 5.) Un donateur peut-il manciper ou céder *in jure*, *donationis causa*, une chose, sous condition ? Non, parce que la mancipation et la *cessio in jure* sont des *actus legitimi*, qui ne peuvent être faits sous condition. (L. 77. D. 50, 17.) Mais une personne peut *s'obliger*, *donationis causa*, sous condition, par stipulation.

1150. IV. **Des choses qui peuvent être données.** — Toutes les choses qui sont dans le patrimoine des hommes peuvent être données : la propriété d'une chose, la copropriété d'une chose, les servitudes personnelles, les servitudes prédiales, les créances. (L. 12. C. 8, 54. L. 9 pr., § 1. D. 39, 5.) — Pendant longtemps, à Rome, d'après l'ancien droit romain, un citoyen avait toute la latitude pour disposer de ses biens par donation. Mais, à partir d'une certaine époque cette faculté de disposer de tous ses biens, par donation, fut restreinte.

1151. V. **Restriction à la faculté de donner d'après la loi Cincia.** — Une loi *Cincia*, votée en l'an 550 de Rome, vint restreindre la faculté de donner à un certain chiffre, à un certain taux, qui ne pouvait être dépassé dans une donation. Ce chiffre, ce taux, ne nous est pas indiqué par les textes du droit romain qui nous sont parvenus. — Cette loi *Cincia* avait pour but de prémunir les citoyens contre un entraînement irréfléchi à faire des donations exagérées.

1152. La loi *Cincia* est une loi *minus quam perfecta*, c'est-à-dire

une de ces lois qui défendent de faire un acte, mais qui, l'acte ayant été fait, ne l'annulent pas. (Ulp., *Reg.*, I, § 2.) En effet, lorsqu'un donateur a fait une donation *ultra modum*, c'est-à-dire supérieure au chiffre fixé par la loi *Cincia*, la donation n'est pas nulle ; mais la loi *Cincia* permet au donateur de se repentir et de ne pas exécuter la donation au delà du chiffre fixé. Si le donataire intente une action contre le donateur pour le forcer à exécuter la donation entière, le donateur pourra se dispenser d'exécuter la donation, *ultra modum*, en opposant au donataire l'exception *legis Cinciæ*. Cette exception est appelée *quasi popularis*, parce qu'elle peut être opposée non-seulement par le donateur, mais encore par toute personne intéressée à l'opposer : « *Nam semper exceptione Cinciæ uti potuit non solum ipse (donator), verum etiam quivis, quasi popularis sit hæc exceptio.* » (*Fragm. Vat.*, § 266.) — Toutefois les héritiers du donateur ne peuvent pas opposer l'exception de la loi *Cincia*, si le donateur est mort dans l'intention de donner *ultra modum*. Exemple : une personne fait une donation *ultra modum legis Cinciæ ;* elle meurt sans avoir manifesté de repentir, persistant dans la volonté de donner *ultra modum*. Le donataire actionne les héritiers du donateur en exécution de la donation ; si les héritiers lui opposent l'exception *legis Cinciæ*, il paralysera cette exception par la réplique *doli mali*. (*Fragm. Vatic.*, § 266.)

1153. Cependant il faut savoir qu'il y avait certaines personnes auxquelles ne s'appliquait pas la prohibition de la loi *Cincia*, c'est-à-dire des personnes auxquelles un donateur pouvait donner *ultra modum*. Ces personnes étaient appelées *personæ exceptæ*, c'est-à-dire personnes exceptées de la prohibition de la loi *Cincia*. Ces personnes sont :

1° Les cognats du donateur jusqu'au cinquième degré, et, au sixième, le *sobrinus* et la *sobrina*, c'est-à-dire les enfants du cousin germain et de la cousine germaine. (*Fragm. Vatic.*, §§ 296, 299.)

2° Les personnes qui sont *in potestate*, ou *in manu*, ou *in mancipio* de ces cognats. (*Fragm. Vatic.*, § 300.)

3° Ceux qui ont ces cognats sous leur puissance. (*Fragm. Vatic.*, § 301.)

4° Certains alliés : *privignus*, *privigna*, *novercâ*, *vitricus*, *socer*, *socrus*, *gener*, *nurus*, *vir et uxor*, *sponsus*, *sponsa*. (*Fragm. Vatic.*, § 302.) D'après le § 302 des *Fragmenta Vaticana*, un époux peut faire une donation, à son conjoint, *ultra modum legis Cinciæ ;* on peut en conclure que la prohibition des donations entre époux est postérieure à la loi *Cincia*.

5° Le tuteur qui fait une donation à son pupille. (*Fragm. Vatic.*, § 304.)

6° Tout cognat, à quelque degré qu'il soit, qui fait une donation à sa cognate, à titre de dot. (*Fragm. Vatic.*, § 305.)

7° L'affranchi qui fait une donation à son patron ou aux enfants de son patron. (*Fragm. Vatic.*, § 307, 308.)

1154. *Des effets de la loi Cincia lorsque le donateur l'invoque.*

1° Le donateur a promis par stipulation une somme ou une chose *ultra modùm legis Cinciæ;* mais il ne l'a pas encore livrée. — Il est *obligé, donationis causa.* Le donataire a contre lui la *condictio ex stipulatu.* Mais si le donataire agit *ex causa donationis*, le donateur lui opposera l'exception *legis Cinciæ;* si le donataire agit *ex stipulatu*, sans indiquer la cause de l'obligation du donateur, le donateur lui opposera une exception *in factum* : « *Si non donationis causa promisi me daturum.* » (*Fragm. Vatic.*, §§ 266, 310.)

2° Outre la stipulation, il y a eu tradition faite par le donateur : l'obligation de donner a été exécutée par le donateur. — Ici le donataire n'a plus à agir contre le donateur qui, par conséquent, n'est plus en situation d'invoquer l'exception de la loi *Cincia.* Néanmoins le donateur qui a livré peut encore se repentir et réclamer par la *condictio indebiti* ce qu'il a livré au delà du taux de la loi *Cincia* : « *Si quis contra legem Cinciam obligatus, non excepto, solverit, debuit dici repetere eum posse.* » (*Fragm. Vatic.*, § 266.)

3° Le donateur a mancipé un immeuble italique, *res mancipi;* — mais il ne l'a pas encore livré. — Le donataire est bien devenu propriétaire par la mancipation ; mais, comme le donateur n'a pas encore livré, le donataire se trouve dans la nécessité de revendiquer l'immeuble ; dans cette situation, le donateur, s'il se repent, repoussera la revendication par l'exception *legis Cinciæ*, pour ce qui excède, dans sa donation, le taux de la loi *Cincia.*

4° Le donateur a mancipé et a livré l'immeuble *mancipi.* — Il peut plus se repentir ; il n'a plus ni action ni exception. Le donataire est propriétaire de l'immeuble tout entier, même *ultra modum.* Ainsi la donation d'un fonds italique, *res mancipi*, faite *ultra modum*, est valable (*perfecta*) par la mancipation et la tradition cumulées : « *Donatio prædii quod mancipi est, inter non exceptas personas, traditione atque mancipatione perficitur.* » (*Fragm. Vatic.*, § 313.)

Les mêmes décisions seraient applicables si, au lieu d'employer la mancipation, le donateur avait employé la *cessio in jure.*

5° Le donateur, au lieu de manciper ou de céder *in jure* l'immeuble *mancipi*, en fait tradition. — Le donataire n'en devient pas

propriétaire, car la tradition est insuffisante pour transférer la propriété d'une *res mancipi*. Le donateur est resté propriétaire et peut revendiquer tant que le donataire n'a pas usucapé. Si, à la revendication du donateur, le donataire oppose l'exception *rei donatæ et traditæ*, le donateur paralysera cette exception par la réplique : « *Nisi ultra modum legis Cinciæ traditum fuerit.* »

1155. La loi *Cincia* ne s'applique pas aux fonds provinciaux, stipendiaires ou tributaires. Si un fonds provincial, d'une valeur excédant le taux de la loi *Cincia*, est livré *donationis causa* à une personne exceptée ou non exceptée, la donation est parfaite : « *In donatione rei tributariæ circa exceptam et non exceptam personam legis Cinciæ nulla differentia : cum et vacuæ possessionis inductione celebrata in utriusque persona perficiatur.* » (*Fragm. Vatic.*, § 293.)

1156. Quant aux meubles, il n'y a pas à distinguer s'ils sont *res mancipi* ou *res nec mancipi*. En effet, supposons que le donateur a donné un meuble *res mancipi* d'une valeur excédant le taux de la loi *Cincia* : si le donateur l'a mancipé et livré, il semble que la donation est *perfecta*. Et cependant il n'en est pas ainsi. En effet, nous verrons, quand nous étudierons les *interdits* (*Inst.*, IV, XV), que celui qui avait possédé un meuble le plus longtemps dans le courant d'une année, s'il en perdait la posssession, avait un interdit *utrubi* pour se faire réintégrer dans la possession du meuble : « Si l'interdit est relatif à un meuble, la préférence est accordée à celui qui a possédé le plus longtemps, dans l'année, sans violence, sans clandestinité, ni précarité, à l'égard de son adversaire. » (Gaïus, IV, § 150, *in fine*.) — Si donc le donateur a mancipé et livré un meuble *mancipi*, ou a simplement livré un meuble *nec mancipi*, il pourra se faire réintégrer en possession par l'interdit *utrubi*, pourvu qu'il ne laisse pas le donataire posséder plus longtemps que lui dans l'année ; sinon il ne pourrait plus intenter l'interdit, ni reprendre le meuble au donataire : « *Sed in persona non excepta, sola mancipatio vel promissio non perficit donationem : in rebus mobilibus, etiamsi traditæ sint, exigitur ut et interdicto utrubi superior sit is cui donata est, sive mancipi mancipata sit, sive nec mancipi tradita.* » (*Fragm. Vatic.*, § 311.)

Si le donateur intente l'interdit en temps utile, il sera réintégré en possession ; le donataire pourra, il est vrai, revendiquer, parce qu'il est devenu propriétaire, du meuble *mancipi* par la mancipation qui lui a été faite, ou du meuble *nec mancipi* par la tradition qui lui a été faite, mais le donateur lui opposera l'exception *legis Cinciæ*.

1157. La donation faite *ultra modum legis Cinciæ* constitue pour le donataire une *justa causa* qui lui permet d'usucaper.

1158. La loi *Cincia* tomba en désuétude on ne sait à quelle époque; mais elle n'était plus en vigueur au temps de Justinien.

1159. VI. **Formalités exigées, pour les donations, par les constitutions impériales.** — Nous avons vu que l'ancien droit civil romain n'exigeait aucune forme spéciale pour la validité des donations; mais, au Bas-Empire, des constitutions impériales vinrent soumettre les donations à certaines formes. Constantin prescrivit que la donation serait constatée par un écrit fait en présence de témoins, et que la tradition, faite en exécution de la donation, serait faite aussi en présence de témoins, sans toutefois prononcer la nullité de la donation pour inobservation de ces formalités. (*Fragm. Vatic.*, § 249.)

Une constitution de Constance Chlore, père de Constantin, avait exigé l'insinuation des donations « *in actis publicis judicis* », c'est-à-dire que les donations devraient être mentionnées, consignées, sur des registres publics tenus par un magistrat. (L. 1. C. Th., 3, 5.) — Par exception, la donation *ante nuptias* fut dispensée de l'insinuation lorsqu'elle ne dépasserait pas 200 solides. (L. 8. C. Th., 3, 5.)

Les donations furent dispensées : de la formalité de l'écrit par une constitution de Théodose et Valentinien. (L. 29. C. 8, 54), et de la présence des témoins par une constitution de Zénon. (L. 31. C. 8, 54.) De sorte que, dans le droit de Justinien, il n'y a plus bésoin ni d'écrit ni de témoins pour faire une donation, comme on peut s'en convaincre par la lecture du § 2 de notre titre. Mais Justinien conserva l'insinuation en principe. En effet, Justinien décide que toute donation dépassant 500 solides devra être insinuée; que si une donation dépassant 500 solides n'a pas été insinuée, elle ne sera pas nulle pour le tout; elle restera valable jusqu'à concurrence de 500 solides. (L. 36. § 3. C. 8, 54. — § 2 de n. t. — L. 34 pr. C. 8, 54). — De ce que la donation, dépassant 500 solides et non insinuée, est nulle pour ce qui dépasse les 500 solides, résultent les deux conséquences suivantes : 1° si l'objet donné est un corps certain appartenant au donateur et valant plus de 500 solides, le donataire et le donateur en sont copropriétaires par *indivis;* 2° si le donateur n'était pas propriétaire, le défaut d'insinuation aura pour effet de faire considérer le donataire comme ne possédant pas, en vertu d'une *justa causa*, ce qui excède 500 solides, puisque la donation est nulle pour cet excédant; en conséquence, il ne pourra pas usucaper cet excédant.

1160. Sont dispensées de l'insinuation : 1° les donations faites pour le rachat des captifs; 2° les donations faites à une personne

pour lui permettre de reconstruire sa maison incendiée; 3° les donations faites à l'empereur ou par l'empereur; 4° les donations de biens constitués en dot. (L. 34; L. 36 pr. §§ 1, 2. C. 8, 54. L. 31 pr. C. 5, 12.)

1161. D'après l'ancien droit civil romain, une donation ne pouvait pas être faite par convention ou pacte. La convention, par laquelle un citoyen aurait convenu de donner une chose à un autre n'aurait produit aucun effet. Celui qui aurait ainsi promis par pacte n'aurait pas même été obligé à exécuter sa promesse, parce qu'il était de principe, en droit civil romain, que la convention ou pacte ne pouvait créer une obligation. Mais l'empereur Antonin le Pieux apporta à ce principe une exception, en décidant que la simple convention de donner, faite par un ascendant à son descendant, ou par un descendant à son ascendant serait obligatoire, que l'ascendant ou le descendant, serait *obligé* à exécuter la donation promise par simple pacte. (L. 4. C. Th. 8, 12.) Justinien généralisa la décision d'Antonin, en décidant que la convention de donner serait obligatoire entre toutes personnes, que celui, qui aurait promis par simple pacte de donner à un autre, serait *obligé* à exécuter sa promesse, et que le donataire aurait contre le donateur une action pour le forcer à exécuter son obligation. (L. 35, § 5. C. 8, 54.) C'est ce qui est dit au § 2 de notre titre :

§ 2. « Il y a d'autres donations qui sont faites sans prévision de la mort, que nous appelons donations entre-vifs, et qui ne peuvent être en aucune façon comparées aux legs. Dès qu'elles sont parfaites, elles ne peuvent être révoquées sans motif. Notre constitution a voulu qu'à l'exemple de la vente ces donations obligent à faire tradition, de sorte que, même avant la tradition, elles aient une force pleine et entière, et mettent le donateur dans la nécessité de faire tradition. Et comme les anciennes constitutions impériales voulaient qu'elles fussent constatées par des écrits insinués, si elles dépassaient 200 solides, notre constitution a porté cette somme à 500 solides, et a décidé que la donation ne dépassant pas 500 solides serait valable sans insinuation. On trouvera même certaines donations que nous avons dispensées de toute insinuation, et qui sont complétement valables par elles-mêmes. Il y a, en outre, plusieurs autres décisions, réunies dans nos constitutions, sur l'effet des donations. Il faut savoir cependant que, malgré la validité des donations, si ceux à qui elles ont été faites se montrent ingrats envers leurs donateurs, notre constitution accorde aux donateurs la faculté de révoquer leurs donations pour les causes déterminées; car il ne faut pas que ceux qui ont donné leurs biens supportent, de la part des donataires, les injures et les dommages que nous avons énumérés dans notre constitution. »

Il faut bien remarquer, sur ce § 2, que Justinien n'a pas décidé que le simple pacte ou la simple convention de donner transférerait au donataire la propriété de la chose donnée. Justinien a décidé seulement que la convention de donner *obligerait* le donateur

à livrer ce qu'il a promis. A aucune époque de la législation romaine, la convention ou pacte n'a transféré la propriété.

En résumé, d'après la législation de Justinien, si le donateur veut seulement *s'obliger* à donner, il s'oblige par simple pacte, il n'a plus besoin de recourir à une stipulation. S'il veut donner de manière à transférer de suite la propriété au donataire, il doit lui faire tradition de la chose donnée. Dans les deux cas, toute donation dépassant 500 solides doit être insinuée, excepté celles qui sont dispensées formellement de l'insinuation. (N° 1160.)

1162. VII. **Des exceptions à l'irrévocabilité des donations.** — Nous savons que la donation entre-vifs n'est pas révocable par la seule volonté du donateur. Mais il y a des causes de révocation, limitativement admises par la législation romaine, qui permettent au donateur de révoquer, quand elles se produisent.

1163. 1° *Révocation pour inexécution des charges.* — Une donation peut être faite *sub modo*, c'est-à-dire à la condition, à la charge, pour le donataire, de procurer un avantage à un tiers ou au donateur lui-même. — Qu'arrivera-t-il si le donataire n'exécute pas la charge imposée à la donation? Il faut distinguer :

Lorsque l'inexécution provient d'un cas fortuit, le donataire conservera la donation, car il n'y a rien à lui reprocher ;

Lorsque l'inexécution provient de la faute du donataire, qui refuse d'exécuter la charge imposée à la donation *dans l'intérêt du donateur lui-même?* A. Si le donateur a imposé la charge au donataire par une stipulation, le donateur ou son héritier aura contre le donataire la *condictio ex stipulatu* pour obtenir contre lui une condamnation égale à l'intérêt qu'il avait à ce que la charge fût exécutée ; B. si c'est par simple pacte que le donateur a imposé la charge à la donation, le donateur ou son héritier aura contre le donataire, à son choix, soit l'action *præscriptis verbis*, pour forcer le donataire à exécuter, ou pour obtenir contre lui une condamnation représentant l'intérêt qu'il avait à ce que la charge fût exécutée, soit l'action personnelle *condictio ob rem dati re non secuta*, pour se faire rendre la chose qu'il a donnée ; enfin, dans le dernier état du droit romain, le donateur ou son héritier a contre le donataire, qui n'exécute pas la charge grevant la donation, une revendication utile pour reprendre la chose donnée.

1164. Les diverses actions, que peut avoir un donateur ou son héritier contre le donataire qui n'exécute pas la charge imposée à la donation, sont indiquées dans les deux textes suivants : « Si c'est par stipulation que tu as mis la condition à la donation que tu as faite, tu auras l'action *ex stipulatu ;* sinon tu devras agir par une

action non dénommée, c'est-à-dire par l'action *præscriptis verbis*, devant le président de la province, pour qu'il pourvoie à l'exécution de cette condition : *Legem quam rebus tuis donando dixisti, sive stipulatione tibi prospexisti, ex stipulatu ; sive non incerto judicio, id est, præscriptis verbis, apud præsidem provinciæ debes agere, ut hanc impleri provideat* [1]. » (L. 9. C. 8, 54.) « Si tu prouves, comme tu l'affirmes, que tu as fait une donation à ta petite-fille à la condition qu'elle te fournirait des aliments, tu peux obtenir, dans ce cas, une revendication utile, c'est-à-dire une action par laquelle ton ancienne propriété te sera restituée, puisque la donataire n'a pas exécuté la condition mise à la donation. En effet, dans ce cas, non-seulement l'action personnelle *condictio* t'appartient d'après le droit, mais encore les divins princes ont décidé qu'une revendication utile serait aussi donnée. » (L. 1. C. 8, 55.)

Dans l'hypothèse ou la charge a été imposée à la donation *dans l'intérêt d'un tiers* : si le donataire n'exécute pas la charge, le donateur ou son héritier a contre lui la *condictio ob rem dati re non secuta.* Quant au tiers au profit duquel la charge a grevé la donation, d'après le droit civil, il n'avait aucune action ; mais des constitutions impériales lui accordèrent aussi une action personnelle utile pour réclamer l'exécution de la charge à son profit : « Toutes les fois qu'une donation est faite sous la condition que ce qui est donné sera restitué à un autre après un certain temps, il a été décidé, d'après l'autorité de l'ancien droit, que si celui, auquel a été conféré le bénéfice de la libéralité, n'a pas stipulé la restitution, la condition convenue par pacte n'étant pas exécutée, une *condictio* en poursuite de la chose appartient à l'auteur de la libéralité ou à ses héritiers. Mais comme ensuite, par une interprétation plus favorable du droit, les divins princes ont admis, conformément à la volonté du donateur, une action utile en faveur de celui qui n'a pas stipulé (le tiers au profit duquel la restitution a été convenue), l'action qui appartiendrait à ta sœur, si elle vivait encore, t'appartiendra. » (L. 3. C. 8, 55.)

1165. 2° *Révocation pour ingratitude.* — D'après l'ancien droit romain, lorsqu'un patron avait fait une donation à son affranchi, le patron pouvait toujours révoquer la donation par simple changement de volonté : « *Omnis donatio, mutata voluntate patronum, revocanda sit.* » (*Fragm. Vatic.*, § 272.) — Plus tard, cette faculté de révoquer, accordée au patron, fut restreinte, et la donation faite à

---

1. Le mot *lex*, dans les textes du droit romain, signifie souvent *condition*, *clause*, *charge*.

un affranchi ne fut plus révocable que pour deux causes : 1° pour survenance d'un enfant au patron (L. 8. C. 8, 56); 2° pour ingratitude de l'affranchi envers son patron. (L. 1. C. 8, 56. Constitution de l'empereur Philippe de l'an 250.)

L'ingratitude n'était encore qu'une cause de révocation restreinte aux donations faites par un patron à son affranchi. Mais la faculté de révoquer pour ingratitude fut étendue aux donations entre ascendants et descendants, par une constitution de Constantin de l'an 430. (L. 7; L. 9. C. 8, 56.) — Enfin Justinien étendit la révocation pour ingratitude à toutes les donations, de sorte que tout donateur eut le droit de révoquer la donation par lui faite, à raison de l'ingratitude du donataire. (L. 10. C, 8, 56, § 2 de n. t.) La constitution 10 *De revocandis donationibus* (C. 8, 56) énumère limitativement les causes d'ingratitude : 1° injures graves du donataire envers le donateur; 2° coups portés au donateur par le donataire; 3° perte grave, dans la fortune du donateur, causée par le donataire; 4° fait par le donataire d'avoir mis en danger la vie du donateur; 5° inexécution des charges et conditions grevant la donation.

1166. Bien que Justinien présente l'inexécution des charges comme un cas d'ingratitude, cette inexécution est cependant une cause particulière de révocation, et il y a entre la révocation pour inexécution des charges, et la révocation pour ingratitude des différences importantes : en cas de révocation pour inexécution des charges, le donateur, indépendamment de toute stipulation, en vertu d'un simple pacte, a deux actions personnelles à son choix : l'action *præscriptis verbis* et la *condictio ob rem dati re non secuta*, par lesquelles il obtient, ou la restitution, ou la valeur des choses données; il a, de plus, d'après les constitutions impériales, une revendication utile qu'il peut exercer même contre les tiers auxquels le donataire aurait aliéné les biens donnés. De plus, ces actions passent aux héritiers du donateur, et peuvent être exercées contre les héritiers du donataire, que l'inexécution ait lieu avant ou après la mort du donateur, peu importe. Au contraire, en cas de révocation pour ingratitude, le donateur n'a qu'une action, la *condictio ex lege*, qui ne peut être exercée contre les tiers auxquels le donataire aurait aliéné les biens donnés, qui laisse subsister les hypothèques ou servitudes consenties par le donataire avant son acte d'ingratitude, qui ne passe pas aux héritiers du donateur, et qui ne peut être exercée contre les héritiers du donataire. (L. 7. C. 8, 56.)

§ III. — DE LA DONATION A CAUSE DE MORT

I. — Définition et caractères.

§ 1. « La donation à cause de mort est celle qui est faite en prévision de la mort, lorsque quelqu'un donne de telle sorte que, s'il meurt dans quelque accident, la chose appartienne au donataire, mais qu'elle lui revienne s'il survit ou se repent, ou si le donataire meurt avant lui. Ces donations ont été assimilées aux legs. En effet, les anciens jurisconsultes hésitaient à décider s'il fallait les assimiler à une donation ou à un legs, parce qu'elles avaient des ressemblances avec l'une et avec l'autre, et, comme les opinions étaient divergentes sur ce point, notre constitution les a entièrement assimilées aux legs. En un mot, il y a donation à cause de mort, lorsque le donateur veut que la chose lui appartienne plutôt qu'au donataire, et qu'elle appartienne au donataire plutôt qu'à ses héritiers. C'est ainsi que Télémaque, dans le poëme d'Homère, donne à Pirée : « Pirée, comme nous ne savons pas comment se terminera cette entreprise, et si les orgueilleux prétendants, m'ayant tué dans mon palais, ne se partageront pas tous les biens de mon père, je veux que ces présents t'appartiennent. Mais si je répands parmi eux le carnage et la mort, alors, t'associant à ma joie, tu me rapporteras les présents que je te donne. »

1167. Dans un sens large, la donation à cause de mort est toute donation faite en vue de la mort. Mais la donation à cause de mort proprement dite est la donation faite *sous la condition* que le donateur mourra avant le donataire, donation toujours révocable à la volonté du donateur. C'est ce que dit le § 1 de notre titre : « Il y a donation à cause de mort lorsque quelqu'un donne de telle sorte que, s'il meurt dans quelque accident, la chose appartienne au donataire, mais qu'elle lui revienne s'il survit ou s'il se repent, ou si le donataire meurt avant lui. »

1168. Au contraire, la donation qu'une personne fait en vue de sa mort, parce qu'elle voit qu'elle va mourir, mais sans se réserver la faculté de la révoquer, n'est pas une donation à cause de mort, mais une donation entre-vifs. C'est ce que dit le jurisconsulte Marcien : « Lorsqu'on donne de telle sorte que la donation ne sera révoquée dans aucun cas, il faut dire que la mort est la cause qui a déterminé la donation, plutôt que de dire qu'il y a donation à cause de mort. » (L. 27. D. 39, 6.)

1169. La donation à cause de mort a deux caractères :

1° Elle est faite sous la condition de la mort du donateur avant le décès du donataire, soit que le donateur subordonne la donation à sa mort pouvant arriver d'une manière quelconque, soit qu'il la subordonne à sa mort pouvant arriver dans un accident particulier. (L. 35, § 4. D. 19, 6.) Si le donataire meurt avant le donateur, la donation est caduque et ne produit aucun effet.

2° La donation à cause de mort est révocable à la volonté du donateur, *ad nutum donatoris*. — Ce caractère est-il de l'essence ou de la nature de la donation à cause de mort? Si l'on décide que la faculté de révoquer *ad nutum* est de l'essence de la donation à cause de mort, il faut en conclure : 1° qu'il ne peut y avoir donation à cause de mort que si le donateur conserve la faculté de révoquer; 2° que s'il y renonce, il n'y a plus donation à cause de mort. — Si, au contraire, la faculté de révoquer *ad nutum* est de la nature de la donation à cause de mort, la donation reste néanmoins donation à cause de mort, quoique le donateur ait renoncé à la faculté de révoquer.

1re *opinion*. — La révocation *ad nutum* est seulement de la nature de la donation à cause de mort. En effet, dit-on, il y a des textes qui disent qu'il est permis à celui qui fait une donation à cause de mort de renoncer plus ou moins complétement au droit de révoquer la donation, et l'on invoque la loi 13, § 1, *De mortis causa donationibus* (D. 39, 6) et la loi 35, § 4, du même titre, qui, du reste, est la reproduction identique de la loi 13, § 1. (Voyez en ce sens M. Demangeat, *Cours élémentaire de droit romain*, t. I, p. 575. M. de Fresquet, *Traité élémentaire de droit romain*, t. I, p. 330.)

2e *opinion*. — La révocabilité au gré du donateur est de l'essence de la donation à cause de mort, de sorte que, si une personne fait une donation *mortis causa*, en renonçant au droit de révoquer, il n'y a plus donation à cause de mort, mais donation entre-vifs faite sous la condition de la mort du donateur avant le décès du donataire. En effet, les *Institutes* disent : « La donation à cause de mort est celle qui est faite en vue de la mort, lorsque quelqu'un donne de telle sorte que, s'il meurt dans quelque accident, la chose appartienne au donataire, mais qu'elle lui revienne s'il survit ou *s'il se repent*, c'est-à-dire s'il révoque. » Les *Institutes* présentent donc la révocabilité *ad nutum* comme l'un des caractères distinctifs et essentiels de la donation à cause de mort. D'un autre côté, les donations à cause de mort ont été assimilées aux legs. Or cette assimilation suppose que les donations à cause de mort sont essentiellement révocables comme les legs. On ne peut tirer aucun argument des lois 13, § 1, et 35, § 4, *De mortis causa donationibus*, parce que les donations à cause de mort non révocables, citées par ces lois, ne sont pas des donations à cause de mort, mais des donations entre-vifs faites sous la condition de la mort du donateur. C'est ce que M. Pellat a très-bien démontré :

« Il faut savoir que toute donation faite en vue de la mort est appelée *lato sensu* « *mortis causa donatio* »; mais qu'on ne donne, à proprement parler, ce titre, comme dénomination technique, qu'à une

donation faite non-seulement avec l'intention qu'elle n'ait son effet définitif qu'au décès du donateur, et qu'elle soit révoquée en cas de prédécès du donataire, mais encore avec l'intention qu'elle demeure révocable à la volonté du donateur. Une donation faite avec la clause qu'elle sera révoquée en cas du prédécès du donataire, mais sans réserver au donateur la faculté de révoquer à sa volonté, est une donation entre-vifs soumise à une condition spéciale (*certæ conditionis donatio*, comme dit Papinien dans notre texte) et qui n'est pas régie par les règles des donations à cause de mort proprement dites (comme le même jurisconsulte nous le montrera dans le § 1 de notre L. 42). C'est ce qu'expliquent très-bien les textes suivants. » M. Pellat cite ensuite le texte des lois 13, § 1, et 27 *De mortis causa donationibus* (D. 39, 6), ainsi que la traduction de ces deux lois. Je me borne à rapporter ici la traduction de ces deux lois [1] :

« Marcellus remarque que, dans les donations à cause de mort, il se présente aussi des questions de fait ; car on peut donner de manière que, le donateur étant mort de sa maladie actuelle, la chose ne soit rendue en aucun cas, et de manière qu'elle soit rendue quand même le donateur mourrait le premier de cette maladie, si déjà, changeant d'intention, il avait voulu que la chose lui fût restituée. On peut encore donner avec cette intention que la chose ne soit rendue que si le donataire décède le premier. On peut aussi donner, à cause de mort, de manière qu'il n'y ait lieu à répétition dans aucun cas, c'est-à-dire pas même dans le cas où le donateur reviendrait à la santé. » (L. 13, § 1 du jurisconsulte Julien. D. 39, 6.)

« Lorsqu'on donne, à cause de mort, de manière que la donation ne soit révoquée dans aucun cas, il faut dire que la mort est la cause qui a déterminé la donation, plutôt que de dire qu'il y a donation à cause de mort. Ainsi on doit considérer cette donation comme toute autre donation entre-vifs; par conséquent, entre époux elle n'est pas valable, et il n'y a pas lieu à la *Falcidie* comme il y aurait lieu dans une donation à cause de mort ». (L. 27 du jurisconsulte Marcien. D, 39, 6. — *Textes choisis des Pandectes*, traduits et commentés par M. Pellat, p. 156, 157.)

1170. La question de savoir si la donation faite *mortis causa* est ou n'est pas une donation à cause de mort, lorsque le donateur a renoncé à la faculté de révoquer, présente, en droit romain, un

1. Les lecteurs qui voudront prendre connaissance du texte de ces deux lois n'ont qu'à se reporter au *Digeste* ou à l'ouvrage de M. Pellat, duquel le passage que je viens de citer est extrait : *Textes choisis des Pandectes, traduits et commentés*, p. 155, 156.

intérêt pratique important. En effet, si l'on décide que cette donation est une donation à cause de mort, on lui appliquera les règles de la donation à cause de mort, et on décidera notamment qu'elle est valable entre époux, que la réduction de la loi *Falcidie* s'y applique. Si l'on décide que cette donation n'est pas une donation à cause de mort, on ne lui appliquera pas les règles de la donation à cause de mort, comme l'observe le jurisconsulte Marcien à la fin de la loi 27 *De mortis causa donationibus*. (Voyez sur cette question l'explication de la loi 42, § 1, *De mortis causa donationibus*, dans les *Textes choisis des Pandectes* de M. Pellat, p. 160, 161, 162.)

1171. II. **De quelle manière et dans quelle forme une donation à cause de mort peut-elle être faite?** — La donation à cause de mort peut consister en une obligation contractée par le donateur, ou en une translation de propriété, ou en une remise de dette qui se fait par une acceptilation. (L. 24; L. 18, § 2. D. 39, 6.)

1172. Si le donateur ne veut donner, *mortis causa*, qu'en s'*obligeant*, il doit s'obliger par une stipulation. (L. 34. D. 39, 6.) Par cette stipulation, le donataire acquiert une créance et une action, la *condictio ex stipulatu;* s'il poursuit le donateur par cette action, il ne pourra obtenir contre lui aucune condamnation, parce que le donateur est toujours libre de révoquer. Mais cette stipulation a fait naître, au profit du donataire, une créance et une action, la *condictio*, qu'il pourra exercer contre les héritiers du donateur, pourvu que le donateur soit mort sans avoir révoqué. — Si le donateur a promis de donner, *mortis causa*, par simple convention, il n'est pas obligé; parce que, d'après le droit civil romain, une simple convention ne peut créer une obligation. Ce n'est qu'à partir de Justinien que la simple convention de donner, *mortis causa*, devint obligatoire. (N° 1161.)

1173. Si le donateur veut faire une donation, *mortis causa*, en transférant la propriété, l'effet de la donation pourra être différent suivant la volonté du donateur. En effet, le donateur peut donner de manière que le donataire ne devienne propriétaire qu'à la mort du donateur, c'est-à-dire sous condition suspensive. (L. 2. D. 39, 6.) Ou bien le donateur peut donner de manière que le donataire devienne propriétaire immédiatement, mais sous la condition que la propriété lui reviendra s'il révoque ou s'il survit au donataire, c'est-à-dire sous condition résolutoire. (L. 29, D. 39, 6.) De là deux hypothèses :

1° Si le donateur veut transférer la propriété de manière que le donataire ne devienne propriétaire qu'à la mort du donateur, c'est-à-dire sous condition suspensive, il doit la lui transférer par man-

cipation ou par *cessio in jure*, si la chose donnée est une *res mancipi*, — par *cessio in jure* ou par tradition, si la chose donnée est une *res nec mancipi*. Mais il y a ici une difficulté résultant de ce qu'on ne peut pas ajouter une condition à la mancipation ni à la *cessio in jure*, qui sont des *actus legitimi*, ne pouvant recevoir ni terme ni condition. — Il est vrai que les parties elles-mêmes ne peuvent pas ajouter expressément une condition à un *actus legitimus;* mais il faut savoir que les conditions tacites résultant des circonstances, affectant un *actus legitimus*, ne le rendent pas nul : c'est ce qu'on exprime par cette maxime : « *Expressa nocent, non expressa non nocent.* » D'après cette règle : *Non expressa non nocent*, une translation conditionnelle de propriété peut avoir lieu par mancipation ou *cessio in jure*, pourvu que la condition ne soit pas exprimée dans l'acte même, mais résulte des circonstances ou du but de l'opération, ou soit exprimée en dehors de l'acte; car, alors, la condition porte, non pas sur l'*actus legitimus* lui-même, mais sur le droit transféré. La mancipation et la *cessio in jure* ont été faites purement et simplement; mais le droit de propriété transféré est conditionnel, par suite de la condition exprimée en dehors de l'acte ou résultant du but de l'opération. — Le donateur pourra donc, dans une donation à cause de mort, transférer au donataire une propriété sous condition suspensive, par une mancipation ou une *cessio in jure* faites purement et simplement, la condition étant exprimée en dehors de l'acte.

1174. La tradition, au contraire, peut être faite sous condition. Le donateur peut donc faire, *mortis causa*, tradition d'une *res nec mancipi*, et, à l'époque de Justinien, tradition de toute espèce de choses, sous la condition que la propriété de la chose donnée ne sera acquise au donataire qu'à la mort du donateur.

1175. Toutes les fois que le donateur n'aura transféré la propriété au donataire, soit par une mancipation, ou une *cessio in jure* faites purement et simplement, soit par tradition, que sous la condition qu'il mourra avant le donataire, c'est-à-dire sous condition suspensive, si la condition fait défaut parce que le donateur survit ou révoque, le donateur aura la revendication pour se faire rendre la chose donnée s'il l'a déjà livrée au donataire. En effet, la condition ne s'étant pas accomplie, la propriété n'a jamais été acquise au donataire; le donateur est resté propriétaire : voilà pourquoi il a la revendication. — Mais si le donateur meurt avant le donataire, sans avoir révoqué, le donataire se trouve propriétaire en vertu de la mancipation, de la *cessio in jure*, ou de la tradition, faites au moment de la donation.

2° Si le donateur veut donner, *mortis causa*, de manière que le donataire devienne propriétaire immédiatement, mais sous la condition que la propriété lui reviendra s'il révoque ou s'il survit, c'est-à-dire sous condition résolutoire, il lui transmet la propriété : par mancipation ou *cessio in jure*, si la chose donnée est une *res mancipi*, — par *cessio in jure* ou par tradition, si la chose donnée est une *res nec mancipi*. Toutefois comme le donateur ne veut transférer la propriété que sous la condition que cette propriété lui reviendra s'il révoque ou s'il survit, la difficulté de faire une mancipation ou une *cessio in jure* sous condition se représente. Toutefois, ici, la difficulté sera facilement évitée : le donateur *mancipe* ou cède *in jure* purement et simplement la chose au donataire, qui en devient propriétaire : mais la mancipation ou la *cessio in jure* est accompagnée d'un contrat de fiducie ou d'une stipulation. Par ce contrat de fiducie, ou par cette stipulation, le donataire s'oblige à retransférer la propriété au donateur, si le donateur révoque ou survit. Par ce contrat de fiducie ou par cette stipulation, le donateur acquerra une action personnelle (l'action *fiduciæ*, ou la *condictio*) par laquelle, s'il révoque ou s'il survit, il pourra poursuivre le donataire ou son héritier, pour le forcer à lui retransférer la propriété.

Comme la tradition peut être faite sous condition, le donateur peut faire, *mortis causa*, tradition d'une *res nec mancipi*, et, à l'époque de Justinien, tradition de toute espèce de choses, sous la condition résolutoire que la propriété lui reviendra s'ilr évoque ou s'il survit.

1176. Lorsque le donateur a transféré immédiatement la propriété au donataire, soit par une mancipation ou par une *cessio in jure*, accompagnée d'un contrat de fiducie ou d'une stipulation, soit par une tradition faite sous la condition que la propriété lui reviendra s'il survit, c'est-à-dire si le donateur a transféré la propriété au donataire sous condition résolutoire, — si la condition s'accomplit, c'est-à-dire si le donateur survit ou révoque, les jurisconsultes ne lui donnent pas la revendication pour réclamer les choses données, parce que, ayant transféré la propriété au donataire, il a cessé d'être propriétaire. En effet, d'après les principes du droit romain, celui qui a cessé d'être propriétaire d'une chose ne peut en redevenir propriétaire que par un mode translatif de propriété. D'après le droit civil romain, la propriété d'une chose ne peut passer d'une personne à une autre que par un mode translatif de propriété. Aussi presque tous les jurisconsultes romains, dont les textes nous sont parvenus, n'accordent au donateur à cause de mort (qui, ayant transféré la propriété au donataire, aurait survécu ou révoqué la donation) qu'une action personnelle, la *condictio*,

par laquelle le donateur prétend que le donataire ou son héritier est obligé à lui retransférer la propriété; et le donataire ou son héritier exécute sòn obligatiòn en retransférant la propriété au donateur par mancipation, *cessio in jure* ou tradition. Cette doctrine, parfaitement conforme aux principes du droit civil romain, était enseignée par tous les jurisconsultes romains, excepté par le jurisconsulte Ulpien.

1177. Ulpien dit que, le donateur ayant transféré, *mortis causa*, la propriété au donataire, sous la condition que la propriété lui reviendra s'il survit, on peut soutenir (*potest defendi*) que le donateur aura l'action réelle (la revendication) pour reprendre les choses données, s'il survit... « *Si vero sic* (*donavit*) *ut jam nunc haberet, redderet, si convaluisset, vel de prælio, vel peregre rediisset,— potest defendi, in rem competere donatori, si quid horum contigisset, interim autem ei cui donatum est. Sed et si morte prœventus sit is, cui donatum est, adhuc quis dabit in rem donatori*... Si la donation a été faite dans l'intention que le donataire aurait immédiatement la propriété de la chose, et la rendrait, si le donateur revenait à la santé, ou d'un combat, ou d'un voyage, — on peut soutenir que l'action réelle appartient au donateur si quelqu'un de ces événements arrive, et qu'en attendant elle appartient au donataire. De même, si le donataire est mort le premier, on donnera encore l'action réelle au donateur. » (L. 29 *in fine*. D. 39, 6.)

Si le donateur, ayant révoqué ou ayant survécu, a la revendication pour reprendre les choses dont il avait transféré la propriété, *mortis causa*, au donataire; c'est évidemment parce qu'il est redevenu propriétaire, car la revendication n'appartient qu'à un propriétaire; la propriété a donc été retransférée au donateur, *ipso jure*, par le seul fait de la révocation ou de la survie, sans qu'il soit intervenu aucun mode translatif de propriété. C'est, en effet, ce que le jurisconsulte Ulpien propose d'admettre.

1178. Toutefois cette doctrine d'Ulpien, sur le retour *ipso jure* de la propriété au donateur par l'effet de la condition résolutoire accomplie, ne fut pas admise sans résistance. En effet, un rescrit de Dioclétien et Maximien, qui nous est parvenu, la repousse formellement : « *Si stipendiariorum prædiorum proprietatem dono dedisti, ita ut, post mortem ejus qui accepit, ad te rediret, donatio irrita est cum ad tempus proprietas transferri nequiverit.* » (*Fragm. Vatic.*, § 283. — Voyez la traduction de ce texte au n° 837.)

1179. Mais la doctrine d'Ulpien se trouve complétement consacrée dans la législation de Justinien; notamment dans la constitution 2 *De donationibus quæ sub modo*. (C. 8, 55.) Cette constitution

est attribuée aux empereurs Dioclétien et Maximien. Cette constitution est, en effet, le rescrit de Dioclétien dont je viens de reproduire le texte; mais les compilateurs de Justinien, en insérant ce rescrit dans le Code, en ont modifié le texte, lui donnant un sens complétement contraire à son sens primitif, dans le but de confirmer la doctrine d'Ulpien. Voici le nouveau texte de la constitution 2 *De donationibus quæ sub modo* : « *Si rerum tuarum proprietatem dono dedisti, ita ut, post mortem ejus qui accepit, ad te rediret, donatio valet : cum etiam ad tempus certum vel incertum ea fieri potest, lege scilicet, quæ ei imposita est, conservanda.* Si vous avez donné la propriété de vos biens, à condition qu'elle vous reviendrait après la mort de celui qui l'a reçue, la donation est valable, puisqu'elle peut être faite même pour un temps certain ou incertain, la condition qui lui a été imposée devant être observée. »

Ainsi, dans le dernier état du droit romain, l'ancien principe du droit civil, — d'après lequel la propriété une fois acquise à une personne est définitive, incommutable, d'après lequel celui qui est devenu propriétaire d'une chose ne peut cesser de l'être qu'en aliénant la chose par un mode d'aliéner, — cet ancien principe a disparu. Dans le dernier état du droit romain, la propriété peut être transférée *ad tempus certum* ou *incertum*, c'est-à-dire pour un certain temps, ou jusqu'à l'arrivée d'une condition. Le temps fixé une fois expiré, ou la condition accomplie, la propriété revient *ipso jure* à l'ancien propriétaire. (Voyez sur cette question de propriété résoluble : *Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété*, par M. Pellat, p. 274 à 285.)

1180. Justinien, dans le § 2 de notre titre, dit que les donations à cause de mort, à raison de leurs ressemblances avec les legs, ont été assimilées aux legs. Nous verrons ces ressemblances et les conséquences de cette assimilation quand nous aurons étudié la matière des legs.

§ IV. — DES DONATIONS ENTRE ÉPOUX

1181. La donation entre époux est celle qui est faite, pendant le mariage, par l'un des époux à l'autre. — Pendant longtemps, les donations entre époux furent valables d'après le droit romain. Mais vers la fin de la République, postérieurement à la loi *Cincia*, rendue en 550 de Rome, qui suppose encore la validité des donations entre époux (n° 1153, 4°), au moment où les divorces devenaient très-nombreux, la coutume fit admettre la prohibition des donations entre époux : « *Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent,* » dit Ulpien. (L. 1. D. 24, 1.) — Cette prohi-

bition avait été établie pour empêcher l'un des époux d'abuser de l'influence acquise sur son conjoint pour se faire faire des donations, et aussi pour empêcher que le refus de l'un des époux de faire une donation sollicitée par l'autre ne déterminât celui-ci à divorcer. Ces deux motifs sont indiqués par les jurisconsultes romains : « *Hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, et profusa erga se facilitate* » (L. 1. D. 24, 1); « *quia sæpe futurum esset, ut discuterentur matrimonia, si non donaret is, qui posset, atque ea ratione eventurum : ut venalicia essent matrimonia* » (L. 2. C. 24, 1.)

1182. La prohibition des donations entre époux ne s'applique ni au concubinat, ni au mariage du droit des gens (n° 464), ni au mariage nul par suite d'un empêchement légal, comme le mariage entre la fille d'un sénateur et un affranchi, déclaré nul par un sénatus-consulte rendu sous le règne de Marc-Aurèle ; ou comme le mariage d'un tuteur avec sa pupille, ou comme le mariage de celui, qui exerce des fonctions dans une province, avec une femme domiciliée dans cette province, déclaré nul par des constitutions impériales. Mais, en cas de mariage nul, les biens donnés ne profitent pas à l'époux donataire, considéré comme indigne, et ne sont pas conservés non plus par l'époux donateur ; ils sont attribués au fisc : « *Et quasi ab indignis ea, quæ donata sunt, ablata, fisco vindicari.* » (L. 32, § 28. L. 3, § 1. D. 24, 1, n^os^ 499 et suiv., 502, 503, 504.)

La prohibition de la donation entre époux ne s'applique qu'au mariage légitime, *justæ nuptiæ*, et seulement lorsque la femme n'est pas *in manu mariti;* car si la femme est tombée *in manu*, le mari, par l'effet de la *manus*, est devenu propriétaire de tous les biens de la femme : donc la femme, n'ayant plus de biens, ne peut plus faire de donations à son mari. A l'inverse, le mari ne peut pas non plus faire une donation à sa femme, parce qu'il acquiert tout ce qui est acquis par sa femme *in manu*, qui est, vis-à-vis de lui, *loco filiæ;* donc la donation que le mari ferait à sa femme *in manu*, il la ferait à lui-même.

1183. Par exception, il y avait quelques donations entre époux qui étaient valables :

1° *La donation à cause de mort*, parce que l'effet de cette donation ne se produira que lorsque les époux auront cessé d'être mari et femme : « *Quia in hoc tempus excurrit donationis eventus quo vir et uxor esse desinunt.* « (L. 10. D. 24, 1.) En effet, en cas de donation à cause de mort, l'époux donataire ne devient propriétaire des choses données qu'à la mort de l'époux donateur. (L. 11. pr. D. 24, 1.)

La donation à cause de mort entre époux peut être faite soit sous-condition suspensive, soit sous condition résolutoire. Mais, même lorsqu'elle est faite sous condition résolutoire, — c'est-à-dire lorsque l'époux donateur donne de manière que l'époux donataire devienne propriétaire immédiatement, mais sous la double condition que le donataire survivra et que la donation ne sera pas révoquée, — même dans ce cas, la donation ne produira pas son effet immédiatement, parce que la propriété d'une chose donnée par un époux à l'autre ne peut être transférée pendant le mariage; mais si l'époux donateur vient à mourir sans avoir révoqué, l'époux donataire se trouvera rétroactivement considéré comme propriétaire dès le jour de la donation. C'est ce que dit le jurisconsulte Papinien : « Si une donation à cause de mort a été faite entre mari et femme, la mort ayant eu lieu, l'effet de la donation se reportera au jour où elle a été faite. » (L. 40. D. 39, 6.) D'où il suit que si un esclave a été donné, *mortis causa*, par le mari à la femme, après la mort du mari, la femme se trouvera avoir acquis toutes les acquisitions faites par l'esclave depuis la donation jusqu'à la mort du mari. (L. 20. D. 24, 1.)

2° La donation faite *divortii causa* était valable (L. 11, § 11. D. 24, 1), parce qu'il n'était pas à craindre, comme l'observe M. Pellat, qu'au moment de divorcer un époux se dépouillât trop facilement par faiblesse pour l'autre. (*Textes sur la dot*, p. 357.)

3° La donation *exilii causa*, faite par l'un des époux à l'autre, condamné à l'interdiction de l'eau et du feu ou, plus tard, à la déportation (L. 43. D. 24, 1.), était déclarée valable, par des considérations d'humanité faciles à comprendre.

1184. Pour qu'une donation entre époux soit nulle, il faut que la donation ait pour effet d'appauvrir l'époux donateur et d'enrichir l'époux donataire : « *Ubicumque igitur non diminuit de facultatibus suis, qui donavit, valet; vel etiam si diminuat, locupletior tamen non sit, qui accepit, donatio valet.* Toutes les fois que le donateur ne diminue pas son patrimoine, la donation est valable ; lors même que le donateur diminue son patrimoine, si le donataire n'en est pas plus riche, la donation est valable. » (L. 5, § 16. D. 24, 1.)

1185. C'est en vertu de cette règle, d'après laquelle la donation entre époux n'est pas nulle, si elle n'appauvrit pas l'époux donateur et n'enrichit pas l'époux donataire, que les donations entre époux sont valables dans les cas suivants :

1° « Si le mari institué héritier répudie l'hérédité pour en faire profiter sa femme, la donation est valable, parce que ne s'appau-

vrit pas celui qui néglige de s'enrichir : celui-là s'appauvrit qui fait sortir quelque chose de son patrimoine. La répudiation du mari profite à la femme, si elle lui est substituée ou si elle est héritière *ab intestat*. Pareillement, si le mari répudie un legs, la donation est valable, si sa femme lui est substituée dans ce legs, ou si elle est héritière. » (L. 5, §§ 13, 14. D. 24, 1.) De même le mari qui, grevé d'un fidéicommis au profit de sa femme, lui a restitué l'hérédité, sans rien retenir, est considéré comme s'étant acquitté complétement d'un devoir, plutôt que comme ayant fait une donation, quand même le testateur l'aurait autorisé à prélever une certaine quantité : « *Si quis rogatus sit, præcepta certa quantitate, uxori suæ hereditatem restituere, et is sine deductione restituerit, Celsus scripsit magis pleniore officio fidei præstandæ functum maritum, quam donasse videri.* » (L. 5, § 15. D. 24, 1.)

2° « Si, pendant le mariage, la chose d'autrui a été donnée par le mari à sa femme, il faut dire que la femme est admise immédiatement à usucaper, parce que, lors même qu'il ne lui aurait pas fait cette donation, à cause de mort, l'usucapion ne serait pas empêchée, puisque la prohibition ne s'étend qu'aux donations par lesquelles la femme devient plus riche et le mari plus pauvre dans ses biens. » (L. 25. D. 24, 1.) En effet, le mari, en donnant la chose d'autrui, ne s'appauvrit pas, et la donation de la chose d'autrui est pour la femme une juste cause, qui lui permet d'usucaper.

M. le professeur Machelard distingue : « la solution de la loi 25 *De donationibus inter virum et uxorem*, qui admet la validité de la donation de la chose d'autrui entre époux, doit être restreinte à l'hypothèse où l'époux donateur n'aurait pas été en position d'usucaper lui-même. Quelques auteurs n'admettent pas cette distinction; et, en s'appuyant sur ces mots de la loi 25 : *Pauperior maritus in suis rebus fit*, ils pensent que la donation doit être valable, même quand le mari disposerait d'une chose qu'il possédait de bonne foi, parce qu'il se priverait seulement de la possibilité de devenir propriétaire de ce qu'il donne. Ce point de vue ne nous semble pas conforme aux idées des Romains, qui considéraient le possesseur de bonne foi comme déjà propriétaire, en lui concédant une revendication utile, l'action publicienne, et en lui permettant de constituer dès à présent des droits réels, par exemple des hypothèques, comme nous l'avons dit précédemment, p. 139. Aussi le jurisconsulte Pomponius qui, d'accord avec Trébatius, admet dans la loi 3, *Pro donat.* (D. 41, 6), la faculté pour la femme d'usucaper la chose d'autrui que son mari lui a donnée, y ajoute-t-il cette condition que le mari ne doit point s'appauvrir par cette

donation, condition inutile dans le système contraire, si le possesseur en voie d'usucaper n'eût pas été regardé comme s'appauvrissant, même quand il se dépouillait d'une chose dont il avait la *bonæ fidei possessio.* » (*Textes de droit romain sur la possession, les hypothèques et les donations entre époux*, par M. Machelard.)

3° *Donation des revenus.* — Si l'on suppose qu'une donation prohibée a été faite, l'époux donateur venant revendiquer les biens donnés ne pourra pas exiger les fruits et intérêts perçus par l'époux donataire, depuis la donation jusqu'à la restitution. (L. 17. D. 24, 1.) La donation des revenus est valable, parce qu'elle est considérée comme ne diminuant pas le patrimoine du donateur. Mais il est défendu au mari de donner à la femme les revenus des biens dotaux, parce qu'ils sont destinés à subvenir aux charges du mariage. (Voy. *Textes sur la dot : explication de la loi* 73, § 1, par M. Pellat.)

Le titre : *De donationibus inter virum et uxorem* (D. 24, 1) indique encore plusieurs cas de donations entre époux, valables parce qu'elles n'appauvrissent pas le donateur ou n'enrichissent pas le donataire. Mais comme l'énumération en serait trop longue, je me borne aux trois exemples que j'ai cités.

1186. La sanction de la prohibition des donations entre époux est la nullité : toute donation entre époux, en dehors des cas permis, est nulle ; que la donation faite par l'un des époux à l'autre consiste en une aliénation, ou qu'elle consiste en une obligation contractée, ou qu'elle consiste en une libération de dette, — dans tous les cas, elle est nulle : « Il faut savoir que la donation entre mari et femme a été interdite de telle sorte, que ce qui a été fait est nul de plein droit. En conséquence, si c'est un corps certain qui a été donné, la tradition est inefficace ; s'il y a eu promesse faite par stipulation, ou s'il y a eu acceptilation, cela ne vaut rien ; car tout ce qui est fait entre époux, pour cause de donation, n'a aucune valeur. » (L. 3, § 10, D. 24, 1.)

1187. Un sénatus-consulte, rendu sur la proposition d'Antonin Caracalla, décida que la donation entre époux produirait son effet, si le donateur mourait sans l'avoir révoquée. Ainsi, d'après ce sénatus-consulte, la donation entre époux n'est plus nulle ; mais le donateur est toujours libre de la révoquer à son gré ; s'il meurt sans l'avoir révoquée, ses héritiers ne pourront pas reprendre à l'époux donataire ce qui lui a été donné. (L. 32, § 2. D. 24, 1.)

Le sénatusconsulte s'applique certainement à la donation entre époux, exécutée par le donateur. Mais si le donateur s'est seulement *obligé* à donner, et est mort sans avoir exécuté son obligation,

la donation sera-t-elle confirmée ? Cette question était controversée par les jurisconsultes romains. Papinien soutenait que la donation ne pouvait pas avoir d'effet ; que l'époux donataire ne pouvait pas avoir d'action contre les héritiers de l'époux donateur. (L. 23. D. 24, 1.) Ulpien, au contraire, prétendait que toute donation entre époux était confirmée par la mort, sans révocation, du donateur : « Si l'un des époux s'est obligé envers son conjoint, *donationis causa*, l'obligation passe à la charge de ses héritiers, *et obligatio sit civilis*. » (L. 32, § 1. D. 24, 1.) « Qu'il y ait eu propriété transférée ou remise de dette par acceptilation, la donation est confirmée par la mort, sans révocation, du donateur. » (L. 32, § 24, D. 24, 1.)

§ V. — DE LA DOT

1188. La dot est l'ensemble des biens que la femme, ou un autre pour elle, donne au mari pour l'aider à supporter les charges du mariage.

D'après l'ancien droit civil romain, lorsque la femme tombait *in manu*, tous ses biens devenaient dotaux, puisque, par l'effet de la *manus*, le mari acquérait tout ce qui appartenait à la femme. Les biens de la femme étaient-ils définitivement acquis au mari par suite de la *manus*, ou devaient-ils être restitués, à la femme ou à ses héritiers, lors de la dissolution du mariage? Cette question n'est pas résolue par les textes du droit romain qui nous sont parvenus. — Au contraire, quand la femme ne tombait pas *in manu*, ses biens restaient distincts de ceux du mari : il n'y avait plus entre la femme et le mari unité de patrimoines. La femme pouvait détacher de son patrimoine une partie de ses biens pour les donner en dot à son mari. Mais, parmi les biens de la femme, ne devenaient dotaux que ceux qu'elle constituait en dot. Les autres biens, qu'elle ne constituait pas en dot, s'appelaient paraphernaux (de παρὰ, en dehors, et φερνὴ, dot).

Pour qu'il y ait dot, il faut supposer un mariage valable, un mariage légitime : il ne peut y avoir dot, ni dans le concubinat ni dans un mariage nul par suite de quelque empêchement légal. (L. 3. D. 23, 3. — Voy. n^os^ 499 à 504.) Cependant, d'après Cicéron, il peut y avoir dot dans le mariage du droit des gens. (N° 464.)

1189. I. **De la constitution de dot.** — La dot peut être constituée ou par une *datio*, ou par une *dictio*, ou par une *promissio* : « *Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur.* » (Ulp., VI, § 1.)

---

1. Sur la dot, voyez M. Pellat, *Textes sur la dot* ; M. Demangeat, *De la condition du fonds dotal.*

1° Par une *datio*. La dot est constituée par une *datio*, lorsque la femme, ou celui qui constitue la dot pour elle, transfère au mari la propriété des biens constitués en dot. Or la propriété sera transférée au mari : par la mancipation ou par la *cessio in jure*, s'il s'agit de *res mancipi;* par la *cessio in jure* ou par la tradition s'il s'agit de *res nec mancipi;* ou par la tradition seulement s'il s'agit de fonds provinciaux ; car, bien que les fonds provinciaux soient des *res mancipi*, ils ne peuvent être aliénés ni acquis par la *cessio in jure*. (N° 1148.)

Par la *datio dotis*, le mari devient propriétaire des biens dotaux, pourvu que la femme, ou celui qui constitue la dot pour elle, soit propriétaire ; sinon, le mari ne pourra acquérir la propriété que par usucapion. La constitution de dot est, en effet, une *justa causa*. (L. 1 pr., § 1. D. 41, 9.) Lorsqu'une fiancée livre à son fiancé, *dotis causa*, une chose avec l'intention de l'en rendre propriétaire ; si elle n'est pas propriétaire elle-même, le fiancé ne devient pas propriétaire ; mais s'il réunit toutes les conditions voulues pour l'usucapion, il usucape non pas *pro dote*, parce que, le mariage n'ayant pas encore eu lieu, il n'y a pas dot : le fiancé usucape *pro suo*. (L. 1, § 2. D, 41, 9.) De même si le mariage est nul, le mari ne peut pas usucaper *pro dote*, parce qu'il n'y a pas dot sans mariage valable ; le mari n'usucapera pas *pro dote*, quand même il croirait le mariage valable, parce que *error falsæ causæ usucapionem non parit*. (L. 1, §§ 3, 4. D. 41, 9.)

2° Par *promissio dotis*. La *promissio dotis* consiste en une obligation contractée par stipulation. Le mari dit à la personne qui constitue la dot : « *Spondesne doti mihi dare centum aureos?* » — Le constituant répond : « *Spondeo;* » ou bien il dira : « *Spondesne doti mihi dare fundum Cornelianum?* » — Le constituant répond : « *Spondeo.* » — Par cette stipulation, le mari ne devient que créancier de la somme ou de la chose promise ; mais il a, contre le promettant, la *condictio* pour le forcer à exécuter son obligation.

3° Par la *dictio dotis*. La *dictio dotis* était un contrat *verbis*, c'est-à-dire un contrat qui, comme la stipulation, se formait par des paroles sacramentelles, et par lequel une personne s'obligeait à fournir des biens en dot. Celui qui voulait constituer une dot par *dictio* proposait son obligation, au lieu d'adhérer à une interrogation. Il disait, par exemple : « *Centum aurei doti tibi erunt;* » ou bien : « *Fundus Cornelianus doti tibi erit.* » On présume que le mari répondait : « *Accipio.* » La *dictio dotis* donnait au mari une créance et une action, qu'on présume être la *condictio*, contre le constituant, pour le forcer à exécuter son obligation.

1190. La *dictio dotis* ne pouvait pas être faite indifféremment par toute personne, mais seulement : par la femme qui se mariait, par un débiteur de la femme, pourvu qu'il fît la *dictio dotis* par l'ordre de la femme, et enfin par un ascendant paternel mâle de la femme. Au contraire, la *datio dotis* et la *promissio dotis* pouvaient être faites par toute personne. (Ulp., *Reg.*, VI, § 2.)

Au Bas-Empire, la *dictio dotis* tomba en désuétude; mais la simple convention de constituer une dot fut déclarée obligatoire, par Théodose et Valentinien, en 428. La convention de constituer une dot devint ainsi un pacte légitime [1].

Une dot peut être constituée par acceptilation, par la femme ou par un tiers. Exemple : la femme est créancière de celui qu'elle va épouser; elle peut lui faire remise de sa dette, *dotis causa*, par une acceptilation. De même un tiers est créancier du mari, il peut lui faire remise de dette, *dotis causa*, par acceptilation.

1191. D'après l'ancien droit civil romain, et encore au temps des jurisconsultes classiques, la femme en tutelle perpétuelle, quel que fût son âge, ne pouvait constituer une dot, soit par *datio*, soit par *dictio*, soit par *promissio*, qu'avec l'*auctoritas* de son tuteur. Si le tuteur de la femme était tuteur légitime et pupille, ou s'il était, par suite de son absence ou d'une infirmité, dans l'impossibilité de lui donner l'*auctoritas*, la femme pouvait demander au préteur un tuteur spécial qui lui donnait l'*auctoritas ad dotem constituendam*. C'est ce qu'attestent Gaïus, Ulpien et Paul : « Il a été permis, par la loi *Julia* sur les mariages des ordres [2], à la femme, qui est sous la tutelle légitime d'un pupille, de demander un tuteur au préteur urbain, pour constituer une dot. » (Gaïus, I, § 178.) — De même Ulpien dit : « D'après la loi *Julia* sur les mariages des ordres (*De maritandis ordinibus*), un tuteur est donné par le préteur urbain à la femme ou à la jeune fille, qui doit se marier d'après les prescriptions de cette loi, *ad dotem dandam*, *dicendam*, *promittendamve*, si elle a pour tuteur légitime un pupille. Ensuite le sénat a pensé que, dans les provinces, des tuteurs devaient être donnés, en pareil cas, par les présidents. De même, en vertu d'un sénatusconsulte, un tuteur est donné à la femme dont le tuteur est absent, ou à une

---

1. D'après le droit civil romain, la convention ou pacte ne peut pas créer une obligation. Quelquefois les empereurs ou les préteurs déclarent un simple pacte obligatoire. Le pacte, déclaré obligatoire par une constitution impériale, s'appelle *pacte légitime ;* le pacte, déclaré obligatoire par le droit prétorien, s'appelle *pacte prétorien.*

2. C'est-à-dire sur les mariages permis ou défendus aux citoyens des diverses classes, des divers ordres de la société romaine. (N° 497.)

affranchie, si son patron, tuteur légitime, est absent; car, à la place du patron absent, un autre tuteur ne peut être demandé que pour faire une adition d'hérédité ou pour contracter mariage. » (Ulp., *Reg.*, XI, §§ 20, 22.) De même, le jurisconsulte Paul dit : « La dot peut être promise après le mariage contracté; mais ce n'est pas en présence d'un *curateur*, c'est avec l'*auctoritas* d'un *tuteur* que la femme peut promettre une dot. (*Fragm. Vat.*, § 110.)

D'après la loi 60 *De jure dotium*, qui est du jurisconsulte Celsus, c'est avec l'assistance d'un *curateur*, et non pas avec l'*auctoritas* d'un *tuteur*, que la femme en tutelle perpétuelle aurait pu constituer une dot. Mais, dans cette loi, le mot *curator* a été évidemment substitué au mot *tutor* par les compilateurs du *Digeste* [1]. En effet, à l'époque de Justinien, la femme, si elle est mineure de vingt-cinq ans, ne peut constituer une dot qu'avec l'assistance d'un curateur. Si elle est majeure de vingt-cinq ans, elle peut *dare vel promittere dotem*, sans avoir besoin de l'assistance d'un curateur. (L. 28. C. 5, 12.)

1192. II. **Dot profectice. Dot adventice.** — La dot est appelée *profectice* (*profectitia*), quand ellea été donnée par le père ou par un autre ascendant paternel mâle de la femme. Elle est ainsi appelée parce qu'elle doit être restituée à l'ascendant qui l'a constituée, si le mariage se dissout par la mort de la femme : « *Eo reversura est unde profecta est.* » — La dot est appelée *adventice* (*adventitia*), quand elle a été donnée par tout autre que le père ou un ascendant paternel mâle de la femme. (Ulp., *Reg.*, VI, §§ 3, 4.)

1193. La dot peut être constituée avant ou pendant le mariage. Mais la constitution de dot faite avant le mariage est toujours faite sous la condition que le mariage aura lieu. (Paul, *Sent.*, II, XXI *b*.) Si la dot est constituée *pendant le mariage* par une *datio*, c'est-à-dire si la femme, ou toute autre personne qui constitue la dot, transfère au mari la propriété des choses données en dot, par la mancipation, la *cessio in jure* ou la tradition, suivant la nature des choses données en dot, le mari en devient propriétaire immédiatement : « *Fiunt autem res mariti, si, constante matrimonio, in dotem dentur.* » (L. 7, § 3. D. 23, 3.)

1194. Si la dot est constituée par la femme, *avant* le mariage, par une *datio*, à quel moment le mari devient-il propriétaire? Il faut distinguer :

---

1. Au contraire, les textes de Gaïus, d'Ulpien et de Paul, dont je viens de donner la traduction, nous sont parvenus en dehors des compilations de Justinien, et, par conséquent, n'ont pas subi de remaniement. (M. Pellat, *Textes sur la dot*, p. 288, 289.)

1° Si la femme veut transférer de suite au mari la propriété des choses données en dot, mais avec l'intention qu'elles lui seront retransférées si le mariage n'a pas lieu, elle lui en transfère la propriété, par la mancipation ou la *cessio in jure* ou la tradition, et le mari devient propriétaire immédiatement, et reste propriétaire si le mariage a lieu. Mais si le mariage vient à manquer, la femme réclamera les choses données en dot, par la *condictio causa data, causa non secuta.* En effet, la femme n'a transféré la propriété qu'en vue d'un but : le mariage; ce but ayant manqué, le mari se trouve obligé à retransférer à la femme la propriété des biens donnés en dot.

2° Si la femme, en transférant la propriété au mari, par mancipation, *cessio in jure* ou tradition, veut que la propriété ne soit acquise au mari qu'au jour du mariage, c'est-à-dire, si elle ne lui transfère la propriété que sous condition suspensive, le mari ne deviendra propriétaire qu'au moment où le mariage aura lieu. En conséquence, si le mariage vient à manquer, la femme, n'ayant pas cessé d'être propriétaire, aura la revendication pour réclamer les choses données en dot, après avoir notifié au futur mari sa renonciation au mariage. Mais si elle revendique avant d'avoir notifié sa renonciation, elle pourra être repoussée par une exception : ou par l'exception de dol, ou par une exception *in factum* (*si res doti non sit destinata*), « parce que, dit Ulpien, on ne doit pas revendiquer des choses encore destinées à servir de dot ». (L. 7, § 3. D. 23, 3.)

De même, si la dot a été constituée au mari avant le mariage, par une dation, émanant d'un tiers, il faut distinguer à quelle condition le tiers a donné les choses en dot : s'il a voulu que le mari en devînt propriétaire de suite, ou seulement au moment du mariage. S'il a voulu transférer de suite la propriété au mari, la renonciation ayant eu lieu (*nuntio remsio*), il réclamera les choses par la *condictio causa data causa non secuta.* S'il n'a donné les choses en dot qu'à la condition que le mariage aurait lieu, la renonciation au mariage survenant, il revendiquera les choses données en dot, car il n'a pas cessé d'en être propriétaire. (L. 9. D. 23, 3.)

Ainsi, lors même que la constitution de dot est faite par une dation, c'est-à-dire lors même que la propriété a été transférée, *dotis causa*, par la mancipation, la *cessio in jure* ou la tradition : — si le constituant a transféré de suite la propriété au mari, le mariage venant à manquer, le constituant aura la *condictio causa data causa non secuta* pour se faire retransférer la propriété; car toute constitution de dot est faite sous la condition tacite que le mariage aura lieu. — Si le constituant n'a transféré la propriété que dans l'inten-

tion qu'elle ne serait acquise au mari qu'au moment du mariage ; dans ce cas, la translation de propriété est suspendue par cette condition tacite : *si nuptiæ fuerint secutæ*. La mancipation et la *cessio in jure* sont valablement faites, quoique la translation de propriété qui en résulte soit subordonnée à la condition tacite que le mariage aura lieu. C'est là un de ces cas où les *actus legitimi* sont valables, parce que la condition ne les affecte pas expressément. Nous avons vu, en effet, que la condition, qui n'est pas exprimée dans l'*actus legitimus* lui-même, mais qui résulte tacitement de la volonté des parties ou du but de l'opération, ne le rend pas nul. (N° 1173, 1°.) Or les parties n'ont pas besoin d'exprimer, dans la mancipation ou dans la *cessio in jure*, que la dation a été faite sous la condition que le mariage aura lieu, puisque toute constitution de dot est faite sous la condition tacite que le mariage aura lieu. (Paul, *Sent.*, II, XXI *b*.)

1195. De même la promesse de dot, faite par stipulation, est subordonnée à la condition que le mariage aura lieu : « Il est constant qu'une stipulation, faite pour cause de dot, contient la condition *si nuptiæ secutæ fuerint*, et qu'on ne peut agir en vertu de cette stipulation qu'autant qu'il y aura mariage, quoique cette condition n'ait pas été exprimée. » (L. 21. D. 23, 3.) Du reste, les parties pourraient exprimer formellement la condition dans la stipulation, parce que la stipulation n'est pas un *actus legitimus*.

1196. De même, l'acceptilation, qui est un *actus legitimus*, peut être faite *dotis causa*, et son effet est subordonné à la condition tacite que le mariage aura lieu : « Bien que la dot se constitue souvent par acceptilation; cependant, si l'acceptilation est faite avant le mariage, et que le mariage n'ait pas suivi, Scévola dit que cette acceptilation est nulle et que l'obligation subsiste. » (L. 43 pr. D. 23, 3.)

1197. Lorsque la dot aura été constituée par stipulation ou par *dictio dotis* (ou par convention, à partir du moment où la convention de constituer une dot a été déclarée obligatoire), le mari deviendra propriétaire des choses promises en dot, au moment où le promettant lui en fera tradition.

1198. Il y a intérêt à distinguer si les biens donnés en dot, meubles ou immeubles, ont été livrés au mari, estimés ou non estimés : — Si les biens ont été donnés en dot avec estimation, l'estimation vaut vente : le mari est considéré comme acheteur des biens dotaux. Il résulte de là deux conséquences : 1° c'est le montant de l'estimation, le prix, qui se trouve constitué en dot, et que le mari devra rendre à la dissolution du mariage ; 2° les risques des biens

dotaux estimés sont à sa charge : si les biens dotaux périssent o
se détériorent par cas fortuit, la perte ou détérioration est sup
portée par lui. — Au contraire, si les biens dotaux n'ont pas ét
estimés, le mari devra les rendre en nature à la dissolution d
mariage, et, comme tout débiteur d'un corps certain, il n'es
responsable que de la perte ou détérioration survenue par s
faute. (L. 10 pr. D. 23, 3.)

Lorsque les biens donnés en dot sont estimés, la constitution d
dot est regardée comme une vente, et le mari est considéré comm
acheteur et débiteur du prix. Mais cette vente est soumise à un
règle spéciale qui ne s'applique pas aux ventes ordinaires : en effet
si l'estimation a été trop élevée, le mari est lésé ; si l'estimation a
été trop faible, la femme est lésée : il doit donc y avoir un moyen
de recours en faveur de l'époux lésé. C'est ce que dit le jurisconsulte
Pomponius : « si l'un ou l'autre des époux a été lésé dans l'estima-
tion des biens dotaux, fût-il majeur de vingt-cinq ans, on viendra à
son secours, car il n'est pas conforme à la bonne foi ni à l'équité
que l'un s'enrichisse aux dépens de l'autre, ou que l'un éprouve un
dommage pour le profit de l'autre. » (L. 6, § 2. L. 12, § 1. D. 23, 3.)
— Lorsque l'un des époux aura été lésé dans l'estimation des biens
dotaux, on viendra à son secours en ce sens que le juge, saisi de
l'action en restitution de la dot, appréciera, d'après la bonne foi et
l'équité, le montant de ce qui devra être restitué par le mari.

1199. III. **Garantie de la dot.** — Si le mari est évincé d'une
chose donnée en dot, a-t-il une action en garantie contre la per-
sonne qui a constitué la dot, pour se faire indemniser de la perte
qu'il éprouve par suite de l'éviction? Il faut distinguer :

1° Une chose a été promise en dot au mari par une *dictio* ou par
une stipulation, et lui a été livrée ; si le mari est évincé par la reven-
dication d'un tiers, qui prouve sa propriété sur la chose constituée
en dot, le mari a, contre le promettant, la *condictio* pour se faire in-
demniser, comme si le promettant n'avait pas exécuté son obligation.

2° Il n'y a eu ni *dictio dotis*, ni stipulation antérieure, mais une
chose a été livrée en dot au mari, avec estimation ; le mari évincé
aura, comme un acheteur, l'action *empti* contre le constituant.

3° Il n'y a eu ni *dictio dotis*, ni stipulation antérieure, et les
choses ont été livrées au mari sans estimation ; si le mari est évincé,
il n'a aucune action en garantie contre le constituant, à moins que
celui-ci n'ait connu la cause de l'éviction, et n'en ait pas averti le
mari, cas auquel le mari aura contre lui l'action *de dolo* ou une
action *in factum*.

Ces distinctions et ces décisions sur la garantie de la dot sont

indiquées dans une constitution de Sévère et Antonin. (L. 1. C. 5, 12.) Mais il faut bien remarquer qu'en principe la garantie de la dot n'est pas due par celui qui l'a constituée : elle n'est due que lorsque les choses dotales ont été promises au mari par une *dictio* ou une stipulation, ou lorsque les choses dotales ont été livrées au mari avec estimation, ou enfin lorsque le constituant a connu la cause de l'éviction et n'en a pas averti le mari.

1200. IV. **Des droits du mari sur les biens dotaux.** — Le mari devient propriétaire des biens dotaux. (Gaïus, II, § 62, § 63.) Le mari devenu propriétaire des biens dotaux par mancipation, *cessio in jure*, ou tradition, peut les aliéner, les immeubles aussi bien que les meubles. S'il les a aliénés, il en rendra l'équivalent en numéraire à la dissolution du mariage, dans les cas où il doit rendre la dot. La femme n'a contre son mari, pour se faire restituer sa dot à la dissolution du mariage, qu'une action personnelle, appelée action *rei uxoriæ;* de sorte que, si le mari a aliéné un bien dotal, la femme ne pourra pas, par son action personnelle, aller reprendre le bien dotal entre les mains du tiers acquéreur. — Le mari acquiert les fruits des biens dotaux, et les fruits constituent même son seul profit, dans les cas où il est obligé de restituer la dot à la dissolution du mariage. (L. 7, § 1. (L. 10, § 3. D. 23, 3.)

1201. Comme la dot est destinée à subvenir aux charges du mariage, le mari ne peut être contraint à rendre les biens dotaux tant que dure le mariage. De plus, comme il importe à l'État que les femmes retrouvent leur dot, à la dissolution du mariage, pour pouvoir se remarier (*Reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere propter quas nubere possint*), il fut défendu au mari de restituer la dot pendant le mariage. (L. 2. D. 23, 3.) De là les deux règles suivantes : 1° le mari ne peut pas être contraint à rendre la dot pendant le mariage, à moins qu'il ne devienne insolvable, cas auquel la femme, pour sauver sa dot, peut en exiger la restitution. (L. 24. pr. D. 24, 3); 2° il est défendu au mari de rendre les biens dotaux à la femme pendant le mariage, car la femme pourrait les dissiper; par suite, les charges du mariage ne pourraient plus être satisfaites et la femme, après la mort du mari ou après le divorce, se trouverait sans dot.

Si le mari restitue la dot pendant le mariage, la restitution est nulle. De là deux conséquences : 1° le mari peut répéter les biens dotaux avant la dissolution du mariage, et même, dans cette répétition, il pourra comprendre la valeur des fruits perçus par la femme depuis la restitution, parce que les fruits, étant destinés à

subvenir aux charges du mariage, le mari ne peut pas y renoncer (L. *un.* C. 5, 19, L. 20. C. 5, 12); 2° le mari, qui a restitué la dot pendant le mariage, n'est pas libéré, puisque la restitution est nulle; aussi il devra, à la dissolution du mariage, restituer une seconde fois le montant de la dot. (Voyez sur cette question de la restitution de la dot pendant le mariage : *Textes sur la dot, traduits et commentés*, par M. Pellat, p. 342-374.)

1202. 1° *De la loi Julia De adulteriis.* — Sous le règne d'Auguste, une loi « *Julia De adulteriis* » vint défendre au mari d'aliéner les immeubles dotaux sans le consentement de sa femme, et de les hypothéquer, même avec son consentement. Malgré cette restriction apportée aux droits du mari sur les biens dotaux, le mari fut toujours considéré comme propriétaire des biens dotaux. Cette loi avait été faite dans un intérêt public : on voulait, à une époque où les divorces étaient fréquents, que le mari ne pût ruiner sa femme, et que la femme divorcée, gardant sa fortune, pût trouver un nouvel époux et donner des enfants légitimes à l'État.

Cette loi *Julia* ne s'appliquait qu'en Italie, et aux fonds provinciaux ayant reçu le *jus italicum*. En conséquence, les fonds provinciaux n'ayant pas reçu le *jus italicum*, s'ils étaient constitués en dot, restaient aliénables par le mari. (N^os^ 832-836.)

1203. La loi *Julia* permettait à la femme de consentir à l'aliénation de ses immeubles dotaux, mais elle lui défendait de consentir une hypothèque, parce que l'hypothèque est plus dangereuse que l'aliénation, en ce sens qu'une personne se décide plus facilement à hypothéquer qu'à aliéner, parce qu'elle espère toujours trouver, avant l'échéance, la somme nécessaire pour payer; mais souvent elle est déçue dans son espérance.

1204. L'inaliénabilité des immeubles dotaux subsiste, même après la dissolution du mariage, tant qu'ils ne sont pas restitués à la femme. (L. 12 pr. D. 23, 5.) A l'inverse, il est possible que l'inaliénabilité commence avant le mariage, ce qui a lieu lorsqu'une femme transfère la propriété d'un immeuble, *dotis causâ*, à son fiancé. (L. 4. D. 23, 5.)

1205. Après la loi *Julia*, comme avant, le mari conserva le pouvoir d'aliéner les meubles dotaux, sans le consentement de sa femme. De même, après la loi *Julia*, le mari conserva le droit d'aliéner les immeubles qui lui avaient été donnés en dot avec estimation; car, dans ce cas, ce qui était dotal, c'était le prix d'estimation, et non les immeubles estimés.

1206. La loi *Julia* ne défendit pas non plus les aliénations nécessaires, forcées : une femme s'est constitué en dot, sans l'estimer,

un immeuble dont elle est copropriétaire avec un tiers; le mari devient copropriétaire à la place de la femme, car l'immeuble devient dotal pour une partie indivise. Si le tiers demande le partage, le mari ne pourra pas s'y opposer : le juge attribuera une partie divise de l'immeuble au mari, une partie divise au tiers copropriétaire, et l'aliénation, qui résulte de tout partage en droit romain (n° 877), sera valable : mais le mari ne pourrait pas provoquer le partage, parce qu'alors l'aliénation, résultant du partage, serait volontaire de sa part : « *Mariti, qui fundum communem cum alio in dotem inæstimatum acceperunt, ad communi dividundo judicium provocare non possunt, licet ipsi possent provocari.* » (L. 2. C. 5, 23.)

1207. 2° *Des conséquences de la prohibition de la loi Julia.* — D'après la loi Julia, le mari continue à être propriétaire des immeubles dotaux, bien qu'il ne puisse les aliéner sans le consentement de sa femme. Si le mari aliène un immeuble dotal avec le consentement de sa femme, l'aliénation est valable ; mais si le mari l'aliène seul, sans le consentement de sa femme, l'aliénation est nulle : le mari reste propriétaire de l'immeuble et peut le revendiquer. Si, à la dissolution du mariage, le mari n'a pas encore revendiqué l'immeuble aliéné par lui, la femme pourra le contraindre à lui céder son action en revendication contre le tiers acquéreur ; et même on finit par admettre que la femme pourrait, sans aucune cession, exercer l'action en revendication du mari, *utilitatis causa.*

Toutefois, lorsque le mari a aliéné un immeuble dotal sans le consentement de sa femme, le mariage venant à se dissoudre par la mort de la femme, si le mari a le droit de garder la dot, l'aliénation se trouve confirmée, et l'immeuble ne peut pas être enlevé à l'acheteur : « Lorsqu'un mari a vendu un fonds dotal, que l'acheteur sache ou ignore que le fonds est dotal, la vente n'est pas valable ; mais la femme étant morte ensuite dans le mariage, la vente est confirmée, si le mari gagne toute la dot. Il en est de même lorsque celui qui a vendu une chose volée succède ensuite au propriétaire de la chose. » (L. 42, D. 41, 3. — L. 17. D. 23, 5.)

1208. De la prohibition de la loi *Julia* résulte cette autre conséquence, que le mari ne peut ni grever de servitudes les immeubles dotaux, ni éteindre les servitudes existantes au profit des fonds dotaux. (L. 5. D. 23, 5.)

1209. Une autre conséquence de la prohibition de la loi *Julia* est que les immeubles dotaux ne sont plus susceptibles d'usucapion. L'usucapion ne peut pas commencer pendant le mariage. Mais si un tiers a commencé à posséder un immeuble, avec toutes les conditions voulues pour l'usucaper, avant que cet immeuble devienne

dotal, il peut accomplir l'usucapion pendant le mariage. Dans ce cas, si le mari a eu le temps de revendiquer l'immeuble, pour empêcher l'usucapion, et a négligé de le faire, il est responsable envers la femme de la perte de l'immeuble. (L. 16. D. 23, 5.)

1210. Justinien décida que le mari ne pourrait plus aliéner les immeubles dotaux, même avec le consentement de la femme, tout en maintenant la prohibition de les hypothéquer. Comme, à l'époque de Justinien, la distinction des fonds italiques et des fonds provinciaux n'existe plus, il s'ensuit qu'à partir de Justinien les immeubles dotaux, en quelque lieu qu'ils fussent situés, devinrent inaliénables et non susceptibles d'être hypothéqués. (L. *un.* § 15. C. 5, 13.) C'est ce que dit Justinien dans ses *Institutes*, au titre *Quibus alienare licet vel non* :

« ... Le mari, d'après la loi *Julia*, ne peut aliéner l'immeuble dotal sans le consentement de sa femme, quoiqu'il en soit propriétaire, l'ayant reçu pour cause de dot. Corrigeant la loi *Julia*, nous avons apporté des améliorations. En effet, comme cette loi ne s'appliquait qu'aux immeubles situés en Italie, et comme elle défendait au mari d'aliéner les immeubles dotaux sans le consentement de sa femme, nous avons remédié à ces deux inconvénients en décidant que l'aliénation et l'hypothèque seraient interdites même pour les fonds situés dans les provinces, et que ni l'aliénation ni l'hypothèque ne pourraient avoir lieu même avec le consentement des femmes, de peur que la fragilité de leur sexe ne soit une cause de la perte de leur fortune. » (*Institutes*, II, VIII, pr.)

Ce n'est qu'à partir de Justinien que les immeubles dotaux sont devenus complétement inaliénables, puisqu'ils ne peuvent plus être aliénés même avec le consentement de la femme. Mais cette inaliénabilité n'atteint pas encore toute la dot : les meubles dotaux et les immeubles livrés au mari avec estimation restent aliénables par le mari.

A côté des biens dotaux dont la propriété était transférée au mari, il pouvait y avoir d'autres biens dont la femme restait propriétaire : les biens paraphernaux. La capacité de la femme, à l'égard de ses biens paraphernaux, restait entière, et elle en avait l'administration. (L. 8. C. 5, 14.) Dans le dernier état du droit, si elle était mineure de vingt-cinq ans, elle ne pouvait aliéner ses biens paraphernaux qu'avec l'assistance d'un curateur.

1211. 3° *De la restitution de la dot après la dissolution du mariage.* — Le mari n'est pas toujours tenu de restituer la dot après la dissolution du mariage. Le mari doit rendre la dot toutes les fois qu'après la dissolution du mariage la femme en aura besoin pour se nourrir et trouver un nouvel époux. De là les distinctions suivantes :

1° Si le mariage se dissout par le divorce ou par la mort du mari, la femme ayant besoin de sa dot pour se nourrir et trouver un nou-

vel époux, la dot, qu'elle soit adventice ou profectice, devra être rendue par le mari ou par ses héritiers à la femme, qui pourra, afin d'en obtenir la restitution, exercer elle-même l'action *rei uxoriæ*, si elle est *sui juris*. Si elle est en puissance paternelle, l'action *rei uxoriæ* est acquise au père et devrait être exercée par le père seul d'après les principes du droit romain ; mais ici le père ne pouvait exercer l'action *rei uxoriæ* qu'avec le concours de sa fille. Cette exception avait été admise à cause de la destination de la dot. Comme la dot doit servir à la femme pour trouver un second mari, il est juste qu'elle participe à l'exercice de l'action *rei uxoriæ*, pour veiller à la conservation de sa dot.

1212. Lorsque le mariage se dissout par le divorce ou la mort du mari : si la femme est *sui juris*, elle a l'action *rei uxoriæ* qu'elle exerce elle-même ; mais si elle meurt avant d'avoir reçu la restitution de la dot, son action *rei uxoriæ* passe-t-elle à ses héritiers ? Oui, si, avant de mourir, elle a mis, par une interpellation, son mari ou l'héritier de son mari en demeure de restituer ; mais si elle est morte sans avoir interpellé son mari, son action ne passe pas à ses héritiers : « *Post divortium, defuncta muliere, heredi ejus actio n n aliter datur quam si morans in dote mulieri reddenda maritus fuerit.* (Ulp., *Reg.*, VI, § 7.)

2° Lorsque le mariage se dissout par la mort de la femme : si la dot est profectice, c'est-à-dire constituée par un ascendant paternel mâle de la femme, le mari doit la restituer à l'ascendant, car alors la dot « *eo reversura est undè profecta est.* » (Ulp., *Reg.*, VI, § 4.) Mais, tout en restituant la dot profectice à l'ascendant, le mari a le droit de retenir un cinquième par chaque enfant, de sorte que, s'il y a cinq enfants nés du mariage, le mari retiendra toute la dot. Que si l'ascendant est déjà mort, quand le mariage se dissout par la mort de la femme, la dot profectice reste au mari. (Ulp., *Reg* , VI, § 4.)

3° Lorsque le mariage se dissout par la mort de la femme : si la dot est adventice, en principe, la dot reste au mari, à moins que la femme (ou le constituant) n'en ait stipulé la restitution au moment de la constitution de dot, cas auquel les héritiers de la femme (ou le constituant) auront la *condictio ex stipulatu* pour se faire restituer la dot. Lorsque la restitution de la dot a été stipulée au moment de la constitution, la dot s'appelle *receptitia* : « *Adventitia autem dos semper penes maritum remanet, præterquam si is qui dedit, ut sibi redderetur stipulatus fuit : quæ dos specialiter receptitia dicitur.* » (Ulp., *Reg.*, VI, § 5.)

1213. Mais Justinien décida que le mari ne pourrait plus, dans

aucun cas, de quelque manière que le mariage vînt à se dissoudre, retenir ni la dot profectice ni la dot adventice ; et, supprimant l'action *rei uxoriæ*, Justinien donna, dans tous les cas, la *condictio ex stipulatu* à la femme ou à ses héritiers, quand même la femme n'en aurait pas stipulé la restitution au moment de la constitution de dot. (L. *un.*, C. 5, 13.)

1214. 4° *A quel moment la dot doit-elle être restituée?* — Dans les divers cas où le mari doit restituer la dot, si la dot qu'il a reçue comprenait des choses qui se consomment par le premier usage qu'on en fait, comme des pièces de monnaie, du vin, du blé, le mari doit rendre des choses pareilles en quantité et qualité ; mais comme peut-être il n'a pas ces choses à sa disposition, au moment où il doit les rendre, il aura trois ans pour les restituer : il en restituera un tiers chaque année, à moins qu'il n'ait été convenu qu'il les restituerait immédiatement en une seule fois. Si la dot que le mari a reçue comprenait des corps certains, c'est-à-dire des choses qui sont de nature à conserver leur individualité, il devra les restituer sur-le-champ : s'il les a aliénés ou les a fait périr par sa faute, il devra en rendre la valeur sur-le-champ. S'ils ont péri par cas fortuit, il est libéré. (Ulp., *Reg.*, VI, § 8.) — Justinien décida que le mari aurait un an pour restituer les meubles, mais qu'il devrait restituer les immeubles immédiatement. (L. 1, § 7. C. 5, 13.)

1215. 5° *Retenues par le mari.* — Le mari, dans les divers cas où il était forcé de restituer la dot après la dissolution du mariage, avait le droit de faire certaines retenues (Ulp., *Reg.*, VI, § 9.) :

A. PROPTER LIBEROS. — Lorsque le divorce a lieu par la faute de la femme ou de l'ascendant sous la puissance duquel elle est, le mari, qui reste chargé de l'éducation et de l'entretien des enfants, a le droit de retenir un sixième de la dot pour chaque enfant, sans jamais pouvoir retenir plus de trois sixièmes. Mais, si le mari a restitué la dot sans faire la retenue à laquelle il a droit *propter liberos*, il ne pourra pas réclamer cette retenue. (Ulp., *Reg.*, VI, § 10.)

B. PROPTER MORES. — « A raison des mœurs de la femme, la retenue est du sixième, si la faute est grave ; du huitième, si elle est légère. Les fautes graves sont seulement les adultères ; toutes les autres fautes sont appelées fautes légères. » (Ulp., *Reg.*, VI, § 12.) — « Le mari est puni de la façon suivante : S'il s'agit d'une dot restituable par tiers, en trois ans, il est obligé de la rendre immédiatement si la faute est grave ; par tiers, de six mois en six mois, si la faute est légère. — S'il s'agit d'une dot qui doit être restituée immédiatement après la dissolution du mariage, le mari doit ren-

dre, sur les fruits, la quantité qui représente le temps dont la restitution est avancée en cas de dot restituable en trois ans. » (Ulp., *Reg.*, VI, § 13.)

C. PROPTER IMPENSAS. — Si le mari a fait des dépenses pour les biens dotaux, il pourra en retenir le montant sur la dot; du moins, il faut distinguer; il y a trois espèces de dépenses : les dépenses *nécessaires*, les dépenses *utiles*, les dépenses *voluptuaires*. Les dépenses nécessaires sont celles qui ont conservé un bien dotal; si elles n'eussent pas été faites, le bien dotal eût péri. Les dépenses utiles sont celles qui ont amélioré les biens dotaux, et les ont rendus plus productifs. Les dépenses voluptuaires sont, par exemple, des plantations de bosquets, des peintures et autres choses semblables. (Ulp., *Reg.*, VI, §§ 14-17.) Le mari n'a droit de faire des retenues qu'à raison des dépenses nécessaires et utiles.

D. PROPTER RES DONATAS. — Les donations entre époux sont nulles : si le mari a fait une donation à sa femme, il peut retenir sur la dot, qu'il restitue, le montant de ce qu'il a donné. (Ulp., *Reg.*, VI, § 9.)

E. PROPTER RES AMOTAS. — Si, durant le mariage, la femme a détourné des objets appartenant au mari, le mari peut retenir sur la dot la valeur des objets détournés. (Ulp., *Reg.*, VI, § 9.)

1216. Si le mari a restitué la dot sans faire la retenue *propter mores*, il a contre la femme une action, appelée *actio de moribus*, pour se faire restituer le montant de la retenue à laquelle il avait droit. La femme a aussi l'action *de moribus* contre son mari coupable : 1° si la restitution anticipée de la dot restituable en trois ans n'a pas été faite par lui; 2° s'il n'a pas rendu, en cas de dot restituable immédiatement, la quantité de fruits proportionnelle au temps dont la restitution serait avancée, si la dot eût été restituable en trois ans.

Si le mari n'a pas fait la retenue à raison des dépenses nécessaires, comme ces dépenses diminuent de plein droit la dot, il a la *condictio indebiti* pour s'en faire restituer le montant. Quant aux dépenses utiles, s'il n'a pas fait la retenue, les jurisconsultes discutaient la question de savoir s'il fallait lui accorder l'action *negotiorum gestorum*. — Si le mari n'a pas fait la retenue *propter res donatas*, il a la *condictio* pour se faire payer la valeur des choses données. — S'il n'a pas fait la retenue *propter res amotas*, il a l'action *rerum amotarum* pour se faire payer la valeur des choses détournées. — Mais si le mari n'a pas fait la retenue *propter liberos*, il n'a aucune action.

1217. 6° *De l'hypothèque privilégiée et de l'action en revendication accordée à la femme par Justinien.* — Nous avons vu que, d'après

l'ancien droit romain, la femme mariée avait, pour réclamer la restitution de sa dot, l'action *rei uxoriæ*, qui n'était privilégiée qu'à l'encontre des créanciers chirographaires du mari. Ce n'était qu'un simple *privilegium inter personales creditores.*

Justinien accorda d'abord à la femme une hypothèque tacite sur tous les biens de son mari. (L. *un.* C. 5, 13.) Puis, trouvant sans doute cette garantie insuffisante, il décida ensuite que cette hypothèque générale serait privilégiée. (L. 12. C. 8, 18.) Toutefois la femme n'aura cette hypothèque privilégiée qu'autant qu'elle sera orthodoxe [1]. (*Nov.* 109.)

Avec cette hypothèque, la femme prime tous les créanciers de son mari, même ceux qui ont obtenu de lui, antérieurement au mariage, des hypothèques conventionnelles : « *Sancimus potiora jura contra omnes habere mariti creditores, licet anterioris sint temporis privilegio vallati.* » (L. 12. C. 8, 18.) « *Præferri illam aliis creditoribus in hypothecis censuimus.* » (*Instit.*, IV, VI, § 29.) Au moyen de son hypothèque légale privilégiée, la femme, pour ses créances dotales, primera donc tous les créanciers de son mari sans distinction. — Il n'y a qu'un seul cas où la femme sera primée par un autre créancier; ce créancier est le fisc, qui est préféré, sur les biens du primipile, à la femme de celui-ci. (L. 3. C. 12, 63.)

Enfin, pour que la restitution de la dot fût complétement assurée à la femme, Justinien lui accorda l'action en revendication, pour poursuivre les choses dotales entre les mains des tiers : « Quant aux choses dotales, mobilières ou immobilières, si elles existent encore, estimées ou non estimées, nous ordonnons que la femme, venant les réclamer après la dissolution du mariage, ait sur elles toute préférence, et qu'aucun des créanciers du mari, qui sont antérieurs, ne puisse réclamer, sur ces choses, un droit d'hypothèque préférable, parce que ces choses, dans le principe, appartenaient à la femme, qui, naturellement, en a conservé la propriété. En effet, la vérité ne peut être obscurcie par la subtilité des lois qui supposent que les choses dotales ont passé dans le patrimoine du mari. C'est pourquoi nous voulons que la femme ait une action réelle pour revendiquer ces choses comme siennes, et une action hypothécaire préférable à toute autre, de sorte que, soit qu'en vertu du droit naturel ces choses soient considérées comme

---

1. Je rappelle que, d'après le droit romain, un débiteur pouvait avoir quatre classes de créanciers, qui étaient payés dans l'ordre suivant : 1° les créanciers ayant une hypothèque privilégiée; 2° les créanciers ayant une hypothèque simple; 3° les créanciers privilégiés, ayant un *privilegium*; 4° les créanciers chirographaires ou *creditores personales.*

appartenant à la femme, soit que, d'après la subtilité des lois, elles paraissent être entrées dans le patrimoine du mari, le droit de la femme soit entièrement garanti, soit par l'action en revendication, soit par l'action hypothécaire. » (L. 30. C. 5, 12.)

— V. **De la donation ante nuptias, ou propter nuptias.**

§ 3. « Il y a une autre espèce de donations entre-vifs, complétement inconnue des anciens jurisconsultes, et qui a été introduite, après eux, par des empereurs. Cette donation, qui était appelée donation *ante nuptias*, était faite sous la condition tacite que le mariage aurait lieu. On l'appelait donation *ante nuptias*, parce qu'elle devait être faite avant le mariage et jamais après. Mais comme il avait été permis d'augmenter la dot pendant le mariage, le divin Justin, notre père, permit le premier d'augmenter, pendant le mariage, la donation *ante nuptias*. Mais comme son nom ne lui convenait plus, puisqu'on l'appelait autrefois *ante nuptias*, et que maintenant elle peut être augmentée pendant le mariage, nous, désireux de rendre les noms concordants avec les choses, avons décidé que ces donations pourraient, non-seulement être augmentées, mais encore être faites pendant le mariage, et qu'elles s'appelleraient non plus donations *ante nuptias*, mais donations *propter nuptias*, et qu'elles seraient assimilées aux dots, puisque, comme elles, elles peuvent être faites et augmentées avant ou pendant le mariage. »

1218. La donation *ante nuptias* n'apparaît qu'au Bas-Empire dans la législation romaine. C'était une donation faite à la femme, avant le mariage, par le mari ou par un tiers, et qui était toujours subordonnée à la condition que le mariage aurait lieu. Elle s'introduisit dans les mœurs romaines, parce qu'elle avait pour but de procurer à la femme les mêmes avantages que la dot procurait au mari. En effet :

1° De même que, le mariage venant à se dissoudre par la mort de la femme, le mari avait le droit de garder la dot; de même, le mariage venant à cesser par la mort du mari, la femme avait le droit de retenir la donation *ante nuptias*. A l'époque de Justinien, cette réciprocité existe en sens inverse ; de même que la dot est toujours restituable à la femme ou à ses héritiers, de même la donation *ante nuptias*, appelée donation *propter nuptias*, à cette époque, est restituable au mari ou à ses héritiers.

2° S'il avait été convenu, au moment de la constitution de dot, que le mari aurait le droit de garder, à titre de donation, une partie de la dot, s'il survivait ; de même, la femme avait le droit de garder une partie proportionnelle de la donation *ante nuptias ;* si le mari avait le droit de garder le tiers de la dot, à titre de gain de survie, la femme avait aussi le droit de garder, à titre de gain de survie, le tiers de la donation *ante nuptias*. Justinien supprima cette réciprocité proportionnelle, et décida que la

femme ne pourrait plus garder, sur la donation *ante nuptias*, qu'une somme égale à celle que le mari pouvait prendre sur la dot. (*Nov.* 97, I.)

3° De même que le mari est propriétaire des biens dotaux, de même la femme est propriétaire des biens compris dans la donation *ante nuptias;* mais, de même que le mari ne peut aliéner les biens dotaux, de même la femme ne peut aliéner les biens de la donation *ante nuptias*, car ils ont la même destination que les biens dotaux : subvenir aux charges du mariage. (L. 29. C. 5, 12.)

4° Si le mari devient insolvable, la femme peut revendiquer les biens de la donation *ante nuptias*, comme ceux de la dot, contre les tiers détenteurs et les créanciers hypothécaires du mari. (L. 29. C. 5, 12.)

5° De même que, le divorce ayant lieu par la faute de la femme, le mari a le droit de garder la dot ; de même, lorsque le divorce a lieu par la faute du mari, la femme garde la donation *ante nuptias* (L. 8, § 5. C. 5, 17.)

1219. Primitivement, la donation *ante nuptias*, comme son nom l'indique, ne pouvait être faite qu'avant le mariage ; l'empereur Justin, père adoptif de Justinien, ayant décidé que cette donation pourrait être faite ou augmentée pendant le mariage, Justinien lui donna le nom de donation *propter nuptias*.

ARTICLE VI. — APPENDICE : D'UN CERTAIN DROIT D'ACCROISSEMENT EN CAS D'AFFRANCHISSEMENT

1220. D'après l'ancien droit civil romain, lorsqu'un esclave, appartenant par indivis à deux maîtres, était affranchi par l'un d'eux, l'esclave ne devenait pas libre : celui des maîtres qui l'avait affranchi perdait sur lui son droit de copropriété, et l'esclave appartenait en entier à l'autre maître, par droit d'accroissement, *jure adcrescendi*, parce qu'un esclave ne pouvait pas être libre pour partie. Mais, pour qu'il en fût ainsi, il fallait que l'esclave eût été affranchi par un mode solennel, qui l'eût rendu affranchi citoyen, si l'affranchissement n'eût pas été nul. Que si l'affranchissement avait été fait par un mode non solennel, par exemple, *inter amicos*, l'affranchissement, étant nul d'après le droit civil, n'aurait produit aucun effet : le copropriétaire, qui avait affranchi l'esclave par un mode non solennel, conservait sur lui son droit de copropriété : « *Communem servum unus ex dominis manumittendo partem suam amittit, eaque adcrescit socio; maxime si eo modo manumiserit, quo si proprium haberet, civem romanum facturus esset : nam si inter amicos*

eum manumiserit, plerisque placet eum nihil egisse. » (Ulp., *Reg.*, I, § 18. Paul, *Sent.*, IV, XII, § 1.)

Justinien décida que l'esclave affranchi par l'un de ses maîtres serait libre; mais que le maître *manumissor* devrait payer à l'autre maître sa part de copropriété dans l'esclave :

§ 4. Il y avait autrefois un mode d'acquérir du droit civil, par droit d'accroissement : si quelqu'un, ayant un esclave commun avec Titius, lui donnait seul la liberté par la vindicte ou par testament, sa part de propriété sur l'esclave était perdue et accroissait au copropriétaire. Mais comme c'était un exemple pernicieux de frustrer l'esclave de la liberté, de préjudicier au maître le plus humain, et de procurer un avantage au maître le plus sévère, nous avons, par notre constitution, remédié à cette injustice, et nous avons trouvé le moyen de satisfaire le manumisseur et le copropriétaire, tout en donnant à l'esclave la liberté, en faveur de laquelle les anciens législateurs ont souvent établi des exceptions aux règles générales : celui qui a donné la liberté, pouvant se réjouir de sa libéralité, payera à son copropriétaire le prix de sa part de copropriété sur l'esclave, dans la proportion que nous avons indiquée. »

Cette proportion varie suivant la profession de l'esclave, conformément à un tarif qui se trouve dans une constitution de Justinien. (L. 1, §§ 2 à 5. C. 7, 7.)

CHAPITRE II

DROITS PERSONNELS OU OBLIGATIONS

1221. Après les *droits réels*, il serait rationnel d'étudier les *droits personnels*, ou OBLIGATIONS ; les *Institutes*, et surtout les programmes officiels, nous obligent à rejeter cette matière dans le second examen, c'est-à-dire dans le second volume, dont elle deviendra une importante partie.

Remarque.

§ 6. « Il suffit, pour le moment, de connaître les modes d'acquérir à titre particulier que nous venons d'indiquer; nous renvoyons plus loin ce qui concerne le droit des legs et des fidéicommis, par lesquels vous acquérez aussi des choses à titre particulier. Voyons maintenant les modes d'acquérir *per universitatem*. Si vous êtes héritier, si vous demandez la possession des biens d'une personne, si vous adrogez une personne, ou si les biens d'une personne vous sont attribués pour conserver les affranchissements, toutes les choses qui appartenaient à ces personnes vous appartiennent. Occupons-nous d'abord des hérédités; il y en a deux espèces : l'une vous arrive par testament, l'autre *ab intestat*. Voyons d'abord celle qui vous arrive par testament, et il est nécessaire de commencer par exposer les formes des testaments. »

Nous avons vu que les modes d'acquérir la propriété, d'a-

près le droit romain, se divisent : en modes d'acquérir *singulatim*, *singulas res*, par lesquels une personne acquiert la propriété d'un ou de quelques objets particuliers ; et en modes d'acquérir *per universitatem*, par lesquels une personne acquiert une masse de biens (N° 851, 2°.) Presque tous les modes d'acquérir la propriété *singulatim* : occupation, accession, tradition, mancipation, *cessio in jure*, usucapion, adjudication, nous sont connus. Le *legs* et le *fidéicommis particulier* sont encore des modes d'acquérir *singulatim* : il en est traité dans les derniers titres du second livre des *Institutes*. — Justinien, dans le § 6 du titre XI, indique comme modes d'acquérir la propriété *per universitatem* : l'*hérédité testamentaire* et l'*hérédité ab intestat*, la *bonorum possessio* ou hérédité prétorienne, l'adrogation (n° 543), l'*addictio bonorum libertatis causa*. (*Inst.*, III, XI.)

DEUXIEME PARTIE

TRANSMISSION DU PATRIMOINE

1222. Il y a *onze* modes de transmission du patrimoine : 1° hérédité ; 2° fidéicommis d'hérédité ; 3° *bonorum possessio ;* 4° *in jure cessio ;* 5° *bonorum addictio libertatum conservandarum causa ;* 6° *adrogation ;* 7° *manus ;* 8° *dominica potestas ;* 9° *bonorum sectio ;* 10° *bonorum venditio ;* 11° confiscation. Tous ces modes, sauf le troisième et le dixième, sont civils. Le deuxième et le cinquième ne remontent qu'à l'Empire. Les cinq premiers s'appliquent au patrimoine d'une personne décédée ; les trois suivants à celui d'un vivant ; les trois derniers tantôt à celui d'un vivant tantôt à celui d'un mort.

Le premier mode, HÉRÉDITÉ, se divise en deux sections ; la première, *hérédités testamentaires*, comprendra le deuxième mode ou fidéicommis d'hérédité ; la deuxième section, *hérédités ab intestat*, comprendra le troisième mode ou *bonorum possessiones*.

Les huit derniers modes n'ont guère qu'un intérêt de nomenclature, car, pour la plupart, ils ont été ou seront étudiés dans d'autres matières. Les rejetant donc tous ensemble, à la fin, dans une seule section, nous donnons de suite le tableau général des trois premiers modes, qui constituent la grande matière de la *succession en droit romain*.

PREMIER TABLEAU GÉNÉRAL DES SUCCESSIONS EN DROIT ROMAIN.

PRÉLIMINAIRES.

1223. Les mots *hérédité*, *succession* (*familia*, *hereditas*), désignent : 1° l'ensemble des biens, des droits et des dettes d'une personne morte ; 2° la transmission de cet ensemble de biens, de droits, de dettes à une autre personne qui prend le nom d'héritier, *heres* (de *herus*, maître). L'héritier succède au défunt, c'est-à-dire prend la place du défunt quant à tous ses biens, droits, dettes : « *Nihil est aliud hereditas, quam successio in universum jus, quod defunctus habuit.* » (L. 24. D. 50, 16.)

1224. En principe, la loi des Douze-Tables autorise le père à désigner lui-même son héritier, dans un acte qui s'appelle *testament*.

A défaut d'héritier institué ou valablement institué, la loi elle-même désigne un ou plusieurs héritiers dits *légitimes* ou *ab intestat*.

Il y a donc deux sortes d'hérédités : hérédité testamentaire et hérédité ab intestat; mais elles ne peuvent se cumuler : *Nemo paganus partim intestatus, partim testatus decedere potest*. Nul (si ce n'est le militaire) ne peut avoir, en même temps, un héritier légitime et un héritier testamentaire ; si donc j'ai institué un héritier pour une partie seulement, on supprime cette mention et l'institué aura toute l'hérédité.

Les Romains ont une préférence marquée pour l'hérédité testamentaire ; mourir intestat était presque une tache. L'hérédité testamentaire seule permettait au père de nommer un tuteur à ses enfants, d'affranchir des esclaves *mortis causa*, de faire des legs; et, d'un autre côté, elle empêchait l'héritier de transmettre à un tiers indifférent, avec l'hérédité, les *sacra privata*, culte spécialement affecté à la mémoire des ancêtres.

Les BONORUM POSSESSIONES sont un véritable système successoral, introduit par le préteur dans la succession testamentaire comme dans la succession ab intestat, tantôt pour *confirmer*, tantôt pour *augmenter*, tantôt pour *combattre* le droit civil.

PREMIÈRE SECTION. — HÉRÉDITÉS TESTAMENTAIRES

CHAPITRE Ier. — Du Testament.

ARTICLE 1er. — CONDITIONS NÉCESSAIRES A LA VALIDITÉ DU TESTAMENT.

§ 1er. Formes du testament.
- I. Formes générales du testament proprement dit.
- II. Capacité exigée pour être témoin dans un testament.
- III. Formes de l'institution et ses modalités.
- IV. Testament militaire.

§ 2. Capacité de tester.

§ 3. Institution et exhérédation des *sui heredes*.
- I. Exhérédation d'après le droit civil.
- II. — — prétorien.
- III. — — de Justinien.

§ 4. Institution d'héritier.
- I. Institution proprement dite.
- II. Quels sont ceux qui peuvent être institués.
- III. Distinction entre la capacité d'être institué et le *jus capiendi*.
- IV. Institution d'un esclave.
- V. Répartition de l'hérédité entre plusieurs institués.
- VI. Modalités qui peuvent affecter l'institution d'héritier.
- VII. Appendice. — Substitutions.

ARTICLE 2. — DE QUELLES MANIÈRES UN TESTAMENT EST INFIRMÉ.

ARTICLE 3. — DU TESTAMENT INOFFICIEUX.

CHAPITRE II. — De l'hérédité.

ARTICLE 1er. ACQUISITION DE L'HÉRÉDITÉ.

§ 1er. Classement des héritiers.
- I. Héritiers nécessaires.
- II. Héritiers siens et nécessaires.
- III. Héritiers externes.

§ 2. *Cessio in jure* d'une hérédité.

§ 3. Vente de l'hérédité par l'institué.

ARTICLE 2. — RÉPARTITION DE L'HÉRÉDITÉ ENTRE LES INSTITUÉS.

ARTICLE 3. — DROIT D'ACCROISSEMENT.

ARTICLE 4. — THÉORIE DES LOIS CADUCAIRES.

ARTICLE 5. CHARGES IMPOSÉES A L'HÉRITIER.

§ 1er. Des legs.
- I. Différentes espèces de legs.
- II. *Dies cedit*, — *Dies venit*.
- III. Règle catonienne.
- IV. Quelles choses peuvent être léguées.
- V. A qui le legs peut-il être fait?
- VI. Dans quelle partie du testament placer le legs.
- VII. Modalités.
- VIII. Droit d'accroissement.
- IX. Révocation, translation, extinction.
- X. Loi Falcidie.
- XI. Assimilation aux donations *mortis causa*.

§ 2. Fidéicommis.
- I. Généralités.
- II. Hérédité fidéicommissaire.
- III. Fidéicommis particulier.

Appendice. — Comparaison de l'institution d'héritiers, du legs, du fidéicommis.

APPENDICE. — DES CODICILLES.

PREMIÈRE SECTION. — HÉRÉDITÉS TESTAMENTAIRES

1225. Le testament est un acte solennel, de dernière volonté, par lequel une personne dispose de son hérédité en entier :

Un *acte solennel*, car il est soumis à des formalités nombreuses;

Un *acte de dernière volonté*, car il ne doit produire effet qu'après la mort du testateur;

Un *acte par lequel une personne dispose de son hérédité tout entière.* On va voir en effet qu'un citoyen romain ne pouvait laisser simultanément un héritier testamentaire et un héritier *ab intestat.* — *Remarquons* que l'institution d'héritier est la partie fondamentale : *caput et fundamentum totius testamenti;* c'est elle qui rend valable le testament, et, par suite, toutes les dispositions qu'il contient.

Pr. « *Testamentum ex eo appellatur quod testatio mentis est.* Le testament est ainsi appelé parce qu'il est l'attestation de la volonté. »

1226. Cette étymologie du mot *testa-mentum* est, en partie, inexacte. Le radical *testa* dérive bien des mots *testari*, *testatio*, et le testament est bien, en effet, l'attestation de la volonté. Mais la désinence *mentum*, dans *testamentum*, ne dérive pas plus du mot *mens* qu'elle n'en dérive dans les mots *incrementum*, *monumentum*, *instrumentum*, par exemple.

1227. Ulpien donne du testament la définition suivante : « *Testamentum est mentis nostræ justa contestatio, id est solemniter facta, ut post mortem nostram valeat.* » Modestin donne une définition équivalente : « *Testamentum est voluntatis nostræ justa sententia, de eo quod quis post mortem suam fieri vult.* » Ces deux définitions du testament romain sont incomplètes. — Pour qu'une définition soit parfaite, il faut qu'elle indique tous les caractères essentiels de la chose définie. Or chacune de ces définitions indique bien deux des caractères du testament romain : 1° c'est une attestation de volonté, faite en forme solennelle, *solemniter facta;* 2° elle ne doit produire d'effet qu'après la mort du testateur. Mais Ulpien et Modestin ont omis deux caractères essentiels du testament romain : 1° le testament doit contenir une institution d'héritier; 2° il doit porter sur tout le patrimoine. — On peut définir ainsi le testament romain : le testament est un acte *fait dans des formes solennelles*, *contenant une institution d'héritier*, par lequel une personne dispose de *tous* ses biens, et qui *n'aura d'effet qu'après la mort de cette personne.* — En effet, nous allons voir qu'un testament, pour être valable, doit : 1° être fait en

des formes solennelles, c'est-à-dire indiquées d'avance par la loi ; — 2° contenir une institution d'héritier ; — 3° porter sur tout le patrimoine, parce qu'un citoyen romain, à moins qu'il ne soit militaire, ne peut mourir, partie *testat*, partie *intestat* : « *Nemo paganus partim testatus, partim intestatus decedere potest.* » Le droit romain n'admet pas qu'un citoyen romain, non militaire, puisse avoir à la fois des héritiers testamentaires et des héritiers *ab intestat*. En conséquence, si un citoyen romain, non militaire, a institué un héritier pour la moitié seulement de ses biens, le testament ne sera pas nul, mais l'héritier testamentaire prendra toute la succession : les héritiers *ab intestat* n'auront rien ; — 4° le testament ne doit produire son effet qu'après la mort du testateur.

CHAPITRE PREMIER

DU TESTAMENT

ARTICLE Ier. — CONDITIONS NÉCESSAIRES A LA VALIDITÉ DU TESTAMENT

§ Ier. — FORMES DU TESTAMENT.

(*Inst.*, II, x.)

I. — Formes générales du testament proprement dit.

§ 1. « Pour que l'on n'ignore rien de l'antiquité, il faut savoir qu'autrefois deux testaments étaient en usage : l'un était fait en temps de paix, de repos, et s'appelait testament *calatis comitiis ;* l'autre, en temps de guerre et à la veille d'une bataille, et s'appelait testament *procinctum*. Plus tard, une troisième espèce de testament, appelé testament *per æs et libram*, fut en usage : il était fait par une mancipation, c'est-à-dire par une vente imaginaire contractée, en présence de cinq témoins et d'un porte-balance, citoyens romains pubères, avec celui qui s'appelait acheteur d'hérédité (*familiæ emptor*). Mais bientôt les deux premières formes de testament tombèrent en désuétude ; et le testament *per æs et libram*, resté en usage plus longtemps, finit aussi par disparaître en partie. »

§ 2. « Ces trois espèces de testaments avaient été établies par le droit civil ; mais ensuite une autre forme fut introduite par l'édit du préteur. En effet, d'après le droit prétorien, aucune mancipation n'était exigée : les cachets de sept témoins étaient suffisants, tandis que ces cachets n'étaient pas nécessaires d'après le droit civil. »

§ 3. « Mais, peu à peu, la fusion du droit civil et du droit prétorien ayant été opérée par la coutume et les constitutions impériales, il fut établi : que le testament se ferait en un seul et même temps, ce qui était exigé par le droit civil, — avec la subscription de sept témoins, ce qui avait été exigé par les constitutions impériales, — et avec les cachets de sept témoins, en vertu de l'édit du préteur. De sorte que le droit, qui régit ce testament, est tripartite : la présence des témoins et la confection du testament en un seul contexte viennent du droit civil ; les subscriptions du testateur et des témoins dérivent des constitutions impériales, les cachets et le nombre des témoins viennent de l'édit du préteur. »

§ 14. « Ce qui vient d'être dit n'est relatif qu'aux testaments faits par écrit. Mais si quelqu'un veut faire, d'après le droit civil, son testament sans écrit : en appelant sept témoins et en déclarant, devant eux, sa volonté, il fera un testament parfait et valable d'après le droit civil. »

1228. D'après les textes qui précèdent, six formes de testament ont été successivement en usage chez les Romains. Dans les premiers temps de l'existence du peuple romain, deux formes de testament étaient en usage : le testament *in calatis comitiis* et le testament *in procinctu*. Plus tard, les autres formes furent successivement introduites.

1229. 1° *Testament in calatis comitiis.* — Le testament *in calatis comitiis* était le testament fait dans les comices convoqués. Chaque citoyen devait faire approuver son testament par le peuple réuni dans les comices, qui étaient convoqués, à cet effet, deux fois par an.

1230. 2° *Testament in procinctu.* — Le testament *in procinctu* était le testament fait par un citoyen romain devant l'armée, prête à combattre et sous les armes.

Ces deux formes de testament sont indiquées par Gaïus : « Primitivement, il y avait deux espèces de testaments. En effet, les testaments se faisaient ou dans les comices convoqués, qui étaient réunis deux fois par an pour la confection des testaments, ou *in procinctu*, c'est-à-dire devant l'armée au moment où, la guerre étant déclarée, on allait au combat; car *procinctus*, c'est l'armée prête à combattre et sous les armes : « *Procinctus est expeditus et « armatus exercitus.* » On faisait donc l'un dans la paix et le repos, l'autre au moment de livrer bataille ». (Gaïus, II, § 101.)

Pourquoi les premiers Romains voulaient-ils que le testament de chaque citoyen fût fait devant le peuple réuni en comices ou devant l'armée réunie, représentant le peuple? Sans doute parce qu'ils considéraient le testament de chaque citoyen comme une loi particulière, dérogeant à la loi générale sur les successions *ab intestat*.

1231. 3° *Testament per æs et libram.* — Le testament *in calatis comitiis* et le testament *in procinctu* présentaient un inconvénient. En effet, comme les comices ne se réunissaient que deux fois par an, pour approuver les testaments, et comme l'armée n'était pas toujours sous les armes, il arrivait souvent qu'un citoyen, surpris par la mort, mourait sans avoir pu faire son testament. C'est sans doute cet inconvénient qui fit tomber en désuétude ces deux premières formes de testament, et qui détermina les Romains à en employer une nouvelle : le testament *per æs et libram*. En effet, Gaïus dit : « Celui qui n'avait pas fait un testament ni devant les

comices ni devant l'armée, s'il se sentait menacé par la mort, mancipait à un ami son hérédité (*familiam suam*), c'est-à-dire son patrimoine, et le priait de donner après sa mort, aux personnes qu'il désignait, ce qu'il voulait leur donner (c'est-à-dire les legs qu'il voulait faire); c'est ce qu'on appelle : testament *per æs et libram*, parce qu'il se fait par la mancipation. Mais les deux premières formes de testament sont tombées en désuétude. » (Gaïus, II, §§ 102, 103.)

Ce testament *per æs et libram* était une véritable mancipation que le testateur faisait de tout son patrimoine (*familia*) à l'héritier, appelé *emptor familiæ*.

Cette forme de testament présentait cet inconvénient, que la transmission du patrimoine du testateur à l'héritier, opérée par la mancipation, était irrévocable ; de sorte que, si le testateur se repentait, il ne pouvait pas révoquer l'aliénation de son patrimoine. D'un autre côté l'héritier, assuré d'avoir le patrimoine, avait intérêt à hâter la mort du testateur. (Théophile, *Paraphrase* II, x, § 1, *in fine*.) Pour éviter ces inconvénients, on ajouta à la mancipation une autre formalité : la *nuncupatio*. C'est ce que nous apprend Gaïus : « Le testament qui se fait par l'airain et la balance a été maintenu en usage. Mais aujourd'hui il n'est plus fait comme autrefois; car, autrefois, l'*emptor familiæ*, c'est-à-dire celui qui recevait du testateur la *familia* par mancipation, tenait lieu d'héritier; c'est pourquoi le testateur lui indiquait ce qu'il voulait qu'on donnât après sa mort à chaque personne qu'il désignait; tandis qu'aujourd'hui il y a une personne qui est instituée héritière, et à la charge de laquelle les legs sont laissés; une autre personne qui est employée comme *familiæ emptor*, pour la forme, par imitation de l'ancien droit. » (Gaïus, II, § 103. Ulp., *Reg.*, XX, § 2.) « La chose se fait ainsi : le testateur ayant réuni, comme dans les autres mancipations, cinq témoins citoyens romains pubères et un *libripens*, après avoir écrit les tablettes du testament, mancipe à quelqu'un, pour la forme, son patrimoine. Le *familiæ emptor* prononce ces paroles : « Que ton patrimoine passe sous ma surveillance, ma « tutelle et ma garde, pour que tu puisses faire ton testament, « conformément au droit, d'après la loi publique, et qu'il me soit « acquis par cet airain et cette balance d'airain. » Ensuite il frappe la balance avec l'airain, et donne cet airain, comme prix, au testateur. Après quoi le testateur, tenant les tablettes du testament, dit : « *Hæc ita, ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita* « *testor, itaque vos, Quirites, testimonium perhibetote.* » — *Et hoc* « *dicitur nuncupatio.* » « Ainsi qu'il est écrit dans ces tablettes, ainsi

« je donne, ainsi je lègue, ainsi je teste, et vous, Quirites, prêtez-« moi votre témoignage. » — C'est ce qu'on appelle la nuncupa-« tion. » (Gaïus, II, § 104.)

Ainsi, au temps de Gaïus, la mancipation, dans le testament *per æs et libram*, n'était plus qu'une simple formalité; le véritable testament se trouvait inscrit sur les tablettes que le testateur tenait à la main, lorsqu'il prononçait les paroles de la nuncupation. » (Ulp., *Reg.*, XX, § 9.) Les tablettes étant fermées, le nom du véritable héritier n'était pas connu, et le testateur n'avait plus â redouter les impatiences de ce dernier.

1232. 4° *Testament prétorien.* — Le droit prétorien simplifia ces formes du testament du droit civil : il n'exigea plus ni la mancipation ni la nuncupation. D'après le droit prétorien, il suffit que le testateur, après avoir écrit son testament sur des tablettes, le présente à sept témoins citoyens romains pubères, et que ces témoins y apposent leur cachet. Dans cette forme du testament prétorien, le *familiæ emptor* fictif et le *libripens* se sont transformés en témoins supplémentaires.—Lorsque le testateur a fait son testament en cette forme, le préteur donne à l'héritier, institué par ce testament, la *bonorum possessio secundum tabulas*, qui est une véritable succession déférée par le préteur. « Quand même un testament ne serait pas valable d'après le droit civil, parce qu'il n'y a eu ni *mancipatio familiæ*, ni nuncupation, pourvu que le testament soit empreint des cachets de sept témoins citoyens romains, la possession de biens est donnée. » (Ulp., *Reg.*, XXVIII, § 6.)

1233. 5° *Testament tripartite.* — Justinien, dans le § 3 de notre titre, dit qu'une fusion s'opéra peu à peu entre le droit civil et le droit prétorien, et que, par suite de cette fusion, on arriva à une nouvelle forme de testament, lequel s'appela *tripartitum*, tripartite.— Cette forme de testament fut introduite par une constitution des empereurs Théodose et Valentinien de l'an 439. D'après cette constitution, le testateur, après avoir écrit son testament, ou après l'avoir fait écrire par un autre, le présente à sept témoins citoyens et pubères, et le signe devant les témoins. Cependant, s'il l'a écrit en entier de sa main, il n'est pas nécessaire qu'il le signe devant les témoins. (L. 28, § 1, C. 6, 23.) Les témoins y apposent leur subscription, c'est-à-dire leur signature, et sur l'enveloppe leur cachet. (L. 21. C. 6, 23.)

Si le testateur veut que son testament soit secret, il le présente aux témoins, après avoir roulé et lié la partie du testament qui contient ses dispositions, et signe sur la partie restée ouverte; les témoins signent également sur cette partie du testament restée

ouverte; puis, le testament étant clos, les témoins apposent leur cachet sur l'enveloppe. (L. 21. C. 6, 23.)

Lorsque le testateur ne sait ou ne peut signer, on convoque un huitième témoin, qui signe pour lui. (L. 21. C. 6, 23.)

Ce testament est appelé *tripertitum*, tripartite, parce qu'il se compose de formalités venant, les unes du droit civil, d'autres du droit prétorien, et d'autres des constitutions impériales :—l'*unité de contexté* (c'est-à-dire la nécessité de procéder sans interruption à l'accomplissement des formalités nécessaires à la confection du testament, depuis le moment où le testament est présenté aux témoins jusqu'à ce que les témoins aient apposé leurs cachets) vient du droit civil (L. 28. C. 6, 23) ;— le nombre des témoins et leurs cachets (*signacula*) viennent du droit prétorien ;—la signature du testateur et la signature (*subscriptio*) des témoins ont été exigées par les constitutions impériales.

§ 4. « Pour assurer la sincérité des testaments, et pour empêcher toute fraude, nous avons exigé par notre constitution que le nom de l'héritier serait écrit de la main du testateur ou des témoins. »

Peu de temps après la promulgation des *Institutes*, Justinien supprima lui-même cette formalité. (*Nov.* 119, ch. IX.)

§ 5. « Tous les témoins peuvent se servir du même anneau pour apposer leur cachet. Quel inconvénient, en effet, comme l'a remarqué Pomponius, y aurait-il à ce que les témoins pussent même se servir de l'anneau d'autrui? »

A côté de son cachet, apposé sur l'enveloppe du testament, chaque témoin doit faire une mention indiquant son nom et le nom du testateur. Cette mention sert à faire savoir sur le testament de qui et par qui chaque cachet a été apposé : « *Singulos testes, qui in testamento adhibentur, proprio chirographo adnotare convenit, quis et cujus testamentum signaverit.* » (L. 30. D. 28, 1.)

§ 12. « Il importe peu que le testament soit écrit sur des tablettes, sur du papier, sur du parchemin ou sur toute autre matière. »

§ 13. « On peut faire un seul testament en plusieurs exemplaires, en observant les formalités pour tous les exemplaires. Cela est même quelquefois nécessaire; par exemple, quelqu'un se disposant à faire un voyage sur mer veut emporter avec lui et laisser dans sa maison l'attestation de sa volonté. »

1234. 6° *Testament nuncupatif.* — Le testament nuncupatif était un testament verbal. En présence de sept témoins, le testateur déclarait le nom de celui qu'il voulait avoir pour héritier. (§ 14.)

II. — De la capacité exigée pour être témoin dans un testament.

§ 6. « Peuvent être employés comme témoins tous ceux avec lesquels le

testateur a la *factio testamenti*. Mais la femme, l'impubère, l'esclave, l'insensé, le sourd, le muet, le prodigue interdit, l'*improbus* et l'*intestabilis* ne peuvent être employés comme témoins. »

1235. 1° *Règle. — Peuvent être témoins ceux avec lesquels le testateur a la factio testamenti*, c'est-à-dire ceux que le testateur peut instituer héritiers. Il ne faut pas donner à cette règle un sens trop absolu. En effet, il est des personnes qui peuvent être instituées héritières et qui ne peuvent être témoins dans un testament. — Parmi les personnes qui ne peuvent être témoins dans un testament, il en est qui ne peuvent être témoins dans le testament de qui que ce soit; on dit alors qu'elles sont frappées de l'*incapacité absolue* d'être témoins. Il en est d'autres qui ne peuvent être témoins seulement dans le testament de certaines personnes; on dit alors qu'elles sont frappées de l'*incapacité relative* d'être témoins dans le testament de certaines personnes.

1236. 2° *Incapacité absolue d'être témoin*. — Peuvent être institués héritiers, sans pouvoir être témoins dans le testament de qui que ce soit : 1° les femmes, parce qu'elles sont exclues des *officia civilia;* or la participation à la confection d'un testament, en qualité de témoin, est considérée comme un *officium civile* (L. 2. D. 50, 17); 2° l'impubère, parce qu'il n'a pas encore une intelligence suffisante pour participer aux *officia civilia;* 3° l'esclave : un esclave peut bien être institué héritier, parce que, dans l'institution d'héritier, il représente son maître, il emprunte sa capacité à la personne de son maître, et c'est son maître qui profite de l'hérédité; au contraire, dans le rôle de témoin, l'esclave ne peut représenter son maître, car le maître n'a aucun intérêt à ce que son esclave soit témoin dans un testament. Or l'esclave ne peut emprunter la capacité de son maître que lorsque le maître y a intérêt; en dehors de l'intérêt de son maître, l'esclave n'a aucune personnalité, aucune capacité juridique; 4° l'insensé; 5° le sourd; 6° le muet; 7° le prodigue interdit; le prodigue interdit était incapable de tester pour son propre compte; dès lors, on comprend qu'il ne pouvait être témoin dans le testament d'un autre : « *Is cui lege bonis interdictum est testamentum facere non potest... merito ergo nec testis ad testamentum adhiberi poterit* » (L. 18 pr. D. 28, 1); 8° l'*improbus* : d'après la loi des Douze-Tables est *improbus* celui qui, ayant été témoin ou *libripens*, refusait ensuite de donner son témoignage; il devenait incapable d'être témoin à l'avenir : « *Qui sierit testarier, libripensve fuerit ni testimonium fariatur, improbus intestabilisque esto* » (Aulu-Gelle, XV, 13); 9° les *intestabiles*. Or, étaient *intestabiles*, c'est-à-dire incapables d'être témoins : celui qui avait été condamné pour

adultère ; celui qui avait été condamné pour concussion (L. 14. L. 15. D. 22, 5) ; celui qui avait été condamné pour avoir composé des vers diffamatoires contre une personne : « *Si quis ob carmen famosum damnetur, senatus consulto expressum est ut intestabilis sit : ergo nec testamentum facere poterit, nec ad testamentum adhiberi.* » (L. 18. D. 28, 1.)

1237. Si un témoin incapable a figuré dans un testament, le testament est nul, excepté dans un cas, indiqué dans le § 7 de notre titre :

§ 7. « Comme l'un des témoins avait été, au moment de la confection d'un testament, considéré comme libre, et avait été ensuite reconnu esclave, le divin Adrien, dans un rescrit à Catonius Vérus, et ensuite Sévère et Antonin, décidèrent qu'il fallait maintenir ce testament comme aussi valable que s'il avait été fait régulièrement, puisque, au moment où le testament avait reçu les cachets des témoins, ce témoin avait été considéré comme libre et que personne ne contestait son état. »

Le testament, dans lequel avait figuré un témoin que l'on croyait libre, tandis qu'il était esclave, fut déclaré valable par les empereurs en vertu de cette maxime : « *Error communis facit jus.* »

§ 8. « Le père et le fils qui est sous sa puissance peuvent être témoins dans le même testament ; car rien ne s'oppose à ce que plusieurs témoins soient pris dans la même famille, pour un acte de droit étranger à cette famille. »

1238. Les pérégrins, n'ayant pas la *factio testamenti*, c'est-à-dire ne pouvant pas être institués héritiers par les citoyens romains, ne peuvent pas être témoins dans le testament d'un citoyen romain. — Le Latin junien, ayant la *factio testamenti*, pouvant être institué héritier, peut être témoin, bien qu'il n'ait pas le *jus capiendi*. (Ulp., *Reg.*, XX, § 8.)

La capacité est requise au moment de la confection du testament, sans qu'il y ait lieu de considérer si elle a été perdue ensuite.

On considère la capacité de chaque témoin, individuellement au regard du testateur, sans s'occuper des relations qui peuvent exister entre les témoins.

1239. 3° *Incapacité relative d'être témoin.* — Une personne peut avoir la capacité d'être témoin, et cependant être incapable de servir de témoin dans le testament de telle personne. Un père ne peut prendre pour témoin son fils qui est sous sa puissance, et à l'inverse un fils de famille ne peut prendre pour témoin son chef de famille. C'est ce que dit le § 9 :

§ 9. « Parmi les témoins ne doit pas se trouver celui qui est sous la puissance du testateur ; et, si un fils de famille veut tester sur son pécule *castrense*, ni

son père ni celui qui est soumis à la puissance de ce père ne peuvent être employés comme témoins ; car ce témoignage domestique est réprouvé. »

Justinien a suivi l'opinion de Gaïus en décidant que le père ne pouvait être témoin du testament dans lequel le fils de famille dispose du pécule *castrense*. Marcellus et Ulpien avaient l'opinion contraire.

Lorsque le testament *per æs et libram* était en usage, ni le *familiæ emptor*, ni aucun des membres de sa famille, ne pouvait être témoin, puisque l'*emptor familiæ* était le véritable héritier ; mais le véritable héritier, dont le nom était inscrit dans le testament, ne concourant pas à la confection du testament, pouvait être choisi comme témoin. — La règle précédente fut maintenue sous ses deux aspects, et on doit s'en étonner, quand l'*emptor familiæ* devint un simple figurant. Justinien enlève le droit d'être témoin à l'héritier et à tous ceux qui sont unis à lui par les liens de la même puissance :

§ 10. « Ni l'héritier institué, ni ses fils, ni le père sous la puissance duquel il est, ni ses frères soumis à la même puissance, ne peuvent être témoins; car aujourd'hui le testament est considéré comme un acte fait entre le testateur et l'héritier. En effet, les anciens, n'admettant comme témoins ni le *familiæ emptor*, ni ceux qui étaient sous sa puissance, permettaient à l'héritier et aux personnes unies à lui par la même puissance d'être témoins; néanmoins, tout en leur accordant ce droit, on leur conseillait de ne pas en abuser; mais nous, corrigeant cet usage, avons, à l'imitation de l'ancien *familiæ emptor*, enlevé à l'héritier, qui tient lieu de cet ancien *familiæ emptor*, et à ceux qui lui sont unis par la même puissance, le droit de se fournir, en quelque sorte, témoignage à eux-mêmes. »

§ 11. « Nous ne refusons pas le droit d'être témoins aux légataires, aux fidéicommissaires, ni à ceux qui leur sont unis. Bien mieux, par une constitution, nous leur avons spécialement accordé ce droit, ainsi qu'à ceux qu'ils ont sous leur puissance et à ceux sous la puissance desquels ils sont. »

1240. III. **Formes de l'institution et de ses modalités.** — Ce sont des questions si importantes qu'elles seront traitées plus loin dans un paragraphe principal. Je me contente de les signaler ici par leur titre seul.

IV. **Du testament militaire.** — (*Inst.* II, titre XI.)

1241. Les empereurs romains accordèrent aux soldats divers priviléges relativement au droit de tester.

1242. 1° *Formes.* — Le premier de ces priviléges consiste dans la dispense d'observer les formes exigées par la législation romaine pour la validité des testaments :

Pr. « L'observation des formes exigées pour la confection des testaments, que nous venons d'indiquer, a été remise par des constitutions impériales aux militaires à cause de leur trop grande impéritie; car, bien qu'ils n'aient ni em-

ployé le nombre de témoins exigé par la loi, ni observé aucune autre solennité des testaments, ils n'en testent pas moins valablement; mais il n'en est ainsi que pendant le temps qu'ils sont occupés en expédition. Ainsi, de quelque manière que la volonté du militaire soit manifestée, par écrit ou sans écrit, le testament est valable, en vertu de cette seule volonté. Mais pendant le temps que les militaires passent sans être occupés en expédition, soit dans leurs foyers, soit ailleurs, ils ne peuvent invoquer un tel privilége. Ils peuvent bien tester, même s'ils sont fils de famille, à raison de leur qualité de militaires, mais en observant les formes exigées pour les testaments de ceux qui ne sont pas militaires. »

1243. D'après le jurisconsulte Ulpien, la dispense d'observer les formes du testament imposées aux autres citoyens fut accordée d'abord aux soldats, par Jules César d'une manière temporaire, et renouvelée ensuite par les empereurs Titus, Domitien, Nerva et Trajan. (L. 1 pr. D. 29, 1.)

1244. Justinien, dans le *principium* de notre titre, dit que cette dispense fut accordée aux soldats, par les constitutions impériales, à cause de leur trop grande impéritie, *propter nimiam imperitiam.* Ce n'est pas là le vrai motif de cette dispense; ce qui le prouve, c'est que les soldats ont été, comme nous le verrons, dispensés par les empereurs, non-seulement des formes ordinaires du testament, mais encore de l'observation de certaines règles de droit applicables aux testaments des citoyens non militaires. En réalité, les empereurs, en accordant ces priviléges aux soldats, n'avaient d'autre but que de leur être agréables et de s'assurer de leur dévouement.

1245. Le testament du militaire n'est soumis à aucune forme. Le militaire peut tester par écrit ou sans écrit, c'est-à-dire verbalement. S'il fait un testament écrit, la présence d'aucun témoin n'est exigée. S'il teste verbalement, ses dernières volontés pourront être prouvées même par un seul témoin.

Toutefois, si un militaire a testé verbalement, il faut examiner si sa volonté a été sérieusement exprimée. C'est ce que recommande un rescrit de l'empereur Trajan, reproduit dans le § 1 de notre titre :

§ 1. « Relativement aux testaments des militaires, le divin Trajan a adressé à Statilius Sévérus le rescrit suivant : « Le privilége donné aux militaires, en « vertu duquel leur testament, fait de quelque manière que ce soit, est valable, « doit être compris ainsi : qu'il soit d'abord certain qu'un testament a été fait, « eût-il été fait sans écrit, car le testament sans écrit peut aussi être fait par « ceux qui ne sont pas militaires. En conséquence, si le militaire, relativement « au bien duquel un procès a été porté devant toi, ayant appelé des témoins « pour leur exprimer sa volonté, leur a déclaré qui il voulait pour héritier, et « à qui il accordait la liberté, il peut être considéré comme ayant fait un testa- « ment sans écrit, et sa volonté doit être observée. Si, au contraire, comme cela

« arrive souvent dans une conversation, il a dit à quelqu'un : *Je te fais mon* « *héritier*, ou : *Je te laisse mes biens*, il ne faut pas voir là un testament. Du « reste, il importe surtout à ceux auxquels ce privilége a été accordé qu'un « pareil exemple ne soit pas admis. Autrement, après la mort d'un militaire, il « se trouverait facilement des témoins qui affirmeraient l'avoir entendu dire « qu'il laissait ces biens à tel que bon leur semblerait; et par là se trouveraient « dénaturées les véritables intentions. »

§ 2. « Bien plus, le militaire muet ou sourd peut faire son testament. »

1246. *Pendant combien de temps les militaires jouissent-ils de ce privilége?* — I. *Avant Justinien*, il paraît certain que la dispense des formes était accordée au militaire pendant toute la durée du service, même en temps de paix; elle était même accordée au vétéran (*post missionem*). Dans tous les cas, quoique cela ait été à tort contesté, Justinien innove (*Nostra constitutio* INTRODUXIT...) en décidant que la dispense des formes ne s'applique qu'au testament fait pendant le cours d'une expédition. Cependant les constitutions 1 et 15 (C. 6, 21), qui sont d'empereurs antérieurs à lui, n'accordent aussi la dispense d'observer les formes du testament qu'aux militaires qui sont *in expeditione occupati*. Mais la plupart des interprètes pensent que les compilateurs du Code ont modifié ces deux constitutions pour les mettre en harmonie avec l'innovation introduite par Justinien.

Quoi qu'il en soit, le vétéran et le militaire, qui n'est pas *in expeditione occupatus*, doivent faire leur testament *jure communi omnium civium romanorum*, c'est-à-dire en observant les formes imposées aux citoyens romains non militaires. — Le testament fait, sans observation des formes ordinaires, par un militaire *in expeditione occupatus* ne reste valable que pendant un an, à partir de la cessation du service, *post missionem*. Toutes ces règles sont indiquées dans le § 3 :

§ 3. « Toutefois ce privilége n'a été accordé aux militaires par les constitutions impériales qu'autant qu'ils sont au service et dans les camps. Mais les vétérans, après leur service terminé, et les militaires en service, hors du camp, s'ils font leur testament, doivent le faire d'après le droit commun à tous les citoyens. Le testament qu'ils ont fait dans les camps, non d'après le droit commun, mais par leur seule volonté, ne sera valable après l'expiration de leur service que pendant une année. Que décider si le testateur meurt dans l'année, tandis que la condition imposée à l'héritier ne s'accomplit qu'après l'année? Le testament vaudra t-il comme testament d'un militaire? On admet qu'il vaudra comme testament d'un militaire. »

1247. Un citoyen romain fait un testament nul pour défaut de formes et devient militaire; si, étant *in expeditione occupatus*, il manifeste la volonté de valider son testament, par exemple, en y

ajoutant ou en en retranchant quelque disposition, le testament devient valable :

§ 4. « Quelqu'un, avant d'être militaire, a fait un testament non conforme au droit, il est ensuite devenu militaire ; puis, occupé en expédition, il l'a ouvert, et il y a ajouté ou en a retranché quelque chose, ou il a manifesté d'une autre manière sa volonté de militaire que son testament fût valable. Il faut décider que ce testament est valable comme par la nouvelle volonté d'un militaire. »

§ 5. « Enfin, si un militaire s'est donné en adrogation, ou bien, si, fils de famille, il a été émancipé, son testament sera valable comme par une nouvelle volonté du militaire, et ne sera pas considéré comme annulé par la *capitis deminutio*. »

Ce § 5 sera expliqué dans le titre : *Quibus modis testamenta infirmantur*. (*Inst.*, II, XVII. — V. n° 1349.)

2° *Capacité de tester.*

§ 6. « Il faut savoir qu'à l'imitation du pécule *castrense*, des lois antérieures et des constitutions impériales avaient permis à certaines personnes d'avoir un pécule *quasi-castrense*, et il avait été permis à quelques-unes d'en disposer par testament, bien qu'elles fussent en puissance paternelle. Notre constitution, par extension de cette faveur, a permis à tous ceux qui ont un de ces pécules d'en disposer par testament, mais d'après les formes du droit commun. En examinant la teneur de cette constitution, il sera facile à chacun de connaître tout ce qui concerne ce droit particulier.

1248. La constitution par laquelle Justinien accorda aux fils de famille le droit de disposer de leur pécule *quasi-castrense* est la constitution 37 *De inofficioso testamento*. (C. 3, 28.)

3° *Capacité de recevoir*. — Les pérégrins, les déportés, etc., incapables en général de recevoir *ex testamento*, peuvent recevoir d'un militaire.

4° *Validité du testament*. — Le testament d'un militaire n'est pas infirmé, ne devient pas *irritum*, dans le cas où le testament d'un *paganus* le serait.

5° *Étendue des dispositions testamentaires*. — Les militaires peuvent laisser un héritier testamentaire et un héritier *ab intestat*, et par suite instituer un héritier *ex certo die*, ou *ad certum diem ;* ils peuvent laisser plusieurs testaments qui tous seront exécutés ; ils disposent de leur hérédité par codicilles ; et, ce qui rentre plutôt dans les *formes*, ils sont dispensés de la nécessité d'instituer ou d'exhéréder les héritiers siens ; il leur suffit de les passer sous silence pour les exhéréder.

§ II. — CAPACITÉ DE TESTER. — DE CEUX A QUI IL N'EST PAS PERMIS DE TESTER.

(*Inst.*, II, XII.)

Pr. « Il n'est pas permis à toutes personnes de faire un testament. Et d'abord ceux qui sont soumis à la puissance d'autrui n'ont pas le droit de faire un tes-

tament, de sorte qu'ils ne peuvent tester même avec la permission de leurs ascendants, excepté ceux que nous avons énumérés auparavant, principalement les militaires, qui sont en puissance paternelle, et auxquels il a été permis par les constitutions impériales de faire un testament pour ce qu'ils ont acquis dans les camps. Ce droit ne fut tout d'abord accordé par Auguste, Nerva et Trajan qu'à ceux qui étaient militaires; mais il fut accordé ensuite, par une décision du divin Adrien, même à ceux qui avaient accompli le temps de leur service militaire, c'est-à-dire aux vétérans. En conséquence, s'ils ont disposé par testament de leur pécule *castrense*, ce pécule appartiendra à l'héritier par eux institué. Si, au contraire, ils sont morts sans faire de testament, et sans laisser ni enfants ni frères, leur pécule appartiendra, en vertu du droit commun, *jure communi*, à leur chef de famille. De là nous pouvons conclure que les biens, acquis dans les camps par le soldat soumis à la puissance de son père, ne peuvent lui être enlevés par son père, ni saisis ou vendus par les créanciers de son père; et que, le père étant mort, ces biens ne sont pas communs avec les frères, mais propres à celui qui les a acquis dans les camps. Il en est ainsi, bien que, d'après le droit civil, les pécules de ceux qui sont en puissance paternelle soient compris dans les biens des chefs de famille, de même que les pécules des esclaves sont compris dans les biens de leurs maîtres, à l'exception des biens qui, pour diverses causes, en vertu des constitutions, et principalement en vertu des nôtres, ne sont pas acquis aux chefs de famille. En dehors de ceux qui ont un pécule *castrense* ou *quasi-castrense*, si tout autre fils de famille fait un testament, ce testament est nul, quand le testateur serait ensuite devenu *sui juris*. »

1249. I. **Du droit de tester.** — Les interprètes du droit romain appellent *factio testamenti active* le droit de faire un testament. Toute personne n'a pas le droit de faire un testament. Ce droit n'appartient qu'à ceux à qui il a été accordé par la loi. Or, la loi des Douze-Tables n'accordait le droit de tester qu'aux *patres familias*, en ces termes : « *Uti quique paterfamilias legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto.* »

En conséquence, n'ont pas le droit de tester :

1° Les esclaves. Nous savons que, par exception, l'esclave public peut tester. (N° 344.)

2° Les Latins juniens. Le Latin junien a le *jus commercii*, ou droit d'acquérir et d'aliéner par les modes du droit civil romain; il peut être propriétaire; mais il ne peut pas disposer de ses biens par testament, bien que la *factio testamenti*, ou droit de disposer de ses biens par testament, rentre dans le *jus commercii*. A la mort du Latin junien, ses biens revenaient à son patron, qui les prenait, non en vertu d'un droit de succession, mais *jure peculii*, comme s'il reprenait les biens de son esclave décédé. (N° 409.)

3° Les affranchis déditices. (N° 414.)

4° Le déporté, parce qu'il a perdu la qualité de citoyen.

5° Les apostats et quelques sectes hérétiques.

6° Les fils de famille. A l'époque de la loi des Douze-Tables, les fils de famille ne pouvant être propriétaires, puisque tout ce qu'ils

acquéraient était acquis à leur *pater familias*, ne pouvaient pas tester. Plus tard, lorsque les fils de famille purent être propriétaires, ils ne purent tester même avec la permission de leur père : « *Qui in potestate parentis est, testamenti faciendi jus non habet : adeo ut, quamvis ei permittat, nihilo magis tamen jure testari possit.* » (L. 6. D. 28, 1.) En effet, la *factio testamenti*, ou droit de faire un testament, est un droit public qui ne peut être accordé par un particulier : « *Testamenti factio non privati sed publici juris est.* » (L. 3. D. 28, 1.) — Les empereurs Auguste, Nerva et Trajan accordèrent le droit de disposer par testament de leur pécule *castrense* aux fils de famille militaires, *tantum militantibus*. Mais une constitution d'Adrien accorda ce droit même aux vétérans. — Si le fils de famille, militaire ou vétéran, dispose par testament de son pécule *castrense*, le pécule appartiendra à celui qu'il a institué. Mais s'il est mort intestat, le pécule sera pris par son père *jure peculii*, c'est-à-dire par droit de pécule, en vertu de la puissance paternelle. (L. 1. L. 2. D. 49, 17.) Tel était le droit antérieur à Justinien. Mais Justinien décide que le père ne prendra le pécule *castrense*, *jure communi*, qu'autant que le fils de famille, mort intestat, ne laissera ni enfants ni frères. (Pr. de n. t.) — Que signifient ces mots *jure communi*? Certains interprètes pensent qu'ils signifient *jure peculii*, par droit de pécule ; d'autres pensent qu'ils signifient *jure successionis*, par droit de succession. Telle est l'opinion de M. Demangeat, reproduisant celle de Vinnius ; il s'appuie sur ce que les enfants et les frères du *filius familias*, venant certainement à titre d'héritiers, le père, à leur défaut, doit venir au même titre.

1250. Du reste, cette discussion n'est pas sans un grand intérêt pratique ; en effet : I. Le père vient-il *jure successionis*? 1° Il est tenu des dettes au delà des biens du pécule, s'il n'a pas accepté sous bénéfice d'inventaire ; 2° l'action des créanciers durera trente ans ; 3° la revendication des biens du pécule aura lieu en masse par la *petitio hereditatis*. II. Le père vient-il au contraire *jure peculii*? 1° Il n'est tenu des dettes que dans la limite du pécule ; 2° il n'est tenu de l'action *de peculio* que pendant l'année qui suit le décès du fils ; 3° il sera obligé de revendiquer tous les biens du pécule, chacun en particulier, car la revendication proprement dite ne peut s'appliquer à une *universitas juris* comme le pécule.

1251. Nous savons qu'un fils de famille pouvait avoir un pécule *quasi-castrense* ; mais il ne pouvait en disposer par testament, car aucune constitution ne lui avait accordé ce droit. Ce n'est que Justinien qui accorda aux fils de famille le droit de disposer par testament de leur pécule *quasi-castrense*, comme il le dit dans le § 6

du titre précédent. (T. XI.) — Quant aux biens de leur pécule adventice, les fils de famille ne purent en disposer par testament, à aucune époque, pas même à l'époque de Justinien (pr. de n. t.); mais ils pouvaient en disposer par donation à cause de mort, avec la permission de leur père. (L. 25, § 1. D. 39, 6.)

7° Les femmes. Les *filiæ familias*, c'est-à-dire les femmes en puissance paternelle, ne peuvent tester à aucune époque du droit romain, car elles ne sont propriétaires d'aucun bien, n'ayant aucune espèce de pécule. — Tant que la forme du testament *in calatis comitiis* fut en usage, les *matres familias*, c'est-à-dire les femmes *sui juris*, ne purent tester, parce que l'entrée des comices leur était interdite. Lorsque les autres formes de testament furent introduites, les femmes *sui juris* ne purent tester qu'après avoir fait la *coemptio fiduciæ causa*, *testamenti faciendi gratia*. Mais un sénatusconsulte, rendu sur la proposition d'Adrien, dispensa les femmes de la nécessité de faire *coemptio* pour pouvoir tester. (N° 597.) Dès lors, les femmes *sui juris*, tant qu'elles furent soumises à la tutelle perpétuelle, ne purent tester qu'avec l'*auctoritas* de leur tuteur. (N° 705.) — Dans le dernier état du droit romain, la tutelle perpétuelle des femmes ayant disparu, les femmes *sui juris* et nubiles peuvent tester.

1252. II. **De l'exercice du droit de tester.** — Pour pouvoir tester, il ne suffit pas d'avoir *le droit* de faire un testament, il faut encore avoir *l'exercice* de ce droit. On dit que celui, qui a le droit et l'exercice du droit de tester, est capable de tester. Pour que le testament soit valable, à quels moments doivent exister chez le testateur le droit de tester et l'exercice de ce droit? D'après le droit civil romain, le droit de tester doit exister, chez le testateur: 1° au moment de la confection du testament; 2° au moment de la mort du testateur; 3° et pendant tout le temps intermédiaire. Quant à l'exercice du droit de tester, il suffit qu'il existe, chez le testateur, au moment de la confection du testament.

1253. Nous savons qu'en principe le droit de tester n'appartient qu'aux *patres familias*. Mais, parmi les *patres familias*, il en est qui, ayant *le droit* de tester, n'ont pas *l'exercice* de ce droit. Ce sont :

1° Les impubères; 2° l'insensé, *furiosus* :

§ 1. « Ne peuvent faire un testament : les impubères, parce qu'ils n'ont aucun jugement; les fous, parce qu'ils manquent de raison. Et il importe peu que l'impubère soit devenu pubère, que le fou ait recouvré la raison avant de mourir. Toutefois, si les fous testent dans un intervalle lucide, leur testament est valable; de même, il est certain que le testament qu'ils ont fait avant leur

démence est valable, car la démence qui survient ne rend nuls ni les testaments, ni les autres actes de droit faits auparavant. »

L'impubère, citoyen romain et *sui juris*, a bien le droit de tester; mais il n'a pas l'exercice de ce droit. Le testament, qu'il a fait étant impubère, reste nul, même lorsqu'il est devenu pubère, parce qu'au moment où il a fait son testament il n'avait pas l'exercice du droit de tester; or nous savons que, pour que le testament soit valable, il faut que l'exercice du droit de tester existe chez le testateur au moment de la confection du testament. De même, le citoyen romain *sui juris* en démence a bien le droit de tester, mais il n'a pas l'exercice de ce droit; et le testament qu'il a fait pendant sa démence reste nul, même après qu'il a recouvré la raison, parce qu'au moment où il a fait son testament il n'avait pas l'exercice du droit de tester; or, pour que le testament soit valable, il faut que l'exercice du droit de tester existe chez le testateur au moment de la confection du testament. Le testament fait par un homme sain d'esprit, qui tombe ensuite en démence, est valable, parce qu'au moment où il a fait son testament il avait l'exercice du droit de tester. De même, le testament fait par un homme habituellement en démence, mais pendant un intervalle lucide, est valable, parce que, pendant les intervalles lucides, il a l'exercice du droit de tester, l'obstacle à l'exercice de son droit de tester, c'est-à-dire la démence, disparaissant alors.

3° Le prodigue interdit :

§ 2. « De même le prodigue, auquel l'administration de ses biens a été enlevée, ne peut faire un testament; mais celui qu'il aurait fait avant son interdiction serait valable. »

Le citoyen romain, prodigue interdit, a le droit de tester, mais il n'a pas l'exercice de ce droit, voilà pourquoi le testament qu'il fait n'est pas valable. Mais le testament qu'il aurait fait avant son interdiction serait valable, parce que, avant son interdiction, il avait l'exercice du droit de tester.

4° Le sourd et le muet. Dans l'ancien droit romain, le sourd et le muet étaient complétement privés de l'exercice du droit de tester, « parce que, dit Ulpien, le muet ne peut prononcer ni les paroles de la nuncupation et de la *mancipatio* du testament *per æs et libram*, ni la déclaration solennelle et *orale* pour le testament *calatis comitiis* et *procinctu*, et que le sourd ne peut entendre les paroles du *familiæ emptor*. » (Ulp., *Reg.*, XX, § 13.) La preuve que cette incapacité provenait bien de la forme que nécessitait le testament, c'est qu'elle disparut en principe, dès que le testament ne né-

cessita plus de paroles solennelles, de demandes et de réponses :

§ 3. « Le sourd et le muet ne peuvent pas toujours faire un testament. Par sourd, il faut entendre celui qui n'entend absolument pas et non celui qui entend avec difficulté. Il arrive souvent que des hommes lettrés et instruits perdent, par suite de divers accidents, la faculté d'entendre et de parler. Aussi notre constitution est venue à leur secours pour qu'ils puissent tester dans les cas et selon les formes indiqués dans cette constitution, et aussi faire les autres actes qui leur sont permis. Si quelqu'un, ayant fait son testament, est devenu sourd et muet par suite de quelque accident, son testament est néanmoins maintenu. »

Par cette constitution mentionnée au § 3, Justinien décide que le sourd-muet de naissance restera incapable de tester ; que celui qui est sourd sans être muet pourra tester ; que celui qui est devenu sourd et muet par suite de quelque accident, et celui qui est muet sans être sourd, pourront tester, s'ils savent écrire. (L. 10. C. 6, 22.)

Nous avons vu que le militaire devenu sourd ou muet peut tester. (*Inst.*, II, XI, § 2. — L. 4. D. 29, 1.)

5° L'aveugle :

§ 4. « L'aveugle ne peut faire un testament qu'en observant les formes introduites par la constitution du divin Justin, notre père. »

Par une application des principes exposés ci-dessus, au sujet de la privation de l'exercice du droit de tester imposée aux sourds-muets dans l'ancien droit, quand le testament devait être fait en *forme orale*, rien n'empêchait l'aveugle de tester, mais la difficulté surgit quand on testa par écrit ; c'est pour y remédier que fut promulguée la constitution de Justin par laquelle il donne à l'aveugle deux moyens de faire son testament : 1° le testament de l'aveugle pourra être écrit par un *tabularius*, sous la dictée du testateur, en présence de sept témoins convoqués ; 2° l'aveugle peut faire écrire son testament par une autre personne, mais ensuite le testament sera lu à l'aveugle par un *tabularius*, en présence de sept témoins convoqués. La présence du *tabularius* est une garantie contre la falsification des volontés de l'aveugle : c'est par la même raison de garantie que nous avons vu intervenir un huitième *subscriptor* dans le testament de celui qui ne sait pas signer. (L. 8. C. 6, 22.)

Remarque. — Il est bien entendu que la folie, l'interdiction, la surdité, le mutisme, survenus depuis la confection du testament, ne l'annulent pas ; mais, à l'inverse, la disparition de ces causes d'incapacité, et l'arrivée à la puberté, ne valident pas le testament fait par l'impubère, le fou, l'interdit, le sourd, le muet.

6° Le citoyen romain captif chez l'ennemi :

§ 5. « Le testament fait par celui qui est captif chez l'ennemi n'est pas valable, même si le captif revient; mais celui qu'il a fait lorsqu'il était encore dans la cité est toujours valable : en vertu du *jus postliminii*, s'il revient; en vertu de la loi *Cornelia*, s'il meurt chez l'ennemi. »

Le citoyen romain fait captif par l'ennemi devient esclave; en conséquence, il perd le droit de tester, et, par suite, l'exercice de ce droit. Le testament par lui fait pendant sa captivité est nul et reste nul, quand même il parviendrait à s'échapper et reviendrait à Rome. En effet, son testament ne serait pas validé par l'effet du *postliminium*, parce que le *jus postliminii* ne s'applique qu'aux droits et non aux faits. Or le *postliminium* restituera bien rétroactivement au captif de retour le droit de tester, mais il ne lui restituera pas rétroactivement l'exercice du droit de tester, car la confection d'un testament est un fait auquel ne s'applique pas le *jus postliminii*. — Au contraire, si un citoyen romain, ayant fait son testament, a été fait captif par l'ennemi, et s'est ensuite échappé pour revenir à Rome, son testament, fait avant sa captivité, se trouve validé parce qu'au moment où il a fait son testament il avait le droit de tester et l'exercice de ce droit; or, pour qu'un testament soit valable, il faut que le testateur ait le droit de tester au moment de la confection du testament, au moment de sa mort, et pendant le temps intermédiaire; par l'effet du *postliminium*, le captif de retour sera rétroactivement restitué dans son droit de tester, sera considéré comme n'ayant jamais perdu ce droit; et comme, au moment où il a fait son testament, il avait l'exercice du droit de tester, le testament se trouve complétement valable. Cette décision est contraire aux principes généraux d'après lesquels le testament devait être *nul*, à cause de la *maxima capitis deminutio* encourue par le fait de la captivité. — Cette observation s'applique également et à *fortiori* au cas suivant : — Si un citoyen romain, après avoir fait son testament, est fait captif par l'ennemi et meurt pendant sa captivité, il est considéré, en vertu d'une fiction établie par une loi Cornélia, comme mort dès le commencement de sa captivité, et, par suite, comme mort à un moment où il avait encore le droit de tester et l'exercice de ce droit; en conséquence, son testament reste valable. Cette loi Cornélia, appelée *lex Cornelia de falsis* ou *lex Cornelia testamentaria*, rendue en 686 de Rome, avait été faite pour punir les faux commis en matière de testament.

1254. III. **Droit prétorien.** — Nous savons que, d'après le droit civil, pour qu'un testament soit valable, il faut que le droit de tester existe chez le testateur au moment de la confection du testament, au moment de sa mort, et pendant le temps intermédiaire.

Au contraire, d'après le droit prétorien, il suffit que le droit de tester existe chez le testateur au moment de la confection du testament, et au moment de sa mort; le droit prétorien n'exige pas que le droit de tester existe chez le testateur pendant le temps intermédiaire. (L. 1, § 8. D. 37, 11.) Nous avons vu une règle analogue au sujet de la situation de l'enfant dont la mère a changé de condition entre la conception et l'accouchement. Quant à l'exercice du droit de tester, le droit prétorien, comme le droit civil, exige qu'il existe au moment de la confection du testament. Pourvu que le testateur ait eu le droit de tester au moment de la confection du testament, et au moment de sa mort, et qu'il ait eu l'exercice du droit de tester au moment de la confection du testament, le préteur donne à l'héritier institué la *bonorum possessio secundum tabulas*.

§ III. — INSTITUTION ET EXHÉRÉDATION DES SUI HEREDES.

(*Inst.*, II, XIII.)

1255. D'après la loi des Douze Tables, le chef de famille avait la liberté pleine et entière de disposer de ses biens par testament : « *Uti quique pater familias legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto.* » (L. 120. D. 50, 16.) En conséquence, un chef de famille pouvait dépouiller ses enfants de sa succession en instituant pour héritier un tiers. Mais, dès avant la fin de la République, les prudents firent admettre cette règle que le chef de famille, qui ne voudrait pas laisser ses biens à ses enfants, soumis à sa puissance, devrait les exhéréder; faute de quoi, le testament serait absolument nul, *injustum*, *imperfectum*. Pour justifier cette règle, les prudents firent le raisonnement suivant : du vivant du chef de famille, les enfants soumis à sa puissance sont considérés comme copropriétaires avec lui, de sorte qu'à la mort du chef ils ne sont pas considérés comme recueillant une succession, mais plutôt comme prenant la libre administration de leurs biens : « *Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur; sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur.* » (L. 11. D. 28, 2.)

Puisque les jurisconsultes considéraient les enfants comme copropriétaires avec leur chef de famille, il semble qu'ils auraient dû en conclure que le chef de famille ne pourrait pas dépouiller ses enfants de leur droit de copropriété; et, cependant, il lui fut permis de les dépouiller en les exhérédant. Pourquoi? Parce qu'en réalité cette idée de copropriété n'était qu'une fiction qui devait fléchir devant la puissance paternelle. En effet, le *pater familias*

était maître absolu dans sa famille ; il pouvait mettre à mort ses enfants ; s'il pouvait les tuer, à plus forte raison pouvait-il leur enlever leur droit de copropriété fictive. Mais la fiction de copropriété eut néanmoins cette conséquence que le père, pour dépouiller ses enfants, dut les exhéréder, sinon son testament était nul.

A partir du moment où la nécessité de l'exhérédation fut admise, le testateur, qui avait des enfants, dut ou les instituer ou les exhéréder, pour que son testament fût valable.

La matière de l'exhérédation a été régie par trois législations différentes : 1° par le droit civil ; 2° par le droit prétorien ; 3° par la législation de Justinien.

1256. I. **De l'exhérédation d'après le droit civil.** — D'après le droit civil, le citoyen qui veut exhéréder ses enfants n'est pas tenu d'exhéréder tous les enfants et descendants soumis à sa puissance : il n'est tenu d'exhéréder que ses *héritiers siens*. Or, sont ses héritiers siens ses enfants et descendants soumis directement et immédiatement à sa puissance : ses fils ; ses filles ; sa femme *in manu* qui est, vis-à-vis de lui, *loco filiæ ;* la femme de son fils soumis à sa puissance, qui est, vis-à-vis de lui, *loco neptis ;* puis ses petits-fils, petites-filles, nés d'un fils prédécédé ou émancipé. Mais si le testateur a des petits-fils, nés d'un fils qu'il a encore sous sa puissance, il n'est pas tenu de les exhéréder, car, n'étant pas directement et immédiatement sous sa puissance, ils ne sont pas ses héritiers siens :

Pr. « Pour qu'un testament soit complétement valable, l'observation des règles que nous avons exposées ci-dessus ne suffit pas. En effet, celui qui a un fils sous sa puissance doit avoir soin de l'instituer héritier ou de l'exhéréder nominativement. Que s'il l'a passé sous silence, il aura testé inutilement, de telle sorte que, si son fils meurt avant lui, personne ne pourra être héritier en vertu de ce testament, qui n'a pas été valable dès le principe. Pour les filles et les autres descendants par les mâles, de l'un ou de l'autre sexe, la règle n'était pas la même dans l'antiquité : s'ils n'avaient été ni institués héritiers, ni exhérédés, le testament n'était pas nul, mais un droit d'accroissement leur était donné pour une certaine portion (*sed jus adcrescendi eis præstabatur ad certam portionem*). En outre, les ascendants n'étaient pas dans la nécessité de les exhéréder nominativement, il leur était permis de les exhéréder *inter cæteros*. Celui-là est exhérédé nominativement, qui est exhérédé en ces termes : « Que Titius, mon fils, soit exhérédé ; » ou bien encore de cette manière : « Que « mon fils soit exhérédé, » sans ajouter son nom, pourvu qu'il n'y ait pas d'autre fils. »

1257. 1° *Exhérédation des fils.* — Le testateur qui a sous sa puissance des fils, s'il ne veut pas leur laisser ses biens, doit les exhéréder *nominativement*, *nominatim* : « *Titius et Caius, filii mei, exheredes sunto.* » S'il les omet, c'est-à-dire s'il les passe sous silence dans son testament, ou s'il les exhérède *inter cæteros* : « *Cæteri*

exheredes sunto, » le testament est nul. Mais si le fils, ainsi omis ou exhérédé *inter cæteros*, vient à mourir avant le testateur, comme la règle est établie dans son intérêt, il a paru raisonnable aux Proculiens de décider que le testament sera désormais validé. Les Sabiniens, au contraire, suivis en cela par la pratique et par Justinien, s'en tiennent à la rigueur des principes ; dès que le testateur a violé la règle, il n'a rien été fait de valable, et dès lors, le fils disparaissant, il n'y a pas de raison pour valider un acte nul dans le principe. (Gaïus, II, § 123. — Pr. de n. t.)

L'institution et l'exhérédation du fils doivent être faites purement et simplement : toute condition ajoutée à l'*exhérédation* d'un fils la rend nulle, parce que si la condition ne se réalisait pas, le fils se trouverait n'avoir été ni institué ni exhérédé (L. 28 pr. D. 28, 2) ; — et même, la condition se réalisant, le testament n'en serait pas moins nul, puisqu'au moment où il a été fait on ne pouvait affirmer que le fils fût institué ou exhérédé. Par exception, il avait été admis qu'un fils pourrait être *institué* sous condition potestative, c'est-à-dire sous une condition dépendante de sa volonté, *quæ est in potestate ipsius*. Si le fils accomplissait la condition, il était héritier ; s'il ne l'accomplissait pas, il n'était pas héritier ; mais le testament restait néanmoins valable et produisait ses effets au profit des autres institués. (L. 4. D. 28, 5.) Bien plus, si le testateur a formulé la condition de la façon suivante : « J'institue mon fils si tel événement arrive ; et je l'exhérède si cet événement n'arrive pas, » le testament n'est pas nécessairement valable ; car, le fils mourant *pendente adhuc conditione*, se trouve n'avoir été ni institué ni exhérédé, et le testament sera nul.

Les fils doivent être exhérédés *nominatim*, nominativement ; par exemple, le testateur dira : « *Mævius*, *filius meus*, *exheres esto*. » Si le testateur n'a qu'un fils, il peut l'exhéréder ainsi : « *Filius meus exheres esto*. » (Pr. de n. t.)

1258. 2° *Exhérédation des filles, de la femme in manu, de la bru, des petits-fils et petites-filles nés d'un fils prédécédé ou émancipé.* — Le testateur doit pareillement instituer ou exhéréder ses filles, sa femme *in manu*, qui est *loco filiæ*, sa bru, si elle est *loco neptis*, et ses petits-fils ou petites-filles nés d'un fils prédécédé ou émancipé, car toutes ces personnes, étant directement et immédiatement sous sa puissance, sont ses héritiers siens. Mais si le testateur les a omis, c'est-à-dire ne les a ni institués ni exhérédés, le testament n'est pas nul : les filles, petits-fils, petites-filles, la femme *loco filiæ*, la bru *loco neptis*, omis, ont un droit d'accroissement, pour une certaine portion, dit Justinien : « *Jus adcrescendi præstabatur ad certam*

portionem. » Qu'est-ce que ce droit d'accroissement? Gaïus l'explique de la manière suivante : « Quant aux autres enfants (autres que les fils), si le testateur les a omis, le testament est valable. Les personnes omises accroissent le nombre des héritiers institués, pour une part : une part virile, si ce sont des héritiers siens qui ont été institués; la moitié si ce sont des héritiers externes. » (Gaïus, II, § 124.) Ainsi ce *jus adcrescendi* consiste en ce que les filles, petits-fils, petites-filles omis viennent accroître le nombre des héritiers institués par le testament dans lequel ils ont été omis. Les filles, petits-fils, petites-filles viennent accroître le nombre des héritiers institués, en ce sens qu'ils sont considérés fictivement comme des héritiers institués venant en concours avec les héritiers institués dans le testament. Ils ne peuvent pas venir comme héritiers *ab intestat*, en concours avec les héritiers institués dans le testament, parce que : *nemo paganus partim testatus partim intestatus decedere potest.* En d'autres termes, lorsque les filles, petits-fils, petites-filles ont été omis, le testament n'est pas nul; mais les filles, petits-fils, petites-filles omis viennent, en concours avec les héritiers institués par le testament, partager la succession, comme s'ils avaient été eux-mêmes institués.

Mais quelle portion de la succession les filles, petits-fils, petites-filles omis, venant en concours avec les héritiers institués, prendront-ils? Il faut distinguer : si les héritiers institués par le testament sont des héritiers siens, les omis prendront chacun une part virile, c'est-à-dire une part égale à celle des héritiers institués. Ainsi le testateur a institué pour héritiers ses deux fils et a omis sa fille? La fille omise prendra le tiers de la succession. — Si les héritiers institués par le testament sont des héritiers externes, les filles, petits-fils, petites-filles omis, prennent à eux tous la moitié de la succession. (Gaïus, II, § 124. — Paul, *Sent.*, III, IV *b*, § 8.)

1259. Que décider si le testateur a institué en même temps des *sui* et des *extranei?* — Le problème est insoluble, car la part de la personne omise doit être simultanément égale à celle des institués *sui*, et à la moitié de la part totale des institués *extranei.* Paul propose une solution qui aboutit à un résultat absurde. M. Demangeat propose de donner à la personne omise la *moyenne* entre ce qu'elle aurait si tous les intéressés étaient *sui*, et ce qu'elle aurait si tous étaient *extranei*.

Les filles, petits-fils, petites-filles omis venant prendre une part de la succession, en concours avec les héritiers institués, doivent contribuer au paiement des legs. (L. 4. C. 6, 28.)

Pour exhéréder les *sui* autres que le fils, il suffit de les exhéréder *inter cæteros.*

Il y a donc deux différences entre le fils et les autres *sui* : le fils doit être exhérédé *nominatim;* son omission annule le testament. Les autres sont exhérédés *inter cæteros*, et leur omission ne leur donne que le droit de concourir.

1260. 3° *De l'exhérédation des posthumes.* — On entend par posthume l'enfant qui naît après la mort de son père. — D'après le droit civil primitif, cet enfant ne pouvait être ni institué ni exhérédé par son père, car, n'étant pas encore né, il était vis-à-vis de son père une personne incertaine ; or une personne incertaine ne pouvait être ni instituée ni exhérédée. (Ulp., *Reg.*, XXII, 4.) Cependant cet enfant naissait héritier sien de son père, car l'enfant simplement conçu était considéré comme déjà né (Gaïus, I, § 147) ; en conséquence, il était considéré comme ayant été rétroactivement, dès l'instant de sa conception, sous la puissance directe et immédiate de son père, et par suite son héritier sien. Puisqu'il naissait héritier sien et qu'il n'avait pas été exhérédé, sa naissance, son agnation dans la famille, rompait le testament de son père.

1261. Il résultait de ce qui précède que le testateur, qui savait sa femme enceinte, n'avait aucun moyen d'éviter la rupture du testament, par la survenance du posthume : *Constat agnascendo rumpi testamentum.*

Voilà l'idée dans sa généralité. On va l'étudier en détail dans les quatre classes de posthumes qui furent organisées pour remédier à la rigueur des principes.

1262. *A.* Posthumes légitimes ou siens. — On entend par *posthumes légitimes* ou *siens*, les enfants qui naissent *sui juris* après la mort du testateur, mais qui, nés au moment du testament, auraient été les héritiers siens du testateur. Celui-ci n'avait aucun moyen de prévenir la rupture du testament. — Si l'enfant naissait mort, mais seulement dans ce cas, le testament n'était pas rompu.

Bientôt les prudents, considérant l'enfant conçu comme déjà né, permettent au père de famille d'instituer ou d'exhéréder à l'avance les posthumes héritiers siens.

Ce n'était pas assez. En effet, si le testateur, après avoir ainsi institué ou exhérédé l'enfant conçu, était encore vivant au moment de sa naissance, le testament était rompu *agnatione sui.* De même, au moment du testament, le testateur a un fils en puissance et l'*uxor* de ce fils enceinte. Il ne peut qu'instituer ou exhéréder son fils. Si celui-ci meurt, et que le testateur meure à son tour, la naissance du petit-fils posthume, qui maintenant est devenu héritier sien par

le prédécès de son père, rendra le testament *ruptum*. — Dans le premier cas, le testateur pouvait bien, à la rigueur, refaire son testament, quoiqu'il pût exister des empêchements de fait; mais dans le second la difficulté est plus grave, car la mort du testateur peut avoir suivi celle du fils d'un laps de temps matériellement insuffisant pour permettre au testateur de refaire un nouveau testament, tendant à instituer ou exhéréder le petit-fils posthume, désormais son héritier sien. — Ce sont ces deux dangers que vint supprimer la création des posthumes aquiliens et velléiens.

1263. *B*. POSTHUMES AQUILIENS. — Il est possible, avons-nous dit, que le testament soit rompu par la naissance d'un petit-fils posthume: ceci a lieu lorsque, après la mort du testateur, la femme de son fils, mort avant lui, accouche d'un enfant dans les dix mois de la mort de son mari. Exemple : Titius a sous sa puissance un fils Primus, marié avec Prima; Titius fait son testament, instituant ou exhérédant son fils Primus, peu importe. Primus meurt ; quelques jours après, son père Titius meurt également; dans les dix mois de la mort de Primus, Prima, sa femme, accouche d'un enfant; la naissance de cet enfant fait crouler le testament de son grand-père Titius.—Mais il fut admis que ce petit-fils (ou petite-fille) posthume pourrait être institué ou exhérédé. On l'appelle *posthume aquilien*, parce que le jurisconsulte Aquilius Gallus imagina la formule suivante, par laquelle il put être institué ou exhérédé : « *Si filius meus, vivo me, morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos sive quæ neptis post mortem meam, in decem mensibus proximis quibus filius morieretur, natus nata erit, heredes sunto* (ou *exheredes sunto*). Si, de mon vivant, mon fils meurt, et qu'après sa mort il me naisse de lui un petit-fils ou une petite-fille dans les dix mois qui suivront sa mort, qu'ils soient héritiers (ou qu'ils soient exhérédés). » (L. 29 pr. D. 28, 2.)

1264. En résumé, cette formule permet au testateur d'instituer ou d'exhéréder les posthumes qui, s'ils fussent nés au moment de la confection du testament, auraient été précédés dans la famille par leur père, mais qui, par la mort de leur auteur, pouvaient naître plus tard, après le décès du testateur, héritiers siens; ces posthumes, sans la formule aquilienne, auraient entraîné, par cette *agnatione sui*, la rupture du testament.

1265. *C*. POSTHUMES VELLÉIENS ET QUASI-POSTHUMES VELLÉIENS. — Il est possible qu'un enfant, héritier sien, survienne au testateur, après la confection du testament et avant sa mort. La survenance de cet enfant rompra le testament. Il est vrai que le testateur, vivant encore, pourra recommencer son testament et exhéréder cet enfant. Néanmoins une loi *Junia Velleia*, rendue en 763 de

Rome, permit d'instituer ou d'exhéréder d'avance l'enfant qui pourrait naître après la confection du testament et avant la mort du testateur.

Cette loi *Junia Velleia* contenait deux chapitres.

Dans le premier chapitre, elle s'occupait des posthumes déjà conçus au moment de la confection du testament, et nés avant la mort du testateur. Ils pourront être institués ou exhérédés d'avance, d'après la loi *Junia Velleia*. (Ulp., *Reg.*, XXII, § 19. — L. 29, §§ 11, 12. D. 28, 2.) On les appelle *posthumes velléiens*.

Le deuxième chapitre prévoyait le cas où le testateur, au moment de la confection du testament, avait sous sa puissance un fils et des petits-fils nés de ce fils ; au moment où il teste, le testateur n'est pas tenu d'instituer ou d'exhéréder ses petits-fils, qui, n'étant pas directement et immédiatement sous sa puissance, ne sont pas ses héritiers siens. Mais si après la confection de son testament, et avant sa mort, son fils vient à mourir, ses petits-fils se trouveront directement sous sa puissance, deviendront ses héritiers siens, et le testament sera rompu. C'est pour empêcher cette rupture du testament que la loi *Junia Velleia*, dans son second chapitre, permit aux testateurs d'instituer ou d'exhéréder ces petits enfants. (L. 13. D. 28, 3.) On les appelle *quasi-posthumes velléiens*. — La loi *Junia Velleia* n'eut pas besoin de permettre au testateur d'instituer ses petits-fils quasi-posthumes ; avant, comme après la loi *Junia Velleia*, il pouvait les instituer puisqu'ils étaient déjà nés au moment de la confection du testament ; la loi *Junia Velleia* n'eut qu'à permettre au testateur de les exhéréder, ce qu'il ne pouvait pas faire avant cette loi. Voilà pourquoi le jurisconsulte Scévola dit, en parlant de la loi *Junia Velleia* : « *Posteriore capite non permittit instituí sed vetat rumpi.* » (L. 29, § 15. D. 28, 2.)

Le petit-fils quasi-posthume doit être exhérédé nominativement, la petite-fille quasi-posthume peut être exhérédée *inter cæteros*, pourvu que le testateur lui lègue quelque chose. (L. 13. D. 28, 3.)

Le § 2 de notre titre ne s'occupe que des quasi-posthumes velléiens, dont il était question dans le second chapitre de la loi *Junia Velleia* :

§ 2. « Sont assimilés aux posthumes ceux qui, prenant la place d'un héritier sien, deviennent, par une quasi-agnation, héritiers siens de leurs ascendants ; par exemple, un homme a sous sa puissance un fils, et un petit-fils ou une petite-fille nés de ce fils : comme le fils est le plus proche en degré, il a seul les droits d'héritier sien, bien que le petit-fils et la petite-fille, nés de lui, soient sous la même puissance ; mais si, du vivant de son père, le fils meurt ou sort de sa puissance d'une autre manière, le petit-fils et la petite-fille prennent sa place et acquièrent, par une quasi-agnation, les droits d'héritiers siens. Il faut

donc, pour que le testament ne soit pas rompu, que le testateur, de même qu'il doit instituer ou exhéréder son fils, institue ou exhérède aussi son petit-fils ou sa petite-fille nés de ce fils, pour que, de son vivant, son fils venant à mourir, le petit-fils ou la petite-fille, prenant sa place, ne rompe pas le testament par sa quasi-agnation. C'est ce qui a été décidé par la loi *Junia Velleia*, dans laquelle le mode de cette exhérédation a été réglé par analogie avec celle des posthumes. »

1266. *D.* FORMES DE L'EXHÉRÉDATION DES POSTHUMES. — De quelle manière les posthumes doivent-ils être exhérédés? Les posthumes du sexe masculin, fils ou petit-fils, doivent être exhérédés *nominatim*, en ces termes : « *Quicumque mihi filius genitus fuerit exheres esto.* » Les posthumes du sexe féminin, filles ou petites-filles, peuvent être exhérédées *inter cæteros*, pourvu que, si elles sont exhérédées *inter cæteros*, le testateur leur lègue quelque chose :

§ 1. « Les enfants posthumes doivent être institués ou exhérédés. Mais leur condition est la même : que ce soit un fils posthume ou tout autre enfant du sexe masculin ou féminin qui ait été omis, le testament n'en est pas moins valable; mais il est ensuite rompu et complétement infirmé par l'agnation de ce posthume ou de cette posthume. En conséquence, si une femme, dont on espérait un posthume, avorte, rien n'empêche les héritiers institués de faire adition de l'hérédité. Les posthumes du sexe féminin pouvaient être instituées ou exhérédées nominativement ou *inter cæteros*, pourvu que, si elles avaient été exhérédées *inter cæteros*, il leur eût été légué quelque chose, pour indiquer qu'elles n'avaient pas été omises par oubli. Il avait été admis que les posthumes mâles, c'est-à-dire les fils et petits-fils, ne pourraient être valablement exhérédés que nominativement, c'est-à-dire de cette manière : « Quelque fils qui me naissé, qu'il soit exhérédé. »

Il faut bien remarquer que le testament dans lequel un posthume a été omis n'est pas nul dès le principe : il sera seulement rompu par la naissance du posthume. D'où il suit que, si la femme du testateur avorte, ou si l'enfant dont elle accouche naît mort, le testament ne sera pas rompu.

II. — Exhérédation d'après le droit prétorien.

§ 3. « D'après le droit civil, il n'est pas nécessaire d'instituer ni d'exhéréder les enfants émancipés, car ils ne sont pas héritiers siens. Mais le préteur exige que tous les émancipés du sexe masculin ou du sexe féminin, s'ils ne sont pas institués, soient exhérédés, ceux du sexe masculin nominativement, ceux du sexe féminin *inter cæteros*. Que s'ils n'ont été ni institués héritiers ni exhérédés, le préteur leur donne la possession des biens *contra tabulas*. »

1267. D'après le droit civil, le testateur n'est pas tenu d'instituer ni d'exhéréder ses enfants émancipés, parce qu'ils ne sont pas ses héritiers siens. En effet, les enfants émancipés ne sont plus copropriétaires avec leur père ; ils sont devenus *sui juris ;* ils peuvent avoir un patrimoine à eux. Aussi le droit civil ne les appelle pas même à la succession *ab intestat* de leur père.

Mais le droit prétorien considère leur *capitis minima deminutio* comme non avenue, et, si leur père meurt intestat, le préteur les appelle à la succession en leur donnant la *bonorum possessio unde liberi*, qui est une véritable succession prétorienne *ab intestat*. — Si le père fait un testament dans lequel il omet ses enfants émancipés, le testament est valable d'après le droit civil, mais le préteur appelle encore les enfants à la succession, en leur donnant la *bonorum possessio contra tabulas*. — Mais si le testateur a exhérédé ses enfants émancipés, le préteur s'arrête devant cette exhérédation, et n'accorde plus aux enfants émancipés la *bonorum possessio contra tabulas*.

1268. D'après le droit civil, avons-nous dit, le testateur n'est tenu d'instituer ou d'exhéréder que les enfants ou petits-enfants qu'il a encore *sous sa puissance*, ce qui s'étend naturellement aux enfants adoptifs. D'après le droit prétorien, au contraire, le testateur doit instituer ou exhéréder tous ses descendants qui, sans la *capitis deminutio* résultant d'une émancipation ou d'une dation en adoption, se trouveraient ses *héritiers siens*. En voici plusieurs exemples :

1° Le testateur doit instituer ou exhéréder tous les enfants ou petits-enfants qui ne sont plus sous sa puissance, mais qui ne sont pas sous une autre puissance ; ceci comprend : les enfants ou petits-enfants qu'il a émancipés ; les enfants et petits-enfants *ex justis nuptiis* qu'il a donnés en adoption, et qui ont été émancipés par l'adoptant :

§ 4. « Les enfants adoptifs, tant qu'ils restent sous la puissance de leur père adoptif, sont, vis-à-vis de lui, dans la même condition que les enfants nés d'un mariage légitime. En conséquence, ils doivent être institués ou exhérédés par lui. Mais, une fois émancipés, ils ne sont plus comptés au nombre de ses enfants ni d'après le droit civil ni d'après l'édit du préteur. A l'inverse, tant qu'ils restent dans la famille adoptive, ils sont considérés comme des étrangers vis-à-vis de leur père naturel, qui n'est tenu ni de les instituer, ni de les exhéréder. Mais lorsqu'ils ont été émancipés par leur père adoptif, ils sont dans la même condition où ils auraient été s'ils avaient été émancipés par leur père naturel. »

1269. Le fils adoptif a, vis-à-vis de son père adoptif, les mêmes droits qu'un enfant légitime, tant qu'il reste sous sa puissance. Le père adoptif doit donc l'instituer ou l'exhéréder : s'il le passe sous silence dans son testament, le testament est nul d'après le droit civil, et, d'après le droit prétorien, le fils adoptif obtiendra la *bonorum possessio contra tabulas* ou la possession de biens *unde liberi*. Mais si le fils adoptif a été émancipé par son père adoptif, il n'a plus aucun droit sur la succession de son père adoptif ni d'après le droit civil ni d'après le droit prétorien.

Quant au père naturel qui a donné son fils en adoption, il n'est tenu ni de l'instituer ni de l'exhéréder, tant que l'adopté reste dans la famille adoptive. Mais lorsque l'adopté a été émancipé par l'adoptant, le préteur le considère comme émancipé par son père naturel, et lui donne, dans la succession de son père naturel, les mêmes droits qu'aux enfants émancipés ; dès lors, le père naturel devra l'instituer ou l'exhéréder. Mais ce n'est qu'autant que l'enfant adoptif est sorti de la famille adoptive par une émancipation que le père naturel doit l'instituer ou l'exhéréder. Si, au contraire, l'enfant adoptif est devenu *sui juris* par la mort de son père adoptif, le père naturel n'est tenu ni de l'instituer ni de l'exhéréder.

2° Un chef de famille émancipe son fils. Le fils émancipé a un enfant légitime et meurt. Si le grand-père fait son testament, il n'est pas tenu, d'après le droit civil, d'instituer ou d'exhéréder son petit-fils, qui, n'étant pas sous sa puissance, n'est pas son héritier sien ; mais il doit l'instituer ou l'exhéréder d'après le droit prétorien, car, si l'émancipation du fils n'avait pas eu lieu, le petit-fils eût été héritier sien du testateur, son grand-père. (L. 6 pr. D. 37, 4.)

3° Un homme a sous sa puissance un fils et des petits-enfants nés de ce fils ; il émancipe son fils en retenant ses petits-enfants sous sa puissance. Si le fils émancipé fait son testament, il doit, d'après le droit prétorien, instituer ou exhéréder ses enfants restés sous la puissance de leur aïeul, car, s'il n'eût pas été émancipé, ses enfants seraient ses héritiers siens. (L. 7. D. 37, 4.)

4° Un homme a sous sa puissance un fils et des petits-enfants nés de ce fils ; il émancipe ses petits-enfants, en retenant sous sa puissance son fils, et meurt. Si le fils, devenu *sui juris* par la mort de son père, fait son testament : d'après le droit prétorien, il doit instituer ou exhéréder ses enfants, car, sans leur émancipation ils seraient ses héritiers siens. (L. 6, § 2. D. 37, 4.)

Le fils ayant été émancipé, et le petit-fils étant resté sous la puissance de l'aïeul, si tous les deux ont été omis dans le testament de l'aïeul, ils obtiendront tous les deux la possession des biens de l'aïeul. (L. 6, § 3. D. 37, 4.)

Toutes les fois qu'un émancipé, qui aurait dû être institué ou exhérédé d'après le droit prétorien, aura été omis, le préteur lui donnera la *bonorum possessio contra tabulas.*

1270. Ce n'est pas seulement aux enfants et descendants émancipés omis que le préteur donne la *bonorum possessio contra tabulas ;* il l'accorde aussi aux enfants et descendants du testateur restés sous sa puissance, et qui sont ses héritiers siens, lorsqu'ils ont été

omis. Voyons les conséquences de cette *bonorum possessio contra tabulas* accordée par le préteur aux enfants restés en puissance :

1° Le testateur a omis son fils héritier sien ; d'après le droit civil, le testament est nul et la succession s'ouvre *ab intestat*. De son côté, le préteur accorde au fils omis, même posthume, la *bonorum possessio contra tabulas*, qui lui permettra d'user de l'interdit *quorum bonorum*, qui n'appartient qu'aux *bonorum possessores*.

2° Le testateur a omis sa fille, son petit-fils ou sa petite-fille, nés d'un fils prédécédé ou émancipé. Cette omission ne rend pas le testament nul d'après le droit civil ; mais la fille omise, le petit-fils omis ou la petite-fille omise a le *jus adcrescendi* pour une part virile ou pour la moitié de la succession (n° 1258) ; au contraire, d'après le droit prétorien, la fille omise, le petit-fils omis ou la petite-fille, omise peut réclamer la *bonorum possessio contra tabulas* pour faire tomber le testament ; et, si ce sont des héritiers externes qui ont été institués par le testament, ils se trouvent exclus de la succession entière par l'effet de la *bonorum possessio contra tabulas*. En effet, Gaïus, après avoir dit que la fille, le petit-fils et la petite-fille omis prennent la moitié de la succession, si les héritiers institués par le testament sont des héritiers externes, ajoute : « Le préteur leur accorde la possession de biens *contra tabulas*, et, par ce moyen, les héritiers externes sont repoussés de l'hérédité tout entière. Il résultait donc de cette possession de biens qu'il n'y avait plus de différence entre les enfants du sexe féminin et les enfants du sexe masculin. » (Gaïus, II, §§ 125, 126.)—Mais cette règle du droit prétorien fut modifiée par un rescrit d'Antonin le Pieux. En effet, Gaïus ajoute : « Mais dernièrement l'empereur Antonin a décidé, par un rescrit, que les femmes n'auraient pas, par la possession de biens, plus qu'elles n'obtiendraient par le *jus adcrescendi*. Cette décision s'applique aussi aux femmes émancipées, c'est-à-dire que ce qu'elles auraient eu par le *jus adcrescendi*, si elles eussent été *siennes*, elles l'ont également par la possession des biens. » (Gaïus, II, § 126.)—Il faut remarquer que le rescrit d'Antonin ne parle que des femmes ; de sorte qu'après ce rescrit le petit-fils omis, comme le fils omis, a le droit d'enlever à l'héritier externe institué l'hérédité entière ; tandis que la fille ou la petite-fille omise ne peut plus enlever à l'héritier externe institué que la moitié de la succession.

D'après le droit prétorien, l'exhérédation de tous les descendants du sexe masculin, fils, petits-fils, héritiers siens ou émancipés, ne peut être faite que *nominatim*. L'exhérédation des filles, petites-filles, émancipées ou non, peut être faite *inter cæteros*. (Gaïus, II, § 129. — *Inst.*, § 3 de n. t.)

D'après le droit prétorien, celui qui a droit à la *bonorum possessio contra tabulas* doit la demander au préteur; d'où il suit que, si l'enfant qui y a droit ne la demande pas ou meurt avant le testateur, le testament sera maintenu. (L. 2 pr. D. 37, 11.) Au contraire, d'après le droit civil, la mort d'un fils héritier sien omis, survenue avant le décès du testateur, n'empêche pas la nullité du testament. (N° 1257.)

1271. Lorsque le préteur accorde la *bonorum possessio contra tabulas*, il maintient quelquefois certaines dispositions du testament :

1° Un testateur a trois enfants : Primus, Secundus, Tertius; il institue Primus, exhérède Secundus, et passe sous silence Tertius émancipé. Le préteur accorde la *bonorum possessio contra tabulas* à l'émancipé Tertius; mais il maintient l'exhérédation de Secundus.

2° Le fils émancipé, qui obtient la *bonorum possessio contra tabulas* est tenu d'acquitter, dans la proportion de la part qu'il prend dans la succession, les legs faits aux ascendants et aux descendants du testateur, et les legs faits, *dotis nomine*, à la femme ou à la bru du testateur. Exemple : un homme a un fils sous sa puissance et un fils émancipé; il les omet tous les deux dans son testament; le fils émancipé, ayant obtenu la *bonorum possessio contra tabulas*, prend la moitié de la succession, et doit payer la moitié des legs faits aux ascendants ou aux descendants. Quant au fils que le testateur avait sous sa puissance, et qu'il a passé sous silence, il ne sera point tenu de payer les legs, lors même qu'il aurait demandé la possession de biens *contra tabulas;* car, lors même qu'il n'eût pas demandé la possession de biens, il aurait eu la succession *ab intestat*, le testament étant nul d'après le droit civil. (L. 1 pr. L. 15 pr. L. 16. D. 37, 5.)

1272. *L'enfant institué, même pour une part insignifiante*, ne peut demander une *bonorum possessio contra tabulas;* mais il profitera de celle qui aura été obtenue par un autre descendant omis. Il pourra même prendre les devants, et demander la *bonorum possessio* ouverte du chef de l'autre descendant omis.

Concours de deux bonorum possessores qui devraient s'exclure. — Un testateur omet son fils émancipé, et le fils de celui-ci, que lui, testateur, a gardé en sa puissance. — En droit civil, le petit-fils concourrait avec les institués, et le fils n'aurait rien; en droit prétorien, le fils exclurait le petit-fils et les institués; par transaction, le préteur donne moitié au fils, moitié au petit-fils. (L. 6, § 3. D. 37, 4.)

1273. *De la collatio bonorum.* — Il peut se faire que, par l'effet de la *bonorum possessio contra tabulas*, un fils émancipé omis vienne à la succession en concours avec un fils resté sous la puissance du testateur, et prenne la moitié de la succession. Mais il est possible que le fils émancipé soit émancipé déjà depuis longtemps; depuis son émancipation, devenu *sui juris*, il a pu acquérir des biens, tandis que les biens acquis par le fils resté en puissance ont été acquis au père, et ont ainsi augmenté la succession du père. Il serait injuste que l'émancipé pût garder les biens par lui acquis depuis son émancipation, tout en venant partager, dans la succession, les biens acquis par son frère resté en puissance. Aussi le préteur décida que le fils émancipé omis venant à la succession, au moyen de la *bonorum possessio contra tabulas*, devrait remettre, rapporter, dans la succession, les biens par lui acquis depuis son émancipation, pour les partager avec son frère resté en puissance. Ce rapport fait par le fils émancipé des biens par lui acquis depuis son émancipation s'appelle *collatio bonorum.* (L. 1. D. 37, 6.) Toutefois, le rapport n'est dû qu'autant que la participation du fils émancipé à la succession nuit à l'enfant resté en puissance. (L. 1, § 5. D. 37, 6.) Exemple : un père a institué son fils en puissance pour un tiers de sa succession, et un *extraneus* pour deux tiers; il a omis son fils émancipé. Le fils institué et le fils émancipé omis demandent la *bonorum possessio contra tabulas*, et prennent chacun la moitié de la succession; l'*extraneus* est exclu. Ici l'émancipé n'est pas tenu de la *collatio bonorum*, puisque, par l'effet de la *bonorum possessio contra tabulas*, le fils resté en puissance a plus qu'il n'aurait eu en vertu du testament; il a la moitié au lieu du tiers. (L. 1, § 4. D. 37, 6.)

III. De l'exhérédation d'après le droit de Justinien.

§ 5. « Telles étaient les règles anciennes. Mais nous avons pensé qu'il n'y a à établir aucune distinction entre les sexes, parce que l'homme et la femme participent également à la procréation de l'humanité. La loi des Douze Tables appelait également les hommes et les femmes à la succession *ab intestat*, règle qui fut suivie par les préteurs. En conséquence, nous avons établi une règle simple et semblable pour les fils, les filles et autres descendants par les mâles, non-seulement pour ceux déjà nés, mais encore pour les posthumes, de sorte que tous, héritiers siens ou émancipés, doivent être institués héritiers ou exhérédés nominativement, sinon leur omission révoquera le testament de l'ascendant, sans distinguer entre les enfants héritiers siens et les émancipés, ni entre les enfants qui sont déjà nés et ceux qui sont seulement conçus. Quant aux enfants adoptifs, nous avons fait une distinction contenue dans notre constitution sur les adoptions. »

1274. D'après ce § 5, les innovations apportées par Justinien, en matière d'exhérédation, sont au nombre de trois :

1° L'exhérédation de tous les enfants, fils, filles, petits-fils, petites-filles, posthumes, émancipés, doit être faite *nominatim*.

2° L'omission d'un fils, d'une fille, d'un petit-fils, d'une petite-fille, d'un posthume ou d'un émancipé, rend le testament nul.

3° Quant à l'enfant adoptif, Justinien distingue s'il a été donné en adoption à un de ses ascendants ou à un *extraneus* : 1° si l'enfant a été donné en adoption à un de ses ascendants, le père naturel qui l'a donné en adoption n'est tenu ni de l'instituer, ni de l'exhéréder; mais l'ascendant adoptant doit ou l'instituer ou l'exhéréder; 2° si l'enfant a été donné en adoption à un *extraneus*, l'adoptant *extraneus* n'est tenu ni de l'instituer, ni de l'exhéréder; mais le père naturel qui l'a donné en adoption doit l'instituer ou l'exhéréder. (N^os^ 564, 565.)

1275. *Des personnes dispensées d'exhéréder leurs enfants.* — Les militaires, les femmes et l'aïeul maternel ne sont pas tenus d'exhéréder leurs enfants ou descendants. S'ils les passent sous silence, leur testament n'en est pas moins valable.

§ 6. « Si un militaire, occupé en expédition, fait son testament sans exhéréder ses enfants déjà nés ou posthumes, et les passe sous silence, n'ignorant pas qu'il ait des enfants, son silence, d'après les constitutions impériales, équivaudra à une exhérédation. »

Justinien n'accorde la dispense d'exhéréder ses enfants qu'au militaire *in expeditione occupatus;* mais, avant lui, les militaires avaient cette dispense pendant toute la durée de leur service.

§ 7. « La mère et l'aïeul maternel ne sont pas tenus d'instituer ou d'exhéréder leurs enfants : ils peuvent les passer sous silence dans leur testament; car le silence de la mère ou de l'aïeul maternel et des autres ascendants maternels a le même effet que l'exhérédation faite par le père. La mère n'est tenue d'exhéréder son fils ou sa fille, l'aïeul maternel n'est tenu d'exhéréder son petit-fils ou sa petite-fille ni d'après le droit civil, ni d'après l'édit du préteur qui accorde aux enfants omis la possession de biens *contra tabulas*. Mais il est accordé à ces descendants un autre recours que nous indiquerons bientôt. »

Cet autre recours est le *querela inofficiosi testamenti*.

§ IV. — DE L'INSTITUTION D'HÉRITIER

(*Inst.*, II, XIV.)

1276. I. **Institution proprement dite.** — L'institution d'héritier est la désignation faite par le testateur des personnes qu'il veut avoir pour héritiers.

L'institution d'héritier est essentielle, indispensable à la validité du testament. Un testament ne peut produire aucun effet, s'il ne

contient pas une institution d'héritier : « Les testaments, dit Gaïus, tirent leur force de l'institution d'héritier ; aussi l'institution d'héritier est considérée comme la tête et le fondement du testament tout entier, *caput et fundamentum totius testamenti.* » (Gaïus, II, § 229.) Le mot *caput* indique qu'à l'époque de Gaïus, l'institution devait être faite en tête du testament : toute autre disposition placée avant l'institution d'héritier était nulle. Cependant on avait admis, par exception, que l'exhérédation et la nomination du tuteur pourraient être valablement écrites avant l'institution.

1277. De plus, dans l'ancien droit, l'institution d'héritier, pour être valable, devait être faite en forme solennelle : « Avant tout, dit Gaïus, il faut rechercher si l'institution d'héritier a été faite dans la forme solennelle ; car si elle a été faite autrement elle ne sert à rien, qu'il y ait eu vente du patrimoine, appel des témoins, nuncupation du testament. L'institution solennelle est ainsi conçue : « TITIUS HERES ESTO. » La forme solennelle suivante paraît aussi admise aujourd'hui : « TITIUM HEREDEM ESSE JUBEO. » Mais celle-ci : « TITIUM HEREDEM ESSE VOLO » n'est pas approuvée. Ces autres formules : « HEREDEM INSTITUO ; HEREDEM FACIO » sont généralement réprouvées. » (Gaïus, II, §§ 116, 117.)

La nécessité pour le testateur d'employer des paroles sacramentelles pour faire l'institution d'héritier fut supprimée par Constantin II en 339. (L. 15. C. 6, 23.) Mais l'institution, faite en paroles quelconques, fut toujours indispensable pour la validité du testament. — Justinien supprima la nécessité d'écrire l'institution d'héritier en tête du testament. (*Inst.*, II, XX, § 34.)

1278. II. **Quels sont ceux qui peuvent être institués héritiers.** — Peuvent être institués héritiers ceux qui ont avec le testateur la *factio testamenti* : « *Heredes institui possunt qui testamenti factionem cum testatore habent.* » (Ulp., *Reg.*, XXII, § 1.) Les interprètes du droit romain appellent *factio testamenti passive* le droit d'être institué héritier.

Quels sont ceux qui ont la *factio testamenti passive?* Le droit d'être institué héritier n'appartient qu'aux citoyens romains et aux esclaves des citoyens romains.

1279. N'ont pas la *factio testamenti passive*, c'est-à-dire ne peuvent pas être institués héritiers :

1° Les pérégrins. Par exception, ils ont la *factio testamenti* avec les militaires. (Gaïus, II, § 110.)

2° Celui qui a perdu la qualité de citoyen romain, parce qu'il a été condamné à la déportation.

3° Les affranchis déditices. (Ulp., *Reg.*, XXII, § 2.)

4° Les femmes, qui, d'après une loi *Voconia*, rendue sur la proposition de Caton, ne peuvent être instituées par celui qui est inscrit sur les tables du cens pour une fortune d'au moins cent mille as. (Gaïus, II, § 274.) Cette loi avait établi cette prohibition dans le but d'empêcher les femmes d'acquérir des fortunes considérables, au moyen desquelles elles introduiraient le luxe dans l'État. Or Caton considérait le luxe comme une cause de décadence pour les nations. (Tite-Live, XXXIV, 1 à 4.)

5° Les personnes incertaines. Une personne incertaine est celle dont le testateur ne peut se faire une idée nette et précise; une personne qui existe sans doute, mais que le testateur ne peut désigner : « Une personne incertaine ne peut pas être instituée : par exemple, de cette manière : « *Que celui qui viendra le premier à mes funérailles soit héritier.* » (Ulp., *Reg.*, XXII, § 4.)

Une personne que le testateur n'a jamais vue, mais qu'il peut désigner, n'est pas une personne incertaine et peut être instituée. Le § 12 de notre titre en donne un exemple :

§ 12. « Ceux que le testateur n'a jamais vus peuvent être institués héritiers par exemple, les enfants de son frère, qui sont nés en pays étranger et qu'il ne connaît pas. En effet, cette ignorance du testateur ne rend pas l'institution nulle. »

6° Les posthumes. D'après l'ancien droit civil, aucun posthume ne pouvait être institué héritier, parce que les posthumes étaient des personnes incertaines. Mais nous avons vu qu'il avait été admis qu'un testateur pourrait instituer ou exhéréder ses posthumes siens. (N° 1260.) Dès lors, on distingua deux classes de posthumes : les posthumes siens et les posthumes externes. On appelle posthume externe l'enfant qui ne doit pas naître héritier sien du testateur. Ainsi l'enfant conçu d'un fils émancipé est un posthume externe pour son aïeul. (Gaïus, II, § 241.) — Les posthumes externes continuèrent à ne pouvoir être institués héritiers. Ainsi, par exemple, si un testateur a dit : « J'institue pour héritier l'enfant qui naîtra après ma mort de mon fils émancipé ; » ou bien s'il a dit : « J'institue pour héritier l'enfant qui naîtra après ma mort de mon ami Sempronius, cette institution est nulle. (Gaïus, II, § 242.) — Justinien permit d'instituer les personnes incertaines, même les posthumes externes. (*Inst.*, II, xx, § 27. — V. n^os^ 1506, 1507.)

7° Les municipes. « Ni les municipes ni les habitants des municipes ne peuvent être institués héritiers, parce qu'ils forment une personne incertaine, si bien qu'ils ne peuvent faire adition, ni se comporter comme héritiers pour être héritiers. Il leur a été cependant permis d'être institués par leurs affranchis. Et il a été prévu

par un sénatus-consulte qu'une hérédité fidéicommissaire peut être restituée aux municipes. » (Ulp., *Reg.*, XXII, § 5.)

8° Les dieux. « Nous ne pouvons instituer héritiers les dieux, à l'exception de ceux qu'il a été permis d'instituer par un sénatus-consulte ou par des constitutions impériales, comme Jupiter Tarpéien, Apollon de Didyme, » etc. (Ulp., *Reg.*, XXII, § 6.)

9° Les enfants naturels ne peuvent être institués par leur père naturel que pour un douzième de ses biens. (L. 2. C. 5, 27.)

10° Les enfants incestueux ne peuvent être institués par leurs père et mère, et, réciproquement, les père et mère d'un enfant incestueux ne peuvent être institués par lui. (L. 6. C. 5, 5.)

11° La veuve, qui s'est remariée avant l'expiration du délai de deuil, ne peut être instituée héritière.

12° L'homme ou la femme ayant des enfants d'un premier lit ne peut donner par testament à son second conjoint plus qu'à chacun des enfants du premier lit ; et, si le testateur a institué les enfants d'un premier lit pour des parts inégales, il ne peut donner à son deuxième conjoint une part plus forte que celle de l'enfant institué pour la plus petite part. (L. 6, pr. C. 5, 9.)

13° Les enfants des citoyens condamnés pour crime de lèse-majesté ne peuvent être institués. (L. 5. C. 9, 8.)

14° Les apostats et les hérétiques, à partir des empereurs chrétiens ne peuvent être institués. (L. 4, § 2. C. 1, 5.)

1280. III. **Distinction entre la capacité d'être institué et le jus capiendi.** — Il est des personnes qui ont la *factio testamenti*, qui ont le droit d'être instituées, et qui, néanmoins, n'ont pas le droit de recueillir la succession, n'ont pas ce qu'on appelle le *jus capiendi*. Ce sont :

1° Les *Latins juniens*. L'affranchi latin junien a la *factio testamenti* passive ; il peut être institué héritier, mais il n'a pas le *jus capiendi* ou droit de recueillir la succession, si, au moment où la succession s'ouvre à son profit, il est encore Latin junien : « Le Latin junien, dit Ulpien, s'il est devenu citoyen, au moment de la mort du testateur, ou dans le délai de la crétion, peut être héritier ; que s'il est resté Latin junien, il est empêché par la loi *Junia* de recueillir la succession. Il en est de même pour le célibataire à cause de la loi *Junia*. » (Ulp., *Reg.*, XXII, § 3. — V. n° 509.)

2° Les *célibataires*. Le célibataire a la *factio testamenti* passive, il peut être institué héritier, mais il n'a pas le *jus capiendi*. En effet, la loi *Julia De maritandis ordinibus*, rendue sous Auguste, dans le but d'encourager les citoyens au mariage et à la procréation des enfants, pour empêcher la dépopulation de la classe des citoyens,

avait enlevé à ceux qui ne se mariaient pas et qui n'avaient pas d'enfants, aux célibataires, le *jus capiendi*, pour le tout. (Ulp., *Reg.*, XXII, § 3. — V. n° 499.)

Le célibataire institué héritier n'aura le droit de recueillir la succession qu'autant qu'il sera marié et aura des enfants au moment où la succession s'ouvrira à son profit. — Toutefois le *jus capiendi* n'est pas enlevé aux célibataires qui ne sont pas encore arrivés à un âge assez avancé pour que la loi puisse raisonnablement exiger d'eux des enfants ; en conséquence, le *jus capiendi* n'est pas enlevé au mineur de vingt-cinq ans, ni à la femme mineure de vingt ans. (Ulp., *Reg.*, XVI, § 1.) Le *jus capiendi* n'est pas enlevé non plus aux cognats du testateur jusqu'au sixième degré, et même au septième degré, à l'enfant du *sobrinus* ou de la *sobrina*. (*Fragm. Vatic.*, § 216.)

3° Les *orbi*. Les *orbi* sont les hommes et les femmes mariés, n'ayant pas d'enfants. La loi *Papia Poppæa*, rendue sous Auguste, enleva aux *orbi* le *jus capiendi* pour moitié : « Les *orbi*, dit Gaïus, sont ceux qui, d'après la loi *Papia*, perdent la moitié des hérédités et des legs qui leur sont laissés, par la raison qu'ils n'ont pas d'enfants. » (Gaïus, II, § 286.)

1281. Lorsqu'un célibataire avait été institué héritier, s'il se trouvait encore célibataire au moment où la succession s'ouvrait à son profit, il ne pouvait recueillir la part de succession pour laquelle il avait été institué. On disait alors que sa part devenait caduque. Lorsqu'un *orbus* avait été institué, s'il était encore *orbus* au moment où la succession s'ouvrait à son profit, il ne recueillait que la moitié de la part pour laquelle il avait été institué : l'autre moitié était *caduque*. (Ulp., *Reg.*, XVII, § 1.)

1282. Que devenaient les parts caduques des célibataires et des *orbi*? Si des héritiers *patres*, c'est-à-dire des héritiers ayant des enfants, avaient été institués par le même testament, ils prenaient les parts caduques des célibataires et des *orbi*. Ce droit, pour les héritiers *patres* de prendre les parts caduques des célibataires et des *orbi*, s'appelait *jus caduca vindicandi*. — D'après ce qui précède, on voit que la loi *Julia* et la loi *Papia Poppæa*, connues sous le nom de *lois caducaires*, établissaient un double système de punition et de récompense : de punition contre les célibataires et les *orbi;* de récompense au profit des héritiers *patres*, auxquels ces lois attribuaient les parts enlevées aux célibataires et aux *orbi*. Il faut savoir que les *patres* qui recueillaient les parts caduques devaient acquitter les charges imposées à ces parts par le testateur ; en conséquence, les affranchissements, les legs, les fidéicommis, mis par le testateur

à la charge de celui dont la part devient caduque, seront maintenus et devront être acquittés par les héritiers *patres* qui recueillent cette part : « *Caduca cum suo onere fiunt; ideoque libertates et legata et fideicommissa, ab eo data ex cujus persona hereditas caduca facta est, salva sunt.* » (Ulp., *Reg.*, XVII, § 3.)

Si le testateur n'a institué que des célibataires et des *orbi*, c'est-à-dire à défaut d'héritiers *patres*, les parts caduques des célibataires et des *orbi* sont attribuées à l'*ærarium*.

Les lois caducaires furent abolies par Constantin en 320. (L. 1. C. Th. 8, 16.)

1283. D'après ce qui précède, on voit que l'héritier institué, pour pouvoir recueillir la succession à laquelle il est appelé, doit avoir la *factio testamenti* et le *jus capiendi*. — A quelle époque la *factio testamenti* doit-elle exister chez l'héritier institué? A trois époques : 1° au moment de la confection du testament; 2° au moment de la mort du testateur ou de l'arrivée de la condition, si l'héritier a été institué sous condition; 3° au moment de l'adition d'hérédité. Il n'est pas nécessaire, ni d'après le droit civil, ni d'après le droit prétorien, que la *factio testamenti* existe chez l'héritier institué pendant le temps qui s'écoule depuis la confection du testament jusqu'à la mort du testateur, ou à l'arrivée de la condition. Mais la *factio testamenti* doit exister, chez l'héritier institué, et d'après le droit civil et d'après le droit prétorien, depuis la mort du testateur ou l'arrivée de la condition jusqu'à l'adition d'hérédité.

Quant au *jus capiendi*, il suffit qu'il existe, chez l'institué, au moment de la mort du testateur. Il suffit même que l'institué ait acquis le *jus capiendi* pendant le délai de la crétion. Le délai de la crétion, qui est ordinairement de cent jours, est un délai que le testateur accorde à l'institué pour faire adition en termes solennels. (Ulp., *Reg.*, XXII, § 3. — Gaïus, II, § 170.) Bien plus, le testateur peut instituer l'héritier de telle manière que l'institué pourra faire adition de l'hérédité à quelque époque qu'il acquière le *jus capiendi*, par exemple en l'instituant en ces termes : « *Lucius Titius, cum capere potuerit, heres esto.* » (L. 62. D. 28, 5.)

1284. A l'époque de Justinien, il n'y a toujours que les citoyens et les esclaves des citoyens romains qui aient la *factio testamenti*, le droit d'être institués héritiers. Mais il faut remarquer qu'à cette époque tous les sujets de l'Empire sont citoyens. Il n'y a plus que les Barbares qui soient pérégrins.

1285. IV. **Institution d'un esclave.** — Un testateur peut instituer pour héritier son propre esclave ou l'esclave d'autrui.

1286. 1° *Institution de l'esclave du testateur :*

Pr. « Il est permis d'instituer non-seulement les hommes libres, mais aussi les esclaves, les siens propres ou ceux d'autrui. Autrefois on ne pouvait instituer ses propres esclaves, suivant l'avis du plus grand nombre des jurisconsultes, qu'en leur donnant la liberté. Mais aujourd'hui, en vertu de notre constitution, on peut les instituer héritiers, sans dire qu'on les affranchit. En ceci, nous n'avons apporté aucune innovation, car Paul, dans ses livres sur les écrits de Massurius Sabinus et de Plautius, rapporte que c'était l'opinion qui paraissait la plus équitable à Atilicinus. — Par esclave propre, on entend même celui dont le testateur a la nu-propriété, un autre en ayant l'usufruit. — Toutefois, il est un cas où un esclave est inutilement institué héritier avec liberté par sa maîtresse, d'après une constitution des empereurs Sévère et Antonin, dont voici les paroles : « L'esclave accusé d'adultère n'est pas valablement affranchi, avant la sentence, par le testament de la femme accusée comme sa complice. » Aussi l'institution d'héritier faite à son profit par sa maîtresse est nulle. — Par esclave d'autrui on entend même celui dont le testateur a l'usufruit. »

§ 1. « L'esclave institué héritier par son maître, s'il est resté dans la même condition jusqu'à la mort du testateur, devient, en vertu du testament, libre et héritier nécessaire. — Si, au contraire, il a été affranchi par le testateur, de son vivant, il peut, à son gré, faire adition d'hérédité ; car, alors, il ne devient pas héritier nécessaire, parce que le double avantage de la liberté et de l'hérédité ne lui est pas acquis en vertu du testament du maître. — Que s'il a été aliéné, il doit faire adition sur l'ordre de son nouveau maître, qui, par son intermédiaire, devient héritier. En effet, une fois aliéné, il ne peut devenir ni libre ni héritier, lors même qu'il eût été institué avec liberté, car son maître, en l'aliénant, est considéré comme lui ayant retiré le don de la liberté... »

1287. Le testateur peut instituer pour héritier son propre esclave ; mais, dans l'ancien droit, tout en l'instituant, il devait l'affranchir par testament ; sinon l'institution n'était pas valable (Gaïus, II, §§ 186, 187. — Ulp., *Reg.*, XXII, § 7.) Justinien décida que l'institution d'un esclave par son maître emporterait l'affranchissement. (Pr. de n. t. — L. 5, C. 6, 27.)

Même à l'époque de Justinien, l'esclave accusé d'adultère avec sa maîtresse ne peut être institué héritier par elle, tant que la sentence sur l'accusation d'adultère n'a pas été rendue. (Pr. de n. t., *in fine.*)

1288. L'esclave institué héritier par son maître devient, à la mort du maître, libre et héritier *nécessaire*, c'est-à-dire malgré lui, pourvu que le maître en soit encore propriétaire au jour de sa mort. (§ 4, 1er alin. de n. t. — Ulp., *Reg.*, XXII, § 11. — L. 50. D. 28, 5.) — Que si, avant la mort du maître, l'esclave a été affranchi par son maître, il sera bien héritier, car l'institution reste valable malgré l'affranchissement ; mais il ne sera pas héritier nécessaire : il pourra, à son gré, accepter ou répudier la succession. (§ 1, 2e alin. — Ulp., *Reg.*, XXII, § 12.) — Si, depuis l'institution, son maître l'a aliéné, le maître, par cette aliénation, révoque l'affranchissement.

L'institution sera maintenue; mais c'est le nouveau maître qui acquerra l'hérédité, s'il donne à l'esclave l'ordre de faire adition. (Gaïus, II, § 188. — § 1, 3e alin. de n. t.)

1289. 2° *Institution d'un esclave par le nu-propriétaire.*

Le nu-propriétaire d'un esclave peut-il l'instituer? D'après l'ancien droit civil, le nu-propriétaire d'un esclave ne pouvait pas l'affranchir, tant que l'usufruit sur l'esclave durait. L'esclave affranchi par le nu-propriétaire ne devenait pas libre : il devenait esclave *sine domino*. (Ulp., *Reg.*, I, § 19.) En conséquence, si le nu-propriétaire l'avait institué héritier, l'institution ne pouvait produire aucun effet. — Justinien décide que le nu-propriétaire d'un esclave peut l'affranchir et l'instituer héritier, mais sans nuire aux droits de l'usufruitier, en ce sens que l'usufruitier conservera son droit d'usufruit sur l'esclave devenu libre; mais l'hérédité appartiendra à l'esclave devenu libre, et, à sa mort, elle passera à ses propres héritiers. (Pr. 2e alin. de n. t. — L. 1, C. 7, 15.)

1290. 3° *Institution d'un esclave par un copropriétaire.*

Le copropriétaire d'un esclave peut l'instituer, avec liberté, comme sien propre, ou sans liberté, comme esclave d'autrui. (Ulp., *Reg.*, XXII, §§ 7, 10.) S'il l'institue avec liberté comme sien propre, l'esclave sera libre et héritier nécessaire, si le testateur, avant de mourir, en est devenu plein propriétaire; sinon l'esclave, à la mort du testateur, appartiendra en entier, *jure adcrescendi*, au copropriétaire, qui recueillera aussi l'hérédité. (L. 6, § 3. D. 28, 5. — V. n° 1220.)

Si l'esclave a été institué *sine libertate*, à la mort du copropriétaire qui l'a institué, il appartiendra en entier, *jure adcrescendi*, au *codominus*, qui recueillera aussi l'hérédité. — Justinien décide que la volonté d'un seul des copropriétaires suffit pour affranchir l'esclave. (N° 1220.) Dès lors, l'esclave institué *cum libertate*, par l'un de ses copropriétaires, sera libre et héritier nécessaire, sauf à indemniser le copropriétaire de la portion qui lui appartient dans la valeur de l'esclave ainsi affranchi; mais s'il a été institué *sine libertate*, on cherche si l'intention du testateur a été d'affranchir l'esclave ou de faire parvenir la succession au copropriétaire. — La présomption est pour la dernière hypothèse : l'esclave ne deviendra pas libre et l'hérédité profitera au *codominus*.

Je suppose qu'un testateur, ayant un esclave *in bonis*, l'institue en l'affranchissant par testament. Quel va être l'effet de cette institution *cum libertate?* Si, avant sa mort, le testateur a acquis la propriété quiritaire de l'esclave, l'esclave sera libre et héritier nécessaire. — Que si, à sa mort, le testateur n'a toujours l'esclave

qu'*in bonis*, l'esclave ne deviendra qu'affranchi latin junien et ne pourra recueillir l'hérédité, car l'héritier qui, à la mort du testateur, n'est que Latin junien, n'a pas le *jus capiendi*. (Ulp., *Reg.*, XXII, § 8.)

1291. 4° *Institution de l'esclave d'autrui :*

§ 1. «..... L'esclave d'autrui, s'il est resté dans la même condition, doit aussi faire adition d'hérédité par ordre de son maître. — Si, au contraire, il a été aliéné par son maître, soit du vivant du testateur, soit après la mort du testateur, mais avant de faire adition, il devra faire adition sur l'ordre de son nouveau maître. — S'il a été affranchi avant ou après la mort du testateur, mais avant d'avoir fait adition, il pourra faire cette adition à son gré. »

Lorsque le testateur a institué pour héritier l'esclave d'autrui, à qui l'hérédité appartiendra-t-elle ? Il faut distinguer trois hypothèses :

1° Si l'esclave institué est resté dans la même condition jusqu'à la mort du testateur, c'est-à-dire s'il appartient encore au maître auquel il appartenait au moment où il a été institué, ce maître pourra lui donner ordre de faire adition, et, par l'adition de l'esclave, l'hérédité sera acquise à ce maître (§ 1 de n. t.) ; — 2° si l'esclave a été aliéné avant ou depuis la mort du testateur, mais avant d'avoir fait adition, son nouveau maître pourra lui donner ordre de faire adition, et, par l'adition de l'esclave, l'hérédité sera acquise au nouveau maître (§ 1 de n. t.) ; — 3° si l'esclave a été affranchi du vivant du testateur ou après sa mort, mais avant d'avoir fait adition, il sera libre d'accepter ou de répudier l'hérédité pour son propre compte. (§ 1, *in fine*.) — Il est bien entendu que si, par hasard, cet esclave tombait sous la puissance du testateur, l'institution serait nulle.

1292. 5° *Institution d'un esclave héréditaire.*

L'esclave héréditaire, *servus hereditarius*, est un esclave compris dans une hérédité ouverte, dont l'adition n'a pas encore été faite par l'héritier appelé à cette hérédité. Un testateur peut instituer un esclave héréditaire, pourvu qu'il ait la *factio testamenti* avec le maître défunt de l'esclave héréditaire :

§ 2. « L'esclave d'autrui peut être valablement institué après la mort de son maître, parce que la *factio testamenti* existe avec les esclaves héréditaires. En effet, l'hérédité, dont l'adition n'a pas encore été faite, représente la personne, non de l'héritier futur, mais du défunt. L'esclave d'un enfant seulement conçu peut aussi être valablement institué héritier. »

D'après ce § 2, une hérédité ouverte et non encore acceptée représente la personne, non de l'héritier futur, mais du défunt : «*Nondum adita hereditas personæ vicem sustinet, non heredis futuri, sed*

defuncti; » de sorte que l'esclave héréditaire est considéré comme appartenant encore au défunt, et non à l'héritier futur. Voilà pourquoi un testateur, pour pouvoir instituer valablement un esclave héréditaire, doit avoir la *factio testamenti* avec le maître défunt de l'esclave héréditaire.

Mais y a-t-il quelque intérêt pratique à dire que l'hérédité jacente représente le défunt, et que, par conséquent, l'esclave héréditaire appartient au maître défunt et non à l'héritier futur? Oui, parce que l'esclave héréditaire étant considéré comme appartenant au défunt pourra être institué héritier dans certains cas, où il n'aurait pu l'être s'il eût été considéré comme appartenant à l'héritier futur. En effet, il est possible qu'un testateur ait la *factio testamenti* avec le maître défunt de l'esclave héréditaire et ne l'ait pas avec l'héritier futur. Alors le testateur pourra instituer l'esclave héréditaire, considéré comme appartenant toujours à son maître défunt, avec lequel le testateur a la *factio testamenti*. Exemples :

1° Un citoyen romain institue pour héritier son enfant qui n'est que conçu, et meurt : il a pu instituer valablement son enfant conçu, qui est son posthume sien. Un autre citoyen romain, faisant son testament, ne pourrait pas instituer cet enfant qui n'est que conçu, parce que cet enfant n'est vis-à-vis de lui qu'un posthume externe, avec lequel il n'a pas *factio testamenti*. (N° 1279, 6°.) Mais il peut instituer un esclave compris dans l'hérédité à laquelle cet enfant conçu est appelé, pourvu qu'il ait eu *factio testamenti* avec le maître de cet esclave, parce que l'esclave héréditaire est considéré comme appartenant, non à l'enfant conçu, héritier futur, mais au maître défunt. (§ 2, *in fine*.)

2° Les militaires ont le droit d'instituer les pérégrins. (N° 1279, 1°.) Un militaire institue pour héritier un pérégrin et meurt. Le pérégrin n'a pas encore fait adition, de sorte que l'hérédité est jacente. Un citoyen romain non militaire, faisant son testament, ne peut instituer ce pérégrin, parce qu'un paganus n'a pas la *factio testamenti* avec les pérégrins ; mais il peut instituer l'esclave héréditaire, compris dans l'hérédité du militaire décédé, pourvu qu'il ait eu avec lui la *factio testamenti*.

1293. V. **Répartition de l'hérédité entre plusieurs institués.** — On reportera cette matière à l'article 2 du chapitre II, où elle se place d'une façon plus logique.

1294. VI. **Des modalités qui peuvent être apposées à l'institution d'héritier.** — On appelle *modalités* la condition et le terme.

§ 9. L'institution peut être faite purement et simplement ou sous condition : mais non à partir d'un certain temps ni jusqu'à un certain temps, par exemple : qu'il soit héritier cinq ans après ma mort, ou à partir de telles calendes, ou jusqu'à telles calendes. Cette adjonction d'un terme est considérée comme superflue, et l'héritier est considéré comme institué purement.

1295. *Institution faite purement et simplement.* — L'institution d'héritier peut être faite purement et simplement, par exemple, en ces termes : « *Titius heres esto.* » L'institution pure et simple produit son effet dès le jour de la mort du testateur. Le droit à l'hérédité, pour l'héritier institué, s'ouvre au jour de la mort du testateur ; en conséquence, l'héritier institué purement et simplement peut faire adition aussitôt que le testateur est mort.

1° *De la condition.*

1296. La condition est un événement futur et incertain. On distingue deux espèces de conditions : la condition *suspensive* et la condition *résolutoire*. La condition suspensive est un événement futur et incertain de l'arrivée duquel dépend l'existence d'un droit. La condition résolutoire est un événement futur et incertain de l'arrivée duquel dépend la résolution, l'anéantissement d'un droit.

1297. *Institution faite sous condition suspensive.* — L'institution d'héritier peut être faite *sous condition suspensive*, par exemple, en ces termes : « *Titius heres esto, si navis ex Asia venerit.* Que Titius soit héritier, si tel navire revient d'Asie. » L'institution faite sous condition suspensive est subordonnée à l'accomplissement de l'événement futur et incertain, pris pour condition ; cette institution ne produira d'effet qu'à l'arrivée de la condition, en ce sens que le droit à l'hérédité ne s'ouvrira, pour l'héritier, qu'à l'arrivée de la condition. Conséquences : 1° l'héritier institué sous condition suspensive ne pourra faire adition qu'après l'arrivée de la condition ; 2° s'il meurt avant l'arrivée de la condition, il n'aura jamais eu aucun droit à l'hérédité, qui passera au substitué, s'il y en a un, sinon aux héritiers *ab intestat ;* 3° si l'esclave d'autrui est institué sous condition suspensive, ce sera le maître auquel appartiendra l'esclave au jour de l'arrivée de la condition qui pourra lui donner ordre de faire adition.

Si la condition suspensive mise à l'institution vient à défaillir, c'est-à-dire ne s'accomplit pas, l'hérédité sera déférée au substitué s'il y en a un, sinon l'hérédité reviendra aux héritiers *ab intestat*.

1298. Nous savons que l'héritier institué sous condition suspensive ne peut faire adition et s'emparer des biens de l'hérédité qu'après l'arrivée de la condition. Cependant il y a un cas où il peut s'emparer des biens de l'hérédité avant l'arrivée de la condi-

tion : c'est lorsqu'il a été institué sous une condition qui ne peut s'accomplir qu'après sa mort; par exemple : « Que Titius soit héritier s'il ne monte pas au Capitole. » Dans ce cas, comme la condition ne peut s'accomplir qu'après sa mort (car ce n'est qu'après sa mort qu'il sera certain qu'il ne montera pas au Capitole, attendu qu'il pourra y monter tant qu'il vivra), si l'on maintient l'effet de la condition, son droit à l'hérédité ne s'ouvrira qu'après sa mort, ce qui lui sera parfaitement inutile. Aussi il fut permis à l'héritier, institué sous une pareille condition, de prendre possession de l'hérédité, en fournissant caution de la restituer, au cas où il n'exécuterait pas la condition. Cette caution qu'il doit fournir s'appelle *caution Mucienne*, du nom du jurisconsulte Mucius Scævola, qui avait inventé la formule à employer pour fournir cette caution : « *Mucianæ cautionis utilitas consistit in conditionibus, quæ in non faciendo sunt conceptæ; utputa, si in Capitolium non ascenderit, si Stichum non manumiserit, et in similibus... Nec solum in legatis placuit, verum in hereditatibus quoque idem remedium admissum est.* » (L. 7, pr. D. 35, 1.)

1299. Si le testateur a apposé plusieurs conditions à l'institution, il faut distinguer s'il a entendu subordonner l'institution à l'arrivée de toutes les conditions, cas auquel l'institution ne produira son effet que lorsque toutes les conditions seront accomplies ; ou si, au contraire, il a voulu subordonner l'institution à l'arrivée d'une seule des conditions, cas auquel l'institution produira son effet, c'est-à-dire l'héritier pourra faire adition, après l'arrivée d'une seule des conditions.

§ 11. « Si plusieurs conditions ont été mises à une institution, si c'est conjointement, par exemple, si telle *et* telle choses sont faites, il faut que toutes soient accomplies; si c'est disjointement, par exemple, si telle *ou* telle chose est faite, il suffit que l'une soit accomplie. »

1300. Si le testateur avait mis à l'institution une condition impossible, par exemple, « que Titius soit héritier s'il touche la lune du doigt, » il avait été admis, conformément à l'opinion des Sabiniens et contrairement à l'opinion des Proculiens, que la condition impossible serait réputée non écrite et que l'institution serait considérée comme pure et simple (Gaïus, III, § 98) :

§ 10. « La condition impossible, dans les institutions, legs, fidéicommis et affranchissements, est réputée non écrite. »

De même, si le testateur avait mis à l'institution une condition illicite ou contraire aux mœurs, elle était également réputée non écrite et l'institution considérée comme pure et simple : « *Condi-*

tiones; contra leges et decreta principum vel bonos mores adscriptæ, nullius sunt momenti. » (Paul, *Sent.*, III, IV *b.*, § 2.)

1301. Ces conditions rendraient nulles des conventions entre-vifs. On justifie cette distinction en disant : 1° les actes entre-vifs peuvent toujours être recommencés; il n'en est pas de même du testament; 2° le contractant qui, dans un acte entre-vifs, laisse insérer detelles conditions, est au moins coupable de négligence; l'institué au contraire, n'étant pas intervenu au testament, ne doit pas souffrir de ce qu'il ne pouvait empêcher.

Institution subordonnée à plusieurs conditions. — Sont-elles insérées *cumulativement* (*si illud et illud factum fuerit*)? il faudra que toutes soient accomplies; si au contraire elles sont insérées *séparément* (*si illud aut illud factum fuerit*)? il suffira que l'une ou l'autre s'accomplisse.

Conditions perplexæ, ou contradictoires. — *Si Titius heres erit, Seius heres esto;* l'institution est nulle; elle le sera également si elle est soumise à la pure volonté d'un tiers, ou si elle est captatoire (faite pour s'attirer des avantages de la part de l'institué).

1302. *Institution faite sous condition résolutoire.* — L'institution faite sous condition résolutoire est celle qui est faite sous la condition que l'héritier institué cessera d'être héritier si tel événement arrive. Exemple : « *Que Titius soit héritier, mais qu'il cesse de l'être si tel navire revient d'Asie.* » La condition résolutoire apposée à une institution d'héritier est réputée non écrite et l'institution considérée comme pure et simple. En effet, dans notre exemple, si Titius, après avoir été héritier, cessait de l'être à l'arrivée de la condition indiquée par le testateur, l'hérédité passerait de lui aux héritiers *ab intestat*, ce qui serait contraire à la règle : « *Nemo paganus, partim testatus, partim intestatus decedere potest,* » et à la règle : « *Semel heres, semper heres.* »

2° *Du terme.*

1303. Une institution d'héritier ne peut être faite à terme : ni *ex certo die*, ni *ad certum diem.*

Un héritier ne peut être institué *ex certo die.* Exemple : « Que Titius soit héritier à partir de cinq ans après sa mort. » En effet, si une institution avait pu être faite *ex certo die*, à qui eût appartenu l'hérédité jusqu'à ce que les cinq ans fussent écoulés? Aux héritiers *ab intestat?* C'eût été contraire à la règle : *Nemo paganus, partim testatus, partim intestatus decedere potest.* »

De même, un héritier ne peut être institué *ad certum diem.* Exemple : « Que Titius soit héritier pendant cinq ans, à partir de

ma mort. » En effet, dans ce cas, à qui appartiendrait l'hérédité après l'expiration des cinq ans? Aux héritiers *ab intestat*, après avoir appartenu pendant cinq ans à l'héritier institué; ce qui serait contraire à la règle : « *Nemo paganus partim testatus, partim intestatus decedere potest*, » et à la règle : « *Semel heres, semper heres.* »

Toutefois, il faut bien remarquer que lorsqu'un héritier a été institué à terme, soit *ex certo die*, soit *ad certum diem*, l'institution n'est pas nulle. Le terme est réputé non écrit et l'institution considérée comme pure et simple : l'héritier institué à terme, *ex certo die*, ou *ad certum diem*, pourra faire adition aussitôt que le testateur sera mort. (§ 9 de n. t.)

1304. Il faut distinguer le *dies incertus* du *dies certus*. Le *dies certus*, mis à une institution, est réputé non écrit, comme nous venons de le voir. Il n'en est pas de même du *dies incertus*, du terme incertain. Le *dies incertus* est un terme dont la durée n'est pas connue. Exemple : « Que Titius soit mon héritier lorsque Mævius sera mort. » Il est certain que Mævius mourra, mais l'époque de sa mort est inconnue. Le *dies incertus*, mis à une institution, n'est pas réputé non écrit, parce qu'il équivaut à une véritable condition suspensive. En effet, cette institution : « Que Titius soit mon héritier lorsque Mævius sera mort, » est équivalente à celle-ci : « Que Titius soit mon héritier *s'il* survit à Mævius. » En réalité, le *dies incertus* est une véritable condition. C'est ce que dit Papinien : *Dies incertus in testamento conditionem facit.* » (L. 75. D. 35, 1.) Le *dies incertus* équivalant, dans un testament, à une condition, peut être efficacement apposé à une institution d'héritier.

1305. *Cette différence entre le dies certus et le dies incertus* est ainsi expliquée.— Dans le premier cas, il n'y a aucune incertitude sur l'effet de la disposition; on sait que jusqu'à tel délai, ou à partir de tel délai, il n'y aura pas d'hérédité testamentaire. — Dans le second, au contraire, rien n'est fixé; à chaque instant, le *dies incertus* peut arriver, et, avec lui, l'ouverture du droit de l'institué. (V. M. Demangeat, I, 644, pour cette subtilité vraiment bien inutile.)

1306. VII. **Appendice. Des substitutions** [1]. (*Inst.* II, XV.) — Une substitution est une institution d'héritier subordonnée à une autre institution. Les Romains distinguaient trois espèces de substitutions : 1° la substitution vulgaire; 2° la substitution pupillaire; 3° la substitution quasi-pupillaire ou exemplaire.

---

1. Nous traitons ici cette matière des substitutions, en appendice à la matière de l'*institution d'héritier*, car les substitutions ne sont pas autre chose qu'une combinaison de plusieurs institutions échelonnées.

1307. 1° *De la substitution vulgaire.*

La substitution vulgaire est ainsi appelée, parce qu'elle est la plus fréquente.

Il y a substitution vulgaire, lorsqu'un testateur, après avoir institué un héritier, en institue un autre, pour le cas où le premier ne pourra ou ne voudra recueillir l'hérédité. Exemple : « *Primus heres esto.* (Institution.) *Si Primus heres non erit, Secundus heres esto.* (Substitution.) *Si Secundus heres non erit, Tertius heres esto*, etc... »

Le testateur peut inscrire, à la suite les unes des autres, un aussi grand nombre de substitutions qu'il le désire et, en dernier lieu, appeler un de ses esclaves, qui sera héritier nécessaire; dès lors, il n'aura plus à craindre de mourir intestat.

1308. *Application des règles sur l'exhérédation des sui.* — Le père, qui a un fils en puissance, peut-il se contenter de l'instituer ou de l'exhéréder une seule fois, ou doit-il le faire à chaque degré de substitution? Si le fils est institué au premier degré ou exhérédé avant l'institution du premier degré, le père pourra l'omettre dans tous les degrés subséquents; mais si le testateur a dit : *Titius heres esto; filius meus exheres esto*, il devra, à chaque degré, renouveler l'exhérédation. — (Ce qui est vrai du fils, à l'époque des jurisconsultes, s'applique sous Justinien à tous ceux qu'on doit instituer ou exhéréder.)

Pr. « On peut faire, dans son testament, plusieurs degrés d'héritiers, par exemple : Si tel n'est pas mon héritier, que tel le soit, et ainsi de suite. Le testateur peut substituer plusieurs héritiers les uns aux autres, en aussi grand nombre qu'il veut; il peut même instituer en dernier lieu son esclave héritier nécessaire. »

1309. La substitution vulgaire est une institution secondaire, subordonnée à une première institution, en ce sens qu'elle ne produira son effet qu'autant que la première ne produira pas le sien. Cette institution secondaire, appelée substitution vulgaire, ne donne au substitué droit à l'hérédité qu'au moment où la première institution tombe; d'où il suit que le substitué, pour pouvoir recueillir l'hérédité, doit avoir encore la *factio testamenti* au moment où la substitution, institution secondaire faite à son profit, s'ouvre, c'est-à-dire au moment où la première institution tombe. Exemple : Primus et Secundus sont institués. Mævius est substitué à Primus seulement. Le testateur est mort. Si Primus et Secundus font adition, ils se partageront l'hérédité par moitié et le substitué Mævius n'aura rien; car la substitution faite à son profit ne s'ouvre pas, puisque la première institution, celle de Primus, produit son effet, Primus ayant fait adition. Mais si,

après la mort du testateur, Primus répudie, sa part devient vacante, la substitution faite au profit de Mævius s'ouvre, et si, à ce moment, Mævius a encore la *factio testamenti*, il peut faire adition et prendre la part de l'institué défaillant Primus, auquel il a été substitué.

1310. Lorsque le testateur a institué un héritier et lui en a substitué un autre, l'hérédité est d'abord offerte à l'institué; et ce n'est qu'autant que l'institué ne recueille pas l'hérédité que l'hérédité est offerte au substitué, excepté dans un cas: c'est lorsqu'un testateur insolvable a *institué* un de ses esclaves en fraude de ses créanciers, et lui a *substitué* un homme libre. (N^os^ 421,422.) Bien que l'esclave ait été institué en première ligne, l'hérédité sera d'abord offerte à l'homme libre qui lui a été substitué : « *Si is, quï solvendo non est, servum cum libertate heredem instituerit, et liberum substituerit, ante inspiciendum erit a substituto. Lex enim Ælia Sentia ita demum ei, qui in fraudem creditorum heres institutus est, conservat libertatem, si nemo alius ex eo testamento heres esse potest.* Si celui qui est insolvable a institué son esclave avec liberté, et lui a substitué un homme libre, il faut s'attacher d'abord au substitué. En effet, la loi *Ælia Sentia* ne conserve la liberté à celui qui a été institué en fraude des créanciers que si nul autre ne peut être héritier en vertu de ce testament. » (L. 57. D. 28, 5.)

§ 1. « Plusieurs héritiers peuvent être substitués à un seul, ou un seul à plusieurs, ou bien l'un à l'autre, ou bien les institués eux-mêmes peuvent être substitués *réciproquement* entre eux. »

1311. D'après le § 1: 1° plusieurs héritiers peuvent être substitués à un seul. Exemple : *Mævius heres esto. Si Mævius heres non erit, Primus et Secundus heredes sunto;* 2° un seul héritier peut être substitué à plusieurs. Exemple : *Primus et Secundus heredes sunto. Si Primus et Secundus heredes non fuerint, Mævius heres esto;* 3° plusieurs héritiers étant institués, l'un peut être substitué à l'autre. Exemple : *Primus, Secundus, Tertius heredes sunto. Si Primus heres non erit, Secundus ex parte qua Primum institui heres esto.* Dans ce cas, si Primus répudie, Secundus pourra faire adition non-seulement pour sa part, en vertu de son institution, mais encore pour la part de Primus, en vertu de la substitution, à l'exclusion de Tertius, qui ne pourra faire adition que pour la part pour laquelle il a été institué; 4° le testateur substitue réciproquement entre eux les institués eux-mêmes. Dans ce dernier cas, il y a entre les héritiers institués ce qu'on appelle une *substitution vulgaire réciproque*. Exemple : « *Primus, Secundus, Tertius heredes sunto. Si Primus heres non erit, Secundus et Tertius ex parte qua*

Primum institui heredes sunto. Si Secundus heres non erit, Primus et Tertius ex parte qua Secundum institui heredes sunto. Si Tertius heres non erit, Primus et Secundus ex parte qua Tertium institui heredes sunto. » Voilà un exemple de *substitution réciproque*.

§ 2. « Si le testateur a substitué *réciproquement* les uns aux autres des héritiers institués pour des parts inégales, sans indiquer les parts de chacun dans la substitution, il est censé avoir donné, dans la substitution, les mêmes parts que celles qu'il a désignées dans l'institution. C'est ce qu'a décidé par un rescrit le divin Antonin le Pieux. »

1312. Quelle était l'utilité des substitutions réciproques? Les substitutions réciproques ont eu deux utilités dans la législation romaine.

1313. *Première utilité des substitutions réciproques.* — A l'époque où les lois caducaires étaient en vigueur, les substitutions réciproques étaient utiles aux célibataires et aux *orbi*, cognats du testateur au degré voulu pour être exempts des peines du célibat ou de l'*orbitas*, et aux autres personnes n'ayant que la *solidi capacitas*, pour les faire profiter des parts caduques et quasi-caduques. Pour bien comprendre ce point, nous allons d'abord prendre un exemple dans lequel plusieurs héritiers seront institués, *sans être substitués réciproquement*, et ensuite un exemple dans lequel plusieurs héritiers institués seront substitués réciproquement. — 1er exemple : Primus, Secundus, Tertius sont institués sans être substitués réciproquement. Primus est célibataire, mais cognat du testateur au degré voulu pour être exempt des peines du célibat et de l'*orbitas;* il fait adition et prend sa part, car sa qualité de cognat le lui permet. Secundus est célibataire, mais non cognat du testateur; sa part est caduque. Tertius est *pater*, il fait adition et prend sa part. Mais que devient la part caduque de Secundus? D'après les lois caducaires, elle va en entier à Tertius, *pater*, en vertu de son *jus caduca vindicandi*. Primus, célibataire, quoique cognat du testateur, ne prendra rien de la part caduque de Secundus, car sa qualité de cognat le dispense bien d'être puni, mais ne lui donne pas le droit d'être récompensé. — 2e exemple : Primus, Secundus et Tertius sont institués et *substitués* réciproquement les uns aux autres. Primus, célibataire et cognat du testateur, fait adition et prend la part pour laquelle il a été institué. Secundus est célibataire et non cognat; sa part est caduque. Tertius, *pater*, fait adition et prend sa part. Ici, que devient la part caduque de Secundus? Comme Primus et Tertius ont été substitués à Secundus, au moment où la part de Secundus devient caduque, la substitution s'ouvre aussi bien au profit de Primus, célibataire et cognat du testateur, qu'au profit de Tertius, *pater;* car si la qualité de cognat au degré voulu donne à un célibataire le droit de

profiter d'une institution principale, elle lui donne pareillement le droit de profiter de l'institution secondaire, appelée substitution. — Il faudrait donner la même décision, si Primus au lieu d'être célibataire était *orbus* et cognat du testateur au degré voulu. — Pour rendre encore plus sensible l'utilité de la substitution réciproque, à l'époque des lois caducaires, changeons uu peu notre exemple : Primus, Secundus, Tertius sont institués, mais Primus et Secundus seulement sont substitués réciproquement. Primus, célibataire mais cognat du testateur, fait adition et prend sa part; sa qualité de cognat le lui permet. Secundus est célibataire, non cognat du testateur; sa part est caduque. Tertius est *pater*, il fait adition et prend sa part. Que devient ici la part caduque de Secundus? Comme Primus seul lui est substitué, il a seul le droit de profiter de la part caduque de Secundus. Tertius, *pater*, n'ayant pas été substitué à Secundus, ne peut profiter de la substitution qui s'ouvre quant à la part de Secundus. — A l'époque des lois caducaires, la substitution réciproque était donc utile aux célibataires et aux *orbi* cognats du testateur au degré voulu, et aux autres personnes n'ayant que la *solidi capacitas*, pour profiter des parts caduques et quasi-caduques. (N° 1437, 3°.)

A l'époque des lois caducaires, la substitution réciproque est encore utile aux célibataires et *orbi*, cognats du testateur au degré voulu, même à l'encontre du fisc. Exemple : Primus et Secundus sont institués, mais non substitués réciproquement. Primus est célibataire et cognat; il fait adition et prend sa part; sa qualité de cognat le lui permet. Secundus est célibataire et non cognat; sa part est caduque et est attribuée au fisc, parce que Primus n'est pas substitué à Secundus. Supposons, au contraire, dans notre hypothèse, que Primus et Secundus ont été substitués réciproquement. Primus, en vertu de la substitution, prend la part caduque de Secundus, car sa qualité de cognat lui donne le droit de profiter, même à l'encontre du fisc, de son institution secondaire aussi bien que de son institution principale.

1314. *Seconde utilité des substitutions réciproques.* — La seconde utilité des substitutions réciproques consiste en ce qu'il est permis au testateur, en faisant une substitution réciproque, d'empêcher entre ses héritiers l'application de cette règle du droit d'accroissement : *L'accroissement a lieu de portion à portion.* Exemple : Primus, Secundus, Tertius sont institués *sans être substitués réciproquement.* Primus fait adition d'hérédité et meurt, transmettant sa part d'hérédité à ses propres héritiers; Secundus fait adition et ne meurt pas; Tertius répudie. La part vacante de Tertius accroît aussi bien à la part de

Primus, mort après avoir fait adition, qu'à la part de Secundus, qui vit encore; parce que l'accroissement a lieu de part à part, et non de personne à personne. (N° 1421, 2°.) — Au contraire, supposons trois héritiers institués, Primus, Secundus, Tertius, qui ont été substitués réciproquement les uns aux autres. Primus fait adition et meurt, transmettant sa part d'hérédité à ses propres héritiers; Secundus fait adition et ne meurt pas; Tertius répudie. A qui profitera la part vacante de Tertius? A Secundus seul, en vertu de la substitution réciproque. En effet, la substitution vulgaire réciproque n'est qu'une institution d'héritier. Or un héritier *institué*, pour profiter de son *institution*, doit être encore vivant au moment où l'institution s'ouvre à son profit. (N° 1389, 1°.) Comme la substitution n'est qu'une institution secondaire, il s'ensuit que le substitué, pour profiter de sa substitution, doit être encore vivant au moment où la substitution s'ouvre à son profit. Or, comme Primus, dans notre exemple, est déjà mort au moment où la substitution réciproque ou institution secondaire s'ouvre, il s'ensuit qu'il ne peut faire adition; la substitution réciproque s'ouvre seulement au profit de la personne de Secundus, qui vit encore. (N° 1309.)

Voici un autre cas dans lequel une substitution réciproque empêche l'application de cette règle du droit d'accroissement : L'accroissement a lieu de portion à portion. Un testateur institue pour heritier Pamphile, esclave de Titius, et Primus, puis les substitue réciproquement l'un à l'autre. Pamphile fait adition sur l'ordre de son maître Titius. Ensuite Titius aliène son esclave Pamphile à Sempronius, après quoi Primus, l'autre héritier institué, répudie. La substitution s'ouvre au profit de Pamphile ; mais Pamphile fera adition, quant à la substitution, sur l'ordre de son nouveau maître Sempronius. S'il n'y avait pas eu substitution réciproque entre Pamphile et Primus, la part vacante de Primus aurait profité par droit d'accroissement à Titius, quand même il eût aliéné son esclave avant la répudiation de Primus.

1315. Nous savons que l'accroissement est *forcé*. Exemple : Primus, Secundus et Tertius ont été institués. Primus et Secundus font adition. Tertius répudie; sa part vacante accroît forcément à Primus et à Secundus, malgré eux. De même, si l'on suppose trois héritiers institués, Primus, Secundus, Tertius, *et substitués réciproquement*, Primus et Secundus ayant fait adition, si Tertius répudie, la substitution s'ouvre pour sa part vacante au profit de Primus et de Secundus. Il semble que Primus, par exemple, qui a fait adition pour sa part comme institué, doit être libre de ne pas faire adition comme substitué, car la substitution est une institution distincte de

l'institution. Cependant Primus, qui a fait adition en qualité d'héritier institué, ne pourra répudier la substitution qui s'ouvre à son profit quant à la part vacante de Tertius, car les jurisconsultes avaient fait admettre cette règle, que le substitué ayant fait adition en qualité d'héritier institué ne pourrait pas répudier la substitution. (L. 35 pr. L. 76 pr. D. 29, 2.) Cette règle introduite par les prudents fut consacrée par la législation impériale, notamment par un rescrit des empereurs Dioclétien et Maximien : « *Testamento jure facto, multis institutis heredibus, et invicem substitutis, adeuntibus suam portionem, etiam invitis, coheredum repudiantium accrescit portio.* Par un testament régulièrement fait, plusieurs héritiers ayant été institués et *substitués réciproquement*, la portion de ceux qui répudient accroît à ceux qui ont fait adition de leur part, même malgré eux. » (L. 6. C. 6, 26.)

1316. *Règle : Substitutus substituto tacite censetur substitutus instituto :*

§ 3. « Si à un héritier institué a été substitué son cohéritier, et à celui-ci un tiers, les divins Sévère et Antonin ont décidé que ce tiers substitué sera admis sans distinction à l'une et l'autre part. »

Voici l'hypothèse prévue par le § 3 et résolue par cette règle : « *Substitutus substituto substitutus instituto censetur.* » J'institue pour héritiers Primus et Secundus ; je substitue Secundus à Primus ; et enfin je substitue, à Secundus, Tertius, que je n'ai pas institué. La question est de savoir si Tertius, substitué à Secundus qui lui-même est substitué à Primus, est substitué à Primus. Ainsi Primus et Secundus font défaut; Tertius prendra-t-il non-seulement la part de Secundus, mais aussi la part de Primus? Avant la constitution de Sévère et Antonin, dont il est fait mention dans le § 3, on distinguait : si Primus avait fait défaut *avant* Secundus, sa part vacante était dévolue à Secundus, et alors, si Secundus faisait aussi défaut, son substitué Tertius recueillait et la part de Secundus et la part de Primus. Au contraire, si Primus avait fait défaut *après* Secundus, Tertius ne prenait que la part de Secundus. La constitution de Sévère et Antonin a supprimé cette distinction et a décidé que Tertius prendrait toujours la part de Primus et de Secundus, sans distinguer si la part de Primus est devenue vacante avant ou après celle de Secundus; et, dans tous les cas, la règle « *substitutus substituto instituto substitutus censetur* » fut admise.

Mais il semble que cette règle « *substitutus substituto instituto substitutus censetur* » est inutile, par suite du droit d'accroissement. En effet, supposons que Primus et Secundus sont institués, Secun-

dus substitué à Primus et Tertius substitué à Secundus. Si Primus et Secundus font défaut, Tertius substitué à Secundus prend sa part; Tertius ayant pris la part de Secundus, celle de Primus lui arrivera forcément par droit d'accroissement. C'est vrai; mais il est possible que Tertius ait intérêt à venir prendre la part de Primus en vertu de sa substitution tacite, plutôt qu'en vertu du droit d'accroissement. En effet, supposons que le testateur a institué un héritier de plus avec Primus et Secundus. Le testateur a dit : Que Primus, Secundus et Sempronius soient héritiers; je substitue Secundus à Primus, et à Secundus je substitue Tertius. Dans ce cas, si Tertius, pour prendre la part vacante de Primus, était obligé d'invoquer le droit d'accroissement, il aurait pour rival Sempronius, qui lui aussi peut invoquer le droit d'accroissement, tandis qu'en vertu de sa substitution tacite, Tertius prendra toute la part vacante de Primus auquel il est substitué tacitement, aussi bien que la part de Secundus auquel il a été substitué formellement. — Voilà un cas où l'application de la règle : «*Substitutus substituto tacite censetur substitutus instituto*, » présente une utilité pratique.

1317. Il y a encore un autre cas dans lequel l'application de cette règle présente une utilité pratique : à l'époque où les lois caducaires étaient en vigueur, cette règle était utile aux célibataires et aux *orbi*, cognats du testateur au degré voulu qui pouvaient l'invoquer pour enlever au fisc les parts caduques ou quasi-caduques. Exemple : Primus et Secundus ont été institués, Secundus a été substitué à Primus, et Tertius, non institué, a été substitué à Secundus. Primus et Secundus sont célibataires et non cognats du testateur; leurs parts sont caduques; Tertius est célibataire, mais cognat du testateur au degré voulu pour être exempté des peines du célibat, mais il n'a que la *solidi capacitas*, il n'a pas le *jus caduca vindicandi;* il prendra donc la part de Secundus auquel il est substitué; il prendra aussi la part de Primus, puisqu'il est censé substitué à Primus par cela seul qu'il est substitué à Secundus, substitué lui-même à Primus; tandis que s'il n'était pas censé substitué à Primus, s'il ne pouvait invoquer la règle : «*Substitutus substituto instituto substitutus censetur*, » la part de Primus irait au fisc.

1318. *Concours entre l'institué et le substitué.* — En principe, il n'y a pas concours entre l'institué et le substitué : si l'institué fait adition, le substitué ne prend rien. Cependant le § 4 de notre titre indique un cas où, par exception, l'institué et le substitué arrivent l'un et l'autre à l'hérédité :

§ 4. « Un testateur ayant institué héritier l'esclave d'autrui, qu'il croyait chef de famille, lui a substitué Mævius pour le cas où il ne serait pas héritier. Cet

esclave ayant fait adition sur l'ordre de son maître, son substitué Mævius est admis à partager l'hérédité. En effet, ces mots : *s'il n'est pas héritier*, appliqués à celui que le testateur sait être soumis à la puissance d'autrui, signifient : s'il n'est pas héritier lui-même ou s'il ne rend pas un autre héritier; mais, appliqués à celui qu'on croit chef de famille, ces mots signifient : s'il n'acquiert pas l'hérédité pour lui ou pour celui sous la puissance duquel il pourra se trouver plus tard. C'est ce qu'a décidé Tibère César pour son esclave Parthemius. »

1319. Au temps de Gaïus, il y avait un autre cas où il pouvait y avoir concours entre l'institué et le substitué. Un testateur a dit : « *Titius heres esto, cernitoque in diebus proximis centum quibus scies poterisque; si non ita creveris, exheres esto; tunc Mævius heres esto.* Titius, sois mon héritier et fais crétion dans les cent plus prochains jours que tu sauras et pourras être héritier; si tu ne fais pas crétion, alors, que Mævius soit héritier. » Dans ce cas, si l'institué Titius ne fait pas crétion dans le délai de cent jours, mais s'il fait un acte d'héritier, il prend la moitié de la succession et le substitué Mævius l'autre moitié. Que si, dans le délai de cent jours, l'institué Titius ne fait ni crétion ni acte d'héritier, il est exclu pour la totalité, et le substitué prend l'hérédité entière : « *Si prior* (l'institué) *omissa cretione gerat, substitutus in partem admittitur, et fiunt ambo æquis partibus heredes. Quod si neque cernat, neque pro herede gerat, sane in universum submovetur, et substitutus in totam hereditatem succedit.* » (Gaïus, II, § 177.) A l'époque d'Ulpien, il n'y a plus, dans ce cas, concours entre l'institué et le substitué. En effet, d'après une constitution de l'empereur Marc-Aurèle, si l'institué fait crétion ou simplement acte d'héritier dans le délai de cent jours, il sera héritier pour le tout; que s'il ne fait ni crétion ni acte d'héritier dans le délai de cent jours, il est exclu, et le substitué est héritier pour le tout : « *Sed postea divus Marcus constituit ut et pro herede gerendo ex asse fiat heres. Quod si neque creverit, neque pro herede gesserit, ipse excluditur, et substitutus ex asse fit heres.* » (Ulp., *Reg.*, XXII, § 34.)

1320. Un testateur a institué un esclave appartenant à deux maîtres et lui a substitué Titius. L'esclave institué ne fait adition que sur l'ordre d'un seul de ses maîtres, l'autre ne lui donnant pas l'ordre de faire adition : le substitué Titius vient en concours pour partager la succession avec celui des maîtres sur l'ordre duquel l'esclave a fait adition. (L. 48, pr. D. 28, 6.)

1321. 2° *De la substitution pupillaire.* (*Inst.*, II, XVI.)

La substitution pupillaire est l'institution d'héritier qu'un ascendant, testant pour son propre compte, fait pour son descendant impubère, pour le cas où ce descendant, lui ayant survécu, viendrait à mourir avant d'avoir atteint la puberté :

Pr. « A ses enfants qu'il a sous sa puissance, un testateur peut, non-seulement substituer, comme nous l'avons dit plus haut, c'est-à-dire de manière que, s'ils ne sont pas ses héritiers, un autre soit son héritier; mais, en outre, de manière que si, ayant été ses héritiers, ils meurent étant encore impubères, un autre soit leur héritier à eux; par exemple, si le testateur s'exprime ainsi : « Que Titius, mon fils, soit mon héritier; et si mon fils n'est pas mon héritier, ou si, ayant été mon héritier, il meurt avant d'être arrivé à sa propre tutelle (c'est-à-dire avant d'être pubère), que Seius soit mon héritier. » Dans ce cas, si le fils n'est pas héritier, le substitué sera héritier du père; mais si le fils est héritier et meurt avant d'avoir atteint sa puberté, le substitué est héritier du fils, car il a été établi par la coutume que les ascendants peuvent faire le testament de leurs enfants qui ne sont pas en âge de tester eux-mêmes. »

1322. La substitution pupillaire est, comme la substitution vulgaire, une institution secondaire, subordonnée à une première institution. En effet, le citoyen romain qui faisait un testament pour son fils impubère ne pouvait disposer uniquement de l'hérédité de ce fils; il fallait qu'il disposât en même temps de sa propre hérédité. Le plus souvent même, il disposait de son hérédité au profit de son fils, mais il n'y était pas obligé; car, tout en disposant de l'hérédité de son fils, le père pouvait l'exhéréder de sa propre hérédité. (§ 4.) Si l'institution que le père fait pour sa propre hérédité est nulle, celle qu'il fait pour son fils est nulle aussi. (§ 5.) Cela suffit pour qu'on puisse dire qu'il y a là une substitution, c'est-à-dire une institution subordonnée à une autre, dépendante d'une autre. Mais ici le lien de dépendance de la seconde institution à la première n'est plus le même que dans la substitution vulgaire. En effet, dans la substitution vulgaire, la seconde institution ne produit son effet qu'autant que la première ne produit pas le sien. Dans la substitution pupillaire, au contraire, la seconde institution ne produit son effet qu'autant que la première produit le sien.

Cette substitution s'appelle substitution *pupillaire*, parce qu'elle ne s'applique qu'à la succession des personnes qui doivent mourir *pupilles*.

1323. Ce n'est pas par les lois, mais par l'usage, par la coutume, qu'il fut admis qu'un ascendant pourrait faire le testament de ses descendants impubères, soumis à sa puissance (*moribus institutum*... pr. *in fine* de n. t.). — Cet usage s'explique non-seulement par l'idée d'une extension considérable de la puissance paternelle, mais encore par l'intention qu'a pu avoir le testateur d'écarter certains dangers pouvant menacer, après sa mort, son fils impubère. En effet, il y avait des personnes intéressées à ne pas laisser cet enfant arriver à l'âge où il pourra lui-même disposer de ses biens par testament, c'est-à-dire à l'âge de puberté. Ces personnes étaient ses héritiers *ab intestat*, ses agnats, assurés de lui succéder

s'il mourait avant d'être arrivé à l'âge où il pourra tester, c'est-à-dire à l'âge de puberté. C'est pour écarter ces dangers que la substitution pupillaire a été pratiquée chez les Romains. — Mais, par suite de la substitution, il y aura une autre personne intéressée à la mort prochaine de l'impubère : c'est le substitué, car si l'impubère arrive à la puberté, la substitution s'évanouit. Pour écarter ce nouveau danger, le testateur pouvait consigner à part, dans son testament, ses dispositions relatives à la substitution et les tenir secrètes. De cette manière, nul ne savait qui était appelé à la succession de l'impubère (Gaïus, II, § 181) :

§ 3. « Si un testateur craint qu'après sa mort son fils, encore pupille, ne soit exposé aux dangers de certaines embûches, parce qu'il aurait reçu publiquement un substitué, il n'a qu'à faire publiquement la substitution vulgaire, dans la première partie du testament ; quant à la substitution par laquelle un substitué est appelé pour le cas où le pupille devenu héritier mourrait impubère, le testateur doit la faire séparément au bas du testament, clore par un lien et un cachet spécial cette partie du testament, et défendre, dans la première partie du testament, d'ouvrir les tablettes inférieures tant que le fils vivra et sera encore impubère. Néanmoins il est certain que la substitution pupillaire, faite dans les mêmes tablettes que l'institution, est valable, quoiqu'elle présente un danger pour le pupille. »

1324. *Qui peut faire une substitution pupillaire?* — Ce n'est que l'ascendant, qui, lors de son décès, a la puissance paternelle sur son descendant impubère pour le patrimoine duquel il fait la substitution pupillaire. La mère et l'aïeul maternel, n'ayant jamais la puissance paternelle, ne peuvent faire une substitution pupillaire.

1325. *Quels sont les enfants pour lesquels un chef de famille peut faire une substitution pupillaire?* — Pour tous ses enfants et descendants qui, à sa mort, se trouveront impubères et *sui juris*, c'est-à-dire : 1° pour ses fils et filles, qui, à sa mort, sont impubères, même pour ses fils et filles posthumes, même pour ses posthumes velléiens (n° 1265) ; 2° pour ses petits-fils et petites-filles, nés d'un fils qui n'est plus sous sa puissance, si, à sa mort, ses petits-fils et petites-filles sont impubères. — Ainsi un testateur ne peut faire une substitution pupillaire pour ses petits-fils et petites-filles qu'autant qu'à son décès ces petits-fils et petites-filles seront impubères et ne tomberont pas sous la puissance de leur père, fils du testateur, c'est-à-dire seront *sui juris*; à moins, toutefois, qu'il ne les institue ou ne les exhérède. Exemple : Je suppose qu'un testateur a sous sa puissance un fils et des petits-enfants impubères nés de ce fils. Peut-il faire une substitution pupillaire pour ces petits-enfants impubères? Il semble que non ; car si, du vivant du testa-

teur, leur père meurt ou est émancipé, ils rompent le testament de leur aïeul en devenant ses héritiers siens ; et alors la substitution pupillaire faite pour eux tombe également. Néanmoins le testateur, leur grand-père, a un moyen de faire pour eux une substitution pupillaire valable : il n'a qu'à les instituer ou à les exhéréder, en vertu du deuxième chapitre de la loi *Velleia ;* cas auquel le testament de leur aïeul ne sera pas rompu, et la substitution pupillaire sera maintenue lorsque leur père viendra à sortir de la famille. C'est ce que dit le jurisconsulte Ulpien : « ... *Sed si eos patres præcedant ita demum substitui eis potest, si heredes instituti sint, vel exheredati : ita enim post legem Velleiam succedendo non rumpunt testamentum.* » (L. 2 pr. D. 28, 6. — V. n° 1265.)

Un testateur ne peut pas faire une substitution pupillaire pour ses enfants et descendants impubères émancipés. (L. 2 pr. D. 28, 6.)

1326. Un adrogeant peut-il faire une substitution pupillaire pour son fils adrogé impubère ? Oui ; et même il est possible que, pour un adrogé impubère, il y ait deux substitutions pupillaires. Un testateur a sous sa puissance un fils légitime impubère ; il l'institue son héritier, lui substitue pupillairement Mævius et meurt ; l'enfant impubère devenu *sui juris* et héritier de son père se donne en adrogation. (N° 554.) L'adrogeant fait son testament, institue son fils adrogé pour son héritier, lui substitue pupillairement Sempronius et meurt. L'enfant redevenu *sui juris* et héritier de son père adrogeant meurt étant encore impubère. Sempronius, substitué pupillairement par l'adrogeant, trouve dans la succession du pupille et l'hérédité de l'adrogeant et l'hérédité du père légitime du pupille ; mais a-t-il le droit de garder les deux hérédités ? ou bien doit-il rendre quelque chose à Mævius, substitué pupillairement par le père légitime de l'impubère ? Quelques jurisconsultes soutenaient qu'il devait lui rendre non-seulement l'hérédité du père légitime, puis tout ce que l'impubère aurait eu s'il n'eût pas été adrogé, mais encore le quart de l'hérédité de l'adrogeant, c'est-à-dire la *quarte Antonine*. (N^os^ 514, 515, 516.) Mais, d'après l'opinion qui a prévalu, Sempronius, institué pupillairement par l'adrogeant, a le droit de garder toute l'hérédité de l'adrogeant, y compris la *quarte Antonine* et même les biens qui avaient été donnés à l'adrogé en considération de l'adrogeant. (L. 10, § 6. D. 28, 6.)

1327. Le chef de famille qui fait une substitution pupillaire pour son fils impubère peut ou l'instituer ou l'exhéréder. Exemple : Le testateur dit : « Que mon fils, Titius, soit mon héritier, et si mon fils, ayant été mon héritier, vient à mourir avant sa puberté, que

Seius soit son héritier. » Dans ce cas, le testateur étant mort, si son fils, lui ayant succédé, vient à mourir avant d'avoir atteint sa puberté, Seius, le substitué pupillaire, trouvera dans la succession du fils l'hérédité du père. Si, au contraire, le testateur a exhérédé son fils, s'il a dit : « Que Titius, mon fils, soit exhérédé; que Mævius soit mon héritier, et si Titius, mon fils, meurt avant sa puberté, que Sempronius soit son héritier; » dans ce cas, l'hérédité du père appartiendra à son institué Mævius; de sorte que le substitué pupillaire, Sempronius, ne trouvera dans la succession de l'impubère que ce que l'impubère aura pu acquérir, depuis la mort de son père, par succession, legs ou donations de ses parents ou de ses amis :

§ 4. « Les ascendants peuvent ainsi substituer non-seulement à leurs enfants impubères, institués héritiers par eux, mais encore à ceux qu'ils ont exhérédés. Dans ce cas, si le pupille a acquis quelque chose par succession, legs ou donation, de quelques-uns de ses parents ou de ses amis, tout cela appartiendra à son substitué. Tout ce que nous avons dit sur la substitution des enfants impubères institués ou exhérédés s'applique également aux posthumes. »

1328. Le testateur qui veut faire une substitution pupillaire doit disposer de sa propre hérédité, à moins qu'il ne soit militaire, car un militaire peut faire le testament de son fils impubère sans faire le sien. (L. 2, § 1. D. 28, 6.)]

1329. Le testateur peut faire l'institution et la substitution dans un seul et même testament; ou bien il peut faire deux testaments, un pour son hérédité, un pour celle de son fils. La forme de ces deux testaments peut être différente : l'un peut être écrit, l'autre nuncupatif. Mais le testateur n'a pas la faculté de commencer par l'un ou par l'autre; il doit commencer par le sien. (L. 16, § 1; L. 20, § 1; L. 2, §§ 4 et 5. D. 28, 6.)

§ 2. « Dans la substitution pupillaire, faite de la manière que nous avons indiquée, il y a en quelque sorte deux testaments : l'un du père, l'autre du fils, comme si le fils avait lui-même institué son héritier; ou, du moins, il y a un seul testament ayant deux causes, c'est-à-dire deux hérédités. »

1330. En cas de substitution pupillaire, il y a deux testaments en ce sens que l'institution faite pour le père et la substitution faite pour le fils peuvent se trouver dans deux testaments différents. (N° 1329.) Il y a un seul testament : 1° en ce sens que l'institution faite pour le père et la substitution faite pour le fils peuvent être faites dans le même testament; 2° en ce sens que, si l'institution faite pour le père est nulle, la substitution faite pour le fils est nulle aussi; 3° en ce sens que celui qui eût été héritier nécessaire du père,

s'il eût été institué par lui, sera héritier nécessaire du fils, s'il lui est substitué. (L. 10, § 1. D. 28, 6.)

1331. L'hérédité du père et l'hérédité du fils forment-elles deux hérédités distinctes ou une seule hérédité? Dans certains cas, on peut dire que l'hérédité du père et l'hérédité du fils forment deux hérédités distinctes : 1° le père exhérède son fils, institue pour son propre héritier Titius, et substitue pupillairement Mævius à son fils. Dans ce cas, il y a deux hérédités distinctes, celle du père, qui va à son héritier Titius; celle du fils, qui va au substitué Mævius; 2° le père exhérède son fils, institue pour ses héritiers Primus et Secundus et substitue pupillairement Secundus à son fils. Le père meurt, Primus fait adition de son hérédité, Secundus la répudie. Si le fils meurt impubère, Secundus, son substitué, peut recueillir l'hérédité du fils, quoiqu'il ait répudié l'hérédité du père. Dans ce cas, il y a deux hérédités distinctes : celle du père, qui appartient à Primus; celle du fils, qui appartient à Secundus, substitué du fils.

A l'inverse, dans certains cas, l'hérédité du père et l'hérédité du fils peuvent être considérées comme formant une seule hérédité : 1° un testateur exhérède son fils impubère, institue Titius pour son héritier et le substitue pupillairement à son fils. Titius peut-il répudier l'hérédité du père pour ne prendre que celle du fils? Non; en répudiant l'hérédité du père, il se met dans l'impossibilité de recueillir celle du fils; car, l'institution croulant, *evanescit substitutio* : « *Si ex asse heres institutus, filio exheredato substitutus repudiaverit patris hereditatem, cum non haberet substitutum, non poterit filii adire, nec enim valet filii testamentum, nisi patris fuerit adita heredi-tas.* » (L. 10, § 4. D. 28. 6.) Ici les deux hérédités n'en font qu'une; — 2° le père a institué pour héritier son fils impubère et lui a substitué pupillairement Titius. Titius ayant fait adition de l'hérédité du père peut-il répudier celle du fils? Non; après avoir pris l'hérédité du père, il doit prendre celle du fils : «... *Nam is qui (patri) heres exstiterit, pupillo quoque heres necessario erit.* » (L. 59. D. 29, 2.) Ici encore l'hérédité du père et l'hérédité du fils n'en font qu'une.

§ 5. « Personne ne peut faire le testament de ses enfants sans faire aussi le sien; car le testament pupillaire est une partie et un accessoire du testament paternel; de sorte que, si le testament du père est nul, celui du fils est nul aussi. »

1332. Le citoyen romain qui fait un testament pour son fils impubère doit disposer de sa propre hérédité. Si l'institution qu'il fait pour sa propre hérédité est nulle, celle qu'il fait pour son fils est nulle aussi; si l'héritier institué par le père répudie l'hérédité

du père, la substitution ne produira pas d'effet, parce que, si l'institution faite pour l'hérédité du père ne produit pas d'effet, la substitution ne peut en produire. (L. 2, § 1. D. 28, 6.) — Toutefois il suffit, d'après le droit prétorien, que le testament du père produise quelque effet pour que la substitution pupillaire soit maintenue et puisse s'exécuter. Exemples :

1° Le père a omis un enfant émancipé : le préteur accorde à l'émancipé la *bonorum possessio contra tabulas*, qui fait tomber le testament. Néanmoins on sait que, dans ce cas, tout en accordant la *bonorum possessio*, le préteur maintient quelques dispositions du testament, notamment les legs, l'exhérédation des enfants faite par le testateur. (N° 1271.) Dans ce cas, du moment que quelques dispositions du testament sont maintenues, la substitution pupillaire est maintenue aussi : le substitué pupillaire pourra prendre la succession du fils. (L. 34, § 2. D. 28, 6.)

2° Le père institue pour héritier son fils, héritier *ab intestat*, qui répudie l'hérédité testamentaire, afin d'éviter la charge des legs qui lui ont été imposés par le testateur, et demande la *bonorum possessio ab intestat*. Mais, tout en accordant cette *bonorum possessio*, le préteur maintient les legs faits par le testateur. Dans ce cas, certains effets du testament étant maintenus, puisque les legs doivent être exécutés, la substitution pupillaire subsiste. (L. 1, § 1. D. 29, 4. L. 2, § 1. D. 28, 6.)

§ 6. « On peut donner un substitué : à chacun de ses enfants ou à celui d'entre eux qui mourra le dernier avant la puberté ; à chacun, si on veut qu'aucun d'eux ne meure intestat; à celui qui mourra le dernier, si l'on veut appliquer entre eux le droit des successions légitimes. »

1333. Si un testateur a substitué un héritier à chacun de ses enfants impubères, chacun d'eux, s'il meurt impubère, aura un héritier testamentaire, qui sera son substitué. Si, au contraire, le testateur n'a donné un substitué qu'à celui de ses enfants impubères qui mourra le dernier, au fur et à mesure que chacun des enfants impubères, excepté le dernier, mourra, il aura pour héritiers *ab intestat*, pour héritiers légitimes, ses frères survivants ; s'ils meurent tous impubères, le substitué succédera au dernier mourant. (§ 6.)

1334. *Quelles sont les personnes qu'un testateur peut substituer pupillairement à son fils impubère?* — Ceux que le testateur pourrait instituer directement pour lui-même, avec cette particularité que ceux qui, étant institués héritiers par le père, seraient ses héritiers nécessaires, seront pareillement héritiers nécessaires du fils, s'ils

lui sont substitués pupillairement par le père. Ainsi, par exemple, si un testateur institue pour son héritier son esclave, après la mort du testateur, son esclave est son héritier nécessaire (n° 1288) ; de même, si un testateur substitue pupillairement son esclave à son fils impubère : à la mort du fils impubère, l'esclave sera héritier nécessaire du fils. (L. 10, § 1. D. 28, 6.)

Le testateur peut appeler à la substitution pupillaire ceux qu'il a appelés à sa propre hérédité :

§ 7. « On substitue à un impubère ou nominativement ; par exemple : « Que Titius soit héritier ; » ou généralement : « Quiconque sera mon héritier. » Par ces derniers mots, sont appelés à la substitution, à la mort du fils impubère, ceux qui ont été institués héritiers, et qui sont devenus héritiers, proportionnellement à la part pour laquelle ils sont héritiers. »

1335. Lorsque les substitués pupillaires sont précisément ceux qui ont été institués par le père, c'est-à-dire lorsque le testateur a dit : « *Quisquis mihi heres erit, filii mei impuberis heres esto,* » la substitution pupillaire ne profitera qu'à ceux qui auront pris l'hérédité du père et qui seront encore capables de succéder au fils. Exemple : Un testateur a institué quatre héritiers, Primus, Secundus, Tertius et Stichus, qui est l'esclave de Titius ; et il a substitué en ces termes : « *Quisquis mihi heres erit, filii mei impuberis esto.* » Primus a fait adition de l'hérédité du père : non-seulement il pourra accepter la substitution, mais il le devra ; car l'héritier qui a accepté l'hérédité du père doit accepter l'hérédité du fils. (N° 1331.) Secundus a répudié l'hérédité du père et il survit au fils ; il ne peut profiter de la substitution du fils. (§ 7.) Tertius a bien fait adition de l'hérédité du père, mais il est mort avant le fils ; d'après Paul et Ulpien, les héritiers de Tertius ne peuvent pas venir à la substitution pupillaire du fils, car ce ne sont pas eux qui ont été institués pour la succession du père (L. 8, § 1. D. 28, 6 ; L. 70. D. 50, 16) ; au contraire, Neratius décide que les héritiers du substitué qui a pris la succession du père ont droit à l'hérédité du fils (L. 59. D. 29, 2) ; je crois qu'on peut concilier Neratius avec Paul et Ulpien en disant qu'au temps de Neratius la distinction entre les deux hérédités, celle du père et celle du fils, en cas de substitution pupillaire, n'était pas encore admise. Ce qui porte à le croire, c'est que, pour justifier sa décision, Neratius invoque le droit d'accroissement comme si les deux hérédités n'en faisaient qu'une. — Justinien a consacré l'opinion de Neratius. (L. 20, C. 6, 30.) — Enfin Stichus a fait adition de l'hérédité du père par l'ordre de son maître Titius ; mais, lorsque la substitution s'ouvre Stichus a été aliéné et

appartient à Sempronius : il ne peut faire adition de l'hérédité du fils que sur l'ordre de son nouveau maître Sempronius. Que si, au moment où s'ouvre la substitution, Stichus se trouve affranchi, il pourra faire adition de l'hérédité du fils pour son propre compte. (L. 3, D. 28, 6.)

1336. *Causes d'extinction de la substitution pupillaire.* — La substitution pupillaire s'éteint :

1° Par la puberté du pupille :

§ 8. On peut substituer à un enfant mâle jusqu'à quatorze ans, à une femme jusqu'à douze ans ; s'ils parviennent à cet âge, la substitution s'évanouit. »

2° Par l'infirmation du testament du père.

3° Par la *capitis deminutio maxima* ou *media* encourue par l'impubère. Si l'impubère a été fait captif par l'ennemi du vivant de son père, il encourt la *maxima capitis deminutio*, et s'il meurt en captivité, même encore impubère, la substitution s'éteint, car il est censé mort dès la captivité et n'avoir jamais eu de patrimoine. Si le père et le fils impubère ont été faits captifs par l'ennemi et sont morts en captivité, la substitution s'éteint quand même le père serait mort le premier. (L. 29. D. 28, 6.)

4° Par l'arrivée d'un terme fixé par le testateur. Si le testateur a fixé un âge, avant la puberté, auquel la substitution s'évanouirait, la substitution s'éteint lorsque le pupille est arrivé à cet âge.

5° Par la mort du pupille survenue avant la mort du père.

§ 9. « En instituant un tiers ou un fils pubère, on ne peut lui substituer de manière que,— si, après avoir été héritier, il meurt dans un certain délai,—tel autre soit son héritier. Ce qui est permis seulement, c'est que le testateur l'oblige par fidéicommis à restituer à un autre son hérédité en tout ou en partie ; droit que nous expliquerons en son lieu. »

Ainsi, lorsqu'un testateur institue pour héritier son fils pubère ou un tiers pubère ou impubère, il ne peut pas lui donner un substitué pour le cas où il viendrait à mourir dans un certain délai. Mais un testateur peut, en instituant un héritier, le charger par fidéicommis de restituer son hérédité, quand il l'aura recueillie, à une autre personne qu'il lui désigne. Il est traité des *fidéicommis* dans les titres XXIII et XXIV du livre II des *Institutes*.

3° *De la substitution quasi-pupillaire ou exemplaire.*

1337. La substitution quasi-pupillaire ou exemplaire est une institution d'héritier qu'un ascendant fait pour son descendant, même pubère, qui est en démence.

Avant Justinien, l'ascendant devait obtenir de l'empereur une autorisation spéciale et individuelle pour pouvoir faire cette substi-

tution. Mais Justinien accorda ce droit d'une manière générale. (L. 9. C. 6, 26.)

L'ascendant qui fait une substitution quasi-pupillaire doit choisir le substitué, d'abord parmi les descendants du fils en démence; s'il n'y en a pas, parmi les frères ou sœurs du fils en démence; et ce n'est qu'à défaut des uns et des autres qu'il peut choisir qui il veut.

Ce n'est pas seulement l'ascendant investi de la puissance paternelle qui peut faire une substitution quasi-pupillaire[1]: le droit de faire une substitution quasi-pupillaire appartient à tous les ascendants, sans exception, même à la mère et à la grand'mère.

§ 1. « Touché par les mêmes motifs, nous avons mis dans notre code une constitution qui a décidé que ceux, qui auraient des descendants en démence, même pubères, de quelque sexe et de quelque degré qu'ils soient, pourraient leur substituer certaines personnes, à l'imitation de la substitution pupillaire. Mais s'ils reviennent à la raison la substitution est infirmée, comme la substitution pupillaire, qui est infirmée aussi lorsque le pupille est arrivé à la puberté. »

Si plusieurs ascendants ont fait chacun une substitution pour leur descendant en démence, donnera-t-on la préférence à l'un des substitués, ou bien partagera-t-on les biens du descendant en démence entre les divers substitués? Ces questions ne sont résolues par aucun des textes du droit romain qui nous sont parvenus.

1338. *Différences entre la substitution pupillaire et quasi-pupillaire.* — 1° La substitution pupillaire ne peut être faite que par le père de famille; la substitution quasi-pupillaire peut être faite par tout ascendant paternel ou maternel.— 2° Dans la première, le père choisit librement l'héritier qu'il donne à son fils; dans la seconde, le père, comme les ascendants, ne peuvent prendre le substitué que *inter certas personas*, c'est-à-dire : d'abord parmi les enfants du fou, et, à leur défaut, parmi ses frères et sœurs ; mais, à défaut de ceux-ci ils ont liberté de choisir un étranger. — 3° La substitution pupillaire s'éteint dès que l'enfant arrive à la puberté; la substitution quasi-pupillaire s'éteint quand le fou recouvre la raison.

Question. — Un fou a plusieurs ascendants, et chacun d'eux lui substitue *quasi-pupillairement* une personne différente? Chacun des substitués prendra probablement, dans la succession du fou, les biens provenus de l'ascendant qui l'a nommé.

4° *De la substitution fidéicommissaire.*

1339. Le testateur qui institue un étranger pubère ou impubère, ou son fils pubère, ne peut lui désigner un successeur pour le cas où il viendrait à mourir *intestat*. Il peut seulement charger l'insti-

tué, sous telle ou telle condition, de restituer son hérédité (à lui testateur) à une personne désignée.

Quand la restitution doit se faire à la mort de l'institué, on dit qu'il y a là une *substitution fidéicommissaire*. Voyons en quoi elle diffère de la substitution pupillaire.

Différences entre la substitution fidéicommissaire et la substitution pupillaire. — 1° Le substitué pupillaire devient l'héritier du pupille, recueille tout ce qui se trouve dans sa succession, est tenu de ses dettes et des actes qu'il a contractés ; le substitué fidéicommissaire ne recueille dans la succession du grevé, dont il n'est pas héritier, que les seuls biens provenant du testateur, sans s'occuper des dettes ou des actes du grevé. 2° De la différence précédente, il résulte que le testateur peut donner un héritier au pupille qu'il exhérède, tandis qu'il ne peut faire un fidéicommis qu'à condition d'instituer le grevé.

Si le testateur est militaire, on cherche à exécuter autant que possible sa volonté. Dès lors, s'il a fait une substitution pupillaire, qui ne peut valoir comme telle, on lui donnera l'effet d'une substitution fidéicommissaire. Ainsi il a substitué Titius à son fils, « si celui-ci meurt avant vingt-cinq ans ». — Le fils meurt-il avant quatorze ans? Le substitué prendra ses biens comme substitué pupillaire.— Meurt-il entre quatorze et vingt-cinq? Le substitué prendra, dans sa succession, les biens du père testateur.

ARTICLE II. — DE QUELLES MANIÈRES LES TESTAMENTS SONT INFIRMÉS.

(*Inst.*, II, XVII.)

1340. On dit qu'un testament est *injustum*, *non jure factum*, lorsqu'il n'est pas valable dès le principe, soit parce qu'il n'a pas été fait dans les formes exigées par la loi, soit parce qu'il contient l'institution d'une personne qui n'avait pas la *factio testamenti*.

On dit qu'un testament est *infirmé* lorsqu'étant d'abord valable, il perd ensuite sa force. L'infirmation peut arriver de trois manières : 1° lorsque le testament devient *ruptum;* 2° lorsqu'il devient *irritum;* 3° lorsqu'il devient *destitutum*.

Pr. « Le testament, fait d'après les règles du droit, reste valable jusqu'à ce qu'il soit rompu ou inutile. »

§ Ier. — TESTAMENT RUPTUM

Le testament devient *ruptum* :

1341. 1° Par l'agnation ou survenance d'un héritier sien au testateur après la confection de son testament, ce qui a lieu : 1° lorsque, après la confection du testament, ou après la mort du testateur, il naît au testateur un fils ou un petit-fils (dont le père est déjà mort au moment où il naît), qui n'ait pas été institué ou exhérédé d'avance par le testateur ; 2° lorsqu'un petit-fils, existant au moment de la confection du testament, monte sous la puissance directe du testateur par suite de la mort ou de l'émancipation de son père (Ulp., *Reg.*, XXIII, §§ 2 et 3) ; 3° lorsque, après la confection du testament, le testateur adopte ou adroge quelqu'un à titre de fils (Gaïus, II, § 138) ; 4° lorsque la femme du testateur tombe sous sa *manus* après la confection du testament. (Gaïus, II, § 139.) « Et il ne sert à rien que cette femme ou cet adopté ait été institué dans le testament. Quant à leur exhédération, elle est inutile, puisqu'au moment de la confection du testament ils n'étaient pas au nombre des héritiers siens » (Gaïus, II, § 140) ; 5° lorsque le fils du testateur, se trouvant *in mancipio* au moment de la confection du testament, en est libéré ensuite et retombe sous la puissance du testateur (Gaïus, II, § 141) ; 6° lorsqu'il y a *erroris causæ probatio*, faite au profit d'un enfant du testateur, après la confection du testament. (Gaïus, II, §§ 142, 143. — Voyez n° 373.)

Dans le droit de Justinien, le testament est toujours rompu par l'agnation d'un héritier sien, même d'un posthume ; mais le testateur peut éviter la rupture de son testament en instituant ou en exhérédant d'avance ses héritiers siens. Dans le droit de Justinien, le testament est encore rompu par l'adrogation ou l'adoption faite par le testateur après la confection de son testament :

§ 1. Le testament est rompu lorsque, le testateur restant dans le même état, le testament devient vicié ; par exemple, si quelqu'un ayant fait son testament adroge ou adopte un fils, son testament est rompu par la quasi-agnation d'un héritier sien. »

1342. 2° Par la confection d'un nouveau testament *jure factum* :

§ 2. « Un premier testament est rompu par un testament postérieur valablement fait ; peu importe qu'il y ait ou non un héritier en vertu de ce testament postérieur : il suffit qu'il ait pu y en avoir un. Si donc l'héritier institué par le testament postérieur n'a pas voulu accepter l'hérédité, ou s'il est mort du vivant du testateur, ou après la mort du testateur, mais avant d'avoir fait adition ; ou si la condition sous laquelle il a été institué ne s'est pas accomplie, dans tous ces cas, le chef de famille meurt intestat, car le premier testament, rompu par le second, est nul, et le second ne produit aucun effet, puisqu'il n'y a aucun héritier en vertu de ce second testament. »

Ainsi, du moment que le second testament est valablement fait,

jure perfectum, le premier est rompu. Pour que le premier testament soit rompu, il n'est pas nécessaire que le second produise son effet; il suffit que le second soit valablement fait. Ainsi, quand même l'héritier institué par le second testament aurait répudié la succession, ou serait mort avant le testateur, ou après le testateur, mais avant d'avoir fait adition, ou serait mort avant l'arrivée de la condition sous laquelle il a été institué; dans tous ces cas, bien que le second testament ne produise pas son effet, le premier testament n'en est pas moins rompu, et le testateur meurt intestat. (§ 2.) De même, si dans un second testament le testateur institue pour héritier un célibataire ou un Latin junien, le premier testament est rompu, car un célibataire ou un Latin junien a la *factio testamenti*, peut être valablement institué, et, s'il a acquis le *jus capiendi* en temps utile, recueillera l'hérédité. Le testament, qui institue un célibataire ou un Latin junien, est donc valable et susceptible de produire certains effets. Cela suffit pour qu'il rompe le testament antérieur. (Gaïus, II, § 144.)

1343. Mais, pour qu'un premier testament soit rompu par la confection d'un second testament, il est indispensable que le second soit valablement fait et susceptible de produire ses effets. Aussi la simple manifestation de la volonté du testateur (qu'il ne veut pas mourir avec le testament qu'il a fait) ne suffit pas pour révoquer ce testament :

§ 7. « Un testament n'est pas infirmé par cela seul que le testateur a manifesté la volonté qu'il ne soit plus valable, de sorte que, si quelqu'un, après avoir fait un premier testament, a commencé à en faire un second qu'il n'a pas achevé, soit parce qu'il a été surpris par la mort, soit parce qu'il a changé d'avis, il a été décidé par une *oratio* du divin Pertinax que le premier testament valablement fait ne deviendra pas inutile, à moins que le second ne soit également valablement fait suivant les formes exigées; car un testament inachevé est certainement nul. »

Il est indispensable que le second testament soit valablement fait pour qu'il rompe le premier; aussi, c'est en vain que le testateur instituerait l'empereur pour couvrir la nullité de son second testament; si ce second testament n'est pas régulier, le premier est maintenu :

§ 8. « Par la même *oratio*, l'empereur décide : qu'il n'acceptera pas l'hérédité de celui qui, à raison d'un procès, l'aurait institué héritier (pour donner à la partie adverse un puissant adversaire), et qu'il ne validera pas un testament irrégulièrement fait, dans lequel on l'aurait institué héritier afin d'en empêcher la nullité; qu'il n'acceptera la qualité d'héritier ni en vertu de simples paroles, ni en vertu d'un écrit auquel l'autorité du droit ferait défaut. Les divins Sévère

et Antonin ont souvent émis des rescrits en ce sens. « En effet, disent-ils, quoi « que nous ne soyons pas liés par les lois, cependant nous vivons sous l'em « pire des lois. »

1344. Nous verrons que, lorsqu'un seul héritier a été institué *ex rebus certis*, il est considéré comme institué pour le tout et a droit à l'hérédité entière. (N° 1407 et suiv.) Donc, si un premier testament, dans lequel un héritier a été institué pour le tout, ayant été fait, le testateur en fait un second, dans lequel il institue un héritier *ex rebus certis*, le premier testament est rompu, — à moins que le testateur n'ait exprimé, dans le second testament, qu'il voulait que le premier testament restât valable. Dans ce cas, l'héritier institué *ex rebus certis* devra se contenter des objets à lui laissés, et devra restituer le surplus de l'hérédité, à titre de fidéicommis, à l'héritier institué dans le premier testament. Que si la valeur des objets laissés à l'héritier institué *ex rebus certis* n'équivaut pas au quart de l'hérédité, cet héritier pourra, s'il le préfère, garder le quart de l'hérédité et restituer, à titre de fidéicommis, les trois quarts de l'hérédité à l'héritier institué dans le premier testament :

§ 3. « Si quelqu'un, après un premier testament valablement fait, en fait un second également valable, dans lequel il institue un héritier seulement pour certains objets, le premier testament est cependant rompu, d'après un rescrit de Sévère et Antonin. Nous avons ordonné d'insérer ici les paroles de cette constitution, parce qu'elle contient quelque chose de plus : « Les empereurs « Sévère et Antonin Auguste à Cocceius Campanus. Le second testament, bien « que l'héritier n'y ait été institué que pour certains objets, est valable, comme « si la mention de ces objets n'avait pas été faite ; mais l'héritier institué est « tenu de se contenter des choses à lui données ou de la quarte Falcidie, et de « restituer l'hérédité à ceux qui ont été institués dans le premier testament, à « cause des paroles insérées dans le second testament, par lesquelles le testa- « teur a exprimé que le premier testament resterait valable ; cela n'est pas « douteux. » C'est de cette manière que le premier testament est rompu. »

Ce n'est pas par application de la loi *Falcidie* que l'héritier institué *ex rebus certis*, dans l'hypothèse prévue dans le § 3, a le droit de retenir le quart de la succession ; c'est par application du sénatus-consulte Pégasien, que nous étudierons bientôt. Il faut donc remplacer, dans le § 3, les mots *quarte Falcidie* par ceux-ci : *quarte Pégasienne*.

1345. 3° Par la destruction, la lacération qu'en fait le testateur. (L. 28. D. 20, 3.)

1346. 4° Par l'expiration du délai de dix ans, à partir de sa confection, écoulés du vivant du testateur, et ce d'après une constitution de Théodose le Jeune. Le testateur devait donc, après dix ans, renouveler

testament; sinon, le testament perdait sa force. Mais Justinien supprima ce mode de rupture des testaments.

§ II. — TESTAMENT IRRITUM

1347. Un testament devient *irritum*, inutile, par suite d'un changement d'état dans la personne du testateur, c'est-à-dire par suite d'une *capitis deminutio* encourue par le testateur :

§ 4. « Les testaments valablement faits sont encore infirmés pour une autre cause : lorsque celui qui a fait un testament éprouve une *capitis deminutio*. Nous avons dit au premier livre comment la *capitis deminutio* peut avoir lieu. »

§ 5. « Dans ce cas, on dit que les testaments sont *irrita*, inutiles, bien que ceux qui sont rompus soient aussi *irrita*, inutiles. De même ceux qui, dès le principe, ne sont pas faits conformément au droit sont *irrita*, inutiles; et, réciproquement, on peut dire que ceux qui ont été valablement faits, et qui, ensuite, deviennent *irrita*, inutiles, sont *rupta*, rompus. Mais comme il était plus facile de distinguer chaque cause de nullité par un mot spécial, les uns sont dits : *non jure facta*, non conformes au droit; les autres, valablement faits, sont dits rompus, *rupta*, ou inutiles, *irrita*. »

1348. La *maxima* et la *media capitis deminutio*, encourues par le testateur, rendent le testament *irritum*, inutile. En effet, en encourant la grande ou la moyenne *capitis deminutio*, qui font perdre la liberté ou la cité, le testateur meurt esclave ou pérégrin, par suite incapable de tester. (N° 1252.)— Toutefois il y a deux cas où, par exception, la *capitis maxima deminutio* encourue par un testateur ne rend pas son testament *irritum* : 1° lorsqu'un citoyen romain a été fait captif par l'ennemi, le testament par lui fait avant sa captivité reste valable, malgré la *capitis maxima deminutio* qu'il encourt, soit par l'effet du *postliminium*, s'il s'échappe et revient à Rome; soit par suite de la fiction de la loi *Cornelia*, s'il meurt captif chez l'ennemi (n° 1253, 6°); 2° le testament d'un militaire condamné à mort pour délit militaire reste valable, malgré la *maxima capitis deminutio*, résultant de sa condamnation. (L. 11, pr. D. 29, 1; L. 6. § 6, D. 28, 3.)

1349. Le testament devient *irritum*, même par la *capitis minima deminutio* encourue par le testateur. — Toutefois la *minima capitis deminutio* encourue par le testateur ne rend pas toujours son testament *irritum*. Il faut distinguer plusieurs hypothèses : 1° un *pater familias* fait son testament et se donne ensuite en adrogation, il encourt la *capitis minima deminutio ;* le testament qu'il a fait, étant *pater familias*, devient *irritum* après l'adrogation, et reste *irritum*, d'après le droit civil, quand même il redeviendrait *sui juris* avant sa mort; — 2° un *pater familias* militaire a fait un testament, seule-

ment quant aux biens de son pécule *castrense*, et ensuite il se donne en adrogation? La *capitis minima deminutio* qu'il encourt par suite de son adrogation ne rend pas son testament *irritum*, car son adrogation ne lui fait pas perdre le droit de tester, puisque le *filius familias* militaire peut disposer de son pécule *castrense* par testament (§ 5. *Inst.*, II, XI. — V. n° 1247. — L. 23. D. 29, 1); — 3° un fils de famille, militaire ou vétéran, dispose par testament des biens de son pécule *castrense*, puis il est émancipé; son testament ne devient pas *irritum* par suite de la *capitis minima deminutio* qui résulte de son émancipation. (L. 22. D. 29, 1; L. 6, § 13. D. 28, 3; *Inst.*, II, XI, § 5. — N° 1247.)

1350. Que faut-il décider si, après avoir perdu la *factio testamenti* par une *capitis deminutio*, le testateur l'a recouvrée avant sa mort? Le testament redevient-il valable, ou reste-t-il *irritum*? D'après le droit civil, le testament reste *irritum*, car le testateur doit avoir, d'après le droit civil, la *factio testamenti* au moment de la confection du testament, et la conserver jusqu'à sa mort. (N° 1252). Mais d'après le droit prétorien il suffit que le droit de tester existe chez le testateur au moment de la confection du testament et au moment de sa mort; le droit prétorien n'exige pas que la *factio testamenti* existe chez le testateur pendant le temps intermédiaire. En conséquence, si le testateur a eu la *factio testamenti* au moment de la confection du testament et au moment de sa mort, le préteur, pourvu que le testament ait été fait dans la forme prétorienne, donne à l'héritier institué la *bonorum possessio secundum tabulas* (L. 1, § 8. D. 37, 11) :

§ 6. « Cependant les testaments valablement faits dans le principe, qui sont ensuite devenus inutiles par la *capitis deminutio*, ne sont pas complétement dénués d'effet; car, s'ils ont été scellés des cachets de sept témoins, l'héritier institué peut obtenir la *bonorum possessio secundum tabulas*, pourvu que le défunt soit citoyen romain et *sui juris* au moment de sa mort. En effet, si le testament est devenu inutile, parce que le testateur a perdu la cité ou la liberté, ou parce qu'il s'est donné en adoption et qu'au moment de sa mort il se trouve encore sous la puissance de son père adoptif, l'héritier institué ne pourra demander la *bonorum possessio secundum tabulas*. »

Ce n'est pas seulement dans le cas, où le testament est *irritum* par suite d'une *capitis deminutio* du testateur, que le préteur accorde la *bonorum possessio secundum tabulas*. Il la donne encore dans le cas où le testament est *non jure factum* d'après le droit civil, pourvu que le testament soit fait dans la forme prétorienne, c'est-à-dire scellé du cachet de sept témoins. (Gaïus, II, §§ 118, 119.) Le préteur donne encore la *bonorum possessio secundum*

tabulas, en cas de testament *ruptum*, par exemple, dans le cas suivant : un testament est rompu par l'agnation d'un enfant héritier sien, qui n'a été ni institué ni exhérédé par le testateur, et reste rompu, d'après le droit civil, quand même l'enfant héritier sien du testateur viendrait à mourir avant le testateur. Mais le préteur donne à l'institué la *bonorum possessio secundum tabulas*. (L. 12, pr. D. 28, 3.)

§ III. — TESTAMENT DESTITUTUM

1351. On dit qu'un testament est *destitutum*, lorsque l'héritier institué par ce testament ne recueille pas l'hérédité, soit parce qu'il répudie, soit parce qu'il est devenu incapable de succéder.

ARTICLE III. — DU TESTAMENT INOFFICIEUX

(*Inst.*, II, XVIII.)

1352. Le testament inofficieux est un testament valablement fait, *jure perfectum*, mais dans lequel le testateur a manqué à certains devoirs d'affection envers certaines personnes, en les exhérédant ou en les omettant dans son testament. Ces personnes auront une action, appelée *querela inofficiosi testamenti*, pour faire annuler le testament :

Pr. « Comme souvent des ascendants exhérèdent ou omettent leurs descendants sans motifs, il a été admis que les descendants, qui se plaignent d'avoir été injustement exhérédés ou omis, pourront attaquer le testament comme inofficieux, sous le prétexte qu'en faisant son testament le testateur n'était pas sain d'esprit ; ce qui ne veut pas dire qu'il était réellement fou, mais que, s'il a testé valablement, il n'a pas observé ses devoirs d'affection envers ses enfants ; car, s'il était réellement fou, son testament serait nul. »

1353. C'est au moyen d'une fiction qu'on permet à certains héritiers *ab intestat* d'un testateur d'attaquer son testament, sous prétexte qu'il n'était pas sain d'esprit. Mais, en réalité, il ne s'agit pas du testament fait par un insensé ; car le testament d'un insensé est nul d'après le droit civil, tandis que le testament inofficieux n'est pas nul, et même il restera valable, si ceux qui ont le droit de l'attaquer meurent avant le testateur. Une conséquence à tirer de ce que le testament est valable, c'est qu'il pourra rompre un testament antérieur ; tandis qu'un second testament fait par un fou ne romprait pas un testament antérieur qu'il aurait fait étant sain d'esprit ; l'héritier institué par ce testament antérieur pourra prendre l'hérédité. Au contraire, lorsqu'un testateur, ayant fait un premier testament valable, en fait un second qui se trouve inofficieux,

ce second testament, bien que déclaré inofficieux, rompra le premier, et la succession s'ouvrira *ab intestat*.

1354. La *querela inofficiosi testamenti* a été imaginée par les prudents. Nous avons vu, en effet, que les prudents avaient fait admettre qu'un père ne pourrait plus dépouiller ses enfants en les passant sous silence dans son testament; qu'il devrait ou les instituer ou les exhéréder pour que son testament fût valable. En exigeant ainsi l'exhérédation, les prudents pensaient qu'un père hésiterait, par scrupule, à exhéréder formellement ses enfants dans son testament. Mais il paraît que les pères ne reculèrent pas devant cette nécessité d'exhéréder formellement leurs enfants. Mais les prudents, trouvant injuste qu'un père exhérédât ses enfants sans motifs, pour les dépouiller de ses biens au profit de personnes étrangères à la famille, imaginèrent, dès avant la fin de la République, une autre ressource pour les enfants : la *querela inofficiosi testamenti*, qui fut un moyen, pour les descendants exhérédés ou omis sans justes motifs, de faire annuler le testament de leurs ascendants.

La *querela inofficiosi testamenti* est une espèce de pétition d'hérédité. Elle n'est pas une mesure préparatoire tendant à faire annuler le testament, pour ensuite intenter la pétition d'hérédité. La *querela* est donc une action en pétition d'hérédité par laquelle celui qui l'exerce réclame l'hérédité d'un défunt dont le testament est reconnu inofficieux. — De plus, la *querela* a aussi le caractère d'une action d'injure; voilà pourquoi elle doit être intentée dans un délai assez court, sinon celui qui a droit de se plaindre est censé avoir oublié l'injure ou ne l'avoir pas ressentie. Une autre conséquence à tirer de ce que la *querela* est une action d'injure, c'est qu'elle ne passera pas aux héritiers de celui qui a droit de l'exercer.

§ Ier. — QUELLES PERSONNES PEUVENT INTENTER LA QUERELA ?

1355. Les personnes qui peuvent intenter la *querela inofficiosi testamenti* sont :

1° Les *liberi*, c'est-à-dire les descendants du testateur qui seraient venus à sa succession *ab intestat* d'après le droit civil, ou qui auraient pu invoquer la *bonorum possessio unde liberi* d'après le droit prétorien, si le testateur n'eût pas fait de testament; en d'autres termes, les descendants légitimes, adoptifs, ou adrogés, qui sont héritiers siens du testateur d'après le droit civil, et les descendants émancipés, qui ont droit à la *bonorum possessio unde liberi* d'après le droit prétorien. (Nos 1256 et suivants.)— Toutefois, dans le dernier état du droit romain, l'enfant adopté par un *extraneus* ne

peut pas attaquer le testament de son père adoptif par la *querela*, Justinien ayant décidé que l'adopté par un *extraneus* n'aurait droit qu'à sa succession *ab intestat*. (N° 524.)

1356. *Règle.*—Les descendants ne peuvent attaquer le testament de leur ascendant qu'autant qu'ils n'ont aucun autre moyen d'arriver à sa succession :

§ 2. « Les enfants tant naturels qu'adoptifs, suivant la distinction faite par notre constitution, ne peuvent attaquer le testament comme inofficieux qu'autant qu'ils n'ont aucun autre moyen d'arriver aux biens du défunt; car ceux qui arrivent d'une autre manière à l'hérédité, en tout ou en partie, ne peuvent intenter l'action d'inofficiosité. Les posthumes, s'ils n'ont aucun autre moyen d'arriver à la succession, peuvent aussi intenter l'action d'inofficiosité. »

La distinction, faite par la constitution dont parle Justinien, est précisément la distinction : entre les enfants adoptés par un *extraneus*, qui, exhérédés par lui, même sans motifs, ne peuvent attaquer son testament par la *querela*, et les enfants adoptés par un ascendant, qui, exhérédés sans motifs, peuvent attaquer le testament par la *querela*. (N° 525.)

1357. Dans quels cas les descendants peuvent-ils attaquer par la *querela* le testament de leurs ascendants? Est-ce en cas d'exhérédation et en cas d'omission, comme le dit le *principium* de notre titre? Il faut distinguer : 1° si les descendants veulent attaquer par la *querela* le testament de leur père ou de leur aïeul paternel, ils ne peuvent l'attaquer que pour cause d'*exhérédation* et non pour cause d'*omission;* car, s'ils ont été *omis*, le testament est nul; les descendants n'ont pas besoin de recourir à la *querela;* or ils ne peuvent recourir à la *querela* que lorsqu'ils n'ont aucun autre moyen d'arriver à la succession :—ici ils ont un autre moyen à invoquer : la nullité du testament; — 2° si les descendants veulent attaquer par la *querela* le testament de leur mère ou aïeul maternel, ils ne peuvent l'attaquer que pour cause d'*omission;* en effet, lorsqu'ils ont été *omis* par leur mère ou leur aïeul maternel ils n'ont pas d'autre moyen d'attaquer le testament que la *querela;* car la mère et l'aïeul maternel ne sont pas tenus d'exhéréder leurs descendants, et, s'ils les omettent, cette omission ne rend pas leur testament nul.

1358. Un impubère a été adrogé; l'adrogeant l'exhérède, sans juste motif, dans son testament. Cet adrogé impubère ne peut pas attaquer le testament de son adrogeant par la *querela*, parce qu'il a un autre moyen d'arriver à sa succession. En effet, d'après la constitution d'Antonin sur l'adrogation des impubères, il a droit, même au cas où il est exhérédé, au quart de la succession de l'adrogeant. Dès lors, puisqu'il a la *quarte Antonine*, il ne peut recou-

rir à la *querela*. (N^os^ 516, 517.) Mais, si l'adrogeant l'a *omis*, le testament est nul, car il est fils en puissance, et par suite héritier sien ; il peut prendre la succession entière ; il n'y a donc lieu ni à la *querela* ni à la *quarte Antonine*.

En résumé, il y a lieu à la *querela* au profit des descendants, quand il y a eu exhérédation faite par le père ou par l'aïeul paternel, omission faite par la mère ou l'aïeul maternel.

1359. Nous verrons bientôt que la *querela* ne peut être intentée avec succès, qu'autant que l'exhérédation ou l'omission n'a pas été motivée par l'inconduite du descendant envers l'ascendant. Or le § 2 de notre titre dit que les posthumes peuvent intenter la *querela*. Mais on ne comprend pas que l'inconduite d'un posthume envers son ascendant ait pu mériter l'exhérédation, puisqu'il est né après sa mort, ou au moins après la confection du testament. Dès lors il semble que le posthume, n'ayant pu se rendre coupable d'inconduite envers son ascendant, sera toujours exhérédé sans juste motif, et pourra toujours, par conséquent, intenter la *querela*. Cependant il peut se faire qu'un posthume ait pu être exhérédé avec juste motif, parce que le motif d'exhérédation, imputable au fils du testateur, est imputable au petit-fils posthume né de ce fils. (L. 3, § 5. D. 37, 4.)

1360. 2° Les ascendants, contre le testament de leurs descendants :

§ 1. « Ce n'est pas seulement aux descendants qu'il a été permis d'attaquer le testament de leurs ascendants comme inofficieux ; il a été permis aux ascendants d'attaquer le testament de leurs descendants... »

Les ascendants ne peuvent attaquer le testament de leurs descendants que pour cause d'*omission* ; car les descendants ne sont pas tenus d'exhéréder leurs ascendants. — De plus, les ascendants ne peuvent intenter la *querela*, que s'ils sont appelés à la succession *ab intestat* de leur descendant : ainsi, un testateur a *exhérédé* son fils et *omis* son père ? la *querela* est d'abord ouverte au profit du fils, et ce n'est qu'autant qu'il aura succombé, qu'elle sera ouverte au profit du père *omis*. (L. 14. D. 5, 2.)

L'ascendant omis a-t-il quelque autre ressource que la *querela?* Pour qu'un descendant puisse tester, il faut qu'il ait été émancipé, qu'il soit *sui juris*. Nous savons que le père émancipateur avait l'habitude de se faire remanciper son fils, pour l'affranchir lui-même du *mancipium*, et, par suite, pour être considéré comme son patron. (N° 585.) Or le patron était héritier légitime de l'affranchi, et, si l'affranchi avait passé sous silence son patron dans son testament,

le préteur donnait au patron la *bonorum possessio contra tabulas* pour la moitié de la succession ; — cette possession de biens était aussi donnée au *parens* émancipateur; mais néanmoins, dans ce cas, malgré cette ressource, le *parens* émancipateur pouvait intenter la *querela*. (L. 14. D. 5, 2.)

A partir du moment où le sénatusconsulte Tertullien eut appelé les mères à la succession de leurs enfants, la mère omise dans le testament de ses enfants put l'attaquer par la *querela*.

1361. 3° Les frères et sœurs germains et consanguins du testateur. Mais la *querela* est refusée à tout autre parent collatéral, même aux oncles et tantes, neveux et nièces du testateur. — De plus, pour que les frères et sœurs puissent intenter la *querela*, il faut : 1° qu'ils aient été omis sans juste motif; 2° que le testateur leur ait préféré des personnes viles ou notées d'infamie. (L. 27. C. 3, 28) :

§ 1. «... La sœur et le frère, d'après des constitutions, sont préférés aux personnes viles; ils ne peuvent donc pas agir contre tout héritier. En dehors des frères et sœurs, les autres cognats ne peuvent agir avec succès. »

1362. Le testament d'un militaire, mort dans l'année qui a suivi son congé, ne peut être attaqué comme inofficieux. (L. 8, § 4. D. 5, 2.) De même, le testament d'un fils de famille militaire, qui a testé sur son pécule *castrense*, ne peut être attaqué comme inofficieux, ni par son père ni par ses enfants. (L. 24. C. 3, 28.)

§ II. — DES CONDITIONS EXIGÉES POUR QUE LA QUERELA SOIT ADMISE.

1363. Pour que la *querela* soit intentée avec succès, il faut la réunion de plusieurs circonstances : 1° la *querela inofficiosi testamenti* est un moyen extraordinaire qui n'est accordé qu'à défaut de tout autre moyen contre le testament. Celui qui pourra arriver à l'hérédité par une autre voie (par exemple la fille omise qui a le *jus accrescendi*, ou l'héritier qui obtient la *bonorum possessio contra tabulas*) ne pourra obtenir la *querela* ; 2° il faut que l'exhérédation ou l'omission ait été faite sans motifs. Si l'exhérédation ou l'omission a été faite pour de justes motifs, la *querela* ne sera pas admise. Dans le principe, les juges avaient d'ailleurs un pouvoir discrétionnaire pour apprécier cette injustice. Mais à qui incombe le fardeau de la preuve? Il faut distinguer : si la *querela* est intentée par un ascendant, l'*inofficiosité* est présumée, et c'est à l'institué à prouver qu'il y avait de justes motifs d'exhérédation ; sinon, c'est celui qui intente la *querela* qui doit prouver que le testateur n'avait

aucun juste motif de l'exhéréder ou de l'omettre. (L. 5, § 1. D. 5, 2.) Justinien dispensa celui qui intente la *querela* de faire cette preuve, en ordonnant au testateur d'indiquer le motif de l'exhérédation ou de l'omission [1]. (*Nov.* 115.)

§ III. — DE LA QUARTE LÉGITIME.

1364. D'après ce qui précède, on voit que le testateur, qui a des descendants, des ascendants ou des frères et sœurs, doit les instituer, s'il n'a aucun juste motif de les exhéréder ; sinon, son testament pourra être attaqué par eux, comme inofficieux, par la *querela*. Mais, pour enlever la *querela* à ses héritiers, lui suffit-il de les instituer pour une part quelconque? Non. Il doit instituer chacun d'eux au moins pour le quart de la part que chacun d'eux aurait eue si le testateur fût mort intestat. Ainsi, par exemple, le testateur a quatre enfants : si le testateur mourait intestat, chacun de ses enfants aurait le quart de sa succession ; dès lors, si le testateur veut réduire son fils Primus, il doit l'instituer au moins pour le quart du quart de ses biens, c'est-à-dire pour un seizième ; et ainsi pour chacun des autres enfants, si le testateur veut les réduire tous ; si le testateur ne réduit que Primus, les trois autres enfants profiteront

---

1. Voici ce que pense M. Demangeat de cette opinion. (T. I, p. 743, 744.) « On dit communément qu'aux termes d'une constitution de Constantin il faut distinguer suivant que la *querela* est intentée par un descendant ou par un ascendant du testateur : si elle est intentée par un descendant, ce serait à lui à prouver l'iniquité de l'exhérédation ou de l'omission ; au contraire, l'ascendant omis n'aurait rien à prouver, l'iniquité de l'omission devant être, en quelque sorte, présumée. Je ne crois pas que Constantin ait voulu trancher ainsi, par une distinction absolue, la question de preuve. Il faut appliquer en cette matière la règle générale, d'après laquelle c'est toujours au demandeur à tâcher de justifier sa prétention, sauf au défendeur à réfuter les moyens présentés par l'adversaire, et même, de son côté, à en présenter de nouveaux, s'il le juge utile. Ainsi le *querelans* cherche à prouver l'iniquité de l'exhérédation ou de l'omission ; l'institué, de son côté, va chercher à établir que l'exhérédation ou l'omission n'est que la conséquence de la mauvaise conduite de son adversaire. L'idée qui paraît dominer dans la constitution de Constantin, c'est que, quand une mère a été omise dans le testament de son fils, on pourrait croire que cette omission n'est jamais justifiable et que l'institué devra toujours succomber. Il n'en est rien, dit l'empereur : « *Si mater inhonestis factis atque indecentibus machinationibus filium forte obsedit, insidiisque eum vel clandestinis vel manifestis appetiit, vel inimicis ejus suas amicitias copulavit, atque in aliis sic versata est ut inimica ejus potius quam mater crederetur, hoc probato etiam invita acquiescat filii voluntati.* » Constantin ne dit point du tout que l'ascendant qui attaque comme inofficieux le testament de son descendant est toujours dispensé du fardeau de la preuve; il dit simplement qu'il peut arriver que même l'omission d'une mère dans le testament de son fils se trouve justifiée par les circonstances, par la conduite de cette mère, de manière que le testament ne soit réellement pas inofficieux. »

de la portion enlevée à Primus. Ce quart, que le testateur doit laisser à chacun de ses héritiers, s'appelle *quarte légitime*. Ainsi chaque héritier qui aurait le droit d'intenter la *querela*, s'il était exhérédé sans motif, doit donc recevoir au moins le quart de la part qu'il aurait eue *ab intestat;* sinon, il pourra attaquer le testament comme inofficieux. Ce quart se calcule sur l'actif net de la succession, c'est-à-dire la quarte légitime se calcule sur ce qui reste de la succession, déduction faite des dettes du défunt et des frais funéraires. (L. 8, § 9. D. 5, 2.)

1365. Le testateur, pour enlever la *querela* à son héritier *ab intestat*, n'est pas tenu de lui laisser la quarte légitime à *titre d'héritier*; il peut la lui laisser à titre particulier, par legs, fidéicommis, donation à cause de mort. — Mais la *quarte* peut-elle être laissée par donation entre-vifs? Non, en principe; de sorte que l'héritier *ab intestat*, qui a reçu du défunt, par donation entre-vifs, des biens équivalents à la quarte légitime, pourra néanmoins intenter la *querela* comme s'il n'avait rien reçu. Par exception, il fut décidé que ce qu'un héritier *ab intestat* aurait reçu par donation entre-vifs, serait compté pour former sa quarte, dans les cas indiqués par les constitutions. Or nous ne trouvons que deux cas où les biens, donnés par donation entre-vifs à un héritier *ab intestat*, soient comptés pour former sa quarte : 1° lorsque des biens lui ont été donnés en dot ou par donation *ante nuptias* (L. 29. C. 3, 28); 2° lorsque des biens lui ont été donnés à l'occasion du service militaire, *propter militiam* (L. 30, § 2. D. 3, 28) :

§ 6. « Pour qu'on ne puisse plus agir par l'action d'inofficiosité, il faut donc qu'on ait la quarte, ou par droit d'hérédité ou par legs, par fidéicommis, par donation à cause de mort, — ou par donations entre-vifs, dans les cas dont notre constitution fait mention, — ou par tous autres modes indiqués par les constitutions. Ce que nous avons dit de la quarte doit être entendu en ce sens que, soit qu'il y ait un ou plusieurs enfants pouvant agir par l'action du testament inofficieux, une seule quarte peut leur être laissée pour être partagée entre eux proportionnellement, de manière que chacun ait le quart de sa part virile. »

Les héritiers, qui n'ont pas leur *portio legitima*, avaient en principe, non pas seulement le droit de la faire compléter, mais encore celui de faire tomber le testament pour le tout, par la *querela inofficiosi testamenti*, et de recueillir ainsi en entier l'hérédité ab intestat.

A ce principe, Constantin apporte une importante modification, en décidant que le testateur, qui laisse moins que la quarte légitime, peut ajouter qu'il entend que le quart sera complété *boni*

viri arbitratu; dans ce cas, il n'y a plus lieu à la *querela inofficiosi testamenti*, mais seulement à une action en supplément que nous retrouverons plus bas. — Justinien généralise cette règle raisonnable, en sous-entendant la prescription précédente du testateur; il n'y a plus dès lors lieu à la *querela*, que si les héritiers n'ont rien reçu du testateur par son testament :

§ 3. « Ce qui vient d'être dit ne s'applique que si rien ne leur a été laissé par le testateur dans son testament. C'est ce qu'a établi notre constitution par respect pour les droits de la nature. Si une partie quelconque de l'hérédité, ou un objet particulier, leur a été laissé, la *querela inofficiosi testamenti* cessant, on doit compléter ce qui leur manque jusqu'à concurrence du quart de leur part d'hérédité légitime, quand même le testateur n'aurait pas ajouté que ce quart serait complété d'après l'appréciation d'un homme de bien. »

1366. *De l'action en supplément.* — L'action en supplément, légalement introduite par Constantin, s'exerce par une *condictio ex lege*. Elle diffère de la *querela* en ce qu'elle est *personnelle;* qu'elle dure le temps ordinaire des actions; qu'elle est transmissible aux héritiers; que, repoussée, elle laisse intacte la disposition testamentaire existant au profit du légitimaire; — tandis que la *querela* est réelle; s'éteint par un délai de deux ans (cinq sous Justinien); n'est transmissible aux héritiers que sous certaines conditions; fait perdre la légitime de l'héritier, si ce dernier l'a mal à propos intentée.

§ IV. — EFFETS DE LA QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI.

1367. Supposons d'abord un seul légitimaire et un seul institué :

1° Si le juge déclare qu'il y a inofficiosité, il en résulte immédiatement la rescision de plein droit du testament. Dès lors, si le *querelans* était sous la puissance du testateur, il devient *suus heres;* s'il était émancipé, il aura la *bonorum possessio unde liberi.* — *Chose remarquable* et contraire à la règle : « *Res inter alios acta aliis neque prodest neque nocet*, » la rescision du testament réagira contre les légataires, bien qu'ils n'aient pas été mis en cause, parce qu'on les suppose représentés de plein droit par l'intéressé principal, l'institué. — Il n'en serait pas ainsi si l'institué ne s'était pas défendu, et, *a fortiori*, si on prouvait une collusion entre lui et le *querelans.*

Que décider si des legs ont été payés? — L'institué a-t-il payé de *bonne foi*, avant la *querela?* N'ayant pas à restituer au légitimaire la valeur des legs payés, ce sera le légitimaire qui exercera à ses risques et périls une *condictio indebiti* utile contre les légataires qui ont reçu à tort. — L'institué au contraire a-t-il payé en son

nom; mais sachant qu'il y aurait *querela*, c'est-à-dire de *mauvaise foi?* Il doit rendre la succession, y compris la représentation des valeurs employées; il pourra seulement poursuivre les légataires par la *condictio indebiti* directe, et rentrer ainsi dans ses déboursés.

Non-seulement l'héritier institué par le testament frappé d'inofficiosité, ne peut recueillir l'hérédité, mais encore les affranchissements, les legs contenus dans ce testament, sont considérés comme non avenus; les legs qui ont été payés peuvent être répétés par le légitimaire au moyen d'une *condictio indebiti* utile. — Le légitimaire qui a triomphé dans la *querela* prend toute la succession, à moins que l'institué ne soit lui-même un légitimaire, cas auquel ils partageront la succession. (L. 19. D. 5, 2.)

1368. Lorsqu'un légitimaire succombe dans la *querela*, il est puni par la perte de ce qui lui a été laissé par le testateur, et les biens qui lui ont été laissés sont attribués au fisc : « *Meminisse oportebit eum, qui testamentum inofficiosum improbe dixit, et non obtinuit, id quod in testamento accepit perdere, et id fisco vindicari quasi indigno oblatum.* » (L. 8, § 14. D. 5, 2.)

Il faut remarquer que le légitimaire n'est pas réputé succomber, s'il se désiste ou meurt avant la sentence.

Le testament contre lequel on intente avec succès la *querela inofficiosi testamenti* n'est pas toujours, comme on le voit, annulé pour le tout.

1369. Supposons maintenant un institué et plusieurs héritiers, dont un seul intente la *querela* et triomphe. — Celui-ci obtiendra sa part *ab intestat*, mais le testament vaudra pour le reste, et l'institué prendra l'hérédité, moins la part *intestat* du *querelans*. — Il est d'autres cas où le testament n'est annulé qu'en partie, ce qui constitue le testateur *partim testatus partim intestatus*. Exemple : 1° il y a deux exhérédés : l'un, injustement exhérédé, triomphe dans la *querela*, — l'autre, justement exhérédé, succombe; — 2° réciproquement, un *querelans*, un frère, par exemple, succombe dans son action contre l'un des deux institués, qui est honorable, et triomphe dans son action contre l'autre, qui est une personne vile. — Dans ces deux hypothèses, une partie de la succession sera déférée *ab intestat*, et l'autre *ex testamento*.

§ V.— CAUSES D'EXTINCTION DE LA QUERELA.

1370. La *querela* s'éteint : 1° Par la mort de celui qui a le droit de l'exercer. Si l'héritier légitimaire, qui a le droit de se plaindre, meurt sans avoir intenté la *querela*, la *querela* ne passe pas à ses héritiers. Toutefois la *querela* passe à ses héritiers pourvu qu'il

ait préparé l'action avant de mourir, c'est-à-dire pourvu qu'il ait manifesté avant sa mort l'intention d'attaquer le testament.

2° Par l'expiration du délai de deux ans, jusqu'à Justinien, et de cinq ans, depuis Justinien. Quel était le point de départ des cinq ans? Le jour du décès du testateur, d'après Modestin; le jour de l'adition de l'hérédité par l'héritier institué, d'après Ulpien. Justinien consacra l'opinion d'Ulpien en ordonnant à l'héritier institué de faire adition dans le délai de six mois à partir du décès, s'il habite dans la même province que le défunt; dans le délai d'un an, s'il n'habite pas la même province. (L. 36, § 2. C. 3, 28.)

3° Par la transaction intervenue entre le légitimaire et l'héritier institué (L. 27. D. 5, 2), si l'institué a exécuté la transaction.

4° Par la renonciation du légitimaire à la *querela*. (L. 8, § 1. D, 5, 2.)

5° Par l'approbation donnée au testament par le légitimaire, par exemple en réclamant un legs qui lui a été laissé par le testateur, ou même en le réclamant comme avocat ou procureur d'untiers.

Les *Institutes* citent un cas où l'héritier légitimaire, qui a le droit d'intenter la *querela*, en acceptant un legs au nom d'autrui n'est pas censé donner son approbation au testament :

§ 4. « Si un tuteur a accepté, au nom du pupille dont il gérait la tutelle, un legs fait par le testament de son père, qui ne lui a rien laissé, il pourra néanmoins, en son propre nom, attaquer le testament de son père comme inofficieux.»

En effet, cette acceptation, étant pour le tuteur un acte qu'il est obligé de faire, n'implique par l'approbation du testament; ce tuteur pourra donc ensuite attaquer le testament de son ascendant, comme inofficieux, *suo nomine*.

§ 5. « A l'inverse, si le tuteur intente, au nom du pupille, auquel il n'a rien été laissé, l'action *inofficiosi testamenti* et succombe, il ne perd pas le legs qui lui a été laissé dans le même testament. »

§ VI. — INNOVATIONS DE JUSTINIEN (SYSTÈME DES NOVELLES ET INSTITUTES)

1371. D'après ce que nous avons vu plus haut (*passim*) :

1° Justinien ne donne jamais que l'action en supplément, si le légitimaire a reçu une portion quelconque de l'hérédité.

2° Il impute sur la légitime, non-seulement la libéralité *mortis causa*, etc., mais ce que le légitimaire a reçu pour l'achat d'un office ou d'un grade militaire.

3° Il transmet la *querela* aux enfants de l'exhérédé, si celui-ci est le descendant du testateur mort : *deliberante adhuc herede*.

Voici cinq autres innovations introduites par les Novelles :

4° On avait porté à cinq ans le délai passé lequel la *querela* ne peut être intentée; Justinien décide que ce délai partira du jour de l'adition, et non du jour de la mort du *de cujus*.

5° La légitime est augmentée. (Nov. 8.) Elle est *du tiers*, si le testateur laisse quatre enfants au moins ; *de moitié*, s'il en laisse davantage. — Ceci produit ce résultat bizarre que le nombre des héritiers étant plus grand, la légitime de chacun pourra être plus forte ; ainsi, étant donnés 4 héritiers, chacun d'eux aura un tiers de la part qu'il aurait eue *ab intestat*, soit 1/12 de la succession totale. — Tandis que, étant donnés 5 héritiers, chacun d'eux aura droit à la moitié de ce qu'il aurait eu, soit 1/10. — Justinien ajoute que le testateur ne pourra faire une répartition inégale de la légitime entre les légitimaires, sauf à lui, s'il veut avantager un de ses enfants, à lui donner une part plus forte sur les biens disponibles. (Nov. 18, ch. 1.)

Justinien, dans cette nouvelle fixation de la légitime, ne parle que des descendants du testateur ; mais l'opinion générale des interprètes est qu'il a voulu supprimer l'ancienne quarte, d'une manière absolue, même à l'égard des ascendants et des frères et sœurs, qui pourront invoquer la nouvelle légitime.

6° Justinien exige, en outre, que désormais les légitimaires soient institués héritiers par le testateur, qui ne pourra plus leur laisser la légitime par legs, fidéicommis ou donation à cause de mort ; que ce soit un ascendant ou un descendant qui teste, peu importe. (Nov. 115. ch, 3, 4.)

7° Justinien détermine (Nov. 115 et 22), au nombre de quatorze pour les descendants, de huit pour les ascendants, de trois pour les frères et sœurs, les causes d'exhérédation ou d'omission qui sont admissibles. Le testateur ne peut omettre ou exhéréder que ceux qui se trouvent dans un de ces cas, et, de plus, il doit exprimer le cas spécial qui justifie, dans l'espèce, l'exhérédation ou l'omission ; si le légitimaire conteste la réalité du motif, c'est à l'institué à prouver la légitimité de l'exhérédation.

8° Par la nov. 115, Justinien décide que l'inobservation des règles posées dans cette novelle ne fera tomber que l'institution d'héritier, laissant intactes les autres dispositions testamentaires, legs, fidéicommis, etc., en tant qu'elles n'atteignent pas la légitime.

Que deviendra le testament, si le testateur n'a pas laissé aux légitimaires la légitime fixée par Justinien? Le testament pourra-t-il être attaqué par la *querela*? D'après quelques interprètes, le testament est nul, comme si les légitimaires avaient été complétement omis. Cependant il vaut mieux décider que le testament est valable, mais inofficieux, et peut être attaqué par la *querela;* cette décision est plus conforme aux anciens principes du droit romain sur la *querela*.

1372. *Des donations inofficieuses.*— Si un citoyen romain avait pu épuiser tout son patrimoine par des donations entre-vifs, il eût été inutile de l'empêcher d'en disposer en entier par testament. Aussi on finit par admettre, contre les donations entre-vifs, une *querela inofficiosæ donationis*, analogue à la *querela inofficiosi testamenti*. (L. 1. L. 3. L. 5. C. 3, 29.)

Le droit d'attaquer ces donations entre-vifs, par la *querela inofficiosæ donationis*, est régi par les mêmes règles que le droit d'attaquer le testament inofficieux. Ce droit n'existe pour les héritiers légitimaires qu'autant que les donations entament la légitime, c'est-à-dire un quart et, sous Justinien, un tiers ou la moitié de la succession. (L. 7. L 8, § 1, C. 3, 29.) Ce droit existe au profit des mêmes personnes et pendant le même délai que la *querela inofficiosi testamenti* : « On ne doit pas douter que la *querela* contre les donations exagérées n'ait été introduite par toutes les lois, à l'imitation de la *querela inofficiosi testamenti*, de sorte qu'il doit y avoir, dans ces deux actions, la même cause et les mêmes délais. » (Constitution de l'empereur Constance de l'an 361. L. 9. C. 3, 29.)

Mais à quelle époque faut-il se placer pour voir si le *de cujus* a respecté ou non la légitime? Est-ce à l'époque de la donation, ou à l'époque du décès? Nous ne trouvons aucune règle sur cette question dans les textes du droit romain. Mais il est probable qu'on ne considérait pas les donations isolément et le testament isolément. Pour calculer la légitime, on devait sans doute tenir compte de ce qui avait été donné entre-vifs, de ce qui avait été donné par testament, et de ce qui avait été laissé au légitimaire : par là on calculait si la légitime était entamée.

CHAPITRE II

DE L'HÉRÉDITÉ

ARTICLE Ier. — ACQUISITION DE L'HÉRÉDITE.

§ Ier. — CLASSEMENT DES HÉRITIERS. — DE LA QUALITÉ ET DE LA DIFFÉRENCE DES HÉRITIERS.

(*Inst.*, II, XIX.)

1373. On divise les héritiers testamentaires en trois grandes classes : les *héritiers nécessaires;* les *héritiers siens et nécessaires;* les *héritiers externes ou volontaires*. Suivant que vous appartiendrez à l'une ou l'autre de ces trois classes, vous n'acquerrez pas l'héri-

dité de la même façon; et le parti que vous aurez à prendre au sujet de l'hérédité (adition ou répudiation) ne sera pas le même. C'est donc en expliquant chaque classe d'héritiers qu'on trouvera les détails qui les concernent, dans la théorie générale de l'adition, de la répudiation, et de certains bénéfices destinés à garantir les intérêts de l'héritier ou des tiers.

Pr. « Les héritiers sont : ou nécessaires, ou siens et nécessaires, ou externes.»

I. — Des héritiers nécessaires.

§ 1. « L'héritier nécessaire est l'esclave institué héritier : il est ainsi appelé parce que, qu'il le veuille ou qu'il ne le veuille pas, il devient, aussitôt après la mort du testateur, libre et forcément héritier. C'est pourquoi ceux qui ont des doutes sur leur solvabilité ont l'habitude d'instituer leur esclave au premier ou au second degré, afin que si les créanciers ne sont point payés, les biens soient possédés, vendus ou partagés, plutôt sous le nom de l'héritier que sous le nom du testateur. Cependant, à raison de ce désavantage, on lui accorde l'avantage de conserver les biens qu'il a acquis après la mort de son patron; et quoique les biens du défunt soient insuffisants pour payer les créanciers, les biens acquis par lui, en dehors de l'hérédité, ne peuvent être vendus.»

1374. Nous avons vu que l'esclave, institué et affranchi par son maître : était l'héritier *nécessaire* de ce dernier, *nécessaire*, parce que, « *sive velit, sive nolit, omnimodo post mortem testatoris, protinus liber et necessarius heres fit.* » L'esclave, qui reçoit ainsi de son maître la liberté et l'hérédité, n'a pas le droit de répudier celle-ci; il n'a même pas besoin de l'accepter; il devient héritier à son insu, malgré sa volonté contraire; en effet, ne faut-il pas que le maître, qui se sent insolvable, ait la certitude d'avoir un héritier sous le nom duquel les biens seront vendus par les créanciers, et qui seul encourra l'ignominie attachée à la *bonorum venditio*, laissant ainsi intacte la mémoire du défunt? — Cette rigueur de l'ancien droit, qu'on va voir modifiée par le préteur, ne s'appliquait d'ailleurs à l'esclave que s'il devait sa liberté à la même cause que l'institution. Dès lors, s'il avait été affranchi entre-vifs (avant la mort du testateur), ou si son maître avait été tenu, par un autre motif, de l'affranchir, ou s'il avait obtenu la liberté *aliunde*, par exemple, pour avoir dénoncé le meurtre de son maître, — dans ces différents cas, l'affranchi serait héritier, mais non *nécessaire*.

1375. Dans l'ancien droit civil, le testateur, en même temps qu'il instituait son esclave, devait l'affranchir, pour en faire un héritier nécessaire; dans le droit de Justinien, l'institution emporte *de plano* affranchissement (N° 1287.) Lorsqu'un maître a institué son

esclave purement et l'a affranchi sous condition, l'institution est différée jusqu'à ce que l'esclave soit libre, c'est-à-dire jusqu'à ce que la condition mise à l'affranchissement soit accomplie. (L. 3, § 1. D. 28, 5.) A l'inverse, s'il l'a institué sous condition et affranchi purement, la liberté est différée jusqu'à l'arrivée de la condition mise à l'institution. (L. 21, § 1. D. 28, 5.)

Mais pour que l'esclave institué devienne héritier nécessaire, il faut qu'il ait appartenu au testateur, au moment de la confection du testament, et au moment de la mort du testateur. Peu importe qu'entre ces deux époques il ait changé de maître.

1376. *Benéfice de séparation de biens.*—Souvent un maître insolvable, après avoir institué un ou plusieurs héritiers citoyens romains, leur substituait son esclave, dans la crainte que les institués, citoyens romains, libres de faire adition, ne répudiassent sa succession insolvable, pour ne pas être obligés de payer ses dettes. En instituant ou en substituant son esclave, il était sûr de l'avoir pour héritier. — La conséquence de cette hérédité forcée est que l'esclave devra payer toutes les dettes du défunt, non-seulement avec les biens de la succession, mais encore avec les biens qu'il acquerra, après la mort de son maître, par son travail, son industrie, ou par les libéralités qui lui seront faites. Mais le préteur, trouvant qu'il y avait quelque chose d'injuste dans cette nécessité, de payer toutes les dettes du défunt, imposée à un homme qui arrive à la liberté, vint à son secours et lui permit de *demander* la *separatio bonorum*, par laquelle l'affranchi, héritier nécessaire, obtiendra du préteur que les biens qu'il acquerra par la suite resteront distincts et séparés des biens du défunt, de sorte que les créanciers de l'hérédité ne pourront plus se faire payer qu'avec les biens du défunt. Le droit que le préteur accorde à l'affranchi, héritier nécessaire, de séparer, des biens du défunt, les biens qu'il acquerra par la suite, s'appelle *bénéfice de séparation*, *separatio bonorum*. (Inst., § 1 de n. t. Gaïus, II, § 155.)

1377. Le préteur accorde la séparation de biens à l'héritier nécessaire, à une condition : c'est que cet héritier nécessaire ne se soit pas emparé des biens de la succession, et ne se soit pas comporté comme propriétaire à l'égard de ces biens. (L. 1, § 18. D. 42. 6.)

1378. L'effet de la *separatio bonorum* sera de permettre à l'héritier nécessaire de conserver pour lui, à l'abri des poursuites des créanciers du défunt, tous les biens qu'il acquerra après la mort de son maître, par son travail, son industrie, les libéralités qui lui seront faites. Mais si, plus ou moins longtemps après la mort du testateur, l'affranchi, héritier nécessaire, acquiert des biens

en vertu de sa qualité d'héritier, *ex hereditaria causa*, il n'aura pas le droit de les garder. Les créanciers du défunt, au contraire, auront le droit de les vendre pour se payer de ce qui leur reste dû. Exemple : Le maître, de son vivant, avait affranchi des esclaves qui n'étaient devenus que Latins juniens; à leur mort, les biens qu'ils ont acquis depuis leur affranchissement arriveront à l'affranchi, héritier nécessaire. Ces biens pourront être vendus par les créanciers du défunt, parce qu'ils proviennent *ex hereditaria causa.* (Gaïus, II, 155. III, § 58.)

Avec ce tempérament de la séparation du patrimoine, l'héritier nécessaire n'est plus lésé dans ses intérêts pécuniaires, mais il encourra encore, pour le compte du *de cujus*, l'ignominie attachée à la *bonorum venditio*. — Du reste, à partir de Justinien, la vente en masse est remplacée par la *distractio bonorum*, qui ne produit plus l'ignominie.

1379. *Remarque*. — Il y a une autre espèce de séparation de biens, que celle demandée par l'héritier nécessaire; voici dans quels cas : par l'application du principe de la confusion des deux patrimoines, celui du *de cujus* et celui de l'héritier, si celui-ci est, quant à ses créanciers personnels, dans une position plus obérée que le *de cujus* ne l'était à l'égard de ses créanciers également personnels, ces derniers ont intérêt à demander la séparation de biens, pour venir seuls sur les biens du *de cujus*. Ainsi le *de cujus* a 100 et doit 200; ses créanciers auront moitié de leur créance; l'héritier, au contraire, a 100, mais doit 300; si les deux masses étaient réunies activement et passivement, il y aurait : actif, 200; passif, 500; et les créanciers du *de cujus* ne toucheraient plus que les deux cinquièmes de leur créance, au lieu de la moitié. — La séparation des biens, demandée par les créanciers héréditaires, les empêchera de souffrir du concours des créanciers de l'héritier. Mais, d'après Papinien, les créanciers héréditaires, qui ont demandé la séparation, conservent le droit, s'ils ne sont pas entièrement soldés sur les biens du *de cujus*, de poursuivre l'héritier sur ses biens personnels, si, du moins, tous les créanciers propres de ce dernier sont désintéressés. — Gaïus, cependant, prétend que la demande de séparation des biens implique renonciation à toute poursuite contre l'héritier.

II. — Des héritiers siens et nécessaires.

§ 2. « Les héritiers siens et nécessaires sont, par exemple, le fils, la fille, le petit-fils, la petite-fille, nés d'un fils, et ensuite les autres descendants, pourvu qu'ils soient sous la puissance du mourant. Mais pour que le petit-fils ou la

etite-fille soient héritiers siens, il ne suffit pas qu'ils aient été sous la puisance de leur aïeul au moment de sa mort, il faut, en outre, que leur père ait essé d'être héritier sien, soit en mourant, soit sortant de la puissance aternelle par toute autre manière, car alors le petit-fils ou la petiteille prend la place de son père. Ces héritiers sont appelés *siens*, parce qu'ils ont héritiers domestiques et considérés en quelque sorte comme propriétaires lu vivant de leur père ; voilà pourquoi, si quelqu'un meurt intestat, la succesion en déféré à ces enfants en premier ordre. Ils sont appelés *nécessaires*, parce que de toute manière, qu'ils le veuillent ou qu'ils ne le veuillent pas, ils devienent héritiers, soit *ab intestat*, soit par testament. Mais le préteur leur permet de s'abstenir de l'hérédité, pour que les biens du défunt, plutôt que leurs biens, soient possédés par les créanciers. »

1380. Les héritiers siens et nécessaires sont les enfants et descendants qui se trouvent directement, sans intermédiaire, sous la puissance du testateur. Sont encore héritiers siens et nécessaires du testateur : sa femme *in manu*, sa bru qui est sous la *manus* de son fils.— En principe, le petit-fils, précédé par son père sous la puissance du testateur, ne peut être héritier sien et nécessaire pour son propre compte. Exemple : un aïeul exhérède son fils et institue son petit-fils, né de ce fils; le petit-fils sera héritier sien et nécessaire; mais, comme à la mort de son aïeul il tombera sous la puissance de son père exhérédé, il n'acquerra pas l'hérédité pour lui-même; il rendra son père héritier sien et nécessaire. (L. 6, § 5, D. 29, 2.) — Mais, en pareil cas, le petit-fils pourra être héritier sien et nécessaire pour son propre compte, si, avant la mort du testateur ou avant l'arrivée de la condition, sous laquelle il aurait été institué, son père est venu à sortir de la famille par la mort ou par une émancipation. (L. 1, § 8. D. 38, 16.) Ainsi, pour qu'un petit-fils soit héritier sien et nécessaire, il suffit qu'il se trouve sous la puissance directe et immédiate du testateur, au jour de l'ouverture de la succession.

A l'inverse, si le fils, institué héritier, n'est pas sous la puissance directe et immédiate du testateur au jour de l'ouverture de la succession, il sera bien héritier, mais il ne sera pas héritier sien et nécessaire : il sera héritier externe. (L. 20. D. 28, 2.)

1381. Pourquoi ces héritiers sont-ils appelés héritiers *siens* et *nécessaires*? Ils sont appelés nécessaires, parce qu'ils sont héritiers malgré eux. Mais pourquoi sont-ils appelés *siens*? Les interprètes du droit romain ont donné de ce mot deux explications. *Prémière explication* : Quelques interprètes pensent que ces héritiers sont appelés *siens*, parce qu'étant considérés comme copropriétaires avec leur père, à la mort de leur père, ils se succèdent, en quelque sorte, à eux-mêmes, ils sont héritiers d'eux-mêmes, *heredes sui*. C'est ce que Justinien lui-même dit dans le § 2 : « *Quia domestici*

heredes sunt et vivo quoque parente, quodammodo domini existimantur.» — *Deuxième explication.* Je préfère la deuxième explication, qui consiste à dire que les enfants et descendants du testateur sont appelés *siens*, *sui*, parce qu'ils sont dans sa famille, sous sa puissance, dans sa dépendance. En effet, il faut se rappeler que cette idée de copropriété des enfants avec leur père, qui sert de base à l'explication précédente, est une fiction qui a été imaginée par les prudents, longtemps après la publication de la loi des Douze Tables. Or, la loi des Douze Tables parlait déjà des *sui heredes*.

1382. *Bénéfice d'abstention.* — Les héritiers siens et nécessaires sont héritiers malgré eux. En conséquence, ils sont tenus des dettes du défunt, même sur les biens qu'ils acquerront après la mort du testateur, par leur travail ou par les libéralités qui leur sont faites. Mais le préteur vient encore à leur secours, en leur accordant le *bénéfice d'abstention*. Dès lors ils peuvent s'abstenir de l'hérédité paternelle, négliger cette hérédité, bien qu'ils l'aient acquise. Le préteur accorde aussi le bénéfice d'abstention à la femme et à la bru du testateur, lorsqu'elles sont *heredes suæ et necessariæ*. (Gaïus, II, § 159.) Celui qui est sous le *mancipium* du testateur est plutôt *servi loco* que *filii loco ;* il devrait donc être traité comme *heres necessarius*. Mais le préteur l'assimile à un *filius* et lui donne le bénéfice d'abstention. (Gaïus, II, § 160.)

A la différence de l'héritier nécessaire, qui doit demander au préteur la *separatio bonorum*, le *suus heres* n'a pas besoin de s'adresser au préteur pour obtenir le bénéfice d'abstention. Pour avoir le bénéfice d'abstention, il suffit que l'héritier sien et nécessaire ne se soit pas immiscé dans les biens de la succession, qu'il n'ait détourné aucun objet de la succession, et qu'il déclare s'abstenir de l'hérédité. (L. 12. 71, § 4. D. 29, 2.)

1383. La conséquence du bénéfice d'abstention est que l'héritier sien ne pourra pas être poursuivi sur ses propres biens, ni par les créanciers, ni par les légataires du défunt. (L. 57. D. 29. 2. L. 89. D. 30, 1.)

1384. Une autre conséquence du bénéfice d'abstention est que les biens du défunt seront vendus sous son nom, et non pas sous le nom de l'héritier sien, de sorte que, si le défunt était insolvable, l'héritier sien n'encourra pas l'ignominie qui résulte de la *venditio bonorum*.

1385. Lorsque l'héritier sien et nécessaire use du bénéfice d'abstention, les affranchissements faits par le testateur sont maintenus, pourvu qu'ils n'aient pas été faits en fraude de la loi *Ælia Sentia*. (L. 32. D. 40, 4.) De même la substitution vulgaire, ou la substitu-

tion pupillaire, que le testateur aura faite, conservera sa force. (L. 42. D. 29, 2.)

1386. Comme l'héritier sien qui s'est abstenu est toujours héritier d'après le droit civil, il peut encore renoncer à son bénéfice d'abstention et reprendre les biens de la succession, et même, jusqu'à Justinien, aucun délai ne lui est imposé pour reprendre ces biens. (L. 6. C. 6, 31.) Justinien décide qu'il ne peut exercer ce droit que s'il ne s'est pas écoulé trois ans depuis l'abstention.

1387. Lorsque l'héritier sien s'est abstenu, si aucun substitué ne prend la succession, les créanciers du défunt se font envoyer en possession des biens de la succession, et les font vendre pour se payer. (Gaïus, III, § 78.)

III. — **Des Héritiers externes.**

§ 3. « Tous ceux qui ne sont pas soumis à la puissance du testateur sont appelés héritiers externes. Ainsi nos enfants qui ne sont pas sous notre puissance, institués héritiers par nous, sont des héritiers externes. C'est pour le même motif que les enfants institués héritiers par leur mère sont au nombre des héritiers externes, parce que les femmes n'ont pas leurs enfants sous leur puissance. L'esclave, institué héritier par son maître, et ensuite affranchi par lui, est également un héritier externe. »

1388. Ainsi les héritiers externes sont les héritiers institués qui ne se trouvent pas sous la puissance du testateur. — Au point de vue de l'acquisition de l'hérédité, il y a entre l'héritier externe d'une part, l'héritier nécessaire et l'héritier sien et nécessaire d'une autre part, une grande différence. L'héritier nécessaire et l'héritier sien et nécessaire acquièrent l'hérédité, par le seul fait de la mort du testateur, sans aucun fait de leur part, même à leur insu. Au contraire, l'héritier externe n'acquiert l'hérédité qu'autant qu'il manifeste la volonté de l'acquérir, en faisant adition. En vain une hérédité se serait ouverte au profit d'un héritier externe ; s'il meurt avant d'avoir fait adition, il ne transmettra pas l'hérédité à ses propres héritiers, car il ne l'a pas acquise. Au contraire, l'héritier sien et nécessaire transmet à ses héritiers l'hérédité ouverte à son profit, sans qu'il ait fait aucune manifestation de volonté.

1° *De la factio testamenti.*

§ 4. « Quant aux héritiers externes, il faut remarquer qu'il doit y avoir avec eux *factio testamenti*, soit lorsqu'ils sont institués eux-mêmes, soit lorsque ceux, qui sont sous leur puissance, sont institués. Et il faut s'attacher *à deux moments* : au moment de la confection du testament, pour que l'institution existe, et au moment de la mort du testateur, pour qu'elle ait son effet. Bien plus, lorsque l'héritier fait adition, la *factio testamenti* doit encore exister avec lui, qu'il ait été institué purement ou sous condition, car le droit de l'héritier doit être examiné surtout au moment où il acquiert l'hérédité. Dans le temps inter-

médiaire entre la confection du testament, et la mort du testateur ou la réalisation de la condition, le changement d'état ne nuit pas à l'héritier, parce qu'il n'y a, comme nous l'avons dit, que *trois moments à considérer*.—A la *factio testamenti*, non-seulement celui qui peut faire un testament, mais encore celui qui peut acquérir pour lui-même ou pour un autre, en vertu du testament d'autrui, quoiqu'il ne puisse pas tester lui-même. Ainsi le sourd, le muet, le posthume, l'*infans*, le fils de famille et l'esclave d'autrui ont la *factio testamenti*, car, bien qu'ils ne puissent faire un testament, ils peuvent cependant acquérir pour eux ou pour un autre. »

1389. Bien que Justinien dise, au commencement de ce § 4, qu'il suffit que la *factio testamenti* existe chez l'héritier *à deux momens*, en réalité elle doit exister chez l'héritier à trois moments : au moment de la confection du testament,—au moment de la mort du testateur, ou au moment de l'arrivée de la condition (si l'héritier a été institué sous condition), — enfin au moment où l'héritier fait adition. C'est ce que Justinien lui-même reconnaît un peu plus loin dans le § 4.

Ainsi l'héritier doit avoir la *factio testamenti* :

A. Au moment de la confection du testament. — Il semble que la *factio testamenti*, ou droit d'être institué héritier, ne devrait pas être exigée chez l'héritier au moment de la confection du testament, car il ne participe pas à la confection du testament. La nécessité, pour l'héritier, d'avoir la *factio testamenti* au moment de la confection du testament dérive de l'ancienne forme du testament par mancipation, *per æs et libram*. En effet, lorsque cette ancienne forme de testament était en usage, il fallait que l'héritier, appelé *familiæ emptor*, fût capable de figurer dans la mancipation. Lorsque cette forme de testament eut disparu, on continua néanmoins à exiger, chez l'héritier, la *factio testamenti* au moment de la confection du testament.

B. Au moment de la mort du testateur, car c'est au moment de la mort du testateur que la succession s'ouvre, que la succession est déférée, offerte à l'héritier. Il est donc nécessaire que l'héritier ait la *factio testamenti* à cette époque. — Je rappelle que, d'après la loi *Papia Poppæa*, la succession ne s'ouvrait et n'était déférée à l'héritier qu'à l'époque de l'ouverture du testament. — Si l'héritier a été institué sous condition, c'est au moment de l'arrivée de la condition (et non au moment de la mort du testateur) qu'il doit avoir la *factio testamenti*, car l'hérédité ne s'ouvre et n'est déférée à l'héritier institué sous condition, qu'au moment où la condition s'accomplit.

C. Au moment de l'adition, car c'est au moment de l'adition que l'héritier acquiert définitivement l'hérédité.

1390. 2° *De quelle manière l'héritier externe acquiert-il l'hérédité?*

Dans l'ancien droit romain et encore au temps des jurisconsultes classiques, l'héritier externe devait faire une adition d'hérédité en termes solennels, et dans un certain délai, lorsque le testateur le lui avait ordonné. Cette adition s'appelait *cretio*.

La *cretio* était donc une adition d'hérédité faite en termes solennels, dans un certain délai, par un héritier externe, auquel le testateur l'avait imposée : « On a l'habitude de donner aux héritiers externes la crétion, c'est-à-dire un terme pour délibérer, afin qu'ils fassent adition d'hérédité, ou que, s'ils ne la font pas, ils soient écartés après l'expiration du terme. La crétion est ainsi appelée, parce que *cernere* signifie à peu près *decernere*, se décider, prendre un parti. » (Gaïus, II, § 164.) « Toute crétion est limitée a un certain temps : le délai de la crétion est ordinairement de cent jours. Le testateur peut néanmoins, d'après le droit civil, accorder un temps plus long ou plus court; mais, quand il est plus long, le préteur le réduit quelquefois. » (Gaïus, § 170.)

1391. On distingue la crétion en *cretio vulgaris*, et en *cretio certorum dierum*. — Il y a *cretio vulgaris*, lorsque le testateur a dit : « *Titius heres esto, cernitoque in centum diebus proximis*, QUIBUS SCIES POTERISQUE. *Quod ni creveris, exheres esto, tum Mævius heres esto.* Titius, sois héritier et fais crétion dans les cent plus prochains jours que tu sauras et pourras être héritier; que si tu ne fais pas crétion, qu'alors Mævius soit héritier. » — Il y a *cretio certorum dierum* ou *continue*, lorsque le testateur a dit : « *Titius heres esto, cernitoque in centum diebus proximis. Quod ni creveris, exheres esto, tum Mævius heres esto.* » Ici le testateur n'a pas ajouté les mots *scies poterisque*. Il y a entre ces deux crétions une grande différence : en cas de *cretio vulgaris*, on ne compte que les jours où l'héritier a su qu'il était institué et où il a pu faire crétion, tandis qu'en cas de *cretio certorum dierum* ou *continue*, on compte tous les jours, même ceux pendant lesquels l'héritier a ignoré qu'il était institué et ceux pendant lesquels il n'a pu faire crétion. Le délai de la crétion *continue* court même contre celui qui a été institué sous condition. « Cette crétion, dit Gaïus, est appelée *continue* parce que tous les jours y sont comptés de suite; mais comme elle est rigoureuse, l'autre est plus usitée; voilà pourquoi on l'appelle *vulgaire*. » (Gaïus, II, §§ 165, 171, 172, 173.)

1392. Celui qui est institué avec crétion, soit *vulgaris*, soit *continue*, pourvu que le testateur ait ajouté : « *quod ni creveris, exheres esto*, » devra, s'il veut être héritier, faire la crétion dans

le délai fixé, en ces termes : « *Quod me Publius Mævius testamento suo heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque.* Attendu que Publius Mævius m'a institué héritier par son testament, je fais adition et crétion de cette hérédité. » — Si l'héritier ne fait pas crétion de cette manière, il est exclu de la succession après l'expiration du délai de la crétion, quand même il se serait comporté comme héritier, quand même il aurait usé des choses héréditaires, en qualité d'héritier. (Gaïus, II, § 166.)

1393. Au contraire, celui qui a été institué héritier sans crétion peut devenir héritier, soit en faisant crétion, soit en se comportant comme héritier, soit même en manifestant simplement la volonté d'être héritier; de plus, il peut faire adition d'hérédité quand il lui plaît. Mais le préteur, sur la demande des créanciers, fixe ordinairement un délai dans lequel l'héritier doit faire adition, s'il le veut; sinon, les créanciers pourront faire vendre les biens du défunt. (Gaïus, II, § 167.)

1394. On distingue encore la crétion en *cretio perfecta*, et en *cretio imperfecta*. La *cretio perfecta* est celle dans laquelle le testateur a dit : « *Quod si creveris* (dans le délai fixé), *excheres esto; tum Mævius heres esto.* » La *cretio imperfecta* est celle dans laquelle le testateur dit simplement : *Quod ni creveris, tum Mævius heres esto,* » sans dire : « *excheres esto.* » (Gaïus, § 177.) Quelle est l'utilité de cette distinction de la crétion en crétion *perfecta* et en crétion *imperfecta*? Je l'ai indiquée au n° 1319.

1395. La crétion finit par tomber en désuétude et fut abrogée formellement par une constitution d'Arcadius et Honorius. (L. 17. C. 6, 30.) Dès lors, il ne resta plus pour faire adition que la *pro herede gestio* et la manifestation de la volonté d'être héritier :

§ 7. « L'héritier externe institué par testament, ou l'héritier appelé *ab intestat* à l'hérédité légitime, peut, soit en se comportant comme héritier, soit par sa seule volonté d'accepter l'hérédité, devenir héritier. Se comporte comme héritier celui qui use des biens héréditaires comme le fait un héritier, par exemple, en vendant les biens héréditaires, en cultivant les fonds ou en les donnant à bail, enfin qui manifeste la volonté de faire adition de quelque manière que ce soit, ou par des actes ou par des paroles,— pourvu qu'il sache que celui à l'égard des biens duquel il se comporte comme héritier est mort et que lui-même est son héritier. Se comporter comme héritier, c'est se comporter comme propriétaire. En effet, les anciens employaient le mot *heredes* pour désigner les propriétaires. Mais de même que l'héritier externe est héritier par sa seule volonté, de même, par sa volonté contraire, il est écarté de l'hérédité. Rien n'empêche que celui qui est né sourd ou muet, ou qui l'est devenu, se comporte comme héritier et acquière l'hérédité, pourvu qu'il comprenne ce qu'il fait. »

1396. Les deux formes d'adition restées en usage après la disparition de la crétion sont donc la *pro herede gestio* et l'adition

faite *verbis*. — La *pro herede gestio* consiste, de la part de l'héritier, à se comporter comme héritier, à faire acte de propriétaire sur les biens de l'hérédité, par exemple, en aliénant un bien de l'hérédité. (L. 20 pr. § 1. D. 29, 2.) — L'adition *verbis* consiste dans la déclaration verbale de l'héritier qu'il veut être héritier.

L'adition d'hérédité est un *actus legitimus*. Or les *actus legitimi* ne peuvent être faits ni à terme ni sous condition ; en conséquence, un héritier ne peut faire adition ni pour un certain temps ni sous condition. L'adition doit toujours être pure et simple. (L. 77. D. 50, 17.) De plus, les *actus legitimi* ne peuvent être faits par mandataire ; aussi un héritier ne peut faire adition par mandataire. (L. 90. D. 29, 2.)

C'est l'héritier institué qui doit faire l'adition lui-même, en personne. Voilà pourquoi, lorsqu'un esclave ou un fils de famille est institué héritier, ce n'est pas le maître ni le chef de famille qui font adition, mais bien l'esclave ou le fils de famille, sur l'ordre de son maître ou de son chef de famille.

1397. Nous savons que l'héritier externe n'acquiert l'hérédité que par l'adition. Il suit de là que, s'il meurt sans avoir fait adition, il ne transmet pas l'hérédité à ses propres héritiers. Cependant quelques exceptions ont été apportées à cette règle :

1° Si des descendants institués par leur ascendant meurent avant l'ouverture des tables du testament, d'après une constitution de Théodose et Valentinien, ils transmettront à leurs enfants le droit de recueillir l'hérédité et d'en faire adition. (L. 1. C. 6, 52.)

2° Si un impubère *infans* a été institué héritier, son *parens* peut faire addition pour lui ; mais si l'*infans* meurt avant que le *parens* n'ait fait adition, le *parens* pourra faire adition pour son propre compte. (L. 18, § 1. C. 6, 30.)

3° Justinien décide d'une manière générale que tout héritier externe qui meurt dans l'année du décès du testateur transmettra à ses propres héritiers le droit de recueillir l'hérédité et d'en faire adition. (L. 19. C. 6, 30.)

1398. 3° *Du jus deliberandi.*

J'ai dit que lorsqu'un héritier avait été institué *cum cretione*, il devait faire crétion dans le délai fixé par le testateur ; sinon, il était exclu de l'hérédité. (N° 1392.) Au contraire, aucun délai n'était imposé, pour faire adition, à l'héritier institué sans crétion. (N° 1393.) Mais il pouvait y avoir des personnes intéressées à savoir si l'héritier institué sans crétion ferait ou non adition. Ces personnes étaient : le substitué, intéressé à savoir si l'institué répudiera, cas auquel il

pourra faire adition à sa place; les créanciers et légataires du défunt, intéressés à savoir s'ils pourront poursuivre l'héritier pour se faire payer par lui leurs créances et leurs legs. Ces intéressés s'adressaient donc au préteur, qui fixait un délai pendant lequel l'héritier pouvait délibérer sur le parti à prendre : faire adition ou répudier. Ce délai était au moins de cent jours. (L. 2. D. 28, 8.) Si l'héritier laissait passer le délai fixé, sans faire adition, il était censé avoir répudié l'hérédité. — Justinien décide que l'héritier pourra, de son côté, obtenir du préteur ou du président de la province un délai de neuf mois pour délibérer. L'empereur de son côté se réserve le droit d'accorder un délai d'un an à l'héritier, pour délibérer. (L. 22, § 13. C. 6, 30.) De plus, Justinien décide que, si l'héritier n'a pas répudié pendant le délai à lui accordé pour délibérer, il sera héritier pur et simple. (L. 22, § 14. C. 6, 30.)

1399. L'adition d'hérédité, une fois faite, est irrévocable :

§ 5. « La faculté de délibérer sur l'adition ou la répudiation de l'hérédité est accordée aux héritiers externes. Mais si celui, auquel est accordée la faculté de s'abstenir, s'est immiscé dans les biens héréditaires ; ou si l'héritier externe, auquel il est permis de délibérer, a fait adition, il n'a plus la faculté d'abandonner ensuite l'hérédité, à moins qu'il ne soit majeur de vingt-cinq ans, car le préteur, comme dans tous les autres cas où ils sont lésés, vient au secours des hommes de cet âge qui ont imprudemment accepté une hérédité onéreuse.»

1400. *4° Du bénéfice d'inventaire.*

§ 6. « Il faut savoir cependant que le divin Adrien vint au secours, même d'un majeur de vingt-cinq ans, parce que, après l'adition d'hérédité, des dettes considérables, inconnues au moment de l'adition, furent découvertes. Mais c'est là une faveur spéciale accordée par le divin Adrien. Ensuite le divin Gordien l'étendit aux militaires seulement. — Mais, par l'effet de notre bienveillance, nous avons rendu ce bénéfice commun à tous les sujets de notre empire, et nous avons promulgué une constitution, aussi équitable que noble, d'après laquelle il est permis, en en observant les dispositions, de faire adition et d'être tenu seulement jusqu'à concurrence des biens de l'hérédité; de sorte que le secours d'aucune délibération n'est plus nécessaire aux héritiers, à moins que, négligeant d'observer notre constitution, ils ne préfèrent délibérer et se soumettre aux anciens inconvénients de l'adition. »

A la fin du § 6, Justinien dit qu'il a permis, par une constitution, à tout héritier de faire adition, et de n'être tenu des dettes du défunt que jusqu'à concurrence des biens de l'hérédité, pourvu qu'il observe les dispositions de cette constitution. Or, d'après cette constitution, pour que l'héritier, qui fait adition, ne soit tenu des dettes du défunt que jusqu'à concurrence des biens de la succession, il suffit qu'il fasse un inventaire des biens héréditaires. Ce bénéfice accordé à tout héritier de n'être tenu des dettes du défunt que jusqu'à concurrence des biens de la succession, pourvu qu'il

fasse un inventaire des biens héréditaires, s'appelle *bénéfice d'inventaire*. — L'inventaire doit être commencé dans les trente jours à partir du moment où l'héritier a su que l'hérédité était ouverte à son profit, et il doit être terminé dans les soixante jours qui suivent les trente jours dans lesquels il a dû être commencé. (L. 22, §§ 2 et 11. C. 6, 30.) — L'inventaire doit être fait par l'héritier, ou par son mandataire, en présence de *tabularii*. (L. 22, §§ 2 et 3. C. 6, 30.)

1401. *Des effets du bénéfice d'inventaire.* — 1° L'héritier qui a fait inventaire n'est tenu des dettes du défunt que jusqu'à concurrence des biens héréditaires : il ne peut jamais être poursuivi sur ses biens personnels (L. 22, §§ 4 et 7. C. 6, 30); 2° si l'héritier était créancier du défunt, il conservera ses créances et pourra se faire payer sur les biens héréditaires en concours avec les autres créanciers du défunt (L. 22, § 3. C. 6, 30); 3° les créanciers du défunt ne peuvent exercer aucune poursuite contre l'héritier pendant le délai qui lui est accordé pour faire inventaire (L. 22, § 11. C. 6. 30); 4° l'héritier qui a fait inventaire peut invoquer contre les légataires du défunt le bénéfice de la loi Falcidie (L. 22, § 4. C. 6, 30); 5° l'héritier qui a fait inventaire peut retenir, sur la succession, le montant des frais funéraires, des frais d'insinuation du testament et les frais de confection de l'inventaire. (L. 22, § 9. C. 6, 30.)

L'héritier paye les créanciers et les légataires dans l'ordre où ils se présentent pour toucher leur payement. Mais si des créanciers non payés se présentent après que la succession a été épuisée, ils peuvent recourir contre les légataires par la *condictio indebiti*, sans jamais pouvoir poursuivre leur payement sur les biens personnels de l'héritier. (L. 22, §§ 4 et 5. C. 6, 30.)

1402. D'après la même constitution de Justinien, l'héritier n'est pas forcé de faire inventaire et d'user du bénéfice d'inventaire; s'il ne le veut pas, il est libre : « Lorsqu'une hérédité testamentaire ou *ab intestat* est déférée à quelqu'un, soit en totalité, soit en partie, s'il accepte l'hérédité et fait acte d'héritier dans l'intention de ne pas la répudier ensuite, il n'a pas besoin de faire un inventaire, car par sa volonté il s'est obligé envers tous les créanciers.» (L. 22, § 1. C. 6, 30.) — L'héritier qui accepte l'hérédité, sans faire inventaire, subit toutes les conséquences de l'adition : il peut être poursuivi sur ses biens personnels par les créanciers du défunt; il ne peut invoquer le bénéfice de la loi Falcidie contre les légataires du défunt. (L. 22, § 14, C. 6, 30.)

1403. A l'inverse, l'héritier est libre de répudier l'hérédité, de suite, sans faire inventaire, s'il le préfère : « Pareillement, s'il s'est abstenu de l'hérédité ou l'a répudiée dans les trois mois à partir du jour

où il a su qu'il était héritier, il n'est pas tenu de faire un inventaire, et il doit être considéré comme étranger à cette succession, qu'elle soit onéreuse ou qu'elle soit lucrative. » (L. 22, § 1, *in fine*. C. 6, 30.)

1404. 5° *De la séparation des patrimoines.*

L'adition d'hérédité faite par l'héritier institué a pour effet de lui faire acquérir tous les biens du défunt et d'entraîner la confusion des biens du défunt avec ses propres biens. Il est possible que cette confusion du patrimoine du défunt avec le patrimoine de l'héritier cause un préjudice aux créanciers du défunt. En effet, il est possible que l'héritier soit insolvable ; or les créanciers personnels de l'héritier auront le droit de se faire payer sur les biens de la succession en concours avec les créanciers du défunt, de sorte que les biens de la succession, qui eussent suffi pour payer les créanciers du défunt, ne suffiront plus pour payer et les créanciers du défunt et les créanciers de l'héritier venant en concours ; par suite, les créanciers du défunt ne recevront pas leur payement intégral. Pour éviter ce préjudice, les créanciers du défunt s'adressent au préteur pour lui demander que le patrimoine du défunt soit séparé du patrimoine de l'héritier, et que les biens du défunt soient vendus séparément à leur profit. Le préteur accorde par un décret ce bénéfice de séparation des patrimoines aux créanciers du défunt. Dès lors les créanciers de l'héritier ne pourront plus se faire payer sur les biens de la succession que lorsque tous les créanciers du défunt auront été intégralement payés. (L. 1 pr., et § 1, D. 42, 6.)

Mais supposons que les créanciers du défunt se sont trompés : ils pensaient que les biens de la succession suffiraient pour les payer intégralement ; or ils n'ont pas suffi ; pourront-ils se faire payer, de ce qui leur reste dû, sur les biens de l'héritier? Sur la solution de cette question, trois opinions s'étaient produites parmi les jurisconsultes romains : 1° d'après le jurisconsulte Paul, les créanciers du défunt qui ont obtenu la séparation des patrimoines ne pourront poursuivre l'héritier sur ses biens personnels, parce qu'en demandant la séparation ils se sont éloignés de la personne de l'héritier, *quia recesserunt a persona heredis ;* 2° Ulpien admet qu'en principe les créanciers du défunt ne pourront pas poursuivre l'héritier sur ses biens personnels, mais que, par exception, ils pourront obtenir du préteur le pardon de leur erreur, s'ils prouvent qu'ils ont eu une juste cause d'ignorance : « *Si tamen temere separationem petierunt creditores defuncti, impetrare possunt, justissima scilicet ignorantiæ causa allegata* » (L. 1, § 17. D. 42, 6) ; 3° d'après Papinien, les créanciers du défunt pourront, malgré la *separatio*, se faire payer sur les biens de l'héritier, parce qu'il a fait adition, mais seule-

ment après que les créanciers personnels de l'héritier auront été intégralement payés. (L. 3, § 2. D. 42, 6.)

§ II. — CESSIO IN JURE DE L'HÉRÉDITÉ FAITE PAR L'HÉRITIER.

1405. L'héritier qui a fait adition peut vendre l'hérédité en bloc à un tiers. D'après l'ancien droit civil romain, la vente de l'hérédité en bloc se faisait par la *cessio in jure*. (Gaïus, II, § 34.)— Quel était l'effet de cette *cessio in jure* de l'hérédité faite par l'héritier à un tiers? L'effet était différent suivant que la *cessio in jure* était faite par un héritier légitime *ab intestat*, ou par un héritier externe, institué par un testament,— et suivant que la *cessio in jure* était faite avant ou après l'adition.

I. **Cessio in jure de l'hérédité faite par un héritier légitime ab intestat, avant l'adition.** — Un héritier légitime *ab intestat*, par exemple un agnat, n'est définitivement investi de l'hérédité à laquelle il est appelé qu'après qu'il l'a acceptée. Or Gaïus suppose qu'un héritier légitime, *ab intestat*, cède *in jure*, avant d'avoir fait adition, l'hérédité à laquelle il est appelé. Quel va être l'effet de cette *cessio in jure?* Elle aura pour effet de faire acquérir l'hérédité au cessionnaire, de la même manière que si l'hérédité s'était ouverte à son profit : « Si celui à qui l'hérédité appartient *ab intestat* par droit légitime la cède *in jure* à un autre, avant d'avoir fait adition, c'est-à-dire avant d'être devenu héritier, celui à qui il l'a cédée *in jure* devient héritier, de la même manière que s'il avait été appelé lui-même à l'hérédité par la loi. » (Gaïus, II, § 35.) Pour comprendre ce résultat, il faut se rappeler que la *cessio in jure* est un procès fictif. Les choses se sont passées ainsi : l'héritier et celui qui veut acheter l'hérédité, par exemple Mævius, sont allés devant le préteur, et là Mævius a dit : « *Hanc ego hereditatem meam esse aio ex jure Quiritium.* » L'héritier ne contredisant pas cette affirmation, le magistrat a prononcé l'*addictio*, c'est-à-dire a déclaré l'hérédité appartenir à Mævius. Il y a donc chose jugée à l'égard du cédant. Quant aux débiteurs du défunt, ils ne peuvent se refuser à payer entre les mains de Mævius, qui se présente à eux avec un jugement le déclarant héritier : ils ne peuvent discuter sa qualité d'héritier, puisqu'elle a été reconnue en justice. Réciproquement, il pourra être poursuivi par les créanciers du défunt, puisqu'il est considéré comme héritier. (Gaïus, II, § 35.)

II. **Cessio in jure faite par un héritier légitime ab intestat après l'adition.** — Quel est l'effet de cette *cessio in jure?* Sur l'effet de cette *cessio in jure* de l'hérédité, faite par l'héritier légitime *ab*

intestat, après son adition, Gaïus s'exprime ainsi : « Au contraire, s'il a fait la cession après l'adition, il reste lui-même héritier et, par suite, il sera tenu envers les créanciers ; mais les créances périssent, et ainsi les débiteurs héréditaires sont libérés ; quant aux objets corporels de l'hérédité, ils passent à celui à qui l'hérédité a été cédée, comme si chacun d'eux lui avait été individuellement cédé *in jure* devant le magistrat. » (Gaïus, II, § 35 *in fine*.) Pourquoi, malgré la cession de l'hérédité par l'héritier légitime après son acceptation, les créanciers du défunt conservent-ils le droit de le poursuivre en payement ? Parce que l'héritier, en faisant adition, est devenu *héritier*, c'est-à-dire continuateur de la personne du défunt et, par suite, obligé à toutes les dettes du défunt. Or il n'a pas le droit de se soustraire, par sa seule volonté, en cédant l'hérédité à un autre, aux obligations qu'il a contractées en faisant adition : *Semel heres, semper heres*. — Quant aux créances du défunt, Gaïus dit qu'elles périssent et que les débiteurs du défunt sont libérés, de sorte que ni l'héritier qui a cédé *in jure* l'hérédité ni celui à qui elle a été cédée ne pourront poursuivre les débiteurs du défunt. Pourquoi? Quant à l'héritier, en faisant la *cessio in jure* de l'hérédité, il renonce à sa qualité d'héritier ; donc il ne peut plus l'invoquer contre les débiteurs du défunt. Quant à celui qui a affirmé devant le magistrat que l'hérédité était à lui, les débiteurs du défunt lui diront qu'il ne suffit pas d'affirmer en justice qu'on est créancier d'une personne pour le devenir. C'est là un effet rigoureux de la *cessio in jure*, analogue à l'effet de la *cessio in jure* d'un usufruit, qui entraînait l'extinction de l'usufruit pour l'usufruitier, sans le faire acquérir au cessionnaire. (L. 66. D. 23, 3.)

III. **Cessio in jure d'une hérédité faite avant l'adition par un héritier externe, institué par testament.** — Quel en est l'effet? L'héritier institué par testament, en cédant *in jure* l'hérédité avant l'adition, fait un acte nul, car il n'a encore aucun droit sur l'hérédité. (Gaïus, II, § 36.)

IV. **Cessio in jure d'une hérédité faite après l'adition par l'héritier externe institué.** — Quel en est l'effet? Elle a le même effet que la cession faite, après l'adition, par l'héritier légitime *ab intestat;* en d'autres termes, l'héritier reste héritier et, par suite, reste tenu envers les créanciers du défunt ; les créances périssent, et, par suite, les débiteurs du défunt sont libérés ; quant aux objets corporels de l'hérédité, ils appartiennent au cessionnaire, comme si chacun d'eux lui avait été cédé *in jure* individuellement. (Gaïus, II, § 36 *in fine*.)

Quel est l'effet de la cession faite par l'héritier nécessaire ?

D'après les Proculiens, la cession faite par l'héritier nécessaire produit le même effet que la cession faite par l'héritier externe, parce qu'il n'y a pas à distinguer si l'on devient héritier en faisant adition, ou si l'on devient héritier malgré soi. Mais, d'après les Sabiniens, l'héritier nécessaire fait un acte nul en cédant l'hérédité. (Gaïus, II, § 37.)

§ III. — VENTE DE L'HÉRÉDITÉ PAR L'HÉRITIER.

1406. Au lieu de céder *in jure* l'hérédité à laquelle il était appelé, l'héritier pouvait la vendre en bloc pour un certain prix. Quel était, dans l'intention des parties, l'effet que cette vente devait produire? Les parties entendaient que l'acheteur serait mis complétement aux lieu et place de l'héritier; que l'acheteur aurait tous les biens, tous les droits, toutes les créances de l'hérédité, et qu'il en supporterait toutes les dettes et charges. Mais cet effet se produisait-il aussi, par la seule volonté du vendeur et de l'acheteur, à l'égard des tiers, c'est-à-dire à l'égard des créanciers et des débiteurs de l'hérédité? Non. En effet, l'héritier, n'eût-il pas fait une adition expresse, par cela seul qu'il vendait l'hérédité, faisait une *pro herede gestio*, un acte d'héritier, emportant adition, s'il était héritier externe; il faisait un acte d'immixtion, s'il était héritier nécessaire. En conséquence, il était définitivement héritier. Or, *semel heres, semper heres.* C'est lui que les créanciers de l'hérédité pourront poursuivre. A l'inverse, lui seul pourra poursuivre les débiteurs de l'hérédité, car c'est à lui que les créances du défunt appartiennent en sa qualité d'héritier. Si l'acheteur de l'hérédité veut poursuivre les débiteurs de l'hérédité, ceux-ci lui répondront: « Nous ne sommes pas obligés envers vous, vous n'êtes pas notre créancier. » — C'est ainsi que les principes du droit s'opposent à ce que la vente d'une hérédité produise ses effets à l'égard des créanciers et des débiteurs du défunt. — Mais le vendeur et l'acheteur, pour atteindre leur but, qui était de faire acquérir à l'acheteur tous les droits et biens de l'hérédité, et de mettre à sa charge toutes les dettes, avaient recours à un expédient consistant à faire des stipulations réciproques. L'héritier vendeur disait à l'acheteur: « Promets-tu de m'indemniser de tout ce que j'aurai été condamné à payer à titre héréditaire (*hereditario nomine*), de tout ce que j'aurai donné de bonne foi; et si je suis poursuivi comme héritier par un créancier, promets-tu de me défendre? » L'acheteur répondait: « Je promets. » De son côté, l'acheteur disait à l'héritier vendeur: « Me promets-tu de me restituer tout ce qui te proviendra de l'héré-

dité, et de me laisser exercer les actions héréditaires à titre de *procurator* ou de *cognitor?*» L'héritier répondait : « Je promets.» — Au moyen de ces stipulations réciproques, appelées stipulations *emptæ et venditæ hereditatis*, les parties faisaient passer à l'acheteur l'avantage des créances et la charge des dettes de l'hérédité. Quant aux biens corporels de l'hérédité, l'acheteur en devenait propriétaire par la tradition que lui en faisait l'héritier.

ARTICLE II. — RÉPARTITION DE L'HÉRÉDITÉ ENTRE LES INSTITUÉS

§ 4. « Le testateur peut instituer un seul héritier ou plusieurs, autant qu'il veut. »

1407. Tout héritier institué est appelé à la totalité de la succession. Conséquences : 1° si le testateur institue un seul héritier, pour la moitié de la succession seulement, l'héritier institué prendra la succession entière, parce que «*nemo paganus partim testatus, partim intestatus decedere potest*»; 2° si un testateur a institué un seul héritier, seulement pour un objet particulier, *ex re certa*, l'héritier institué *ex re certa* prendra l'hérédité entière, parce que «*nemo paganus partim testatus, partim intestatus decedere potest*»; 3° le testateur a institué plusieurs héritiers, par exemple trois héritiers; parmi ces trois héritiers, deux font défaut, soit parce qu'ils répudient la succession, soit parce qu'ils sont morts avant le testateur; le troisième, qui fait adition, prendra la succession entière, parce que chaque héritier est éventuellement appelé à la succession entière, pour le cas où les autres institués feraient défaut. On dit alors que les parts des institués, qui n'arrivent pas à la succession, parce qu'ils répudient ou parce qu'ils sont morts avant le testateur, *accroissent* à la part de celui qui fait adition. C'est ce qu'on appelle le droit d'accroissement, *jus adcrescendi*, dont nous nous occuperons bientôt.

1408. Lorsque le testateur a institué plusieurs héritiers, si tous les héritiers font adition, comment l'hérédité sera-t-elle partagée entre eux? — On attribuera à chacun d'eux la part qui lui a été assignée par le testateur. Or les Romains avaient l'habitude de considérer leur hérédité comme une unité, appelée as, qu'ils divisaient en douzièmes ou onces, *unciæ*. — Ordinairement le testateur, qui instituait plusieurs héritiers, indiquait combien d'onces il entendait donner à chacun d'eux :

§ 5. « L'hérédité se divise ordinairement en douze onces, désignées toutes dans leur ensemble par le mot *as*. Ces parties ont chacune un nom propre de-

puis l'once jusqu'à l'*as : uncia, sextans, quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans, deunx.* Toutefois il n'est pas nécessaire qu'il y ait toujours douze onces; car autant d'onces que voudra le testateur formeront un as; car s'il a institué un seul héritier pour six onces, l'as se composera de ces six onces, parce qu'une personne (excepté un militaire, dont on considère uniquement la volonté en matière de testament) ne peut mourir partie testat, partie intestat. A l'inverse, le testateur peut diviser son hérédité en autant d'onces qu'il voudra. »

Uncia est.	1/12 de l'as ou. . . .	1 once
Sextans est.	2/12 —	2 onces
Quadrans est	3/12 —	3 —
Triens est.	4/12 —	4 —
Quincunx est	5/12 —	5 —
Semis est	6/12 —	6 —
Septunx est.	7/12 —	7 —
Bes est	8/12 —	8 —
Dodrans est.	9/12 —	9 —
Dextans est.	10/12 —	10 —
Deunx est.	11/12 —	11 —
L'*as* entier est	12/12, ou	12 —

§ 6. « Si plusieurs héritiers sont institués, l'assignation des parts à chacun d'eux n'est nécessaire que si le testateur ne veut pas qu'ils soient héritiers pour parts égales; car il est certain que, si des parts n'ont pas été assignées, les héritiers sont héritiers pour parts égales. — Des parts ayant été assignées à quelques-uns, et l'un des héritiers ayant été institué sans part désignée, si quelque partie de l'as se trouve disponible, il sera héritier pour cette partie; si plusieurs ont été institués sans parts, ils concourent sur cette partie disponible. — Si l'as entier a été épuisé, ceux qui ont des parts désignées prennent une moitié de la succession, et celui ou ceux qui n'ont pas de parts désignées prennent l'autre moitié. Peu importe que celui qui a été institué sans part ait été inscrit le premier, le second ou le dernier dans le testament : la part vacante est toujours censée lui avoir été attribuée. »

§ 8. « Si plus de douze onces ont été distribuées, celui qui est institué sans part aura ce qui manque au *dupondius;* il en sera de même si le *dupondius* a été épuisé; toutes ces parties sont ramenées à un seul as, quoiqu'elles forment plus de douze onces. »

1409. Lorsque le testateur a institué plusieurs héritiers, s'il n'a pas indiqué la part de chacun d'eux, les héritiers seront considérés comme institués pour parts égales (§ 6, 1er alin.), excepté dans un cas : si le testateur a dit : « *Primus et Secundus heredes sunto; Tertius heres esto;* » Primus et Secundus, ayant été institués *conjunctim*, sont considérés comme ne faisant qu'un seul héritier; l'hérédité ne sera pas divisée en tiers, mais en deux moitiés : une moitié pour Primus et pour Secundus, l'autre moitié pour Tertius. Si Primus répudie, sa part accroîtra à Secundus seulement; mais si Secundus répudie aussi, Tertius prendra toute la succession. (L. 59, § 2. D. 28, 5.)

1410. Si le testateur a institué plusieurs héritiers, en assignant

des parts aux uns sans en assigner aux autres, ceux auxquels des parts ont été assignées prendront les parts qui leur ont été assignées par le testateur, et les autres prendront le reste de la succession, qu'ils se partageront par égales portions. Exemple : « Que Primus soit héritier pour 4 onces, que Secundus soit héritier pour 2 onces; que Tertius et Quartus soient héritiers? » Primus prendra 4 onces, Secundus 2; Tertius et Quartus prendront les 6 onces restants : chacun 3. (§ 6, 2e alin.)

Si l'as se trouve *juste épuisé* par les parts désignées, qu'auront ceux auxquels il n'a pas été assigné de parts? « Que Primus soit héritier pour 8 onces, que Secundus soit héritier pour 4 onces (ce qui fait 12 onces); que Tertius soit héritier », qu'aura Tertius? — Dans ce cas, le testateur est censé avoir divisé son hérédité en vingt-quatrièmes, il est censé avoir considéré chaque once comme 1/24. En conséquence, Primus prendra 8/24, Secundus prendra 4/24, et Tertius prendra les 12/24 restants; ce qui revient à dire que Tertius prendra la moitié de la succession; Primus et Secundus l'autre moitié, qu'ils se partagent, dans la proportion des parts, des fractions qui leur ont été assignées par le testateur. (§ 6, 3e alin.)

De même, si l'as a été *dépassé* par les parts désignées, le testateur est censé avoir divisé son hérédité en vingt-quatrièmes; il est censé n'avoir donné à chaque once que la valeur de 1/24. Exemple : « Que Primus soit héritier pour 10 onces; que Secundus soit héritier pour 6 onces; que Tertius soit héritier. » Primus prendra 10/24; Secundus prendra 6/24; ce qui fait 16/24; Tertius prendra les 8/24 restants. (§ 8.)

1411. Le testateur a institué plusieurs héritiers en assignant des parts à chacun d'eux; mais les parts assignées n'épuisent pas l'as entier ou le dépassent? Pas de difficulté : on se comportera comme si, au lieu du mot *uncia*, le testateur avait employé le mot *pars*. Ainsi le testateur a institué Primus pour 4 onces ou pour 1/3, Secundus pour 3 onces ou pour 1/4, et Tertius pour 2 onces ou pour 1/6; on divisera la succession en 9 parties : Primus en prendra 4, Secundus 3, et Tertius 2. Réciproquement, si l'ensemble des parts dépasse 12, par exemple, si Primus a été institué pour 6 onces ou 1/2, Secundus pour 8 onces ou 2/3 et Tertius pour 3 onces ou 1/4? on divisera la succession en 17 parts, dont Primus prendra 6, Secundus 8 et Tertius 3.

§ 7. « Si une part est vacante sans qu'aucun héritier ait été institué sans part, que faut-il décider? Par exemple, si trois héritiers ont été institués chacun pour un quart, il est évident que la part vacante doit accroître à chacun des héritiers proportionnellement à sa part héréditaire, et ils seront censés avoir

été institués chacun pour un tiers. A l'inverse, s'il y a plus d'héritiers institués que de parts, si, par exemple, quatre héritiers ont été institués pour un tiers, ils seront censés avoir été institués chacun pour un quart. »

1411 *bis*. J'ai dit que l'héritier institué *ex re certa* prend toute l'hérédité. (N° 1407.) Mais il n'en est ainsi que lorsqu'il est seul héritier institué. En effet, si le testateur a institué plusieurs héritiers, chacun *ex re certa*, chaque héritier ne prendra que l'objet à lui attribué par le testateur. (L. 35. D. 28, 5.) — De même, si le testateur a dit : «*Primus heres esto. Secundus pro fundo Corneliano heres esto*,» Secundus ne prendra que le fonds Cornélien, et Primus, institué pour une part indéterminée, prendra tout le reste de la succession. (L. 13, C. 6, 24.)

1412. *Du partage*. — Du concours de plusieurs héritiers naît la nécessité du partage. Les *créances et les dettes* se partagent de plein droit entre les héritiers dont chacun peut agir ou être actionné pour sa part. Les choses *corporelles* ne peuvent, au contraire, être ainsi divisées; l'adition, faite par les héritiers, entraîne donc l'indivision des choses héréditaires; pour faire cesser cette indivision, les intéressés demandent le partage. Cette opération leur enlève le droit indivis sur certains objets, et consolide en leur faveur un droit complet sur certains autres. Il y a donc *échange* de deux ou plusieurs parties indivises, contre un tout complet, représentant les autres parties indivises. Cet échange peut se faire *à l'amiable* par des traditions ou des mancipations réciproques, ou par *l'adjudication* du juge dans l'action *familiæ erciscundæ*.

ARTICLE III. — THÉORIE DU DROIT D'ACCROISSEMENT [1]

1413. Lorsque plusieurs héritiers ont été institués par le-même testament, si quelques-uns d'entre eux meurent avant le testateur, ou répudient, ou ont perdu la *factio testamenti* au moment de l'ouverture de la succession, on dit que les parts pour lesquelles ils avaient été institués sont *vacantes*. Que deviennent les parts vacantes? Elles accroissent aux parts des autres héritiers institués qui ont fait adition. Le droit, pour les héritiers qui ont fait adition, de profiter des parts vacantes des héritiers défaillants, s'appelle *jus adcrescendi*, droit d'accroissement.

1414. Ce droit d'accroissement est basé sur cette idée que chaque héritier institué est appelé à la succession tout entière. Il est vrai

1. Sur l'accroissement, voyez *Dissertation sur l'accroissement entre les héritiers testamentaires et les colégataires*, par M. Machelard.

que, si tous les héritiers institués font adition, le droit de chacun est diminué, restreint par le droit des autres. Mais si, parmi les institués, quelques-uns font défaut, le droit de ceux qui font adition s'étend, se développe. De là on a dit que le droit, pour chaque héritier qui fait adition, de profiter des parts vacantes des héritiers défaillants, est un développement, une extension, un *non-décroissement* de son droit éventuel à toute l'hérédité, plutôt qu'un *accroissement*. De là plusieurs conséquences :

1415. Lorsque, parmi les divers héritiers institués, un ou quelques-uns font défaut, l'accroissement a-t-il lieu au profit de tous les autres héritiers qui ont fait adition? Il faut distinguer. L'accroissement peut s'effectuer de différentes manières, suivant que les héritiers ont été institués *disjunctim* ou *conjunctim*.

1416. Les héritiers ont été institués *disjunctim* lorsque chaque héritier a été institué pour une part distincte, dans une phrase séparée. Exemple : « *Primus pro triente heres estó*, *Secundus pro quadrante heres esto*, *Tertius pro reliqua parte heres esto*. » Dans ce cas, si l'un des héritiers fait défaut, sa part accroîtra à la part de tous les autres institués qui feront adition, en proportion de la part héréditaire de chacun. (L. 59, § 3. D. 28, 5.)

1417. Les héritiers peuvent être institués *conjunctim* de plusieurs manières : 1° *Primus et Secundus pro dimidia parte heredes sunto*, *Tertius pro altera dimidia parte heres esto*. Dans ce cas, les jurisconsultes romains disent que Primus et Secundus sont *conjuncti re et verbis*. Ils sont *conjuncti re*, parce qu'ils sont appelés à la même part ; ils sont *conjuncti verbis*, parce qu'ils ont été institués dans la même phrase. Tertius n'est pas *conjunctus* avec Primus et Secundus. L'un des *conjuncti*, par exemple Primus, fait défaut; Secundus et Tertius font adition ; la part vacante de Primus n'accroît qu'à la part de son conjoint Secundus ; elle n'accroît pas à la part de Tertius, qui n'est pas conjoint avec Primus ; 2° *Primus pro dimidia parte heres esto; Secundus ex parte qua Secundum institui heres esto*, *Tertius pro altera dimidia parte heres esto*. Ici Primus et Secundus sont *conjuncti re tantum*, parce qu'ils sont appelés à la même part; mais ils ne sont pas *conjuncti verbis*, parce qu'ils ont été institués dans des phrases séparées. Primus fait défaut; Secundus et Tertius font adition. La part vacante de Primus accroîtra seulement à la part de son *conjunctus* Secundus, elle n'accroît pas à la part de Tertius, qui n'est pas son *conjunctus;* 3° *Primus pro triente*, *Secundus pro quadrante*, *heredes sunto ; Tertius pro reliqua parte heres esto*. Ici Primus et Secundus sont *conjuncti verbis tantum*, parce qu'ils sont institués dans la même phrase ; mais ils ne sont

pas *conjuncti re*, parce qu'ils sont appelés à des parts différentes. Dans ce cas, si Primus fait défaut, sa part n'accroîtra pas seulement à la part de son *conjunctus verbis* Secundus : elle accroîtra proportionnellement, et à la part de Secundus et à la part de Tertius.

1418. Ainsi, lorsque, parmi les héritiers institués, il en est qui sont *conjuncti re et verbis* ou *conjuncti re tantum*, l'un des *conjuncti* faisant défaut, sa part n'accroît qu'aux parts de ses *conjuncti*. Si, parmi les héritiers institués, quelques-uns sont *conjuncti verbis tantum*, l'un d'eux venant à faire défaut, sa part accroît indistinctement et proportionnellement à la part de chacun des autres héritiers. De même, lorsque tous les héritiers ont été institués *disjunctim*, l'un d'eux venant à faire défaut, sa part accroît indistinctement et proportionnellement à la part de chacun des autres héritiers.

1419. Lorsque plusieurs héritiers ont été institués conjointement, on dit qu'il y a entre eux *conjunctio*. Les jurisconsultes romains distinguaient trois espèces de *conjunctiones* : 1° la *conjunctio re et verbis*, qui existe entre divers héritiers institués pour la même part et dans la même phrase; 2° la *conjunctio re tantum*, qui existe entre divers héritiers institués pour la même part, mais dans des phrases séparées; 3° la *conjunctio verbis tantum*, qui existe entre divers héritiers institués dans la même phrase, mais pour des parts séparées. (L. 142. D. 50, 16.)

1420. Pourquoi, en cas de *conjunctio re et verbis*, et en cas de *conjunctio re tantum*, la part vacante d'un *conjunctus* accroît-elle exclusivement aux parts des autres *conjuncti*? C'est parce que les *conjuncti re et verbis* et les *conjuncti re tantum* sont, en réalité, appelés à la même part, qui est, en quelque sorte, considérée comme une hérédité distincte que le testateur a entendu attribuer à ces divers *conjuncti*. Au contraire, au cas de *conjunctio verbis tantum*, et dans le cas où tous les héritiers sont institués *disjunctim*, chacun des héritiers est appelé à une part distincte; donc, si l'un d'eux fait défaut, il n'y a pas de raison pour que sa part profite à l'un plutôt qu'à l'autre des héritiers.

1421. *Règles du droit civil sur le droit d'accroissement.*

1° L'accroissement est forcé; il a lieu de plein droit, malgré l'héritier qui en profite. Exemple : Primus et Secundus sont institués; Primus fait adition, Secundus répudie. Primus est tenu de prendre la part vacante de Secundus : « *Qui semel aliqua ex parte heres estiterit; deficientium partes etiam invitus excipit, id est tacite ei deficientium adcrescunt.* Celui qui est héritier pour une part quelconque reçoit malgré lui les parts des défaillants, c'est-à-dire que les parts des défaillants lui accroissent malgré lui. » (L. 53, § 1. D. 29, 2.)

2° L'accroissement a lieu de part à part, et non de personne à personne : « *Portio portioni adcrescit.* » (L. 26, § 1. D. 35, 1.) Exemple : Primus, Secundus, Tertius sont institués *disjunctim*. Primus fait adition et meurt; Secundus fait adition et ne meurt pas ; Tertius répudie. La part vacante de Tertius accroît aussi bien *à la part* de Primus qui est mort, après avoir fait adition, qu'à la part de Secundus, qui vit encore; tandis que, si l'accroissement avait lieu de personne à personne, de la personne de Tertius défaillant à la personne des autres héritiers, comme la personne de Primus décédé n'est plus là, l'accroissement ne profiterait qu'à la personne de Secundus, qui vit encore.

3° L'accroissement a-t-il lieu *cum onere*, ou *sine onere*, c'est-à-dire les legs mis à la charge de l'héritier défaillant devront-ils être acquittés par l'héritier qui profite, par droit d'accroissement, de la part vacante de l'héritier défaillant? Il faut distinguer : si le legs a été spécialement imposé par le testateur à l'héritier défaillant, l'héritier qui prendra, par droit d'accroissement, la part du défaillant, ne sera pas tenu d'acquitter le legs. Dans ce cas, l'accroissement a lieu *sine onere*. (L. 29, § 1. D. liv. 30, *De legatis*, II.) Si, au contraire, le legs a été imposé par le testateur à tous les héritiers, comme charge devant grever la succession entière, l'héritier qui prendra, par droit d'accroissement, les parts des héritiers défaillants, devra payer les parts de legs qui devaient être supportées par les héritiers défaillants. Dans ce cas, l'accroissement a lieu *cum onere*.

ARTICLE IV. — THÉORIE DES LOIS CADUCAIRES

OU

MODIFICATIONS APPORTÉES PAR LES LOIS CADUCAIRES AUX RÈGLES DU DROIT CIVIL SUR LE DROIT D'ACCROISSEMENT

§ Ier. — DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

1422. La loi *Julia de maritandis ordinibus*, rendue sous Auguste, en 736, d'après l'opinion générale, et la loi *Papia Poppæa*, rendue également sous Auguste, en 762, avaient pour but d'enrichir le trésor public, et d'encourager les citoyens au mariage et à la procréation des enfants, pour repeupler l'Empire, dépeuplé par les guerres civiles et les proscriptions. (Tacite, *Annales*, III, 25.)

Pour atteindre ce double but, les lois *Julia* et *Papia Poppæa* enlevèrent le *jus capiendi*, aux célibataires pour le tout, et aux *orbi* pour moitié. C'est la loi *Julia* qui enleva aux célibataires le *jus*

capiendi pour le tout; ce fut la loi *Papia Poppæa* qui enleva aux *orbi* le *jus capiendi* pour moitié. (Gaïus, II, § 111, § 114, § 286.) Par célibataire, il faut entendre, non-seulement celui qui ne s'est jamais marié, mais encore celui qui, étant veuf ou divorcé, n'a pas contracté un nouveau mariage. L'*orbus* est l'homme marié n'ayant pas d'enfants.

1423. Un célibataire a été institué héritier? S'il est encore célibataire, c'est-à-dire s'il n'est pas encore marié, au moment de la mort du testateur, ou au moins dans le délai de cent jours à partir de la mort du testateur, il ne pourra pas recueillir la part pour laquelle il a été institué héritier; sa part devient caduque [1]. Un *orbus* a été institué héritier? S'il est encore *orbus* au moment où l'hérédité s'ouvre à son profit (on ne lui accorde pas le délai de cent jours), il ne pourra recueillir que la moitié de la part pour laquelle il a été institué; la moitié de sa part sera caduque. — Que deviennent les parts caduques des célibataires et des *orbi?* Elles sont attribuées aux héritiers *patres* institués dans le même testament, s'il y en a; sinon, à l'*ærarium*. — Le droit, pour les *patres*, de prendre les parts caduques des célibataires et des *orbi* s'appelle *jus caduca vindicandi* ou *jus patrum*. — Pour que l'homme soit considéré comme *pater*, et pour qu'il ait le *jus caduca vindicandi*, il suffit qu'il ait un seul enfant légitime vivant. (L. 148. L. 149. D. 50, 16.)

1424. La femme, qui n'a jamais été mariée, n'a pas le *jus capiendi*. D'après la loi *Julia*, la veuve, qui laisse passer une année depuis la mort de son mari sans se remarier, perd le *jus capiendi* qu'elle avait pendant ce délai. La femme divorcée, qui laisse passer six mois depuis le divorce, perd le *jus capiendi* qu'elle avait pendant ce délai. La loi *Papia* accorde à la veuve et à la femme divorcée un délai plus long. En effet, d'après la loi *Papia*, la veuve ne perd le *jus capiendi* qu'autant qu'elle laisse passer deux ans depuis la mort de son mari sans se remarier; la femme divorcée ne perd le *jus ca-*

---

1. D'après le droit civil, la succession s'ouvre, au profit de l'héritier institué purement, au moment de la mort du testateur; pour l'héritier institué sous condition, au moment de l'arrivée de la condition. D'après la loi *Julia*, il suffisait à l'héritier institué purement, pour éviter les peines du célibat, de se marier dans le délai de la crétion, c'est-à-dire dans le délai de cent jours à partir du jour de la mort du testateur, jour où s'ouvrait la succession. Mais la loi *Papia Poppæa* fixa, lorsqu'il y avait plusieurs héritiers institués, l'ouverture de la succession au moment de l'ouverture du testament, de sorte qu'il fut défendu aux héritiers institués purement de faire adition avant l'ouverture du testament. Dès lors, le délai de cent jours, accordé par la loi *Julia* au célibataire pour se marier, afin d'éviter les conséquences du célibat, dut se compter à partir de l'ouverture du testament. Même après la loi *Papia*, s'il y a un seul héritier institué, la succession s'ouvre à la mort du testateur.

piendi qu'autant qu'elle laisse passer dix-huit mois depuis le divorce sans se remarier : « *Feminis lex Julia a morte viri anni tribuit vacationem; a divortio sex menses; lex autem Papia a morte viri biennium, a repudio annum et sex menses.* (Ulp., *Reg.*, XIV.) » Ce délai, — pendant lequel la femme veuve ou divorcée avait le *jus capiendi*, était exemptée des conséquences du célibat, — s'appelait *vacatio*.

Sont donc considérées comme célibataires, et sont privées du *jus capiendi* : les femmes qui n'ont jamais été mariées, et les femmes veuves ou divorcées qui, n'ayant pas d'enfants, ne se remarient pas dans les délais indiqués par les lois *Julia* et *Papia*.

1425. Suffit-t-il à la femme d'avoir un seul enfant légitime pour acquérir le *jus capiendi*? Non. Pour avoir le *jus capiendi*, c'est-à-dire le droit de recueillir l'hérédité ou la part d'hérédité pour laquelle elle a été instituée, elle doit avoir successivement trois enfants légitimes, si elle est ingénue, et quatre si elle est affranchie. On dit alors qu'elle a le *jus liberorum*. Mais il faut remarquer que ce *jus liberorum* ne lui donne que le *jus capiendi*; il ne lui donne pas le *jus caduca vindicandi*, ou droit de profiter des parts caduques des célibataires et des *orbi*, institués dans le même testament. — Du reste, pour avoir le *jus liberorum* et, par suite, le *jus capiendi*, il suffit qu'elle ait eu successivement trois enfants légitimes, si elle est ingénue, quatre enfants légitimes, si elle est affranchie : il n'est pas nécessaire que ces enfants soient encore vivants, pourvu qu'ils soient nés viables. (Paul, *Sent.*, IV, IX.) Au contraire l'homme, pour avoir le *jus capiendi* et le *jus patrum* ou *jus caduca vindicandi*, doit avoir au moins un enfant légitime *vivant*.

La femme mariée qui n'a pas eu trois enfants légitimes, si elle est ingénue, ou qui n'a pas eu quatre enfants légitimes, si elle est affranchie, est assimilée à un *orbus*, et n'a le *jus capiendi* que pour moitié.

1426. Si l'institué est un *esclave*, on considère si son maître est *cælebs* ou *orbus*. Si au contraire l'institué est un *fils de famille*, on considère si le fils est lui-même *cælebs* ou *orbus*; mais, ne le fût-il pas, son père ne profitera de la disposition que si *lui-même* ne tombe pas sous le coup des lois caducaires.

Dans tous les cas, on ne s'occupe des lois caducaires qu'au moment de la dévolution du droit successoral. Dès lors un institué, *cælebs* ou *orbus* au moment de la confection du testament, échappe aux déchéances du célibat ou de l'*orbitas*, s'il est marié ou père au moment de la mort du testateur, ou de l'arrivée de la condition (institution conditionnelle). On voit par cela que les lois caducaires

ne touchent pas à la *factio testamenti*, et ne font qu'enlever à certaines personnes le *jus capiendi*.

1427. Il y avait certaines personnes auxquelles les lois caducaires n'avaient pas enlevé le *jus capiendi;* ces personnes étaient ;

1° Les cognats du testateur jusqu'au sixième degré, et, au septième, l'enfant né du *sobrinus* ou de la *sobrina*. (*Fragm. Vatic.*, § 216.) Si un testateur a institué pour héritier un de ces cognats, ce cognat pourra recueillir toute la part pour laquelle il aura été institué, quand même il serait encore célibataire au moment de l'ouverture de la succession.

2° Certains alliés du testateur : *privignus*, *privigna*, *noverca*, *vitricus*, *socer*, *socrus*, *gener*, *nurus*, pourvu qu'ils soient mariés ; car ils sont dispensés des peines de l'*orbitas*, mais non des peines du célibat, d'après la loi *Papia*. (*Fragm. Vatic.*, § 217, § 218, § 302.)

3° Ceux qui n'ont pas encore atteint l'âge auquel les lois caducaires exigent qu'on ait des enfants. Cet âge est de vingt-cinq ans pour les hommes, et de vingt ans pour les femmes. (Ulp., *Reg.*, XVI, § 1.)

4° Ceux qui, étant mariés, ont atteint, sans avoir d'enfants, un âge trop avancé pour qu'on puisse encore exiger d'eux des enfants. Cet âge est de soixante ans pour les hommes, et de cinquante ans pour les femmes. (Ulp., *Reg.*, XVI, § 3.)

1428. Ces personnes, auxquelles les lois caducaires n'ont pas enlevé le *jus capiendi*, sont *solidi capaces;* elles ont la *solidi capacitas*, c'est-à-dire le *jus capiendi* pour le tout, le droit de recueillir en entier l'hérédité ou les parts d'hérédité pour lesquelles elles ont été instituées. Mais elles n'ont pas le droit de profiter des parts caduques des célibataires et des *orbi* institués dans le même testament. Elles ne sont pas punies, mais elles ne sont pas récompensées. Le *jus caduca vindicandi* n'appartient qu'aux *patres* institués dans le même testament. Ainsi, par exemple, un testateur institue pour héritiers : Primus, célibataire, mais cognat du testateur au cinquième ou sixième degré ; Secundus, célibataire, non cognat ; Tertius, *pater?* Primus, célibataire, mais cognat du testateur, a la *solidi capacitas*, et peut recueillir sa part entière ; Secundus, célibataire, mais non cognat, ne prend rien : sa part est caduque ; Tertius, *pater*, prend sa part et, de plus, la part entière de Secundus.

§ II. — ATTRIBUTION DES PARTS CADUQUES

1429. Toutes les parts ou fractions de part, qui échappent aux *cælibes* ou aux *orbi* s'appellent *caduca;* elles sont dévolues, comme

præmia (récompenses), aux héritiers ou légataires *patres*, et, à leur défaut, au trésor public. — On va étudier les différentes classes de *caduca*.

§ III. — PRÆMIA PATRUM. — JUS CADUCA VINDICANDI.

1430. Les dispositions testamentaires qui manquent leur effet se divisent en trois classes : *caduca; in causa caduci; pro non scriptis.*

1431. I. **Caduca.** — On appelle ainsi toute disposition valable dans l'ancien droit, mais qui manque son effet par l'application des *leges novæ*. Ce sont : 1° celles qui, aux termes de la loi Junia Norbana, échappent aux affranchis latins juniens ; 2° celles que les lois caducaires enlèvent au *cælebs* ou à l'*orbus*; 3° celles dont le destinataire est mort, ou a perdu la *factio testamenti*, dans l'intervalle qui s'écoule entre le décès du testateur et l'ouverture du testament.

Ces parts caduques sont réclamées par les *patres*, inscrits au testament comme héritiers ou légataires. — Est *pater* celui qui, marié, a au moins *un enfant légitime né ou conçu*, au premier degré ou au second degré *per masculos*, bien que la puissance paternelle ne soit pas exigée. Ainsi un petit-fils *ex filia* évite à son grand-père maternel les déchéances de l'*orbitas*, mais ne lui donne pas le *jus patrum*. — Par un motif analogue, on refusait toujours aux femmes ce *jus patrum*.

Est considéré comme *pater*, et possède le *jus patrum*, le citoyen romain que son âge dispense d'être marié. (N° 1427, 3°.)

Les légataires *patres* n'arrivent qu'à défaut de cohéritiers *patres;* mais, dans chacune de ces deux classes, tous arrivent concurremment. Cette règle souffre des exceptions, notamment aux cas de legs *conjunctim*.

Entre les différents cohéritiers, ou entre les différents légataires *patres*, les *caduca* se partagent proportionnellement à la part pour laquelle chacun est institué ou à la valeur estimative des legs.

A défaut d'héritiers ou de légataires *patres*, les *caduca* vont au fisc.

Condition essentielle. — Les règles précédentes sur les dispositions caduques ne s'appliquent que si le testament est maintenu dans une au moins de ses parties, par l'arrivée d'un *pater*, d'un *solidi capax*, ou tout au moins d'un *orbus*. Autrement, si tous les institués étaient écartés comme Latins juniens ou célibataires, le défunt serait réputé mort intestat.

Dévolution des caduca. — La propriété en appartient de plein droit aux personnes appelées par la loi ; toutefois l'acquisition ne

s'opère que 100 jours après le décès, et peut être répudiée ; elle entraîne soumission aux charges qui grevaient le défaillant.

1432. II. **In causa caduci.** — On appelle ainsi toutes les dispositions qui tombent, avant la mort du testateur, par des circonstances indépendantes des *leges novæ*. Ces dispositions sont assimilées aux *caduca*, parce qu'elles sont dévolues aux mêmes personnes, dans le même ordre et de la même manière.

Les lois caducaires assimilèrent aux *caduca* toutes les institutions d'héritier qui, d'après le droit civil, cessaient de produire leur effet après la mort du testateur. En conséquence, sont caduques et attribuées aux *patres* : 1° les *parts* des célibataires qui ne sont pas mariés dans les cent jours qui suivent l'ouverture du testament ; 2° les parts des *orbi* ; 3° les parts des héritiers institués qui, après la mort du testateur, meurent avant l'ouverture du testament ; 4° les parts des héritiers qui perdent la *factio testamenti* après la mort du testateur, mais avant l'ouverture du testament ; 5° la part du Latin junien, qui n'est pas devenu citoyen dans les cent jours qui suivent l'ouverture du testament ; 6° les parts des héritiers institués sous condition, si la condition vient à défaillir après la mort du testateur ; 7° les parts des héritiers qui meurent après l'ouverture du testament, et avant d'avoir fait addition ; 8° les parts des héritiers institués qui répudient. (Ulp., *Reg.*, XVII, § 1, et I, § 21. — L. 1, § 2. C. 6, 51.)

Toutefois la loi *Papia Poppæa* conserve aux ascendants ou descendants, jusqu'au troisième degré inclusivement, le *jus antiquum*, c'est-à-dire le droit de recueillir par accroissement les parts *in causa caduci*.

Exemple : trois héritiers ont été institués, Primus, Secundus, Tertius. Primus répudie, Secundus est simplement *pater*, Tertius a le *jus antiquum*, sans être *pater* ni marié ; si la part de Primus était proprement *caduque*, elle appartiendrait à Secundus, ou, à son défaut, aux légataires *patres* ; mais comme elle est seulement *in causa caduci*, Tertius, en vertu de son *jus antiquum*, en recueillera la moitié, d'après les règles du *jus accrescendi*.

1433. III. **Pro non scriptis.** — On appelle ainsi les dispositions nulles dès le principe ; par exemple, parce que l'institué ou le légataire était mort au moment du testament.

Jamais ici le *jus patrum* ne s'exerce. Tout est régi par l'ancien droit ; la nullité de l'institution ouvre la substitution, ou le *jus accrescendi* ; le legs, également nul, peut donner lieu à accroissement ; sinon, il reste *in hereditate*.

Du reste, on ne saurait profiter des dispositions non écrites, con-

formément au droit ancien, que si on a déjà, de son chef, le *jus capiendi*.

1434. D'après ce qui précède, on voit que, quant aux parts qui devenaient *vacantes*, et qui étaient soumises au droit d'accroissement d'après le droit civil, les lois caducaires remplacèrent le *jus adcrescendi* par le *jus caduca vindicandi*. En effet, supposons qu'un testateur ait institué trois héritiers : Primus, Secundus, Tertius. Primus est célibataire, mais cognat du testateur ; Secundus et Tertius sont *patres*. Primus, célibataire mais cognat, a la *solidi capacitas* ; il fait adition et prend sa part. Secundus, *pater*, fait adition et prend sa part. Tertius répudie. Si on appliquait les règles du droit d'accroissement, la part vacante de Tertius accroîtrait à la part de Primus et à la part de Secundus. Au contraire, d'après les lois caducaires, Secundus, *pater*, prendra toute la part caduque de Tertius, en vertu de son *jus caduca vindicandi*. S'il n'y a pas d'héritier *pater*, l'*ærarium* prendra la part caduque de Tertius.

1435. Mais ne pourrait-on pas dire que le *jus patrum* ou *jus caduca vindicandi* n'est pas autre chose que le droit d'accroissement, sous un autre nom, établi exclusivement au profit des héritiers *patres* ? Non. Il y a, entre le droit d'accroissement du droit civil et le *jus vindicandi caduca* des lois caducaires, plusieurs différences : 1° le *jus caduca vindicandi* est un droit nouveau, distinct, attribué aux héritiers *patres* par les lois caducaires ; au contraire, le droit d'accroissement est un développement, une extension du droit qu'a tout héritier institué à la succession entière ; 2° le droit d'accroissement est forcé, se produit *ipso jure*, malgré la volonté de l'héritier ; le *jus caduca vindicandi* est facultatif ; 3° le *jus adcrescendi* avait lieu quelquefois *sine onere* ; le *jus caduca vindicandi* a toujours lieu *cum onere* : « *Caduca cum suo onere fiunt ; ideoque libertates et legata et fideicommissa ab eo data, ex cujus persona hereditas caduca facta est, salva sunt.* » (Ulp., *Reg.*, XVII, § 3.)

1436. De ce qui précède, il ne faudrait cependant pas conclure que le droit d'accroissement a complétement disparu sous l'empire des lois caducaires. En effet, même sous l'empire des lois caducaires, le droit d'accroissement a été maintenu dans deux cas ; 1° au profit de certains héritiers, les ascendants et descendants du testateur jusqu'au troisième degré, qui, outre la *solidi capacitas*, ont le *jus adcrescendi*, désigné dès lors, dans les écrits des jurisconsultes, par les mots *jus antiquum* : « *Item liberis et parentibus testatoris, usque ad tertium gradum, lex Papia jus antiquum dedit, ut, heredibus illis institutis, quod quis ex eo testamento non capit, ad hos pertineat, aut totum aut ex parte, prout pertinere possit.* » (Ulp., *Reg.*,

XVIII.) Ainsi, lorsque parmi les héritiers institués se trouve un ascendant ou un descendant du testateur, fût-il célibataire, il aura d'abord la *solidi capacitas*, c'est-à-dire le droit de recueillir sa part, et, en outre, le droit de profiter, *jure adcrescendi*, des parts quasi-caduqués des héritiers qui font défaut, et même des parts caduques des célibataires et des *orbi* (Ulp., *Reg.*, XVIII); 2° sous l'empire des lois caducaires, le droit d'accroissement continua à être appliqué aux institutions d'héritier considérées comme *non scriptæ*. Étaient considérées comme *non scriptæ* : 1° l'institution d'une personne déjà morte au moment de la confection du testament (L. 4 pr. D. 34, 8); 2° l'institution d'une personne qui n'a pas la *factio testamenti* au moment de la confection du testament, par exemple, l'institution d'un *peregrinus* ou d'un *servus pœnæ*. (L. 3 pr. D. 34, 8. — V. n° 1279.) La part de l'héritier dont l'institution est ainsi considérée comme *non scripta* profitera, *jure adcrescendi*, à son *conjunctus re et verbis*, ou *re tantum*, s'il en a un; sinon à tous les autres héritiers en proportion de leurs parts héréditaires.

§ IV. — RÉSUMÉ

1437. En résumé, d'après les lois caducaires, les droits des divers héritiers institués étaient réglés de la manière suivante :

1° Les célibataires étaient privés du *jus capiendi* pour le tout.

2° Les *orbi* étaient privés du *jus capiendi* pour moitié.

3° Les cognats du testateur jusqu'au sixième degré et, au septième, l'enfant du *sobrinus* et de la *sobrina;* les hommes ayant moins de vingt-cinq ans; les femmes ayant moins de vingt ans; les hommes mariés ayant plus de cinquante ans, — toutes ces personnes, bien que célibataires ou *orbi*, avaient la *solidi capacitas*, c'est-à-dire avaient le droit de recueillir leur part d'hérédité toute entière; mais elles n'avaient pas le droit de profiter des parts caduques des célibataires et des *orbi* institués dans le même testament.

4° Les ascendants et descendants du testateur, jusqu'au troisième degré inclusivement, avaient la *solidi capacitas*, et le *jus antiquum* ou *jus adcrescendi*.

5° Les *patres* avaient la *solidi capacitas* et le *jus patrum* ou *jus caduca vindicandi*.

6° Les femmes, ayant plus de vingt ans et moins de cinquante, et non encore mariées, étaient assimilées aux célibataires et n'avaient pas le *jus capiendi*. — Les femmes veuves ou divorcées avaient le *jus capiendi* pendant le délai de *vacatio*. — Les femmes mariées, n'ayant pas eu trois enfants, étaient assimilées aux *orbi*, et n'avaient

le *jus capiendi* que pour moitié. — Les ingénues ayant eu trois enfants légitimes, et les affranchies quatre, avaient la *solidi capacitas*, mais non le *jus caduca vindicandi*.

1438. A défaut d'héritiers ascendants ou descendants du testateur jusqu'au troisième degré, et à défaut d'héritiers *patres*, les parts caduques et quasi-caduques étaient attribuées à l'*ærarium*.

§ V. — DE LA QUOTITÉ DISPONIBLE ENTRE ÉPOUX, D'APRÈS LES LOIS CADUCAIRES

1439. Les époux, qui n'ont pas d'enfants, ne peuvent disposer en faveur l'un de l'autre que du dixième de leurs biens : « *Vir et uxor inter se, matrimonii causa, decimam capere possunt* » (Ulp., *Reg.*, XV) ; les époux n'ayant pas d'enfants peuvent en outre disposer, l'un en faveur de l'autre, du tiers de leurs biens en usufruit, et même du tiers en pleine propriété, sous la condition que l'époux héritier, devenu veuf, se remarie et ait des enfants : « *Præter decimam etiam usumfructum tertiæ partis bonorum ejus capere possunt, et quando liberos habuerint, ejusdem partis proprietatem.* » De plus, la femme, outre le dixième, et le tiers en usufruit (ou en propriété si, veuve, elle se remarie et a des enfants), peut recevoir sa dot en legs : « *Hoc amplius mulier, præter decimam, dotem capere potest legatam sibi.* » (Ulp., *Reg.*, XV, *in fine.*)

Si l'un des époux a des enfants vivants d'un précédent mariage, chaque enfant lui donne le droit de recevoir de son conjoint un dixième par chaque enfant : « *Quod si ex alio matrimonio liberos superstites habeant, præter decimam quam matrimonii nomine capiunt, totidem decimas pro numero liberorum accipiunt.* » (Ulp., *Reg.*, XV.)

Si les époux ont un enfant commun qui meurt *post nominum diem*, c'est-à-dire après le jour où on avait l'habitude de donner aux enfants les noms qu'ils devaient porter, cet enfant commun permet à chaque époux de recevoir un dixième de son conjoint. Deux enfants communs, morts *post nominum diem*, leur donnent le droit de recevoir deux dixièmes l'un de l'autre : « *Item communis filius filiave, post nominum diem amissus amissave, unam decimam adjicit ; duo autem, post nominum diem amissi, duas decimas adjiciunt.* » (Ulp., *Reg.*, XV.)

1440. Quelquefois les époux ont la *solidi capacitas*, c'est-à-dire la capacité de disposer de tous leurs biens en faveur l'un de l'autre, par exemple : 1° s'ils ont eu trois enfants communs morts *post nominum diem ;* 2° s'ils ont un seul enfant commun vivant ; 3° ou lors-

qu'ils n'ont pas encore atteint l'âge que la loi exige des enfants, savoir, vingt-cinq ans pour l'homme, vingt ans pour la femme ; 4° de même, s'ils ont dépassé en état de mariage les années fixées par la loi *Papia*, savoir : le mari l'âge de soixante ans, la femme l'âge de cinquante ans, etc. (Ulp., *Reg.*, XVI, § 1.)

1441. Quelques interprètes du droit romain pensent que l'empereur Antonin Caracalla enleva aux *patres* le *jus caduca vindicandi*, pour attribuer toujours les parts caduques et quasi-caduques au fisc. A l'appui de leur opinion, ces interprètes invoquent le passage suivant d'Ulpien : « *Hodie ex constitutione imperatoris Antonini omnia caduca fisco vindicantur, sed servato jure antiquo liberis et parentibus.* Aujourd'hui, d'après une constitution d'Antonin, tous les *caduca* sont attribués au fisc, sauf la réserve du *jus antiquum* au profit des ascendants et des descendants. » (Ulp., *Reg.*, XVII, § 2.) — Mais d'autres interprètes, dont je crois l'opinion plus vraie, pensent que cette constitution de Caracalla a une portée moins étendue que celle qu'on veut lui donner, et que, par cette constitution, Caracalla a voulu seulement substituer le fisc, trésor de l'empereur, à l'*ærarium*, trésor du peuple, pour qu'à l'avenir le fisc, à la place de l'*ærarium*, acquît les *caduca*, à défaut de *patres*. Ce qui prouve que tel doit être le sens de la constitution de Caracalla, c'est que le jurisconsulte Ulpien lui-même, dans plusieurs autres passages de ses *Regulæ juris*, présente le *jus caduca vindicandi* comme existant encore au profit des *patres*. Ainsi Ulpien dit : « *Lege nobis adquiritur, velut caducum ex lege Papia Poppæa.* » (Ulp., *Reg.*, XIX, § 17.) « Il est difficile, en effet, dit M. le professeur Machelard, de comprendre si les prérogatives attachées à la paternité quant aux *caduca* avaient été anéanties sous Caracalla, puisque l'on trouve encore ce droit mentionné, comme étant en vigueur, par des jurisconsultes contemporains de cet empereur, et qui lui ont même survécu, tels qu'Ulpien et Paul. Or non-seulement la *caducorum vindicatio* en faveur des *patres* nous apparaît comme une règle toujours pratiquée dans les écrits de ces jurisconsultes ; mais de plus, jusqu'au dernier moment, jusqu'à l'abrogation complète des lois caducaires, nous savons, par le témoignage exprès de Justinien, au paragraphe 14 de la constitution *De cad. toll.*, que le fisc était encore rejeté au dernier rang (*fiscum nostrum ultimum ad caducorum vindicationem vocari*). Enfin le même Ulpien, qui écrivit ses *Regulæ* sous l'empire de la constitution de Caracalla (*hodie*, dit-il), dans deux autres passages de cet ouvrage (tit. I, § 21, et tit. XXV, § 17), nous offre des décisions qui ne se comprennent que par l'application du *jus patrum.* » (*Dissertation sur le droit d'accroissement*, par M. Machelard, p. 143.)

Dans tous les cas, il est certain que Caracalla n'enleva pas aux ascendants et descendants du testateur le *jus antiquum* ou *jus adcrescendi*. (Ulp, *Reg.*, XVII, § 2.)

§ VI. — DISPARITION DES LOIS CADUCAIRES.

1442. Les lois caducaires étaient impopulaires à leur origine. On les violait fréquemment au moyen de divers subterfuges, notamment : par le fidéicommis oral, — l'insertion de la condition *quum capere poterit*, ou *quum liberos habuerit*, — la substitution vulgaire, — et surtout la substitution réciproque des héritiers.

1443. Constantin, par une constitution insérée au Code Théodosien (L. 1, liv. VIII, t. XVI), et reproduite au Code de Justinien sous les noms des fils de Constantin, supprima les peines du célibat et de l'*orbitas*. (L. 1. C. 9, § 158.) D'après cette constitution, les célibataires et les *orbi* pourront désormais recueillir tout ce qui leur aura été laissé. L'incapacité des femmes est également supprimée. Dès lors les célibataires, les *orbi*, les femmes auront la *solidi capacitas*. — Mais le *jus caduca vindicandi*, au profit des *patres*, ne fut pas supprimé par Constantin, et les institués *patres* continuèrent à recueillir les parts caduques et quasi-caduques, dont la caducité provenait de toute cause autre que le célibat et l'*orbitas*. — Le *jus antiquum* ou *jus adcrescendi*, au profit des ascendants et descendants du testateur, ne fut pas non plus supprimé par Constantin, et continua à s'appliquer dans les cas où il était possible (n° 1436); de même les règles des lois caducaires, limitant la qualité disponible entre époux, restèrent en vigueur, après la constitution de Constantin, jusqu'à une constitution d'Honorius et Théodose de l'an 410, qui les abrogea. (L. 2. C. § 58.)

1444. Justinien abrogea définitivement et complétement les lois caducaires. En effet, Justinien commença par fixer l'époque de l'ouverture de la succession à la mort du testateur, conformément à la règle de l'ancien droit civil, et non plus au jour de l'ouverture du testament; de sorte que les héritiers institués pourront faire adition dès le jour de la mort du testateur. (L. *un.*, § 1. C. 6, 51.) En outre, Justinien remplaça le *jus caduca vindicandi* par le droit d'accroissement, quant aux dispositions caduques et quasi-caduques, dont la caducité provenait de toute autre cause que le célibat et l'*orbitas*. (L. *un.*, § 4, § 5, § 10. C. 6, 51.)

ARTICLE V. — CHARGES IMPOSÉES PAR LE TESTATEUR A L'HÉRITIER.

§ Ier. — LEGS

(*Inst.*, II, xx.)

Pr. « Voyons maintenant ce qui concerne les legs. Cette partie du droit paraît être en dehors du sujet que nous nous sommes proposé, car nous nous occupons des divers modes d'acquérir par universalité. Mais comme nous venons de parler des testaments et des héritiers institués par testament, il n'est pas inopportun de traiter, à la suite, de la matière des legs [1]. »

1445. Le legs est un mode d'acquérir *singulatim*. Dans cette phrase de la loi des Douze Tables : « *Uti quique pater familias legassit pecunia tutelave suæ rei ita jus esto*, » le mot *legare* avait un sens général, désignant toutes les dispositions comprises dans un testament, institution d'héritier, affranchissement, nomination de tuteur : « *Verbis legis Duodecim Tabularum his : uti legassit suæ rei ita jus esto, latissima potestas tributa videtur, et heredis instituendi, et legata, et libertates dandi, tutelas quoque constituendi.* » (L. 120. D. 50, 16.) Mais, dans la matière qui va nous occuper, le mot *legare* est pris dans un sens restreint et désigne une disposition particulière de dernière volonté.

Les legs sont une partie accessoire, secondaire, du testament : un testateur est libre de faire ou de ne pas faire de legs. Au contraire, l'institution d'héritier est indispensable à la validité du testament.

1446. Il y a entre l'institution d'héritier et le legs une différence considérable : l'institution d'héritier fait de l'héritier le successeur à la personne du défunt, le représentant et le continuateur de la personne du défunt; elle transmet à l'héritier les créances et les dettes du défunt. Au contraire, le legs ne fait du légataire qu'un successeur aux biens; aussi il peut y avoir, par legs, transmission de propriété, mais non transmission des créances ou des dettes du défunt au légataire.

§ 1. « *Legatum est donatio quædam a defuncto relicta.* Le legs est une espèce de donation laissée par le défunt. »

1447. Le legs est une donation, mais une donation d'une

---

1. Avec notre classification qui considère le legs comme une des charges qui peuvent être imposées à l'héritier par le testateur, on évite cette chose étrange, sinon grotesque, de venir avec les *Institutes* parler, avant les testaments, des modes d'acquérir la propriété à titre universel, et de paraître s'excuser de traiter des legs après la matière des testaments, sans lesquels ils ne se comprennent pas.

espĕce particulière. En effet, le legs n'exige pas ce concours des volontés, qui est indispensable dans la donation. Le légataire ne manifestera sa volonté d'accepter qu'après la mort du testateur.

Le legs est, d'après notre texte, une espèce de donation laissée par le défunt, *a defuncto relicta*. En effet, celui qui fait un legs n'entend pas se dépouiller de son vivant. — Dans l'ancien droit romain, le legs ne pouvait être fait que par testament. Alors il fallait le définir ainsi : « *Legatum est donatio quædam testamento relicta.* » Telle est du moins la définition du jurisconsulte Modestin. (L. 36. D. 30, 2.)

A cette même époque, le legs ne pouvait être fait qu'à la charge de l'héritier : le testateur ne pouvait léguer que *ab herede*.

1448. I. **Différentes espèces de legs.** — Dans l'ancien droit romain, et encore au temps des jurisconsultes classiques, le testateur devait, pour faire un legs, employer certaines expressions *sacramentelles*, c'est-à-dire déterminées d'avance par la loi, sinon le legs n'était pas valable. En conséquence, on distinguait quatre espèces de legs : 1° le legs *per vindicationem ;* 2° le legs *per damnationem ;* 3° le legs *sinendi modo ;* 4° le legs *per præceptionem*. Ces différents noms des legs résultaient précisément des différentes formules, des différentes paroles sacramentelles, que le testateur devait employer pour faire un legs.

1449. 1° *Du legs per vindicationem*. — La formule du legs *per vindicationem* était celle-ci : « *Do, lego fundum Cornelianum Mævio ;* » ou bien : « *Mævius, fundum Cornelianum sumito*, ou *capito*, ou *habeto*. » (Gaïus, II, § 193. Ulp., *Reg.*, XXIV, § 3.)

Quel était l'effet de ce legs? L'effet du legs *per vindicationem* était de transférer au légataire la propriété de la chose léguée.

Mais à quel moment s'opérait cette mutation?

Si le legs est pur et simple : 1° d'après les Proculiens, la chose est *nullius* jusqu'au moment où le légataire manifeste l'intention d'accepter le legs ; 2° d'après les Sabiniens, le légataire acquiert à son insu, au moment précis où l'institué fait adition, mais il reste libre de répudier ; c'est ce dernier avis qui a prévalu.

Si le legs est conditionnel : 1° s'il s'agit d'un legs de liberté, l'esclave, *pendente conditione*, est dit STATULIBER, mais appartient à l'héritier ; 2° dans les autres cas, le légataire ne devient propriétaire qu'au moment de la réalisation de la condition ; mais jusque-là? *A*. D'après les Proculiens, la chose était *res nullius ; B*. D'après les Sabiniens, dont l'avis avait probablement aussi prévalu, elle appartenait à l'héritier, comme le *statuliber*.

Quelles étaient les choses qui pouvaient être léguées *per vindica-*

tionem? Seulement les choses qui appartenaient *ex jure Quiritium* au testateur, et au moment de la confection du testament, et au moment de sa mort. Quant aux choses qui s'apprécient au nombre, au poids ou à la mesure, c'est-à-dire quant aux choses fongibles, comme la monnaie, le blé, il suffisait que le testateur en fût propriétaire, *ex jure Quiritium*, au moment de sa mort. (Gaïus, II, § 196.)

Quel était le droit acquis par le légataire en vertu du legs *per vindicationem?* C'était le droit de propriété sur l'objet légué, qu'il pouvait réclamer par l'action en revendication, soit contre l'héritier, soit contre tout autre possesseur. (Gaïus, II, § 194.)

En cas de legs *per vindicationem* fait sous condition, à qui appartenait la chose léguée, jusqu'à l'arrivée de la condition ? A l'héritier, dès qu'il avait fait adition, d'après les Sabiniens; au contraire, d'après les Proculiens, elle était *res nullius* jusqu'à l'arrivée de la condition : « Quand une chose a été léguée *per vindicationem* sous condition, nos maîtres (les Sabiniens) pensent qu'elle appartient à l'héritier, de même que l'esclave auquel la liberté a été laissée par testament, sous une condition (*statuliber*, n° 392), car il est certain que, jusqu'à l'arrivée de la condition, il est l'esclave de l'héritier. Mais les auteurs de l'école opposée (les Proculiens) pensent que, jusqu'à l'arrivée de la condition, la chose est *res nullius.* » (Gaïus, II, § 200.)

Je rappelle que le testateur pouvait léguer *per vindicationem* une servitude prédiale ou une servitude personnelle. (N^os^ 862, 896, 909.)

1450. 2° *Du legs per damnationem.* — La formule du legs *per damnationem* était ainsi conçue : « *Titius, heres meus, damnas esto dare fundum Cornelianum Mævio;* » ou bien : « *Titius, heres meus, damnas esto dare centum aureos Mævio;* » ou bien : « *Titius, heres meus, damnas esto facere;* » ou bien : « *Titius, heres meus, dato facito;* » ou bien : « *Titium heredem meum dare jubeo.* » (Gaïus, II, § 201. Ulp., *Reg.*, XXIV, § 4.)

Quel était l'effet du legs *per damnationem?* Lorsque le testateur avait employé les paroles du legs *per damnationem*, le légataire ne devenait pas, en vertu du legs, propriétaire de l'objet légué ; il n'en devenait propriétaire que quand l'héritier, ayant fait adition, lui en transférait la propriété : par mancipation, ou par *cessio in jure*, si la chose léguée était une *res mancipi;* par la tradition, si la chose léguée était une *res nec mancipi.* Jusque-là, le légataire n'était que *créancier;* car le legs *per damnationem* ne transférait au légataire qu'un droit de créance, en créant à la charge de l'héritier l'obligation de faire, *facere*, ou l'obligation de donner, *dare*, c'est-à-dire de transférer la propriété au légataire; ce dernier avait contre l'héritier, pour obtenir l'exécution de cette obligation, non plus la *rei vindicatio*, mais une action personnelle, appelée la *condictio ex testamento :* « Ce qui a été

légué *per damnationem*, même purement, n'est pas, comme dans le legs *per vindicationem*, acquis immédiatement au légataire, au moment de l'adition d'hérédité, mais appartient encore à l'héritier. En conséquence, le légataire doit agir par action personnelle, c'est-à-dire prétendre qu'il faut que l'héritier lui donne, et alors l'héritier doit, si la chose est *mancipi*, la lui manciper ou la lui céder *in jure*, et lui en livrer la possession ; et si elle est *nec mancipi*, il suffit qu'il la lui livre. S'il a seulement livré une chose *mancipi*, sans la manciper, c'est seulement par l'usucapion qu'elle appartiendra pleinement au légataire. » (Gaïus, II, § 204.)

Quelles étaient les choses qui pouvaient être léguées *per damnationem?* Par le legs *per damnationem*, le testateur pouvait léguer, non-seulement sa propre chose, mais encore celle de l'héritier, et même celle d'autrui, pourvu que le testateur sût que la chose était à autrui; le testateur pouvait même léguer des choses futures, c'est-à-dire des choses qui n'existaient pas encore, mais qui devaient exister plus tard, par exemple : les fruits qui naîtront dans tel fonds, l'enfant qui naîtra de telle esclave. (Gaïus, II, §§ 202, 203.) — Lorsque le testateur avait légué sciemment la chose d'autrui, l'héritier débiteur du legs devait l'acheter pour la fournir au légataire. Que si le propriétaire de cette chose ne voulait pas la vendre, l'héritier devait en fournir l'estimation au légataire. (Gaïus, II, § 202.)

D'après la formule du legs *per damnationem*, on voit que ce legs était une espèce de jugement de condamnation, que le testateur prononçait contre son héritier : « *Damnas esto*..... Que mon héritier soit condamné. »

1451. *Du sénatus-consulte Néronien.*—D'après le droit civil, si le testateur s'était trompé de formule, par exemple, s'il avait légué *per vindicationem* une chose qui ne lui appartenait pas, le legs était nul. Mais le sénatus-consulte Néronien, promulgué sous le règne de Néron, décida que le legs serait valable, comme legs *per damnationem :* « Sur la proposition de l'empereur Néron, il a été porté un sénatus-consulte qui ordonne que : si un testateur a légué une chose qui ne lui a jamais appartenu, le legs sera valable comme s'il eût été fait dans la forme la plus avantageuse ; or la forme la plus avantageuse est celle du legs *per damnationem.* » (Gaïus, II, § 197.)

1452. 3° *Du legs sinendi modo.* — Les expressions employées par le testateur pour faire un legs *sinendi modo* étaient celles-ci : « *Heres meus damnas esto sinere Lucium Titium sumere illam rem sibique habere.* Que mon héritier soit condamné à permettre à Lucius Titius de prendre telle chose et de l'avoir pour lui. » (Gaïus, II, § 209. Ulp., *Reg.*, XXIV, § 5.)

Quelles étaient les choses qui pouvaient être léguées par la formule du legs *sinendi modo?* Par le legs *sinendi modo*, le testateur pouvait léguer seulement sa propre chose et la chose de l'héritier : « Ce genre de legs a plus d'étendue que le legs *per vindicationem* et moins que le legs *per damnationem;* car, par ce mode, le testateur peut léguer valablement, non-seulement sa chose, mais encore celle de son héritier, tandis que, par le legs *per vindicationem*, il ne peut léguer que sa chose, et que, par le legs *per damnationem*, il peut léguer même la chose d'autrui. Du reste, pourvu que la chose, au moment de la mort du testateur, appartienne au testateur lui-même ou à l'héritier, le legs est certainement valable, quand même, au moment de la confection du testament, elle n'eût appartenu ni à l'un ni à l'autre. Si cette chose n'a commencé à appartenir à l'héritier qu'après la mort du testateur, on demande si le legs est valable? La plupart des auteurs pensent qu'il est inutile. Mais qu'importe? Bien qu'un testateur ait légué une chose qui ne lui a jamais appartenu, et qui n'a jamais ensuite appartenu à son héritier, ce legs, d'après le sénatus-consulte Néronien, est considéré comme ayant été laissé *per damnationem.*» (Gaïus, II, §§ 210, 211, 212.)

Quel était le droit acquis par le légataire en vertu du legs *sinendi modo?* Le legs *sinendi modo* ne transférait pas la propriété au légataire; il ne créait, comme le legs *per damnationem*, qu'une créance au profit du légataire, et, à la charge de l'héritier, une obligation de transférer la propriété (par mancipation ou *cessio in jure*, si la chose léguée était *mancipi*, ou par la tradition, si la chose léguée était *nec mancipi*,) au légataire, qui avait encore, pour obtenir l'exécution de cette obligation, l'action personnelle, dite *condictio ex testamento.* « Ce legs, dit Gaïus, donne lieu à une action personnelle, par laquelle le légataire demande tout ce qu'il faut que l'héritier donne ou fasse d'après le testament.» (Gaïus, II, § 213.)—« Il est cependant des auteurs, ajoute Gaïus, qui pensent qu'en vertu de ce legs l'héritier n'est pas obligé à manciper, à céder *in jure* ou à livrer, mais qu'il suffit qu'il laisse le légataire prendre la chose, parce que le testateur ne lui a ordonné que de permettre, c'est-à-dire de souffrir que le légataire ait la chose. » (Gaïus, II, § 214.)

1453. 4° *Du legs per præceptionem.*—La formule du legs *per præceptionem* était ainsi conçue : « *Lucius Titius fundum Cornelianum præcipito.* » (Gaïus, II, § 216. Ulp., *Reg.*, XXIV, § 6.)

Les jurisconsultes romains n'étaient pas d'accord sur la portée de ce legs. D'après les Sabiniens, le legs *per præceptionem* ne pouvait être valablement fait qu'à l'un des héritiers institués; ce qui le prouvait, suivant eux, c'était cette expression de la formule :

præcipito, *prélève*. Ce n'est qu'à l'un des héritiers, disaient les Sabiniens, que le testateur peut dire de *prélever*, c'est-à-dire de prendre avant le partage de l'hérédité. Donc le legs fait *per præceptionem* à un autre qu'à l'un des héritiers sera nul, malgré le sénatus-consulte Néronien, parce que, ici, disaient les Sabiniens, le legs n'est pas nul à raison des paroles employées, mais à raison de la personne à laquelle il est fait. En conséquence, ils décidaient : 1° que le legs ne pouvait être réclamé que par l'action en partage d'hérédité, par l'action *familiæ erciscundæ*, par l'héritier légataire, contre ses cohéritiers ; 2° que le legs n'était valable qu'autant qu'il avait pour objet une chose comprise dans l'hérédité, c'est-à-dire une chose ayant appartenu au testateur au jour de sa mort. — Toutefois les Sabiniens admettaient : que le testateur pouvait, par legs *per præceptionem*, léguer à un de ses héritiers la chose qu'il avait mancipée, avec fiducie, pour sûreté de sa dette, à son créancier, bien qu'il n'en fût pas propriétaire ; et que les cohéritiers seraient forcés par le juge de dégager la chose, en payant le créancier, pour que l'héritier légataire pût la prélever. Toute cette théorie des Sabiniens sur le legs *per præceptionem* est très-nettement exposée par Gaïus : « Nos maîtres pensent qu'on ne peut léguer *per præceptionem* qu'à celui qui a été institué héritier pour quelque partie ; car *præcipere*, *prélever*, c'est prendre, par préférence, ce qui ne peut avoir lieu que dans la personne de celui qui a été institué pour une part, parce que, en dehors de sa part, il prendra son legs. » (Gaïus, II, § 217.) « En conséquence, si ce legs a été fait à un autre (*extraneus*), le legs est inutile ; si bien que Sabinus a pensé que ce legs ne pouvait être validé par le sénatus-consulte néronien ; car, dit-il, ne sont validés par ce sénatus-consulte que les legs nuls, en droit civil, à raison des expressions, et non ceux qui ne seraient pas dus à cause de la personne du légataire... » (Gaïus, II, § 218.) « De même, nos maîtres pensent que celui à qui a été fait un legs *per præceptionem* ne peut réclamer son legs que par l'action *familiæ erciscundæ*, qui est employée entre héritiers pour partager l'hérédité ; car il est dans les attributions du juge d'adjuger aussi ce qui a été légué par préciput. D'où il suit que, d'après l'opinion de nos maîtres, le testateur ne peut léguer *per præceptionem* que ce qui lui appartient, car cette action ne s'applique qu'à une hérédité. Donc, si le testateur lègue, par préciput, la chose d'autrui, le legs sera nul, d'après le droit civil, mais il sera validé par le sénatus-consulte. Cependant nos maîtres admettent qu'il est un cas où l'on peut léguer, *per præceptionem*, la chose d'autrui, c'est lorsqu'on lègue la chose qu'on a mancipée à son créancier avec fiducie ;

car ils pensent que les cohéritiers peuvent être contraints par le juge de dégager la chose, en payant la dette, pour que celui à qui elle a été léguée puisse la prélever. » (Gaïus, II, §§ 219, 220.)

Les Proculiéns, au contraire, soutenaient que le legs *per præceptionem* pouvait être valablement fait, non-seulement à l'un des héritiers, mais à toute autre personne (*extraneus*); qu'il fallait appliquer à ce legs le sénatus-consulte Néronien; que la syllabe *præ*, dans *præcipito*, était superflue, et qu'il fallait lire : *capito*. Dans l'opinion des Proculiens, que Gaïus dit avoir été confirmée par une constitution d'Adrien, le legs *per præceptionem* devait produire le même effet que le legs *per vindicationem*. En conséquence : 1° si la chose léguée appartenait au défunt, elle pouvait être revendiquée par le légataire, héritier ou *extraneus;* 2° si la chose léguée n'était que *in bonis* du testateur, le legs était censé fait *per damnationem*, en vertu du sénatus-consulte Néronien; en conséquence, si ce legs avait été fait à un *extraneus*, il avait la *condictio;* si ce legs avait été fait à l'un des héritiers, il avait l'action *familiæ erciscundæ;* 3° si la chose léguée *per præceptionem* appartenait à autrui, le legs fait soit à l'un des héritiers, soit à un *extraneus*, était valable, d'après le sénatus-consulte Néronien : « Mais les auteurs de l'école opposée pensent, que l'on peut léguer *per præceptionem*, même à un *extraneus*, comme si l'on avait écrit : « *Titius capito*, » la syllabe *præ* étant considérée comme superflue, et qu'en conséquence la chose paraît être léguée *per vindicationem*. On dit que cette opinion a été consacrée par une constitution du divin Adrien. Ainsi, d'après cette opinion, si la chose léguée appartient au défunt *ex jure Quiritium*, elle peut être revendiquée par le légataire, héritier ou *extraneus;* si elle était seulement dans les biens du testateur, le legs sera valable, pour l'*extraneus*, en vertu du sénatus-consulte, et sera attribué à l'héritier en vertu du pouvoir du juge dans l'action *familiæ erciscundæ;* que si elle n'appartenait pas au défunt, le legs sera confirmé par le sénatus-consulte tant pour l'héritier que pour l'*extraneus*. » (Gaïus, II, §§ 221, 222.)

1454. *Des effets du legs fait par préciput (per præceptionem) à l'un des héritiers.* — Nous venons de voir que la validité du legs *per præceptionem*, fait à l'un des héritiers, était reconnue par les deux écoles des Sabiniens et des Proculiens. Ce legs fait par préciput à l'un des héritiers produisait certains effets, qu'il continua à produire, même après la suppression des formules sacramentelles exigées par le droit civil pour la validité des legs. Il est donc utile de les connaître.

1455. Nous verrons bientôt que, lorsqu'un testateur a fait un

legs, ce legs est à la charge de tous les héritiers institués, qui doivent l'acquitter, chacun en proportion de sa part héréditaire, à moins que le testateur n'ait mis spécialement le legs à la charge d'un seul ou de quelques-uns des héritiers. — Or, lorsque le testateur fait un legs par préciput, *per præceptionem*, à l'un des héritiers institués, le legs est aussi bien à la charge de l'héritier à qui il est fait qu'à la charge de ses cohéritiers, et, comme la même personne ne peut être à la fois débitrice et hénéficiaire d'un legs, il s'ensuit que ce legs est nul pour la partie que l'héritier légataire doit en supporter, à moins que le testateur n'ait mis ce legs, fait par préciput, à la charge exclusive des cohéritiers du légataire. Exemple : Un testateur a institué deux héritiers pour parts égales, Primus et Secundus, et a légué, par préciput, 10,000 sesterces à l'héritier Primus. Ce legs est dû par les deux héritiers, Primus et Secundus ; donc Primus se doit à lui-même la moitié du legs. Or, pour cette moitié, le legs est nul, parce que Primus ne peut être à la fois créancier et débiteur de la moitié du legs : « *Heredi a semetipso inutiliter legatur.* » (L. 116, § 1, *De legatis*, 1°. D. 30, 1.) Mais pour la moitié due par Secundus, le legs est valable, et Secundus devra payer cette moitié à Primus, c'est-à-dire 5,000 sesterces. Quant à l'autre moitié du legs, que Primus se doit à lui-même, il l'acquiert en qualité d'héritier, *jure hereditario*. Ce qu'il ne peut prendre dans le legs, en qualité de légataire, il le prend en qualité d'héritier. Il acquiert donc, en qualité de légataire, *jure legati*, la moitié du legs qui lui est due par son cohéritier, et il acquiert, en qualité d'héritier, *jure hereditario*, la moitié du legs qu'il se doit à lui-même. Conséquences :

1° Nous verrons plus loin que chaque héritier, grevé de legs au delà de sa part héréditaire, n'est pas tenu d'épuiser toute sa part héréditaire pour l'acquittement des legs à lui imposés ; il a, en vertu de la loi Falcidie, le droit de retenir le quart de sa part héréditaire à l'encontre des légataires (*quarte Falcidie*). Or, dans notre exemple, si l'héritier Primus, auquel a été fait un legs par préciput, a été en même temps grevé de legs envers des tiers, on ne comprendra pas dans le quart qu'il a le droit de garder, en vertu de la loi Falcidie, la moitié du legs par préciput qu'il a reçue de son cohéritier, et qu'il a recueillie *jure legati;* on ne tiendra compte, pour composer sa quarte Falcidie, que de la moitié du legs qu'il se doit à lui-même et qu'il a recueillie *jure hereditario* : « *In quartam hereditatis, quam per legem Falcidiam heres habere debet, imputare res, quas jure hereditario capit, non quas jure legati accepit,* » dit le jurisconsulte Marcien. (L. 91, D. 35, 2.) De même

Gaïus dit : « ... *Itaque quod quis, legatorum nomine, a coherede accepit, in quadrantem ei non imputatur*..., Ce que l'un des cohéritiers a reçu de son cohéritier, en vertu d'un legs, n'est pas imputé dans la *quarte*. » (L. 74, D. 35, 2.)

2° Lorsqu'un legs a été fait, par préciput, à l'un des héritiers, si cet héritier a été en même temps chargé, par fidéicommis, de restituer sa part héréditaire à une autre personne, il a, comme nous le verrons, le droit de garder le quart de sa part héréditaire (*quarte pégasienne*); or, pour calculer ce quart, on tiendra compte de la portion du legs par préciput qu'il se devait à lui-même, et qu'il a acquise *jure hereditario*, mais non de la part du legs qui lui est due par son cohéritier, et qu'il a acquise *jure legati* : « *Si legatum sit heredi relictum et rogatus sit portionem hereditatis restituere, id solum non debere eum restituere quod a coherede accepit : cæterum quod a semetipso ei relictum est, in fideicommissum cadit; et id divus Marcus decrevit*... Si un legs a été laissé à un héritier, qui a été prié de restituer sa part d'hérédité, ce qu'il ne doit pas restituer, c'est seulement ce qu'il a reçu de son cohéritier : ce qui a été laissé à sa charge tombe dans le fidéicommis. C'est ce que le divin Marc-Aurèle a décidé. » (L. 18, § 3. D. 36, 1.)

3° Tout héritier est tenu de contribuer au payement des dettes du défunt, en proportion de sa part héréditaire. Si un legs par préciput a été fait à l'un des héritiers, on tiendra compte de la part qu'il a acquise *jure hereditario*, dans le legs par préciput, pour déterminer le chiffre dont il sera tenu dans les dettes du défunt; on ne tiendra pas compte de la part qu'il a acquise *jure legati*, parce que les légataires ne sont pas tenus de contribuer au payement des dettes du défunt.

1456. Lorsque deux héritiers sont institués pour des parts inégales, si le testateur leur fait un legs par préciput à eux deux, la portion du legs qui sera nulle pour l'un d'eux sera en proportion inverse de la portion du legs qui sera nulle pour l'autre. Exemple : Primus est institué pour un douzième de l'hérédité, et Secundus pour onze douzièmes. Dans ce cas, Primus, n'étant héritier que pour un douzième, ne se doit à lui-même qu'un douzième du legs; et il peut réclamer onze douzièmes du legs à Secundus, qui est héritier pour onze douzièmes de l'hérédité. Secundus étant héritier pour onze douzièmes, il se doit à lui-même onze douzièmes du legs, et ne peut réclamer qu'un douzième à Primus. Ainsi, dans ce cas, le legs par préciput se partage en raison inverse de la manière dont l'hérédité a été distribuée entre les héritiers.

1457. 5° *Modifications*. — L'inconvénient de la belle théorie qui

vient d'être exposée était qu'une erreur, dans la formule qu'il fallait employer pour léguer telle ou telle chose, rendait le legs absolument nul. — C'est à ce danger que veut parer le sénatus-consulte Néronien qui décide que tout legs, nul à raison de l'impropriété de la formule, vaudra comme legs *per damnationem;* ce qui valide : 1° le *legs per vindicationem* de la chose d'autrui ; 2° le *legs per vindicationem* d'une chose *in bonis* du testateur ; 2° le *legs per vindicationem* d'une chose dont le testateur n'était pas propriétaire au moment de la confection du testament ; 4° le legs *sinendi modo* d'une chose qui n'appartient ni à l'héritier, ni au testateur ; 5° le legs *per præceptionem* d'une chose autre qu'une *res hereditaria;* 6° le legs *per præceptionem*, dans l'opinion des Sabiniens, fait à un autre qu'à l'un des cohéritiers institués. — Toutefois, malgré le sénatus-consulte Néronien, les anciennes formules subsistent.

1458. De plus, en l'an 339, une constitution de Constantin, Constance et Constant, fils de Constantin, vint supprimer la nécessité de ces formules, de ces paroles sacramentelles, de ces *certa verba.*

« Le testateur n'est plus tenu d'observer, dans les legs, les anciennes paroles ; peu importe maintenant que le testateur les emploie ou se serve d'autres expressions. » (L. 21. C. 6, 37.) Mais cette constitution n'avait pas supprimé les quatre espèces de legs, de sorte qu'il fallait toujours rechercher si le testateur avait voulu transférer au légataire un droit de propriété ou un droit de créance. Justinien alla plus loin et établit une assimilation complète entre les quatre espèces de legs, de manière que, à l'avenir, le legs produise toujours le plus d'effets possible. (L. 1. C. 6, 43.)

§ 2. « Autrefois, il y avait quatre espèces de legs : le legs *per vindicationem*, le legs *per damnationem*, le legs *sinendi modo*, le legs *per præceptionem*. Certaines paroles avaient été assignées pour exprimer chacun de ces legs. Mais cette solennité des paroles a été entièrement supprimée par les constitutions des divins princes. De plus, comme nous voulons attacher à la volonté des défunts plus de force qu'à leurs paroles, notre constitution, élaborée avec le plus grand soin, a décidé qu'il n'y aura plus qu'une seule et même nature pour tous les legs, et que, par quelques paroles qu'un legs aura été laissé, il sera permis aux légataires de le réclamer, non-seulement par l'action personnelle, mais encore par l'action réelle et par l'action hypothécaire. — Du reste, on n'a qu'à lire notre constitution pour voir avec quelle attention scrupuleuse elle a été rédigée. »

1459. Bien que Justinien dise que, par quelques paroles qu'un legs ait été fait, le légataire aura, pour le réclamer, non-seulement l'action personnelle, *condictio*, mais encore l'action réelle, *rei vindicatio*, et l'action hypothécaire, il est certain néanmoins que le légataire n'aura pas toujours ces trois actions.

1460. *A.* Rei vindicatio. — Ainsi la revendication n'appartien-

dra pas toujours au légataire ; par exemple, si le testateur a légué la chose d'autrui, il n'a pu, par sa volonté, dépouiller le propriétaire de cette chose ; le légataire n'aura pas la *rei vindicatio*. A partir de Justinien, pour que le légataire puisse exercer la *rei vindicatio*, il faut que l'objet légué soit un corps certain, c'est-à-dire une chose déterminée par son individualité même, et que ce corps certain appartienne au testateur. Si le testateur a dit, par exemple : « *Je laisse à Mævius mon esclave Stichus*, » le légataire aura la revendication pour réclamer Stichus, pourvu que Stichus ait appartenu réellement au testateur. Si le testateur a légué la chose de l'héritier, le légataire n'aura pas la *rei vindicatio*, parce que le testateur n'a pu lui transférer la propriété d'une chose qui appartenait non à lui, mais à son héritier. — En résumé, à partir de la constitution de Justinien, le légataire aura la *rei vindicatio* toutes les fois que l'objet légué sera un corps certain appartenant au testateur. Si l'héritier vend ce corps certain légué, cette vente sera nulle : le légataire pourra le revendiquer.

1461. *B.* ACTION PERSONNELLE. — Dans l'ancien droit, le légataire avait l'action personnelle, la *condictio*, en cas de legs *per damnationem*, et en cas de legs *sinendi modo*. A partir de la constitution de Justinien, le légataire aura l'action personnelle, la *condictio*, lorsque le testateur aura légué sciemment la chose d'autrui, et lorsque le testateur aura légué des choses fongibles, par exemple, une somme d'argent, du blé. De plus, alors même que le légataire a la revendication, il a aussi l'action personnelle, la *condictio*, qui lui sera utile, lorsque le corps certain à lui légué aura péri par la faute de l'héritier, pour en réclamer la valeur à ce dernier.

Lorsqu'il y a plusieurs héritiers débiteurs du legs, dans quelle mesure le légataire pourra-t-il exercer l'action personnelle contre chacun d'eux? Il ne peut s'adresser à un seul des héritiers pour lui demander la totalité du legs ; il doit s'adresser à chacun des héritiers pour ne lui demander que ce qu'il doit supporter dans le legs, en proportion de sa part héréditaire, à moins que le testateur n'ait spécialement imposé la charge du legs à un seul des héritiers. Exemple : le testateur a institué trois héritiers pour parts égales : Primus, Secundus, Tertius, et a légué 30,000 sesterces à Mævius. Par la *condictio*, action personnelle, le légataire ne pourra réclamer que 10,000 sesterces à Primus, 10,000 sesterces à Secundus, et 10,000 sesterces à Tertius, à moins que le testateur n'ait spécialement imposé le legs de 30,000 sesterces à Primus, par exemple ; dans ce cas, le légataire Mævius pourrait, par l'action personnelle, demander à Primus seul les 30,000 sesterces.

1462. *C.* Action hypothécaire. — L'hypothèque est le droit, pour le créancier hypothécaire, de se faire payer sur le prix de la chose qui lui est hypothéquée, par préférence aux autres créanciers de son débiteur, lors même que la chose hypothéquée aurait été aliénée ; car le créancier hypothécaire a le droit de suite. (N° 1124, *a*.)

L'hypothèque, accordée par Justinien au légataire, est une hypothèque légale, qui ne porte que sur les biens héréditaires, et nullement sur les biens personnels de l'héritier débiteur du legs, de sorte que, par son action hypothécaire, le légataire ne pourra poursuivre que les biens de l'hérédité.

1463. Lorsqu'il y a plusieurs héritiers, débiteurs du legs, dans quelle mesure le légataire peut-il exercer l'action hypothécaire contre chacun d'eux? Il faut distinguer si le légataire intente l'action hypothécaire avant ou après le partage des biens héréditaires. Si le légataire intente l'action hypothécaire avant le partage, il ne pourra pas demander à chaque héritier, par l'action hypothécaire, plus qu'il ne peut lui demander par l'action personnelle. C'est ce que Justinien décide formellement : « *In tantum et hypothecaria unumquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversus eum competit.* » Exemple : un testateur institue deux héritiers pour parts égales, Primus et Secundus, et lègue 10,000 sesterces à Mævius. La succession comprend deux immeubles : le fonds A et le fonds B. Avant le partage, pendant l'indivision, Primus est propriétaire de la moitié indivise du fonds A et de la moitié indivise du fonds B, et débiteur de la moitié du legs, soit de 5,000 sesterces. Secundus est propriétaire de l'autre moitié indivise du fonds A et du fonds B, et aussi débiteur de la moitié du legs, soit de 5,000 sesterces. L'hypothèque du légataire porte sur la moitié indivise de Primus, dans les deux fonds, et sur la moitié indivise de Secundus, dans les deux fonds; mais, d'après la constitution de Justinien, la moitié indivise de Primus, dans les deux fonds, n'est hypothéquée que pour les 5,000 sesterces qu'il doit personnellement. De même, la moitié indivise de Secundus, dans les deux fonds, n'est hypothéquée que pour les 5,000 sesterces qu'il doit personnellement. Voilà pourquoi le légataire, par son action hypothécaire, ne peut réclamer à chaque héritier plus qu'il ne peut lui réclamer par l'action personnelle. — Au contraire, après le partage, le légataire pourra poursuivre chaque héritier pour le tout. En effet, je suppose que, par le partage, le fonds A ait été attribué en entier à Primus, et le fonds B à Secundus? Comme le partage, en droit romain, est translatif de propriété de l'un des héritiers à l'autre, il arrive que, par le partage, Primus

se trouve avoir acquis la moitié indivise qui, avant le partage, appartenait à Secundus, dans le fonds A. Or, cette moitié, il l'a acquise dans l'état où elle était, c'est-à-dire grevée de l'hypothèque qui garantit les 5,000 sesterces dus par Secundus. Primus sera donc tenu hypothécairement des 5,000 sesterces dus par Secundus, pour la moitié du fonds A, qu'il a acquise de Secundus; et comme il est tenu lui-même hypothécairement quant à l'autre moitié du fonds A pour les 5,000 sesterces qu'il doit lui-même, le légataire pourra lui réclamer le tout, 10,000 sesterces. Réciproquement, Secundus a acquis, par le partage, la moitié indivise de Primus dans le fonds B; or il l'a acquise aussi dans l'état où elle était, c'est-à-dire grevée de l'hypothèque qui garantit les 5,000 sesterces dus par Primus, et comme il est lui-même tenu hypothécairement quant à l'autre moitié du fonds B, pour les 5,000 sesterces qu'il doit lui-même, le légataire pourra aussi, s'il préfère s'adresser à lui, lui demander le tout, 10,000 sesterces. Ainsi, après le partage des biens héréditaires, le légataire peut s'adresser indifféremment à l'un des héritiers débiteurs du legs, et lui demander le tout par l'action hypothécaire.

§ 3. « Nous avons pensé qu'il ne fallait pas nous en tenir à cette constitution. En effet, ayant remarqué que l'antiquité renfermait les legs dans des limites très-étroites, et accordait, au contraire, la plus grande faveur aux fidéicommis, qui résultent surtout de la volonté des défunts, nous avons pensé qu'il était nécessaire d'égaler tous les legs aux fidéicommis pour qu'il n'y eût plus entre eux aucune différence : ce qui manque aux legs sera complété par ce qui appartient aux fidéicommis; et, s'il y a quelque chose de plus dans les legs, la nature du fidéicommis en sera augmentée. Mais dans la crainte de créer des difficultés aux jeunes élèves, qui n'étudient encore que les éléments du droit, en exposant ensemble ces deux matières, nous traiterons séparément des legs d'abord et ensuite des fidéicommis, afin que, leur nature étant bien connue, on puisse comprendre plus facilement l'assimilation que nous en avons faite. »

1464. II. **Du dies cedit et du dies venit.** — A quel moment le légataire acquiert-il la chose ou le droit qui lui a été légué? Tant que le testateur n'est pas mort, le légataire n'a aucun droit au legs qui lui a été laissé. En effet, tant que le testateur n'est pas mort, il peut révoquer son testament; il peut perdre la capacité de tester avant de mourir, ou bien encore le légataire peut mourir avant lui. Dans tous ces cas, le legs devient caduc et ne peut produire aucun effet. — Mais si le légataire a survécu au testateur, acquiert-il un droit au legs au moment de la mort du testateur? Il faut distinguer : 1° si le legs a été fait purement et simplement, ou à terme fixe, le légataire, au jour de la mort du testateur, acquiert un certain droit au legs, un droit *éventuel*, mais non un

droit *définitif*. On dit alors qu'au jour de la mort du testateur, *dies cedit*, c'est-à-dire le jour marche ; le jour s'avance où le légataire aura un droit *définitif* au legs. Quel est ce jour où le légataire aura un droit définitif au legs? C'est le jour où l'héritier institué fera adition. Le jour où l'héritier institué fera adition, on dira : *Dies venit*, le jour est venu ; le jour où le légataire a un droit définitif est arrivé. — Ainsi, lorsque le legs est pur et simple, ou à terme fixe, le légataire n'acquiert, au moment de la mort du testateur, au moment du *dies cedit*, qu'un droit éventuel au legs. Son droit au legs n'est qu'*éventuel*, parce que ce droit est subordonné à l'adition d'hérédité par l'institué. En effet, si l'héritier institué répudie, ou devient incapable avant de faire adition, le legs tombe avec le testament. Au contraire, dès que l'héritier a fait adition, toutes les conditions voulues pour que le légataire profite de son droit sont remplies. On dit alors : *Dies venit;* le jour où le légataire a un droit définitif au legs est arrivé. — 2° Si le legs est conditionnel, le légataire n'acquerra pas même un droit éventuel au legs, au moment de la mort du testateur. Il n'acquerra un droit éventuel qu'au jour de l'arrivée de la condition, puisque son droit au legs a été subordonné à l'arrivée de la condition, par le testateur. Au jour de l'arrivée de la condition, le légataire acquiert un droit éventuel au legs. On dit alors que le *dies cedit*, que le jour marche; le jour où le légataire aura un droit définitif au legs s'avance. Quel est ce jour où le légataire conditionnel aura un droit définitif au legs? C'est encore le jour où l'héritier fera adition. Le jour où l'héritier fera adition, on dira : *Dies venit*, le jour est venu; le jour où le légataire a un droit définitif au legs est arrivé. Toutefois, si l'héritier avait fait adition avant l'arrivée de la condition imposée au legs, le légataire acquerrait, au jour de l'arrivée de la condition, non plus un droit éventuel, mais un droit définitif au legs; car, l'héritier ayant fait adition avant l'arrivée de la condition, le droit du légataire au legs n'est plus éventuel, n'est plus subordonné à l'adition de l'héritier, puisque cette adition a été faite. Lorsque l'héritier a fait adition avant l'arrivée de la condition, on dit que le *dies cedit* et le *dies venit* ont lieu en même temps, au jour de l'arrivée de la condition. — En résumé, lorsque le legs a été fait sous condition, le légataire conditionnel n'acquiert, au jour de l'arrivée de la condition, qu'un droit éventuel; le *dies cedit* n'a lieu qu'à l'arrivée de la condition. Le légataire conditionnel n'acquiert un droit définitif au legs, le *dies venit* n'a lieu, qu'au jour de l'adition faite par l'héritier ; à moins que l'héritier n'ait fait adition avant l'arrivée de la condition mise au legs, cas auquel le léga-

taire acquiert un droit définitif au legs le jour de l'arrivée de la condition : le *dies cedit* et le *dies venit* ont lieu au jour de l'arrivée de la condition.

1465. *Quels sont les effets du dies cedit?* — Le *dies cedit* produit quatre effets :

1466. 1er *effet du dies cedit.* — Il fait acquérir au légataire un droit éventuel au legs.

1467. 2e *effet du dies cedit.* — Il rend le droit éventuel du légataire transmissible à ses héritiers. Ainsi, en cas de legs pur et simple ou à terme, si le légataire vient à mourir après le *dies cedit*, c'est-à-dire après la mort du testateur, il transmettra à ses héritiers son droit éventuel au legs, et, quand le *dies venit* sera arrivé, c'est-à-dire lorsque l'héritier institué aura fait adition, les héritiers du légataire pourront lui réclamer l'exécution du legs. En cas de legs fait sous condition, si le légataire meurt après le *dies cedit*, c'est-à-dire après l'arrivée de la condition, il transmet son droit éventuel à ses héritiers, qui pourront demander l'exécution du legs à l'héritier, lorsque le *dies cedit* sera arrivé, c'est-à-dire lorsque l'héritier aura fait adition.

Pourquoi le droit du légataire au legs a-t-il été déclaré transmissible à ses héritiers, à partir du *dies cedit*, bien que ce droit ne soit encore qu'*éventuel*, subordonné à l'adition de l'hérédité par l'héritier institué? Si ce droit éventuel du légataire n'eût pas été déclaré transmissible à ses héritiers après le *dies cedit*, l'héritier institué eût attendu, pour faire adition, que le légataire fût mort, afin de ne pas exécuter le legs. La transmissibilité du droit éventuel au legs, aux héritiers du légataire, enlève à l'héritier cet intérêt qu'il aurait eu à retarder son adition. (L. 7, § 1. D. 36, 2.)

Il y a certains legs dans lesquels cet effet du *dies cedit*, la transmissibilité du droit éventuel aux héritiers du légataire, ne peut se produire. Ce sont les legs qui sont de telle nature, qu'ils ne peuvent profiter qu'à la personne même du légataire : les legs d'usufruit, d'usage, d'habitation.

1468. 3e *effet du dies cedit.* — Lorsque le legs est fait à un esclave, le *dies cedit* détermine la personne qui profitera du legs : le legs fait à un esclave appartiendra au maître qu'aura l'esclave au jour du *dies cedit*, c'est-à-dire : au jour de la mort du testateur, si le legs est pur et simple ou à terme; au jour de l'arrivée de la condition, si le legs est conditionnel.

1469. 4e *effet du dies cedit.* — Le *dies cedit* détermine l'étendue du legs lorsque le legs a pour objet un ensemble de choses. Ainsi,

par exemple, le legs d'un troupeau comprendra toutes les bêtes qui composeront le troupeau au jour du *dies cedit*.

1470. Il y a trois cas exceptionnels où le *dies cedit* d'un legs pur et simple, ou à terme, n'a pas lieu à la mort du testateur :

1° Lorsque le legs a pour objet un droit personnel : usufruit, usage, habitation, le *dies cedit* a lieu, non pas à la mort du testateur, mais à l'adition d'hérédité, lors même que le legs est pur et simple. (L. 1, § 2. D. 7, 3.) Si le legs d'usufruit, d'usage, d'habitation, est fait à terme fixe, c'est-à-dire pour ne commencer qu'à telle époque, le *dies cedit* n'aura lieu qu'à l'arrivée du terme. (L. 1, § 3. D. 7, 3.)

Quel est le motif de cette dérogation? Le motif de cette dérogation se trouve dans la nature même du droit d'usufruit. En effet, l'usufruit est un droit qui ne peut appartenir qu'à celui au profit duquel il a été établi, et qui s'éteint forcément à sa mort. Or le légataire d'un usufruit ne peut commencer à exercer son droit d'usufruit qu'à partir de l'adition d'hérédité; si le *dies cedit* du legs d'usufruit avait eu lieu à la mort du testateur, le légataire, venant à mourir avant l'adition, ne transmettrait pas à ses héritiers son droit éventuel à l'usufruit, puisque le droit d'usufruit ne peut commencer qu'en sa personne. Or le principal effet du *dies cedit* est de rendre le droit éventuel du légataire transmissible à ses héritiers. Comme cet effet ne peut se produire en cas de legs d'usufruit, l'usufruit étant intransmissible aux héritiers de l'usufruitier, il était dès lors inutile d'attacher cet effet au *dies cedit* du legs d'usufruit. Comme il n'y avait aucune utilité à ce que le *dies cedit* du legs d'usufruit eût lieu à la mort du testateur, les jurisconsultes romains transportèrent le *dies cedit* du legs d'usufruit au jour de l'adition d'hérédité. — Mais les jurisconsultes romains, en s'attachant à cette idée qu'il était inutile que le *dies cedit* d'un legs d'usufruit eût lieu a la mort du testateur, à cause de l'intransmissibilité du droit d'usufruit aux héritiers de l'usufruitier, ont oublié que la transmissibilité du droit éventuel du légataire à son legs, bien qu'étant l'effet le plus important du *dies cedit*, n'est pas le seul. En effet, le *dies cedit* détermine encore l'étendue que doit avoir le legs, et la personne qui doit en profiter, lorsque le legs est fait à un esclave, Or, si le *dies cedit* du legs d'usufruit avait eu lieu au jour de la mort du testateur, il eût fixé à ce jour l'étendue du legs et la personne qui eût profité du legs fait à un esclave. C'est sans doute en raison de ces autres effets possibles du *dies cedit* que le jurisconsulte Labéon soutenait que le *dies cedit* du legs d'usufruit devait avoir lieu au jour de la mort du testateur, comme dans les autres legs; mais son

opinion fut rejetée, parce que l'usufruit ne peut être établi que lorsqu'il y a une personne pour l'exercer : « *Tunc constituitur usus-fructus cum quis jam frui potest.* » (*Fragm. Vatic.*, § 60.)

2° Le *dies cedit* d'un legs pur et simple fait à l'esclave du testateur n'a pas lieu à la mort du testateur, mais à l'adition d'hérédité. — Pour que l'esclave du testateur puisse recueillir le legs qui lui est fait, il faut que le testateur, tout en lui faisant le legs, l'affranchisse par testament. En effet, si, en faisant un legs à son esclave, le testateur ne l'a pas affranchi, l'esclave acquerra bien le legs, mais il l'acquerra pour son maître, c'est-à-dire pour l'hérédité, à laquelle il appartiendra après la mort du testateur. Ainsi, pour que le legs fait à l'esclave du testateur soit valable, il faut d'abord que le testateur lui lègue en même temps la liberté par testament. Mais, même en supposant l'esclave affranchi par testament, le legs à lui fait eût toujours été nul si le *dies cedit* de ce legs avait eu lieu à la mort du testateur. En effet, supposons que le testateur a affranchi son esclave par testament et lui a légué en même temps cent sous d'or. Ici le testateur a fait deux legs à son esclave : 1° le legs de liberté ; 2° le legs de cent sous d'or. Le *dies cedit* du legs de liberté a bien lieu à la mort du testateur ; mais le *dies venit* de ce legs n'aura lieu qu'à l'adition de l'hérédité, c'est-à-dire l'esclave ne deviendra définitivement libre qu'au moment où l'héritier institué fera adition. Jusqu'à l'adition, l'esclave restera esclave : il sera *servus hereditarius*, esclave compris dans l'hérédité du testateur. Or, si le *dies cedit* du legs de cent sous d'or avait lieu au jour de la mort du testateur, comme c'est le maître auquel appartient l'esclave au jour du *dies cedit* qui acquiert le legs fait à son esclave, et comme, dans notre exemple, l'esclave auquel est fait le legs de cent sous d'or appartiendrait, au jour de la mort du testateur, au jour du *dies cedit*, à l'hérédité, le legs des cent sous d'or deviendrait nul, parce que l'hérédité se trouverait à la fois créancière et débitrice du legs, ce qui n'est pas possible. — Dans ce cas, pour que le legs fait à l'esclave du testateur ne fût pas toujours nul, les jurisconsultes romains firent transporter le *dies cedit* de ce legs, au jour de l'adition d'hérédité, car à cette époque l'esclave deviendra libre et pourra acquérir le legs pour son propre compte. (L. 7, § 6. D. 36, 2.)

3° Lorsqu'un legs annuel a été fait, par exemple lorsque le testateur a dit : Je lègue à Mævius dix sous d'or par an tant qu'il vivra, les jurisconsultes romains disaient qu'il y avait là plutôt plusieurs legs qu'un seul : le legs de la première année était considéré comme pur et simple, et le legs des dix sous d'or de chaque année suivante était considéré comme conditionnel, fait sous la condition

que le légataire vivrait encore au commencement de chaque année. Il y avait alors autant de *dies cedentes* que d'années pendant lesquelles la vie du légataire se prolongeait. Le legs de la première année, étant pur et simple, avait lieu à la mort du testateur ; les legs des années suivantes étant conditionnels, le *dies cedit* avait lieu à l'arrivée de la condition, c'est-à-dire au commencement de chaque année. De là on peut conclure que, lorsqu'un legs annuel était fait à un esclave, si cet esclave changeait de maître chaque année, chaque legs annuel appartenait à un maître différent. (L. 10. L. 11. L. 12. D. 36, 2.)

Souvent les Romains faisaient un legs annuel quand ils léguaient un droit d'usufruit, parce que, jusqu'à Justinien, même la *capitis minima deminutio*, éprouvée par l'usufruitier, éteignait son usufruit. On évitait cet inconvénient de l'extinction de l'usufruit en léguant un usufruit annuel, car alors, le legs d'usufruit se renouvelant chaque année, l'usufruitier ne perdait l'usufruit que pour le temps qui restait à courir de l'année où il avait éprouvé la *capitis deminutio*.

1471. III. **De la règle catonienne.** — La règle catonienne est une règle d'après laquelle tout legs, qui eût été nul si le testateur fût mort immédiatement après la confection de son testament, RESTERA NUL, quand même, le testateur ne mourant pas immédiatement après la confection de son testament, la cause de nullité du legs viendrait à disparaître avant sa mort. On voit facilement que la règle catonienne n'était qu'une application de ce principe général dont on rencontre en droit de si fréquentes applications : *Quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere.* (L. 29. D. de reg. jur. L. 17.) On voit bien que la règle catonienne, dont le nom indique qu'elle remonte à Caton le Censeur ou à son fils, eut pour but de fixer la jurisprudence sur cette question probablement controversée : la condition essentielle à la validité du legs étant acquise, si cependant l'exécution d'un legs est soumise, au moment de la confection du testament, à un obstacle accidentel temporaire, et dont il est possible de prévoir la disparition, — doit-on traiter le legs comme valable, et susceptible seulement de s'évanouir si, au jour où il doit produire son effet, l'obstacle subsiste encore? Ou au contraire, doit-on le considérer comme nul, quoi qu'il arrive? — C'est cette dernière opinion qui fut consacrée ; et cependant elle est très-peu raisonnable, puisque son point de départ consiste à considérer, comme faite pour le présent, une disposition évidemment faite pour l'avenir. La règle catonienne était formulée ainsi par les jurisconsultes romains : « *Quod, si testamenti facti tempore*

decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocunque decesserit, non valere. » Voyons quelques applications de cette règle :

1472. 1° Si le testateur lègue, *purement* ou *à terme fixe*, à une personne sa propre chose, le legs est nul, parce que le légataire ne peut pas acquérir ce qui lui appartient déjà. Or ce legs restera nul, d'après la règle catonienne, quand même le légataire aurait cessé d'être propriétaire avant la mort du testateur, c'est-à-dire quand même la cause de nullité du legs aurait disparu avant la mort du testateur :

§ 10. « Si quelqu'un a légué au légataire sa propre chose, le legs est nul, car ce qui appartient au légataire ne peut lui appartenir davantage ; ni la chose, ni son estimation ne lui seront dues. »

Cette nullité tient évidemment à la règle catonienne, puisque le legs de la chose d'autrui est parfaitement valable. La nullité du legs, dans l'espèce, résulte donc de la relation entre l'objet légué et le légataire, relation qui, en supposant le décès immédiat du testateur, rendrait la fixation du droit impossible, puisque nul ne peut acquérir la propriété qu'il a déjà, ni devenir créancier de sa propre chose ; jusqu'ici rien de plus raisonnable ; mais en est-il de même quand la règle catonienne vient dire : Ce legs, qui serait nul dans l'hypothèse du décès immédiat du testateur, restera nul, alors même que le légataire aurait aliéné la chose léguée avant l'ouverture de la succession ?

1473. 2° Le legs *pur et simple* ou *à terme fixe*, fait à l'esclave de l'héritier institué, est nul et restera nul, d'après la règle catonienne, quand même l'esclave viendrait à sortir de la puissance de l'héritier avant la mort du testateur. En effet, si le testateur fût mort immédiatement après la confection de son testament, l'esclave aurait acquis le legs à son maître, c'est-à-dire à l'héritier ; or l'héritier ne peut être à la fois créancier et débiteur du legs. (§ 32 de n. t.)

On sait que l'esclave a parfaitement la *testamenti factio* qu'il emprunte à son maître ; la nullité ne dérive donc que de la règle catonienne, qui consacre irrévocablement pour l'avenir la nullité, qui frapperait cette disposition, dans l'hypothèse du décès immédiat du testateur.

1474. Il est certains legs auxquels la règle catonienne ne s'applique pas. Toutes les fois que le *dies cedit* du legs a lieu à la mort du testateur, c'est-à-dire toute les fois que le legs est *pur et simple* ou à terme fixe, la règle catonienne s'applique. Au contraire, toutes les fois que le *dies cedit* n'a pas lieu à la mort du testateur, c'est-à-dire quand le legs est conditionnel, ou quand il a pour objet un

droit personnel : usufruit, usage, habitation, ou si le legs est fait à l'esclave du testateur, ou enfin quand le legs est annuel (sauf pour le legs de la première année), la règle catonienne ne s'applique pas. Exemples :

1° Si un testateur lègue à une personne sa propre chose *sous condition*, le legs est valable et pourra s'exécuter, pourvu qu'à l'arrivée de la condition la chose ait cessé d'appartenir au légataire, parce que, dans ce cas, le *dies cedit* ayant lieu, non à la mort du testateur, mais à l'arrivée de la condition, la règle catonienne ne s'applique pas. Si, à l'arrivée de la condition, la chose appartient encore au légataire, le legs aura bien été valable, mais il ne pourra pas être exécuté.

2° Si un testateur fait un legs *sous condition* à l'esclave de celui qu'il institue héritier, ce legs est valable et pourra s'exécuter, pourvu qu'à l'arrivée de la condition l'esclave ait cessé d'appartenir à l'héritier institué. En effet, dans ce cas encore, par suite de la condition imposée au legs, le *dies cedit* a lieu, non à la mort du testateur, mais à l'arrivée de la condition ; dès lors la règle catonienne ne s'applique pas. Mais si, à l'arrivée de la condition, l'esclave appartient encore à l'héritier, le legs aura bien été valable, mais il ne pourra être exécuté, car ce serait l'héritier institué maître de l'esclave qui devrait l'exécuter, et c'est lui qui en profiterait; or la même personne ne peut être à la fois créancière et débitrice d'un legs.

1475. Lorsqu'un legs a été fait à une personne qui n'avait pas la *factio testamenti* au moment où le testament a été fait, ce legs est nul et restera nul, quand même le légataire aurait acquis la *factio testamenti* avant la mort du testateur. Mais ici le legs n'est pas nul par application de la règle catonienne : il est nul en raison de l'incapacité du légataire. Un legs *conditionnel* a été fait à un pérégrin; le pérégrin n'a pas la *factio testamenti* : ce legs sera-t-il valable si le pérégrin est devenu citoyen romain avant le *dies cedit*, c'est-à-dire avant l'arrivée de la condition mise au legs? On pourrait être tenté de répondre qu'il sera valable, parce que la condition ajoutée au legs empêche l'application de la règle catonienne. Mais le legs est certainement nul, parce que le légataire n'avait pas la *factio testamenti* au moment de la confection du testament. Or, quand la *factio testamenti* fait défaut, il n'y a pas lieu de parler de la règle catonienne.

De même, le legs est nul si le testateur n'avait pas la *factio testamenti* au moment où il a fait son testament, ou s'il l'a perdue avant sa mort; que le legs soit pur et simple, à terme ou conditionnel,

il reste nul, puisque le testament qui le contient n'est pas valable.

1476. Le legs sera encore nul s'il a pour objet une chose qui n'est pas dans le commerce des hommes, par exemple, le Champ de Mars, le Capitole, une chose sacrée, un homme libre. Ce legs est nul, quand même il serait conditionnel; et il restera nul, quand même la chose entrerait dans le commerce, avant l'arrivée de la condition, par exemple, si l'homme libre qui a été légué sous condition devenait esclave avant l'arrivée de la condition. (§ 4 de n. t.)

1477. IV. **Des choses qui peuvent être léguées.** — *En principe*, on ne peut léguer que les choses qui sont dans le commerce. Ainsi : 1° le legs d'une chose hors du commerce, *communis, divini juris;* 2° le legs d'une chose qui a cessé d'exister (un esclave mort), ou qui ne peut exister, un hippocentaure; 3° le legs d'un fait contraire aux lois et aux bonnes mœurs; — tous ces legs sont nuls et n'obligent même pas l'héritier à donner au légataire l'estimation de la chose léguée. Il faut aussi remarquer que l'adjonction d'une condition aux legs d'une chose *extra commercium* n'augmenterait aucunement ses chances de validité, et ce legs serait toujours nul, lors même qu'au moment de l'arrivée de la condition la chose ne serait plus hors du commerce.

1478. 1° *Legs d'une chose future.* — Un testateur peut léguer des choses futures, c'est-à-dire des choses qui n'existent pas encore, mais qui pourront exister plus tard, comme les fruits qui proviendront de tel fonds, ou l'enfant qui naîtra de telle esclave.

1479. 2° *Legs de la chose d'autrui; — d'une chose appartenant au légataire; — d'une chose appartenant au testateur et qu'il savait être à autrui.*

§ 4. « Peuvent être léguées : non-seulement la chose du testateur ou de l'héritier, mais encore celle d'autrui. Dans ce dernier cas, l'héritier est obligé de l'acheter pour la procurer au légataire; ou, s'il ne peut l'acheter, il doit lui en payer l'estimation. Si le testateur a légué une chose hors du commerce, comme le Champ de Mars, des basiliques, des temples, ou des choses destinées à l'usage public, l'estimation elle-même n'en est pas due, car le legs est nul. Quand nous disons que la chose d'autrui peut être léguée, cela s'entend du cas où le défunt savait qu'elle appartenait à autrui, et non du cas où il l'ignorait, car s'il avait su qu'elle était à autrui, il ne l'aurait peut-être pas léguée. Ainsi l'a décidé Antonin le Pieux par un rescrit, d'après lequel c'est à celui qui réclame le legs, c'est-à-dire au légataire, à prouver que le défunt savait qu'il léguait la chose d'autrui, et non à l'héritier à prouver que le défunt ignorait que la chose était à autrui, parce que la charge de la preuve incombe toujours à celui qui agit. »

Dans l'ancien droit, on pouvait léguer *per damnationem* la chose d'autrui, et l'héritier était tenu, soit de se procurer la chose, soit tout au moins d'en donner la valeur au légataire, s'il ne pouvait se la procurer en nature, ou si on lui en demandait un prix exorbitant.

1480. Dans le droit de Justinien, le testateur peut léguer non-seulement la chose qui lui appartient, mais encore celle de l'héritier et celle d'autrui. Mais le legs de la chose d'autrui n'est valable que lorsque le testateur savait qu'il léguait la chose d'autrui. Lorsque le testateur aura légué sciemment la chose d'autrui, l'héritier l'achètera pour la fournir au légataire. Si le propriétaire de la chose ne veut pas la vendre ou s'il en exige un prix exorbitant, l'héritier en donnera l'estimation au légataire. (L. 14, § 2. *De legatis*, 3°. D. 32, III.) La chose de l'héritier n'est pas considérée comme *res aliena;* aussi, lors même que le testateur aurait légué la chose de l'héritier, croyant léguer la sienne, le legs est valable. (L. 67, § 8. *De legatis*, 2°. D. 31, II.) Quand la chose d'autrui a été léguée, c'est au légataire à prouver que le testateur savait qu'il léguait la chose d'autrui. A l'inverse, si le testateur lègue sa propre chose, croyant léguer la chose d'autrui, le legs est valable. Cette solution est juste. En effet, si le testateur n'a pas reculé devant l'idée d'imposer un déboursé à son héritier, en léguant une chose qu'il croit ne pas lui appartenir, à plus forte raison n'aurait-il pas hésité à léguer le même objet, s'il avait su que cet objet lui appartenait :

§ 11. « Si quelqu'un lègue sa propre chose, croyant léguer la chose d'autrui, le legs est valable; car il y a plus de force dans la réalité que dans une simple croyance. Et même, s'il a cru que la chose était au légataire, le legs est valable, parce que la volonté du défunt peut être exécutée. »

D'après le § 11, le legs est encore valable, lorsque le testateur a légué au légataire une chose qu'il croit appartenir au légataire, tandis qu'elle appartient à lui-même. Ce legs est valable, bien que, dans la pensée du testateur, il soit nul, puisqu'on ne peut léguer purement au légataire sa propre chose. Justinien dit que ce legs est valable parce que la volonté du testateur peut recevoir son exécution. En réalité, cette décision ne peut s'expliquer que par la faveur accordée aux dispositions testamentaires.

1481. Je suppose qu'un testateur lègue purement et simplement à l'esclave de Mævius une chose qui appartient à Mævius. Il semble que ce legs doive être nul, car il semble que léguer à un esclave la chose de son maître, c'est léguer au maître lui-même sa propre chose. Cependant les juriconsultes romains déclarent ce legs valable, « parce que, dit le juriconsulte Paul, lorsque nous donnons quelque chose par testament à l'esclave d'autrui, la personne du maître n'est prise en considération que pour savoir s'il y a avec lui *factio testamenti;* au surplus, le legs tire toute sa force de la personne de l'esclave : *ex persona servi consistit legatum* ». (L. 82, § 2. *De legatis*, 2°. D. 31, II.)

1482. Un testateur a légué une chose engagée, c'est-à-dire hypothéquée ou donnée en gage à un créancier. L'héritier devra-t-il dégrever la chose, en payant le créancier, avant de la fournir au légataire, ou bien le légataire doit-il la recevoir dans l'état où elle est? Il faut distinguer si le testateur a su ou ignoré que la chose était hypothéquée ou donnée en gage. 1° S'il l'a su, il est censé avoir voulu imposer à l'héritier l'obligation de la dégrever; l'héritier devra donc la dégrever en payant les créanciers, avant de la fournir au légataire. 2° Si, au contraire, il ignorait l'existence de l'hypothèque, on ne présume pas qu'il aurait eu, dans tous les cas, la volonté de mettre cette nouvelle obligation à la charge de l'héritier, et celui-ci doit seulement remettre au légataire la chose telle qu'elle se comporte. Il en serait *a fortiori* de même si le testateur avait manifesté la volonté qu'il en fût ainsi.

Le légataire, poursuivi par le créancier, aura sans doute à payer la dette hypothécaire, mais ce ne sera qu'une avance de fonds, puisqu'il n'est tenu que comme détenteur de la chose, et il exercera son recours contre l'héritier, seul débiteur; il pourra même se faire, dans ce but, céder les actions du créancier.

Décision analogue lorsque la chose léguée est grevée d'usufruit au profit d'un tiers.

§ 5. « Si le testateur a légué une chose obligée à un créancier, l'héritier doit la libérer. Toutefois il ne doit la libérer que si le défunt savait que la chose était obligée. Ainsi l'ont décidé, par un rescrit, les divins Sévère et Antonin. Cependant, si le testateur a voulu que le légataire la libérât et l'a exprimé, l'héritier n'est pas tenu de la dégrever. »

1483. Un testateur a légué sciemment la chose d'autrui à Mævius, et Mævius l'a achetée avant la mort du testateur. Ce legs est valable, car le legs de la chose d'autrui, quand le testateur sait qu'il lègue la chose d'autrui, est valable; mais ce legs sera-t-il sûrement exécuté? Il faut distinguer : si le légataire Mævius a acquis la chose à titre onéreux, par exemple, par vente, avant la mort du testateur, le but libéral du testateur n'est pas atteint, et le légataire pourra poursuivre l'héritier, pour en obtenir *le prix* auquel lui revient la chose, mais non l'estimation de cette chose; en effet, l'acquisition n'est onéreuse que jusqu'à concurrence du prix versé, alors même que ce prix serait inférieur à la valeur réelle de la chose. Si, au contraire, il l'a acquise à titre gratuit, par exemple par donation, le legs s'évanouira, car l'intention libérale du testateur est accomplie, quoique *aliunde*. Le légataire ne pourra réclamer ni la chose, puisqu'il l'a déjà, ni son estimation, parce que « *traditum est*

duas lucrativas causas in eumdem hominem et in eamdem rem concurrere non posse » :

§ 6. « Si la chose d'autrui a été léguée et que, du vivant du testateur, le légataire en soit devenu propriétaire : s'il en est devenu propriétaire par un achat, il peut réclamer le prix par l'action *ex testamento ;* s'il en est devenu propriétaire par une cause lucrative, par exemple, par donation ou par toute autre cause semblable, il ne peut agir ; car il a été admis que deux causes lucratives ne peuvent concourir pour la même personne et pour la même chose. Par la même raison, si la même chose est due en vertu de deux testaments, il importe de savoir si le légataire a reçu la chose ou son estimation, en vertu de l'un des testaments ; car s'il a reçu la chose, il ne peut plus agir puisqu'il a acquis cette chose par une cause lucrative ; s'il a reçu l'estimation, il peut encore agir. »

1484. Bien entendu, le texte suppose que les deux testaments dont il est question émanent de deux testateurs différents.

Évidemment, si deux personnes ont légué le même fonds Cornélien à Titius, sachant qu'il en avait grande envie, les deux legs sont valables tant qu'ils coexistent. Mais *quid* si l'un des legs a été exécuté? Distinction : 1° si le légataire a obtenu *la chose elle-même*, le but est atteint, et il ne peut réclamer l'autre disposition ; 2° si au contraire il n'a reçu, du premier héritier, que l'estimation, il pourra obtenir de l'autre héritier la chose elle-même, ou tout au moins son estimation.

1485. D'après le droit romain, le demandeur qui réclamait en justice plus qu'il ne lui était dû encourait la peine de la plus-pétition, c'est-à-dire perdait son procès et n'obtenait pas même ce qui lui était dû. — Or, supposons qu'un testateur a légué sciemment à une personne un fonds appartenant à autrui. Le légataire a acquis à titre onéreux, a acheté la nu-propriété du fonds, avant la mort du testateur ; puis, quelque temps après, l'usufruit est venu se joindre à la propriété, et ensuite le testateur est mort. Si le légataire réclame le *fonds* (je rappelle que le mot *fundus* désigne la pleine propriété), sans déduire l'usufruit qu'il a acquis *ex lucrativa causa* par suite de l'extinction de l'usufruit, dira-t-on qu'il doit encourir la plus-pétition, parce qu'en demandant le *fundus*, la pleine propriété, il a demandé plus que ce à quoi il avait droit? Non, car, disait déjà le jurisconsulte Julien, de même que celui qui demande un fonds (*fundus*) est censé le demander, déduction faite des servitudes qui le grèvent, de même aussi le légataire, qui demande le fonds par l'action *ex testamento*, est censé le demander, moins l'usufruit, considéré comme servitude. Le légataire n'encourra donc pas la plus-pétition, mais le juge ne condamnera l'héritier à fournir au légataire que l'estimation de la nu-propriété, déduction faite de

la valeur de l'usufruit, puisqu'il a acquis cet usufruit à titre gratuit par suite de son extinction :

§ 9. « Si celui, auquel le fonds d'autrui a été légué, en a acheté la propriété sans l'usufruit et qu'ensuite, l'usufruit lui étant revenu, il agisse en vertu du testament, Julien dit qu'il agit valablement et qu'il peut demander le fonds parce que, dans la demande, l'usufruit est considéré comme servitude; mais il entre dans les pouvoirs du juge d'ordonner que l'estimation sera payée, déduction faite de l'usufruit. »

1486. 3° *Legs d'une chose aliénée ou grevée d'hypothèque depuis la confection du testament.* — J'ai légué ma chose ; ensuite je l'aliène? 1° *Dans l'ancien droit*, je suis réputé avoir tacitement révoqué le legs ; et, dans tous les cas, même si le legs est fait *per damnationem*, le légataire serait repoussé par l'exception du dol. 2° *Sous Justinien*, la présomption précédente disparaît, et on distingue : *A.* si j'ai aliéné la chose, pressé d'argent, il n'y a pas là une manifestation certaine d'une intention de révoquer, et le legs sera valable. *B.* Mais si j'ai aliéné sans motifs urgents, par exemple dans une donation, un tel acte implique *révocation tacite* du legs ; *si bien* qu'il restera annulé, *lors même* que, la donation disparaissant plus tard, la chose serait redevenue ma propriété.

J'ai légué ma chose, et ensuite je l'ai grevée d'hypothèque. Comme on n'hypothèque guère que sous l'empire de la nécessité, je ne suis pas réputé par là avoir manifesté une volonté contraire ; et le légataire pourra exiger la délivrance de la chose quitte de l'hypothèque.

1487. 4° *Legatum liberationis.* — Il y a legs de libération lorsqu'un créancier lègue à son débiteur sa libération. Ce legs est-il valable? On pourrait en douter, parce que léguer au débiteur ce qu'il doit, c'est lui léguer la propriété de l'objet dû, propriété qu'il a déjà, puisqu'il n'a pas encore payé. C'est donc lui léguer sa propre chose. Mais la législation romaine admet la validité du legs de libération, par suite de cette considération que le testateur ne lègue pas à son débiteur la propriété de l'objet dû, mais l'abandon de sa créance.

Quel est l'effet du legs de libération? Le débiteur se trouve-t-il libéré par le legs de libération qui lui a été fait? Non, *parce que le legs n'est pas un mode d'extinction des obligations.* Bien que le legs de libération soit valable, après la mort du créancier qui a légué à son débiteur l'abandon de sa créance, le débiteur reste débiteur, et la créance du testateur passe à l'héritier institué. Mais si l'héritier poursuit le débiteur, celui-ci pourra, en vertu du legs de libération, repousser la demande de l'héritier par l'exception de dol.

Si le legs de libération n'a pas pour effet de libérer le débiteur, il a donc pour effet de donner au débiteur l'exception de dol pour repousser la demande en payement de l'héritier devenu créancier après la mort du testateur. (L. 3, § 3. D. 34, 3.) — Bien plus, le débiteur, auquel la libération a été léguée, pourra prendre l'initiative et intenter la *condictio ex testamento* contre l'héritier pour le forcer à le libérer, pour le forcer à éteindre son obligation. Mais, comment l'héritier éteindra-t-il l'obligation? Il l'éteindra en employant un mode d'extinction des obligations. Ce mode d'extinction des obligations est l'*acceptilatio*. Le débiteur, auquel sa libération a été léguée, dira à l'héritier devenu son créancier : « *Acceptumne habes quod tibi debeo?* » L'héritier créancier répondra : « *Acceptum habeo.* » — Dès lors, le débiteur, auquel sa libération a été léguée, est libéré (L. 3, § 4. D. 34, 3) :

§ 13. « Si un créancier lègue à son débiteur sa libération, le legs est valable; et l'héritier ne peut plus poursuivre ni le débiteur ni son héritier; bien plus, il peut être poursuivi par le débiteur pour qu'il le libère. Le créancier peut aussi ordonner à son héritier de ne pas poursuivre le débiteur avant un certain temps. »

1488. Pour qu'un débiteur, auquel sa libération a été léguée, puisse exiger que l'héritier, devenu son créancier, lui fasse acceptilation, il faut qu'il soit seul débiteur. Si, au contraire, nous supposons un débiteur principal et un fidéjusseur (caution), le créancier ayant légué au fidéjusseur sa libération, le fidéjusseur ne pourra pas exiger que l'héritier lui fasse acceptilation, parce que l'acceptilation que lui ferait l'héritier libérerait en même temps le débiteur principal (comme nous le verrons en étudiant les règles sur la fidéjussion), ce qui serait contraire à la volonté du testateur, qui n'a entendu libérer que le fidéjusseur. Le fidéjusseur, auquel sa libération a été léguée par le créancier, pourra seulement opposer à l'héritier l'exception de dol, ou, s'il le préfère, exiger de l'héritier qu'il fasse avec lui un pacte (une convention), par lequel l'héritier promettra de ne rien lui réclamer. Ce pacte s'appelle pacte *de non petendo*. (L. 5, § 1. D. 34, 3.) — De même, si un créancier ayant deux débiteurs solidaires (*duo correi promittendi*) lègue à l'un d'eux sa libération, celui-ci, s'il n'est pas associé, pour la dette, avec son codébiteur, ne pourra pas exiger de l'héritier qu'il lui fasse acceptilation, parce que l'acceptilation que lui ferait l'héritier libérerait aussi son codébiteur, ce qui serait contraire à la volonté du testateur. Mais le codébiteur solidaire auquel sa libération a été léguée pourra, s'il est poursuivi par l'héritier, lui opposer l'exception de dol ou

exiger de lui un pacte *de non petendo*. Si les deux codébiteurs solidaires sont associés pour la dette, celui auquel sa libération aura été léguée pourra exiger de l'héritier une *acceptilatio* : « *Julianus scripsit : Si quidem socii non simus, pacto me debere liberari ; si socii, per acceptilationem.* » (L. 3. § 3. D. 34, 3.)

1489. Le créancier, sans léguer au débiteur sa libération complète, peut ordonner à son héritier de ne le poursuivre qu'au bout d'un certain temps ; ce qui donne au débiteur une *exceptio temporalis*.

Le legs de libération peut émaner d'un tiers autre que le créancier ; l'héritier de ce testateur sera dès lors actionné *ex testamento*, à l'effet de payer la dette du légataire. Ce dernier, en effet, ne pourrait invoquer l'exception de dol contre la poursuite de son créancier.

Le legs de libération s'applique à toute espèce de dette.

1490. Nous venons de voir qu'un créancier peut léguer à son débiteur sa libération. A l'inverse, un débiteur peut-il léguer à son créancier ce qu'il lui doit? Remarquons que la pensée du testateur, en léguant à son créancier ce qu'il lui doit, n'est pas de doubler sa créance, mais seulement de changer sa créance en legs. Ce qu'il veut, c'est transformer son créancier en légataire, et, par suite, lui donner les actions qui résultent du testament au profit de tout légataire ; un pareil legs est-il valable? Il faut distinguer : si, par suite du legs, le créancier a plus d'avantages à être considéré comme légataire que comme créancier, en d'autres termes, s'il a plus d'avantages à avoir la créance résultant du legs qu'à conserver sa créance primitive, le legs est valable ; que si le créancier a moins d'avantages à acquérir la créance du legs qu'à conserver sa créance primitive, le legs est nul.

Souvent la qualité de créancier est préférable à celle de légataire, parce qu'en cas d'insuffisance des biens de la succession les créanciers sont payés par préférence aux légataires ; puis l'héritier peut retenir à l'encontre des légataires la *quarte Falcidie*, tandis qu'il ne peut la retenir à l'encontre des créanciers qui, pour se faire payer, peuvent épuiser tous les biens de la succession.

Mais il y a des cas où la qualité de légataire est préférable à celle de créancier ; par exemple, si la créance du créancier est à terme ou conditionnelle, et que le débiteur lui lègue purement ce qu'il lui doit. Dans ce cas, le legs est valable, parce que le legs présente au créancier cet avantage d'avancer l'exigibilité de la créance : le créancier devenu légataire n'aura plus besoin d'attendre l'arrivée du terme ou de la condition. Mais si le terme arrive ou si la condi-

tion s'accomplit du vivant du testateur, il semble que le legs doive être nul, car alors il ne procurera au créancier aucun avantage. Cependant Papinien, dont l'opinion, après avoir été contestée, prévalut, décide que le legs reste valable, parce qu'il a été valable dans le principe : *quia semel consistit*. Mais quel avantage le créancier a-t-il, dans ce cas, à être légataire? D'abord, lorsque les quatre espèces de legs étaient en usage, quand un legs avait été fait *per damnationem*, si l'héritier niait l'existence de ce legs, le légataire pouvait obtenir contre lui une condamnation au double de ce qui lui avait été légué, avantage que le légataire, dans notre hypothèse, n'aurait pas eu comme créancier. En second lieu, dans le cas où le legs était *per vindicationem*, le légataire pouvait agir par action réelle, comme propriétaire, au lieu d'agir par action personnelle. — Même à l'époque de Justinien, où l'on ne distingue plus les quatre espèces de legs, le légataire pourra avoir le droit de revendiquer l'objet de la créance qui lui aura été léguée, droit qui lui sera plus avantageux qu'un simple droit de créance; puis il aura l'action hypothécaire. Ces avantages suffisent pour motiver la validité de ce legs :

§ 14. « A l'inverse, si un débiteur a légué à son créancier ce qu'il lui doit, le legs est nul s'il ne contient rien de plus que la dette, car le créancier n'aurait rien de plus par le legs. Mais si le débiteur a légué, purement, l'objet dû à terme ou sous condition, le legs est valable parce que l'exigibilité de la dette est avancée. Si le terme arrive ou si la condition s'accomplit du vivant du testateur, Papinien a écrit que le legs est néanmoins valable, parce qu'il a existé dans le principe. Et cela est vrai : l'opinion de ceux qui pensaient que le legs était éteint, parce qu'il était parvenu dans une situation où il n'aurait pu prendre naissance, n'a pas été admise. »

1491. Il y a un autre cas, fort simple, dans lequel il y a un intérêt capital pour le légataire à agir en vertu de son legs; c'est le cas où « j'ai légué à Titius les cent sous d'or que *je lui dois.* »; or il se trouve que je ne devais rien à Titius; le legs sera valable, parce que d'un côté le légataire a intérêt à l'invoquer, et que, de l'autre, la *falsa demonstratio* ne vicie pas la disposition.

1492. Le mari à la dissolution du mariage doit restituer la dot à sa femme. La femme est créancière de sa dot et, pour en réclamer la restitution, elle a l'action *rei uxoriæ*. Si le mari lègue à sa femme sa dot, le legs est toujours valable, parce que ce legs donnera à la femme, pour réclamer sa dot, la *condictio ex testamento*, qui lui sera plus avantageuse que l'action *rei uxoriæ*. En effet: 1° par la *condictio ex testamento*, la femme pourra se faire restituer sa dot immédiatement, tandis que le mari ou son héritier, poursuivi par l'action *rei uxoriæ*, ne restituerait la dot que par tiers, d'année

en année. (N° 1214.) 2° En agissant *ex testamento*, la femme échappera à la plupart des retenues à opérer par le mari au sujet des biens dotaux, retenues qui seraient opposées, en déduction, à l'action *rei uxoriæ*.

§ 15. « Si un mari lègue à sa femme sa dot, le legs est valable, parce que ce legs contient plus que l'action *de dote*... »

1493. Mais que décider si la femme n'a pas apporté de dot? D'après un rescrit de Sévère et d'Antonin, on distingue : 1° si le testateur a déclaré léguer à sa femme « *centum aureos*, ou *l'esclave Stichus, qu'elle a apportés en dot*, » le legs sera valable, car la *falsa causa* ne vicie pas la disposition. — 2° Mais si le mari n'a pas déterminé le legs : « Je lègue à ma femme ce qu'elle a apporté en dot, » le legs est nul, car il n'a pas d'objet et ne saurait être déterminé.

1494. 5° *Legs d'une chose principale*. — Le legs d'une maison, par exemple, comprend implicitement les accessoires, colonnes, marbres, etc., qui ont pu y être ajoutés depuis la confection du testament.

1495. 6° *Legatum nominis* ou *legs d'une créance*. — Un testateur peut léguer non-seulement des choses corporelles, mais encore des choses incorporelles : usufruit, usage, servitudes, et même des créances. Le legs d'une créance s'appelle *legatum nominis* parce qu'une créance est appelée *nomen;* nous verrons pourquoi en étudiant les contrats *litteris*. Voici l'hypothèse dans laquelle il y a *legatum nominis*. Primus, je suppose, est créancier de Secundus. Primus, le créancier, fait un testament et lègue à Mævius sa créance contre Secundus. Ce legs est valable ; mais quel va en être l'effet? Après la mort du testateur, la créance léguée appartiendra-t-elle au légataire Mævius? Non ; la créance léguée, au lieu de passer au légataire, passera à l'héritier institué, continuateur de la personne du défunt. En effet, nous verrons plus tard que les Romains considéraient le rapport existant entre un créancier et un débiteur comme ne pouvant exister qu'entre ce créancier et ce débiteur ; d'où la conséquence qu'un créancier ne pouvait céder sa créance à une autre personne ni par vente, ni par donation, ni par legs. Mais on comprend que cette règle du droit civil romain, d'après laquelle un créancier ne pouvait céder sa créance, était gênante dans la pratique. Aussi les jurisconsultes romains avaient imaginé un moyen d'éluder cette règle : le créancier qui voulait, par exemple, vendre sa créance à Titius, donnait mandat à Titius de poursuivre son débiteur à l'échéance ; le mandataire Titius comptait d'avance au créancier, son mandant, le montant de la créance qu'il devait recevoir

du débiteur à l'échéance ; — puis le créancier dispensait son mandataire de lui rendre compte de ce qu'il toucherait du débiteur à l'échéance. On disait alors que le créancier constituait Titius mandataire dans sa propre affaire : *procurator in rem suam*. En effet, le mandataire, ayant compté d'avance au créancier le montant de la créance, poursuivra, pour son propre compte, le débiteur, lorsque la créance sera échue. Ici le mandat dissimule, cache une vente. — Supposons maintenant qu'un créancier veuille céder sa créance gratuitement, par donation, à Titius ; le créancier donnera à Titius mandat de poursuivre son débiteur à l'échéance de la dette, et, comme il veut lui céder sa créance gratuitement, il le dispensera de rendre compte, sans rien recevoir de lui. Ici encore Titius est constitué *procurator in rem suam*, mandataire en sa propre affaire. A l'échéance de la dette, il poursuivra le débiteur et gardera pour lui le montant de la créance, puisque le créancier l'a constitué gratuitement *procurator in rem suam*. Ici le mandat dissimule, cache une donation. — C'est le même moyen qui était employé pour donner efficacité au legs d'une créance. Reprenons notre exemple : Primus a légué à Mævius sa créance contre Secundus. Après la mort du testateur, ce legs ne transfère pas la créance au légataire Mævius, puisqu'un créancier ne peut céder sa créance pas plus par legs que par vente ou par donation. A la mort du testateur, la créance passe à l'héritier institué. Mais le légataire aura le droit, en vertu du legs, de contraindre l'héritier à le constituer *procurator in rem suam* : l'héritier donnera au légataire mandat de poursuivre le débiteur, en le dispensant de lui rendre compte du montant de la créance, qui sera payé par le débiteur. Le légataire poursuivra le débiteur au nom de l'héritier, en qualité de mandataire ; mais, après avoir touché le montant de la créance, le légataire le gardera pour lui ;

§ 21. « Les choses incorporelles aussi bien que les choses corporelles peuvent être léguées. Aussi le testateur peut léguer ce qui lui est dû, de sorte que l'héritier sera tenu de céder ses actions au légataire, à moins que le testateur n'ait exigé le payement de son vivant; car, dans ce cas, le legs est éteint. Le legs est encore valable lorsque le testateur a dit : « Que mon héritier soit condamné à rebâtir la maison de telle personne, ou à payer la dette de telle personne. »

1496. 7° *Legatum generis* ou *legs de genre*. — Le legs de genre est celui qui a pour objet une chose qui n'est déterminée que par son espèce. Il y a legs de genre lorsque le testateur a dit, par exemple : « Je lègue un cheval, je lègue un esclave, » sans dire lequel. Au legs de genre on oppose le legs d'un corps certain, c'est-à-dire d'un objet déterminé par son individualité même. Il y a legs d'un

corps certain, par exemple, lorsque le testateur a dit : « Je lègue l'esclave Stichus. » — Le legs de genre est nul, lorsque l'indétermination de l'objet légué est telle qu'on ne peut savoir quel objet le testateur a voulu léguer, par exemple, lorsque le testateur a dit ; « Je lègue un animal. » — S'il n'y a pas dans la succession d'objets du genre de celui qui a été légué, le legs est-il nul? Il faut distinguer : si le testateur a dit : « Je lègue une maison », le legs est nul, s'il n'y a aucune maison dans l'hérédité, car, dans ce cas, l'objet du legs est tellement indéterminé qu'on ne voit pas ce que l'héritier devrait fournir au légataire : « *Quod si nullas ædes reliquerit, magis derisorium est quam utile legatum*, » dit Ulpien. (L. 71 pr. *De legatis*, 1°. D. 30, I.) Mais si l'objet du legs est suffisamment déterminé pour que le legs puisse être exécuté utilement pour le légataire, le legs est valable, bien que l'hérédité ne contienne aucun objet du genre de celui qui a été légué ; par exemple, si le testateur a dit : « Je lègue un esclave, » ce legs est valable, bien qu'il n'y ait aucun esclave dans l'hérédité.

1497. Mais, en cas de legs de genre, il faudra bien arriver à une détermination, car c'est un objet certain, déterminé, que le légataire doit avoir. A qui appartiendra le droit de faire cette détermination, le droit de choisir l'objet? Dans l'ancien droit, en cas de legs de genre fait *per vindicationem*, le choix appartenait au légataire, parce qu'il avait l'action en revendication, laquelle suppose une détermination préalable à faire de l'objet revendiqué par celui qui intente cette action. En cas de legs fait *per damnationem*, le légataire n'ayant qu'un droit de créance, l'héritier débiteur du legs avait le choix en vertu de cette règle d'interprétation des obligations : que le choix d'une chose indéterminée appartient toujours au débiteur. (Ulp., *Reg.*, XXIV, § 14.) Les *Institutes* donnent toujours le choix au légataire, conformément à l'innovation de Justinien, d'après laquelle le legs doit produire le plus d'effets possible au profit du légataire :

§ 22. « Si un esclave (ou une autre chose) est légué d'une manière générale, le choix est au légataire, à moins que le testateur n'en ait ordonné autrement. »

1498. Cette règle est d'ailleurs trop absolue ; en effet, l'héritier doit avoir le choix, toutes les fois que l'hérédité ne possède aucun objet du genre légué. — Du reste, dans tous les cas, le choix doit porter sur une qualité moyenne, ni sur la meilleure, ni sur la plus mauvaise.

1499. 8° *Legatum optionis* ou *legs d'option*. — Le legs d'option ressemble beaucoup au legs de genre. En effet, il y a legs d'option

lorsque le testateur dit, par exemple : « Je lègue à Mævius le droit de choisir un de mes esclaves. » Néanmoins il y a entre le legs de genre et le legs d'option cette différence que, dans le legs d'option, ce n'est plus un objet qui est légué, c'est la *faculté* même de choisir une chose non individuellement déterminée : un cheval, un esclave. Or cette faculté est considérée comme tout à fait personnelle au légataire, en ce sens que c'est le légataire lui-même, en personne, qui doit faire le choix; d'où la conséquence que, s'il meurt avant d'avoir choisi, le droit de choisir ne passe pas à ses héritiers, car le legs est censé fait sous la condition que le légataire choisira lui-même. Il n'en était pas de même dans le legs de genre, dans lequel l'option n'était pas l'objet même du legs; elle n'en était que la conséquence; aussi le legs de genre était transmissible aux héritiers du légataire, quand même le légataire serait mort avant d'avoir choisi, pourvu qu'il fût mort après le *dies cedit*. — Dans le legs d'option, le légataire pouvait choisir le meilleur objet parmi ceux qui avaient été indiqués par le testateur. Si le nombre d'esclaves, que l'on a légué la faculté de choisir, n'avait pas été déterminé, il pouvait en choisir jusqu'à trois. (L. 1. L. 2 pr. D. 33, 5.)

1500. Justinien a transformé le legs d'option en legs de genre, en décidant que le legs d'option serait transmissible aux héritiers du légataire, comme le legs de genre. De plus, Justinien décide que s'il y a plusieurs légataires qui ne sont pas d'accord sur le choix, ce sera le sort qui décidera celui des légataires dont le choix devra prévaloir. Dans l'ancien droit, au contraire, le legs s'évanouissait si les colégataires ne se mettaient pas d'accord :

§ 23. « Le legs d'option, c'est-à-dire le legs par lequel le testament avait ordonné que le légataire choisirait un de ses esclaves ou une autre chose, contenait en soi cette condition que, si le légataire n'avait pas opté avant de mourir, le legs ne passait pas à ses héritiers. Mais par notre constitution nous avons amélioré cet état de choses, et la faculté de choisir a été accordée à l'héritier du légataire, quand même le légataire n'aurait pas fait le choix de son vivant. Et par une nouvelle prévoyance il a été ajouté dans notre constitution que, s'il y a plusieurs légataires auxquels l'option ait été laissée, ou s'il y a plusieurs héritiers du même légataire, et qu'ils ne s'entendent pas sur le choix à faire, pour que le legs ne s'éteigne pas (ce que la plupart des jurisconsultes avaient fait admettre sans bienveillance), le sort décidera celui dont l'avis prévaudra. »

1501. 9° *Legs d'une universitas juris.* — Il y a deux principaux legs dans cette catégorie : le *legs partiaire* ou d'une fraction d'héridité; le legs *d'un pécule*. On pourrait aussi citer le legs d'une hérédité déjà recueillie par le testateur.

1502. *A.* Legs d'une fraction d'hérédité. — Au lieu de léguer un objet particulier, un testateur peut léguer une fraction de

son hérédité, par exemple le tiers, le quart. Dans ce cas, le legs s'appelle *partitio*, et le légataire prend le nom de légataire *partiaire*, *legatarius partiarius*. (Ulp., *Reg.*, XXIV, § 25.)

D'après les principes du droit romain, le légataire n'est qu'un successeur aux biens; il n'est pas, comme l'héritier institué, le représentant et le continuateur de la personne du défunt : il ne succède ni aux créances ni aux dettes du défunt. (N° 1223.) — Ces principes s'appliquent aussi bien au légataire partiaire qu'au légataire d'un objet particulier. En conséquence, en cas de legs partiaire :

1° Le droit du légataire tombe par la répudiation de l'héritier; 2° le légataire n'est pas copropriétaire des *res hereditariæ* et ne peut agir par l'action *familiæ erciscundæ;* 3° toutes les créances et toutes les dettes du défunt passeront à l'héritier institué et non au légataire partiaire. L'héritier institué, ayant fait adition, pourra seul poursuivre les débiteurs du défunt, et, à l'inverse, lui seul pourra être poursuivi par les créanciers du défunt. Mais comme le légataire a reçu une portion de l'hérédité entière, il doit, d'après la volonté du défunt, avoir dans les créances la même fraction que dans les autres biens, et comme, d'un autre côté, il n'y a de biens dans une succession que déduction faite des dettes, le légataire partiaire doit supporter dans les dettes une fraction proportionnelle à la fraction qu'il prend dans les biens de l'hérédité. Pour atteindre ce double résultat, l'héritier institué et le légataire partiaire faisaient des stipulations réciproques. Exemple : supposons qu'un testateur a légué le tiers de son hérédité à un légataire. Le légataire disait à l'héritier : « Me promets-tu de me donner le tiers des sommes que tu toucheras des débiteurs du défunt? » L'héritier répondait : « Je promets. » De son côté, l'héritier disait au légataire partiaire : « Me promets-tu de m'indemniser du tiers des dettes que j'aurai été obligé de payer aux créanciers du défunt? » Le légataire répondait : « Je promets. » Par suite de ces stipulations, l'héritier et le légataire avaient l'un contre l'autre la *condictio* pour obtenir l'exécution de leur promesse réciproque. Ces stipulations s'appelaient stipulations *partis et pro parte*. (Ulp., *Reg.*, XXV, § 15.)

1503. *B*. Legs d'un pécule. — Le pécule est un ensemble de biens dont un maître abandonne l'administration à son esclave, qui peut contracter des obligations dont le payement peut être poursuivi sur le pécule; l'esclave peut augmenter le pécule par des acquisitions. D'après cela, on voit que l'ensemble des biens composant le pécule peut augmenter ou diminuer, suivant la bonne ou la mauvaise administration de l'esclave. — En supposant le legs *per vindicationem* d'un pécule, le légataire devient de plein droit, par

l'adition, propriétaire des objets corporels, qu'il peut revendiquer isolément; les dettes et les créances, comme dans le legs partiaire, demeurent en principe sur la tête de l'héritier, sauf des stipulations à intervenir entre lui et le légataire, pour se tenir compte réciproquement des rentrées et des payements.

Il faut distinguer d'ailleurs si ce legs est fait à l'esclave lui-même, ou à un tiers : 1° *fait à un tiers*, le *dies cedens* a lieu à la mort du *de cujus;* 2° *fait à l'esclave*, il a lieu à l'adition; d'où résulte notamment que les augmentations réalisées par *le pécule, jacente hereditate*, profitent à l'esclave, tandis qu'elles ne profiteraient pas au tiers légataire du pécule, à moins qu'elles ne provinssent *ex ipsis rebus peculiaribus*. Le legs du pécule est réputé sous-entendu, et en faveur de l'esclave, si le maître déclare qu'il sera libre après avoir rendu ses comptes et acquitté le reliquat; il y a là la meilleure preuve de la séparation des patrimoines qui doit s'opérer.

Le legs du pécule, sauf l'observation précédente, doit toujours être *exprès;* sans cela, il reste dans l'hérédité.

§ 20. « Si un pécule a été légué, il n'est pas douteux que ce qui l'accroît ou le diminue du vivant du testateur est un profit ou une perte pour le légataire. Mais si, après la mort du testateur et avant l'adition de l'hérédité, l'esclave fait des acquisitions, Julien dit : « Si c'est à l'esclave lui même que le pécule a été légué avec affranchissement, tout ce qui a été acquis avant l'adition d'hérédité profite à l'affranchi légataire parce que le *dies cedit* de ce legs a lieu à l'adition d'hérédité ; mais si le pécule a été légué à un autre, ces acquisitions n'entrent pas dans le legs, à moins qu'elles ne proviennent des choses mêmes du pécule.» — Le pécule n'est dû à l'affranchi par testament qu'autant qu'il lui a été légué; au contraire, si un maître affranchit, de son vivant, son esclave, il suffit qu'il ne lui retire pas le pécule, pour que le pécule appartienne à l'affranchi. C'est ce qu'ont décidé, par un rescrit, les divins Sévère et Antonin. Les mêmes empereurs ont décidé que, le pécule ayant été légué, l'esclave n'a pas le droit de réclamer les sommes qu'il aurait dépensées pour le compte de son maître. D'après les mêmes empereurs, le pécule est censé légué, lorsque le testateur a ordonné que l'esclave serait libre en rendant ses comptes à l'héritier et en payant le reliquat avec les valeurs du pécule.

1504. *Observation.* — Le *legs d'un troupeau*, ou d'une chose *principale* dont on sous-entend les accessoires, sera étudié dans le paragraphe consacré à la *révocation* et à *l'extinction* du legs.

V. — A qui un legs peut-il être fait?

§ 24. « *Legari autem illis, solis potest cum quibus testamenti factio est.* On ne peut léguer qu'à ceux avec lesquels on a la *factio testamenti.* »

1505. Ainsi, d'après ce texte, un legs ne peut être fait qu'à ceux avec lesquels le testateur a la *factio testamenti*, c'est-à-dire à ceux

que le testateur peut instituer héritiers. Toutefois, par exception, un legs pouvait être fait à certaines personnes que le testateur n'aurait pas pu instituer. Ces personnes sont : 1° les cités, « *civitatibus omnibus quæ sub imperio populi romani sunt, legari potest : idque a divo Nerva introductum, postea a senatu auctore Adriano diligentius constitutum est.* » (Ulp., *Reg.*, XXIV, § 28); 2° les corporations dont la formation avait été autorisée par une loi, par un sénatus-consulte, ou une constitution impériale. (L. 20. D, 34, 5. L. 8. C. 6, 24. — V. n° 807.)

Pour qu'une personne puisse recueillir le legs qui lui a été fait, il faut aussi qu'elle ait le *jus capiendi*. (V. n^os^ 1349, 1350, 1351, 1354.)

§ 25. « Autrefois, il n'avait pas été permis de laisser ni des legs ni des fidéicommis aux personnes incertaines; car le militaire lui-même ne pouvait en laisser aux personnes incertaines, d'après un rescrit du divin Adrien. Une personne incertaine était une personne que le testateur ne pouvait pas se représenter d'une manière précise; par exemple : « Quiconque donnera sa fille en mariage à mon fils, que mon héritier lui donne tel fonds. » — De même le legs, qui était laissé « à ceux qui seraient, après la confection du testament, désignés les premiers comme consuls », était considéré comme fait à une personne incertaine; et il y avait beaucoup d'autres exemples semblables. La liberté ne pouvait non plus être laissée à une personne incertaine, parce qu'il avait été admis que les esclaves ne pouvaient être affranchis que nominativement. De même le tuteur ne pouvait être qu'une personne certaine. Mais un legs pouvait être valablement fait, sous une désignation certaine, à une personne incertaine prise parmi des personnes certaines, par exemple : « Si quelqu'un de mes « cognats, qui existent maintenant, épouse ma fille, que mon héritier lui donne « telle chose. » Toutefois il avait été décidé par les constitutions sacrées que les legs ou les fidéicommis laissés à des personnes incertaines, s'ils avaient été payés par erreur (par l'héritier), ne pourraient être répétés. »

§ 26. « Le legs fait au posthume externe était également inutile. Le posthume externe est celui qui, étant né, ne doit pas se trouver parmi les héritiers du testateur : le petit-fils né d'un fils émancipé était un posthume externe pour son aïeul. »

§ 27. « Mais cette matière n'a pas été laissée sans de justes réformes, parce qu'une constitution a été insérée dans notre Code, par laquelle nous y avons remédié non-seulement pour les hérédités, mais aussi pour les legs et les fidéicommis; ce qui apparaîtra clairement de la lecture de cette constitution. Mais, même d'après notre constitution, une personne incertaine ne peut être nommée tuteur, parce que chacun doit pourvoir, avec un jugement sûr, à la tutelle de sa postérité. »

1506. La constitution dont parle Justinien, dans le § 27, avait été insérée dans la première édition du Code. Dans la seconde édition du Code qui nous est parvenue, il n'y a qu'une analyse succincte de cette constitution, par laquelle Justinien décide qu'un legs peut être fait aux personnes incertaines. (L. *un.* C. 6, 68.) Mais le tuteur donné par le testateur doit toujours être une personne certaine. (§ 27.)

§ 28. « Le posthume externe pouvait autrefois être institué héritier, comme il peut l'être aujourd'hui, à moins qu'il ne soit dans le sein d'une femme que l'on ne peut épouser. »

1507. Bien que Justinien dise, dans le § 28, qu'autrefois le posthume externe pouvait être institué, il est certain que, d'après l'ancien droit civil romain, le posthume externe ne pouvait pas être institué héritier. En effet, Gaïus dit positivement : « Le posthume externe ne peut être héritier, parce qu'il est une personne incertaine. » (Gaïus, II, § 242.) Du reste, Justinien lui-même, dans un autre passage des *Institutes*, reconnaît que, d'après l'ancien droit civil, l'institution d'un posthume n'était pas valable. (*Inst.*, III, IX, pr.) — Mais le préteur admettait la validité de l'institution des posthumes externes, et donnait la *bonorum possessio secundum tabulas* au posthume externe institué héritier. (*Inst.*, III, IX, pr.) C'est sans doute à cette validité de l'institution d'un posthume externe, admise par le droit prétorien, que Justinien a voulu faire allusion dans le § 28. Quant à Justinien, il décide que le posthume externe pourra être institué héritier et pourra recevoir un legs, pourvu que ce posthume externe soit conçu d'une femme que le testateur puisse épouser; en d'autres termes, un testateur ne peut pas instituer, ni gratifier d'un legs un enfant conçu de lui et d'une femme qui est sa parente ou qui est mariée avec un autre homme que lui, car cet enfant est pour lui un posthume incestueux ou adultérin. (§ 28 de n. t. — *Inst.*, III, IX. pr. — L. 9, § 1, § 2, 3. D. 98, 2. — V. n° 1350, 7°.) Mais je puis parfaitement léguer à celui qui doit être mon frère ou mon neveu, bien que je ne puisse épouser sa mère, qui est ma propre mère ou ma sœur.

1508. Pour qu'un legs soit valable, il faut que le légataire soit suffisamment désigné pour qu'on puisse le reconnaître; sinon le legs est nul. Mais pourvu que le légataire soit suffisamment désigné pour qu'on puisse le reconnaître, le legs est valable, quand même le testateur se serait trompé sur les noms, prénoms et qualités :

§ 29. « Si un testateur s'est trompé sur le nom, le surnom ou le prénom du légataire, pourvu qu'on soit sûr de la personne, le legs est valable. Il en est de même pour les héritiers institués, et avec raison, car les noms n'ont été inventés que pour désigner les hommes : s'ils sont désignés d'une autre manière, peu importe. »

1509. De même, pour qu'un legs soit valable, il faut que l'objet légué soit suffisamment désigné pour qu'on puisse le reconnaître. Mais cela suffit. Quand même le testateur se serait trompé sur la désignation de l'objet, pourvu qu'on puisse reconnaître l'objet

légué, le legs est valable; par exemple, si je lègue mon esclave Stichus en le qualifiant de *verna* (esclave né à la maison), le legs est valable, bien que Stichus ne soit pas *verna* (par exemple, je l'ai acheté) :

§ 30. « A cette règle de droit ressemble cette autre : Le legs n'est pas détruit par une fausse désignation, par exemple si un testateur a légué ainsi : « Je « lègue Stichus, mon esclave, *verna;* » quoique Stichus ne soit pas né chez lui, mais qu'il l'ait acheté, si l'on n'a aucun doute sur la personne de l'esclave, le legs est valable. De même, s'il a dit : « L'esclave Stichus, que j'ai acheté de « Seius », tandis qu'il l'a acheté d'un autre, le legs est valable pourvu qu'il n'y ait pas de doute sur la personne de l'esclave dont il s'agit. »

Si je lègue à ma femme la dot qu'elle m'a apportée, sans rien dire davantage, ce legs est nul, si ma femme ne m'a apporté aucune dot. En effet, ici, il n'y a pas même une *falsa démonstratio;* il n'y a aucune désignation de l'objet légué, et il est impossible de déterminer le montant du legs. Au contraire, si je dis : « Je lègue à ma femme les cent sous d'or qu'elle m'a apportés en dot, le legs est valable, quand même ma femme ne m'aurait rien apporté en dot :

§ 15. «... Si le mari a légué une dot qu'il n'a pas reçue, les divins Sévère et Antonin ont décidé par un rescrit que, s'il a légué sans explication, le legs est nul; que s'il a indiqué une certaine somme, un corps certain ou telles choses indiquées dans l'écrit dotal, le legs est valable. »

1510. *Fausse cause.* — Si la cause pour laquelle le testateur a dit qu'il fait le legs est fausse, le legs n'en est pas moins valable. En effet, le testateur n'est pas obligé d'indiquer le motif qui le détermine à faire un legs. S'il indique un motif, c'est là une mention superflue. Voilà pourquoi, si le motif indiqué se trouve faux, le legs est néanmoins valable. Toutefois, si l'héritier peut prouver que le testateur n'a légué qu'en raison du motif qu'il a indiqué, et qu'il n'aurait pas fait le legs s'il avait connu son erreur, l'héritier pourra opposer l'exception de dol au légataire qui réclamerait le legs :

§ 31. « A plus forte raison, la fausse cause ne nuit pas aux legs, par exemple si quelqu'un a dit : « Je lègue Stichus à Titius parce qu'il a administré mes « affaires pendant mon absence, » ou bien : « Je lègue Stichus à Titius parce « qu'il m'a fait acquitter, par sa défense, d'une acquisition capitale, » bien que Titius n'ait pas géré les affaires du testateur et ne l'ait pas fait acquitter par sa défense, le legs est valable. Mais il en serait autrement si la cause avait été énoncée comme condition, par exemple de cette manière : « Je lègue tel « fonds à Titius s'il a administré mes biens. »

Le legs dont il est question à la fin du § 31 n'est pas, en réalité, un legs conditionnel, parce que l'événement auquel le testateur a subordonné ce legs n'est pas un événement futur et incertain. En

effet, si l'on vérifie que le légataire a effectivement géré les affaires du testateur, le legs sera pur et simple, et le *dies cedit* aura lieu à la mort du testateur.

1511. Le legs fait à l'esclave de l'héritier institué est-il valable? Il faut distinguer : si le legs est pur et simple, il est nul; si le legs est conditionnel, il est valable. — Si le legs fait à l'esclave de l'héritier institué est pur et simple, il est nul. Exemple : un testateur institue pour héritier Titius et lègue cent sous d'or à l'esclave de Titius. Le legs des cent sous d'or étant pur et simple, le *dies cedit* aura lieu à la mort du testateur. Or, lorsqu'un legs est fait à un esclave, c'est le maître auquel appartient l'esclave au jour du *dies cedit* qui acquiert le legs. Or, dans notre exemple, le maître de l'esclave est précisément l'héritier institué; c'est donc lui qui acquerra le legs, et comme, d'un autre côté, c'est l'héritier institué qui est débiteur du legs, le legs est nul, car l'héritier ne peut être à la fois créancier et débiteur du legs. Mais ne pourrait-on pas dire : Quand un legs est fait à un esclave, on ne sait pas à l'avance à qui le legs profitera; il doit profiter au maître à qui l'esclave appartiendra au *dies cedit*, c'est-à-dire au jour de la mort du testateur; or il est possible qu'à cette époque l'esclave ait cessé d'appartenir à l'héritier institué, qui alors sera bien débiteur du legs, mais n'en sera pas créancier, puisqu'il ne sera plus propriétaire de l'esclave auquel le legs a été fait : l'héritier payera le legs au nouveau propriétaire de l'esclave? Non. Lors même que l'esclave aurait cessé d'appartenir à l'héritier au jour du *dies cedit*, au jour de la mort du testateur, le legs fait à l'esclave de cet héritier serait nul par application de la règle Catonienne. En effet, du moment que le legs fait à l'esclave de l'héritier institué est pur et simple ou à terme fixe, il est nul et reste nul, car si le testateur fût mort le jour de la confection du testament, le legs eût appartenu à l'héritier propriétaire de l'esclave, et l'héritier eût été en même temps créancier et débiteur du legs, ce qui n'est pas possible. Le legs eût été nul, et il restera nul, quand même, le testateur n'étant pas mort immédiatement, l'esclave aurait cessé d'appartenir à l'héritier au jour de la mort du testateur. (N° 1473.)

Au contraire, le legs fait sous condition à l'esclave de l'héritier institué est valable, parce que la règle Catonienne ne s'applique pas aux legs conditionnels. Le *dies cedit* du legs conditionnel fait à l'esclave de l'héritier institué aura lieu à l'arrivée de la condition. Mais ce legs sera-t-il sûrement exécuté? Il faut distinguer. Si à l'arrivée de la condition l'esclave a cessé d'appartenir à l'héritier, le legs sera exécuté : l'héritier débiteur du legs en payera le mon-

tant au nouveau propriétaire de l'esclave. Si au contraire, à l'arrivée de la condition, l'esclave appartient encore à l'héritier institué, l'héritier se trouve créancier et débiteur du legs : le legs s'évanouit parce que son exécution est impossible. (N° 1474, 2°.)

§ 32. « On se demande si l'on peut léguer valablement à l'esclave de l'héritier institué. Il est certain que ce legs fait purement est inutile, et il ne servirait à rien que, du vivant du testateur, l'esclave sortît de la puissance de l'héritier, car le legs qui eût été nul si le testateur fût mort immédiatement après la confection de son testament ne peut devenir valable par celà seul que le testateur a vécu plus longtemps. Mais ce legs peut être fait valablement sous condition; dans ce cas, il faut rechercher si, au temps où *dies legati cedit*, l'esclave n'est plus sous la puissance de l'héritier. »

Il convient de remarquer que le legs pur et simple ou à terme fixe fait à l'esclave de l'héritier institué est nul seulement dans le cas où l'héritier maître de l'esclave est seul héritier institué. En effet, s'il y a plusieurs héritiers institués, le legs fait à l'esclave de l'un d'eux, même purement, est valable, comme si le legs était fait à l'héritier lui-même (n° 1455), car alors il y a un véritable legs *per præceptionem*.

1512. Le legs fait au maître de l'esclave institué héritier est-il valable? Le legs, même pur et simple, fait au maître de l'esclave institué héritier est valable. Mais il semble que la règle Catonienne s'oppose à la validité de ce legs. Exemple : un testateur institue pour héritier l'esclave Stichus et lègue cent sous d'or à Titius, son maître. Comme ce legs est pur et simple, si nous supposons le testateur mort aussitôt après la confection du testament, le legs appartiendra à Titius, qui, d'un autre côté, sera héritier par l'intermédiaire de Stichus, son esclave : le legs, se confondant alors avec l'hérédité, sera nul? Non. En effet, même en supposant que le testateur fût mort aussitôt après la confection du testament, il est certain que Titius eût été légataire; mais il n'est pas certain qu'il eût été héritier, car ce n'est pas forcément le maître auquel appartient, au jour de la mort du testateur, l'esclave institué héritier, qui doit recueillir l'hérédité; c'est le maître quelconque de l'esclave qui lui donnera ordre de faire adition. Or il est possible qu'entre l'époque du décès et l'époque de l'adition, Titius aliène ou affranchisse son esclave Stichus sans lui donner le *jussus adeundi*. Dans ces deux cas, Titius ne sera pas héritier, mais seulement légataire : le legs sera donc valable, car il ne se confondra pas avec l'hérédité. — Mais si Titius ordonne à Stichus de faire adition, le legs s'évanouira, car alors Titius sera tout à la fois héritier et légataire :

§ 33. « A l'inverse, il n'est pas douteux qu'on ne puisse léguer valablement, même sous condition, au maître de l'esclave institué héritier. En effet, bien que le testateur soit mort immédiatement après la confection de son testament, le droit au legs ne s'ouvrira pas forcément au profit de celui qui est héritier, car l'héritier est séparé du legs, et il est possible qu'un autre que le légataire soit héritier par l'intermédiaire de l'esclave, si, avant qu'il ait fait adition par ordre de son maître, il est aliéné et se trouve ainsi sous la puissance d'un autre; ou bien, s'il est affranchi, il devient lui-même héritier. Dans ces cas, le legs est utile ; mais s'il est resté dans la même condition, et s'il fait adition par ordre du légataire, le legs s'évanouit. »

1513. On peut léguer à l'esclave d'une hérédité jacente. Et, — alors même que, dans cette hypothèse, il s'agirait d'un legs d'usufruit, et que l'hérédité, à laquelle appartient le légataire, serait encore jacente au moment où l'on fait adition de l'hérédité grevée du legs d'usufruit, — on recule le *dies cedit* jusqu'au moment où le légataire a un maître sur lequel puisse se fixer le droit d'usufruit.

1514. VI. **Dans quelle partie du testament le legs peut-il être valablement fait?** — Nous savons que dans l'ancien droit romain l'institution d'héritier, étant considérée comme *caput et fundamentum testamenti*, devait être faite en tête du testament. Toute disposition, sauf la nomination du tuteur, faite avant l'institution d'héritier, était nulle. Par conséquent, le legs, pour être valable, devait être fait après l'institution d'héritier; s'il était fait avant, il était nul. De même l'affranchissement (ou legs de liberté fait par le testateur à son esclave) fait avant l'institution d'héritier était nul. (Gaïus, II, §§ 229, 230, 231; Ulp., *Reg.*, XXIV, § 15.) Ainsi un legs *per vindicationem*, étant fait entre deux institutions d'héritiers, grèvera le premier pour la partie qui le concerne, mais ne frappera pas l'institué postérieur. Le legs *per damnationem* échappait à cette distinction et frappait pour le tout le premier institué. Justinien supprima toutes ces subtilités en décidant, en 528, qu'on ne s'occuperait plus de l'ordre matériel des dispositions d'un même testament.

Quant aux fidéicommis, qui n'ont jamais été soumis à la rigueur des principes du droit civil, ils ont toujours été valablement faits avant ou après l'institution. (Ulp., *Reg.*, XXV, § 8.)

§ 34. « Autrefois, le legs fait avant l'institution d'héritier était nul, sans doute parce que les testaments reçoivent leur force de cette institution; voilà pourquoi l'institution est considérée comme la tête et le fondement du testament tout entier. Pour le même motif, la liberté ne pouvait non plus être donnée avant l'institution. Mais, considérant comme déraisonnable (ce qui avait aussi semblé blâmable à l'antiquité elle-même) de ne pas tenir compte de la volonté du testateur; nous avons corrigé ce vice par notre constitution, de manière qu'il soit permis de laisser des legs et à plus forte raison la liberté, qui mérite

encore plus de faveur, soit avant l'institution, soit parmi les différentes institutions. »

1515. VII. **Sous quelles modalités et à la charge de qui un legs peut-il être fait?** — Un legs peut être fait purement et simplement, à terme ou sous condition.

1516. Tout legs comporte l'apposition d'un terme *a quo* ou d'une condition *sub qua*. Mais le vieux principe (M. Accarias, t. I, p. 450, 451), qui annulait les transports de propriété temporaire, avait supprimé le terme *ad quem* et la condition *ad quam*, dont l'apposition devait annuler à un certain moment la disposition qui en était affectée. Justinien, modifiant le principe, en supprima les conséquences. — On va étudier les différentes modalités qui peuvent affecter un legs :

Un legs peut être fait purement et simplement. Exemple : « Je lègue à Mævius mon fonds Cornélien. »

Un legs peut être fait à terme fixe, *sub die certo*, par exemple : « Que mon héritier donne cent sous d'or à Mævius cinq ans après ma mort. »

Un legs peut être fait sous condition. Exemple : « Je lègue cent sous d'or à Mævius s'il est nommé consul. » Si un legs a été fait sous une condition impossible ou illicite, la condition est réputée non écrite et le legs est valable. (Gaïus, III, § 98. — V. n° 1300.) Le legs fait sous une condition dépendante uniquement de la volonté d'un tiers est nul. Exemple : « *Titio decem lego, si Mævius voluerit.* » Au contraire, le legs fait sous une condition dépendante d'un fait à exécuter par un tiers est valable. Exemple : *Titio decem do, si Mævius in Capitolium ascenderit.* (L. 52. D. 35, 1.)

1517. Un legs peut être fait *sub die incerto*. Le *dies incertus* est un terme qui doit arriver certainement; mais on ignore l'époque à laquelle il arrivera. Exemple : « Je lègue cent sous d'or à Mævius, lorsque Titius mourra. » Il est certain que Titius mourra; mais on ignore l'époque où il mourra. Le *dies incertus*, dans les testaments, équivaut à une condition : *Dies incertus, in testamento, conditionem facit.* (L. 75. D. 35, 1.) Le legs fait *sub die incerto* est donc un véritable legs conditionnel, auquel il faut appliquer toutes les règles du legs conditionnel. — Il y a cependant un cas où le *dies incertus* ne forme plus une condition, mais un véritable terme. C'est lorsqu'il est certain que le terme s'accomplira du vivant du légataire. Exemple : « Je lègue cent sous d'or à Titius, lorsqu'il mourra. » Ce terme arrivera du vivant du légataire, au moment même où il mourra. Le legs se sera donc ouvert à son profit au moment même de sa mort, et il le transmettra à ses héritiers. C'est ce que dit Papinien :

« *Heres meus, cum morietur Titius, centum ei dato : purum legatum est, quia non conditione, sed mora suspenditur.* » (L. 79, pr. D. 35, 1.)

1518. Il est possible qu'un legs ait été fait sous une condition qui ne pourra s'accomplir qu'après la mort du légataire. Par exemple, le testateur a dit : « *Titio decem lego, si in Capitolium non ascenderit.* » Dans ce cas, il est évident que la condition ne peut s'accomplir qu'après la mort du légataire ; car ce n'est qu'après sa mort qu'il sera certain qu'il ne montera pas au Capitole. Or, la condition ne s'accomplissant qu'après la mort du légataire, le legs ne pourra être exécuté qu'au profit de ses héritiers, ce qui n'est pas possible ; car nous verrons qu'un legs ne peut pas être fait *post mortem legatarii.* (N° 1524.) Dans ce cas, il fut permis au légataire de faire exécuter le legs à son profit, comme si le legs était pur et simple, mais en fournissant caution (c'est-à-dire en faisant la promesse, garantie par un fidéjusseur ou par une hypothèque) — au cas où il ferait défaillir la condition négative de son legs, — de rendre la chose, objet du legs, et les profits qu'il en aurait retirés, à l'héritier, c'est-à-dire à la personne qui, en cas de contravention, devait profiter de la déchéance du légataire. — Remarquons cependant que ces derniers principes ne s'appliqueront pas si le testateur a légué, « *cum legatarius morietur*, » car ils iraient contre l'intention formelle du testateur. Legs fait sous la condition « *qu'un tiers le voudra bien* ». Ce legs ne produit pas d'effet, car il n'indique pas un désir bien arrêté chez le testateur de gratifier le légataire. Et cependant le legs fait sous la condition qu'un tiers fera telle chose : — « *si Mævius in Capitolium ascenderit*, » sera valable, quoique l'action dépende bien de la volonté du tiers.

Cette caution s'appelle caution Mucienne, du nom du jurisconsulte qui avait imaginé la formule à employer pour la fournir. (L. 7, pr. D. 35, 1. — V. n° 1304.)

1519. Un legs peut être fait *sub modo*, c'est-à-dire à la charge, par l'héritier, de faire telle chose indiquée par le testateur. Exemple : « Je lègue cent sous d'or à Mævius, à la charge de m'élever un tombeau. » Le legs fait *sub modo* est un legs pur et simple. Le légataire peut en réclamer l'exécution immédiatement ; mais il doit donner caution à l'héritier qu'il exécutera la charge imposée par le testateur. S'il n'exécute pas la charge, il devra rendre la chose léguée. (L. 40, § 5. D. 35, 1.)

1520. D'après le droit civil, un legs ne peut être fait qu'à la charge de l'héritier : « *Ab herede tantum legari potest.* » (*Legari ab aliquo*, c'est mettre un legs à la charge d'une personne.) En effet, le legs n'est pas autre chose qu'une charge imposée à l'hérédité. Or,

comme c'est l'héritier qui prend l'hérédité, on ne comprendrait guère qu'un autre que l'héritier fût chargé d'acquitter les legs.

1521. Cependant l'héritier n'est pas le seul qui profite des dispositions testamentaires. Il semble que le testateur pourrait grever d'un legs le légataire lui-même. Mais ce legs n'était pas admis; le legs fait à la charge d'un légataire était nul : « *A legatario legari non potest.* » (Ulp., *Reg.*, XXIV, § 20.)

Le testateur ne peut pas même imposer un legs au père ou au maître dont le fils ou l'esclave est institué héritier, parce que le legs ne serait pas à la charge de l'héritier. (Ulp., *Reg.*, XXIV, § 21.) Au contraire, un fidéicommis pouvait être fait à la charge de quiconque retirait un avantage des dispositions testamentaires : un fidéicommis pouvait être fait à la charge de l'héritier, à la charge du légataire et à la charge du fidéicommissaire lui-même. Mais Justinien ayant assimilé les legs aux fidéicommis, à partir de ce moment un legs peut être fait à la charge du légataire : « *Legari a legatario potest.* »

1522. D'après le droit civil, un legs ne pouvait être fait à la charge de l'héritier de l'héritier; par conséquent, le testateur ne pouvait léguer *post mortem heredis;* car c'eût été mettre le legs à la charge de l'héritier de l'héritier. Mais le testateur pouvait léguer pour le moment de la mort de l'héritier, *cum heres morietur*, parce que, dans ce cas, l'héritier aura été grevé du legs de son vivant; car il n'y a que les vivants qui meurent : « *Post mortem heredis legari non potest, ne ab heredis herede legari videatur, quod juris civilis ratio non patitur. In mortis autem heredis tempus legari potest,* VELUT CUM HERES MORIETUR. (Ulp., *Reg.*, XXIV, § 16.)

1523. A l'inverse, un legs ne peut être fait pour la veille de la mort de l'héritier, *pridie quam heres morietur*, parce qu'on ne connaîtra la veille de la mort de l'héritier qu'après sa mort; or un pareil legs se trouverait, en réalité, fait à la charge de l'héritier de l'héritier, ce qui n'est pas possible. (Gaïus, II, § 232.) — Justinien décida que le testateur pourrait léguer *post mortem heredis* et *pridie quam heres morietur*.

1524. De même, d'après l'ancien droit civil, un legs ne pouvait être fait *post mortem legatarii*, ni *pridie quam legatarius morietur;* car ce legs eût été fait au profit des héritiers du légataire. Or les héritiers du légataire, au moment où le testateur fait son testament, ne sont pas connus, et, par suite, sont forcément des personnes incertaines. Or un legs ne peut être fait, d'après le droit civil, à des personnes incertaines. Justinien ayant décidé qu'un legs peut être fait, même à des personnes incertaines, le legs fait *post mortem legatarii* et le legs fait *pridie quam legatarius morietur* deviennent valables :

§ 35. « Un legs ne pouvait être fait pour être exécuté après la mort de l'héritier ou après la mort du légataire, par exemple : « Je lègue, lorsque mon « héritier sera mort, » ou bien : « Je lègue pour la veille de la mort de mon « héritier ou du légataire. » Mais nous avons corrigé encore ce point, en donnant force à ces sortes de legs, à l'imitation des fidéicommis, afin que la condition des legs ne soit pas, dans ce cas, plus mauvaise que celle des fidéicommis. »

1525. *Du legs pœnæ nomine.* ou *legs fait à titre de peine.* — Le legs fait *pœnæ nomine* est un legs que le testateur fait pour punir l'héritier au cas où il n'exécuterait pas un ordre qu'il lui a donné. « Le legs fait à titre de peine, dit Gaïus, est celui qui est fait pour contraindre l'héritier à faire ou à ne pas faire quelque chose; par exemple : « Si mon héritier accorde sa fille en mariage à Titius, qu'il donne 10,000 sesterces à Seius. » Ou bien : « S'il n'accorde pas sa fille en mariage à Titius, qu'il donne 10,000 sesterces à Seius. » — Tout legs fait *pœnæ nomine*, même fait par un militaire, était nul. Ce legs était déclaré nul : 1° parce que son exécution dépendait uniquement de la volonté de l'héritier; 2° parce que le legs doit avoir pour cause un sentiment de bienveillance du testateur pour le légataire, et non un ressentiment du testateur contre l'héritier.

Il faut remarquer que le legs *pœnæ nomine* est, en réalité, un legs fait sous une condition imposée à l'héritier, sous la condition que l'héritier fera telle chose que le testateur lui ordonne, ou qu'il ne fera pas telle chose que le testateur lui défend. Ce legs se trouve fait sous une condition prohibée par la loi, sous une condition illicite. Or, ce qu'il y a de particulier dans le legs *pœnæ nomine*, c'est que la condition illicite n'est pas réputée non écrite. Au contraire, elle rend le legs nul.

Le testateur ne pouvait pas non plus révoquer un legs, à titre de peine, pour punir le légataire, au cas où le légataire ne ferait pas telle chose que le testateur lui ordonne, ou ferait telle chose que le testateur lui défend. En pareil cas, il pouvait y avoir difficulté pour savoir si, au lieu de révoquer un legs, *pœnæ nomine*, il n'avait pas entendu faire plutôt un legs sous condition. Exemple : « Je lègue cent sous d'or à Seius, s'il fait telle chose; s'il ne la fait pas, il n'aura rien. » — On aurait pu dire : Si le légataire n'a rien dans ce cas, c'est que la condition sous laquelle le legs lui a été fait n'est pas accomplie. En pareil cas, c'était une question d'interprétation de la volonté du testateur, que de savoir s'il avait voulu faire un legs conditionnel, ou, au contraire, s'il avait voulu révoquer le legs à titre de peine, *adimere legatum pœnæ nomine*. (L. 2. D. 34, 6.) La *translatio* d'un legs, faite *pœnæ nomine*, était nulle aussi. (Nos 1550, 1554.)

Justinien supprima encore cette cause de nullité des legs, et dé-

cida qu'un legs pourrait être fait, révoqué et transféré *pœnæ nomine* ;

§ 36. « C'est inutilement qu'on léguait, qu'on révoquait ou qu'on transférait un legs à titre de peine. Le legs à titre de peine est celui qui est fait pour contraindre l'héritier à faire ou ne pas faire quelque chose, par exemple si un testateur a écrit : « Si mon héritier accorde (ou à l'inverse s'il n'accorde pas) sa « fille en mariage à Titius, qu'il donne dix écus d'or à Seius ; » ou bien : « Si « mon héritier aliène (ou à l'inverse s'il n'aliène pas) l'esclave Stichus, qu'il « donne dix écus d'or à Seius. » Cette règle était tellement observée, qu'il avait été décidé par plusieurs constitutions impériales que l'empereur lui-même n'accepterait pas le legs qui lui serait fait à titre de peine. Ces legs n'étaient même pas valables dans le testament d'un militaire, bien que les autres volontés des militaires dans la confection des testaments fussent observées. Bien plus, il avait été admis que la liberté elle-même ne pourrait être léguée à titre de peine. En outre, Sabinus pensait qu'un héritier ne pouvait être adjoint à titre de peine ; par exemple, si quelqu'un avait dit : « Que Titius soit mon héritier. Si Titius « accorde sa fille en mariage à Seius, que Seius soit aussi mon héritier ; » il importait peu, en effet, pourquoi Titius avait été contraint : que ce fût par la dation d'un legs ou par l'adjonction d'un héritier. Mais les scrupules de cette nature ne nous ont pas plu, et nous avons décidé que toutes les dispositions quelconques pourraient être faites, révoquées ou transférées à titre de peine, et qu'elles ne différeraient plus des autres legs ; sauf les dispositions qui sont impossibles, interdites par les lois ou contraires aux mœurs, parce que les idées de mon temps n'admettent pas la validité des dispositions de cette nature. »

D'après Justinien, ce n'est qu'autant que la condition mise au legs à titre de peine est impossible ou illicite que le legs est nul. Exemple : « Si mon héritier ne touche pas la lune du doigt, je lègue cent sous d'or à Seius. » Ou bien le testateur a dit : « Si mon héritier ne tue pas Titius, je lègue cent sous d'or à Seius. » Dans ces deux cas, le legs est nul, et l'héritier n'est pas tenu de l'acquitter. Pourquoi ? Parce qu'il serait déraisonnable d'exiger de l'héritier qu'il fît une chose impossible, et qu'il serait immoral d'exiger de lui qu'il commît un acte illicite. Dans tous les autres cas, le legs *pœnæ nomine* est valable.

1526. VIII. **Du droit d'accroissement dans les legs.** — Il est possible qu'un légataire ne puisse pas, pour diverses causes, recueillir le legs qui lui a été fait : 1° parce qu'au moment de la confection du testament, il est déjà mort ou n'a pas la *factio testamenti ;* dans ce cas, le legs est nul et est considéré comme non écrit, *pro non scripto ;* 2° parce qu'il a perdu la *factio testamenti* ou est mort avant le *dies cedit,* c'est-à-dire avant le décès du testateur ou avant l'arrivée de la condition, si le legs est conditionnel ; 3° parce qu'il a répudié le legs. Dans ces divers cas, qui est-ce qui, à défaut du légataire, profitera du legs ? Si le legs a été fait à un seul légataire, c'est l'héritier débiteur du legs qui en profitera, car il sera dispensé de l'exécuter. Si, au contraire, une même chose a été léguée à plusieurs

légataires, l'un d'eux venant à faire défaut, qui est-ce qui profitera de sa part vacante dans l'objet légué? Cette part profitera-t-elle aux colégataires du légataire défaillant? — S'il y a lieu à accroissement au profit des colégataires, ce sont eux qui profiteront de la part du légataire défaillant; s'il n'y a pas lieu à l'accroissement, la part du légataire défaillant profitera à l'héritier débiteur du legs, qui ne sera pas tenu d'exécuter le legs pour cette part. Mais quand y a-t-il lieu à accroissement au profit des colégataires? Cette question a été diversement résolue par trois législations successives : 1° par l'ancien droit civil; 2° par les lois caducaires; 3° par la législation de Justinien.

1527. 1° *Du droit d'accroissement d'après le droit civil.* — Dans l'ancien droit civil, les règles sur l'accroissement étaient différentes dans les quatre espèces de legs.

1528. *A.* LEGS PER VINDICATIONEM. — Lorsqu'une même chose a été léguée *per vindicationem* à plusieurs légataires, si l'un d'eux fait défaut, il y a toujours accroissement : la part vacante du légataire défaillant accroît toujours à ses colégataires, sans distinguer si la chose leur a été léguée *disjunctim* ou *conjunctim*.

1529. Le legs est fait *disjunctim* lorsque la même chose a été léguée à plusieurs héritiers dans des phrases séparées; par exemple, lorsque le testateur a dit : « Je lègue le fonds Cornélien à Titius; je lègue le même fonds Cornélien à Mævius. » Dans ce cas, si les deux légataires acceptent leur legs, ils partageront par moitié. Si l'un d'eux fait défaut, l'autre prendra tout.

1530. Un legs peut être fait *conjunctim* de différentes manières :

1° Le testateur a dit : « Je lègue à Titius et à Mævius le fond Cornélien. » Dans ce cas, les jurisconsultes romains disent que les deux légataires sont conjoints *re et verbis*, ou qu'il y a entre eux *conjunctio re et verbis*. Les deux légataires sont conjoints : *re*, par la chose, parce que c'est la même chose qui leur a été léguée, et *verbis*, parce que les deux legs sont faits dans la même phrase. Dans ce cas, si les deux légataires acceptent leur legs, ils partagent par moitié; mais si l'un d'eux fait défaut, l'autre prend tout par droit d'accroissement.

2° Le testateur a dit : « Je lègue à Titius le fonds Cornélien; je lègue à Mævius le même fonds Cornélien. Dans ce cas, les jurisconsultes romains disent que les deux légataires sont conjoints *re tantum*, ou qu'il y a entre eux *conjunctio re tantum*. Les deux légataires sont conjoints *re*, parce que c'est la même chose qui leur a été léguée; mais ils ne sont pas conjoints *verbis*, parce que les deux legs n'ont pas été faits dans la même phrase. Dans ce cas, si les deux

légataires acceptent leur legs, ils partageront par moitié. Mais si l'un fait défaut, l'autre prendra tout par droit d'accroissement. La *conjunctio re tantum* équivaut au legs fait *disjunctim* à deux légataires. (N° 1539.)

3° Le testateur a dit : « Je lègue le fonds Cornélien à Titius et à Mævius, à chacun par moitié. » Dans ce cas, les jurisconsultes disent que les deux légataires sont conjoints *verbis tantum*, ou qu'il y a entre eux *conjunctio verbis tantum*. Mais dans ce cas ce n'est pas, en réalité, la même chose qui a été léguée aux deux légataires. Ce n'est que la moitié de la même chose qui a été léguée à chacun d'eux ; si l'un d'eux fait défaut, il n'y aura pas accroissement au profit de l'autre, car il n'y a pas *una et eadem res legata*.

1531. Ainsi, pour qu'il y ait lieu à accroissement entre légataires, au cas de legs *per vindicationem*, il faut qu'une même chose leur ait été léguée, soit *disjunctim*, soit *conjunctim*. « Ce qui est certain, dit Gaius, c'est que si la même chose a été léguée *per vindicationem* à deux ou à un plus grand nombre, soit conjointement, soit disjointement, si tous deux viennent au legs, chacun prend une part ; si l'un fait défaut, sa part accroît aux colégataires. » On lègue conjointement de cette manière : « Je lègue l'esclave Stichus à Titius ou à Seius. » Disjointement, on lègue ainsi : « Je lègue l'esclave Stichus à Titius ; je lègue le même esclave Stichus à Seius. » (Gaïus, II, § 199.)

1532. Lorsque la même chose a été léguée *conjunctim* à plusieurs légataires, si l'un d'eux fait défaut, sa part accroît-elle toujours à tous ses colégataires ? Non ; il faut distinguer. Si tous les colégataires sont conjoints, l'un d'eux venant à faire défaut, sa part accroît à tous les autres légataires. Au contraire, si le légataire défaillant n'est conjoint qu'avec quelques-uns, sa part vacante n'accroîtra qu'à ses colégataires conjoints et non aux autres. Exemple : le testateur a dit : « Je lègue le fonds Cornélien à Titius et à Mævius ; je lègue le même fonds Cornélien à Seius. » Si les trois légataires acceptent leur legs, Titius et Mævius n'auront que la moitié du fonds ; Seius aura l'autre moitié. Mais si Titius fait défaut, sa part n'accroîtra qu'à son conjoint Mævius.

1533. *Comment a lieu l'accroissement ?* — 1° L'accroissement a lieu même à l'insu du légataire et malgré lui, parce qu'il était appelé *in solidum ;* 2° par la même raison, il ne supporte pas les charges particulières au défaillant, d'où l'on dit que l'accroissement a lieu *sine onere ;* 3° enfin l'accroissement a lieu *portionis portioni*, d'où résulte que si, au moment où *Primus* fait défaut, *Secundus* est déjà mort, les héritiers de ce dernier recueilleront la part du défaillant.

(Dans le legs d'usufruit, au contraire, l'accroissement a lieu *portionis personæ.*)

1534. *B.* LEGS PER DAMNATIONEM. — Lorsqu'une même chose a été léguée à plusieurs *per damnationem*, l'accroissement n'a jamais lieu; que le legs ait été fait *conjunctim* ou *disjunctim*, peu importe. En effet, si le legs a été fait *conjunctim*, par exemple, si le testateur a dit : « Que mon héritier soit condamné à donner le fonds Cornélien à Primus et à Secundus; » les deux légataires n'acquièrent par ce legs qu'un droit de créance. Or, lorsqu'une créance appartient à plusieurs personnes, elle se divise entre elles. La créance résultant du legs *per damnationem* au profit de deux légataires se divise donc entre eux : « *Damnatio partes facit.* » (*Fragm Vatic.*, § 85). Il n'y a donc pas ici *una et eadem res legata.* Si l'un des légataires fait défaut, sa part dans la créance n'accroît pas à son colégataire; elle profite à l'héritier qui sera dispensé de payer cette part. Si le legs a été fait *disjunctim*, par exemple, si le testateur a dit : « Que mon héritier soit condamné à donner mon fonds Cornélien à Primus, que mon héritier soit condamné à donner le même fonds Cornélien à Secundus; » chacun des légataires est créancier, pour le tout, de la chose léguée. Mais comme la chose entière ne peut être livrée à chacun d'eux, l'héritier livrera à l'un d'eux la chose en nature, et payera à l'autre l'équivalent de la chose, c'est-à-dire son estimation. Si l'un des légataires fait défaut, la défaillance profitera encore à l'héritier, qui aura moins d'équivalents à payer. Ici encore, il n'y a pas accroissement au profit du colégataire. (Gaïus, II, § 205.)

1535. *C.* LEGS SINENDI MODO. — Lorsqu'une même chose a été léguée par legs *sinendi modo* à plusieurs, si le legs a été fait *conjunctim*, par exemple, si le testateur a dit : « Que mon héritier soit condamné à laisser Titius et Mævius prendre le fonds Cornélien, » les deux légataires n'acquièrent encore qu'un droit de créance, qui se divise entre eux comme dans le legs *per damnationem.* Mais si le legs a été fait *disjunctim*, par exemple, si le testateur a dit : « Que mon héritier soit condamné à laisser Titius prendre mon fonds Cornélien; que mon héritier soit condamné à laisser Mævius prendre le même fonds Cornélien », chaque légataire acquiert-il, comme dans le legs *per damnationem* fait *disjunctim*, une créance distincte, de sorte que l'héritier sera obligé à laisser prendre la chose par l'un des légataires et à payer l'équivalent à l'autre? Sur cette question, les jurisconsultes romains n'étaient pas d'accord : « Quelques-uns, dit Gaïus, pensent que la chose est due en totalité à chacun, comme dans le legs *per damnationem;* d'autres pensent que la position de celui des légataires qui réclame le premier est la meilleure,

parce que l'héritier, dans ce genre de legs, étant condamné à laisser le légataire prendre la chose; s'il la laisse prendre par le premier qui réclame le legs, il sera en sécurité vis-à-vis de celui qui réclamera ensuite le legs, puisqu'il n'a plus la chose pour la lui laisser prendre et que ce n'est pas par son dol qu'il a cessé de l'avoir. » (Gaïus, II, § 215.)

1536. *D.* LEGS PER PRÆCEPTIONEM. — Lorsqu'une même chose a été léguée *per præceptionem*, soit à plusieurs des héritiers institués d'après les Sabiniens, soit à plusieurs légataires *extranei* d'après les Proculiens, l'accroissement a toujours lieu, que le legs ait été fait *conjunctim* ou *disjunctim*, peu importe. (Gaïus, II, § 223.)

Il faut se souvenir que, lorsqu'un legs a été fait *per præceptionem* à l'un des héritiers institués, cet héritiers recueille une partie du legs *jure legati* et l'autre partie *jure hereditario*. (N° 1455.)

1537. 2° *Du droit d'accroissement d'après les lois caducaires.* — Les lois caducaires supprimèrent presque complétement le droit d'accroissement entre les colégataires, pour le remplacer par le *jus vindicandi caduca.* Pour comprendre la restriction apportée par les lois caducaires au droit d'accroissement entre colégataires, il faut distinguer trois espèces de legs : 1° les legs qui deviennent caducs; 2° les legs qui sont quasi-caducs ou *in causa caduci;* 3° les legs qui sont réputés non écrits.

1538. *Legs caducs.* — Sont caducs : 1° les legs des célibataires qui ne se sont pas mariés dans le délai des cent jours qui suivent l'ouverture du testament; 2° la moitié du legs de l'*orbus;* 3° le legs du Latin junien, qui n'est pas devenu citoyen dans les cent jours qui suivent l'ouverture du testament; 4° le legs du légataire qui, après la mort du testateur, meurt avant l'ouverture du testament; 5° le legs du légataire qui, après la mort du testateur, perd la *factio testamenti* avant l'ouverture du testament; 6° le legs du légataire qui répudie. (Ulp., *Rég.*, XVII, § 1, et I, § 21. — V. n° 1431.)

1539. *Legs quasi-caducs* ou *in causa caduci.* — Sont assimilés aux caducs, ou *in causa caduci* : 1° le legs du légataire qui meurt après le confection du testament et avant le testateur ; 2° le legs du légataire qui perd la *factio testamenti* après la confection du testament et avant la mort du testateur. (L. *un.* § 2. C. 6. 51. — V. n° 1432.)

1540. *Legs réputés non écrits.* — Sont considérés comme non écrits : 1° le legs fait à une personne déjà morte au moment de la confection du testament; 2° le legs fait à une personne qui n'a pas la *factio testamenti* au moment de la confection du testament. (L. 4 pr. D. 34, 8. L. 1, § 2. C. 51.)

1541. Sous l'empire des lois caducaires, à qui les legs caducs,

quasi-caducs et les legs réputés non écrits étaient-ils attribués? Il faut distinguer : Les legs caducs et quasi-caducs étaient attribués, dans l'ordre suivant :

1° Aux colégataires conjoints *patres*. Mais par colégataires conjoints il faut entendre, d'après les lois caducaires, les colégataires qui sont avec le défaillant, *conjuncti re et verbis* ou *conjuncti verbis tantum*, mais non les *conjuncti re tantum*. C'est ce que dit formellement le jurisconsulte Paul : « *Re conjuncti videntur, non etiam verbis; cum duobus separatim eadem res legatur. Item verbis, non etiam re, Titio et Seio fundum ex æquis partibus do, lego : quoniam semper partes habent legatarii. Præfertur igitur omnimodo cæteris, qui re et verbis conjunctus est. Quod si re tantum conjunctus sit, constat non esse potiorem. Si vero verbis quidem cunjunctus potior sit? et magis est, ut et ipse præferatur.* Les légataires sont conjoints *re*, mais non *verbis*, lorsqu'une même chose a été léguée séparément à deux légataires (je lègue mon fonds Cornélien à Primus, je lègue le même fonds Cornélien à Secundus). De même il y a *conjunctio verbis*, mais non *re*, si je donne et lègue mon fonds à Titius et à Seius pour parts égales : parce que les légataires auront toujours des parts. Or celui qui est conjoint *re et verbis* est toujours préféré. S'il est conjoint *re tantum*, il est constant qu'il n'est pas préféré. Si, au contraire, il est conjoint *verbis* mais non *re*, c'est une question de savoir s'il est préféré. Il vaut mieux décider qu'il est préféré. » (L. 89, *De legatis*, 3° D. 32, III.) Nous avons vu, au contraire, que dans l'ancien droit, en cas de legs d'une même chose fait *per vindicationem* à plusieurs légataires, l'accroissement n'avait pas lieu au profit des *conjuncti verbis tantum*, mais au profit des *conjuncti re et verbis* et *re tantum*. (N° 1529.)

2° Aux héritiers *patres*.

3° Aux légataires *patres* non conjoints.

4° A l'*ærarium* et plus tard au fisc. Ainsi, ce n'est qu'à défaut de colégataires *patres* conjoints *re et verbis* ou *verbis tantum*, que les parts caduques ou quasi-caduques sont dévolues aux héritiers *patres* et ensuite aux légataires *patres* et enfin au fisc. C'est ce que dit Gaïus : « Quoique dans la revendication des choses caduques on place au premier rang les héritiers ayant des enfants et ensuite, si les héritiers n'ont pas d'enfants, les légataires qui en ont; cependant la loi *Papia* elle-même décide que le colégataire conjoint, s'il a des enfants, sera préféré aux héritiers, quand même ils auraient aussi des enfants. » (Gaïus, II, § 207.)

1542. Quant au legs *pro non scripto*, les lois caducaires ne s'y appliquaient pas : le legs réputé non écrit était attribué, d'après

les anciennes règles du droit d'accroissement, au colégataire conjoint. A défaut de colégataire, l'héritier institué débiteur du legs, pourvu qu'il fût *pater* ou *solidi capax*, ou qu'il pût invoquer le *jus antiquum*, en qualité d'ascendant ou de descendant du testateur, profitait du legs réputé non écrit, en ce sens qu'il n'était pas tenu de l'acquitter.

Sous l'empire des lois caducaires, le droit d'accroissement fut encore maintenu au profit des ascendants et descendants du testateur jusqu'au troisième degré. En conséquence, lorsque parmi les légataires d'une même chose se trouvait un ascendant ou un descendant du testateur, fût-il célibataire, il avait d'abord la *solidi capacitas*, c'est-à-dire le droit de recueillir sa part dans le legs et, en outre, le droit de profiter, *jure adcrescendi*, des parts quasi-caduques de ses colégataires défaillants, et même des parts caduques de ses colégataires, célibataires ou *orbi*. (Ulp., *Reg.*, XVIII. — N° 1436.)

1543. *Différences entre le jus caduca vindicandi et le droit d'accroissement.* — 1° Le *jus vindicandi caduca* est un droit nouveau, distinct, attribué aux *patres* par les lois caducaires ; au contraire, le droit d'accroissement, ou de non-décroissement, est un développement, une extension du droit de celui qui en profite ; 2° le droit d'accroissement est forcé ; le *jus vindicandi caduca* est facultatif : celui qui peut l'invoquer peut y renoncer ; 3° en principe, le droit d'accroissement a lieu *sine onere*, le *jus vindicandi caduca* a toujours lieu *cum onere*. (V. n° 1535.)

3° *Du droit d'accroissement d'après la législation de Justinien.*

§ 8. « Si la même chose a été léguée à deux légataires, soit conjointement, soit disjointement, si tous deux viennent au legs, le legs se partage entre eux ; si l'un d'eux fait défaut, ou répudie le legs, ou meurt avant le testateur, ou s'il fait défaut pour toute autre cause, le legs tout entier appartient au colégataire. Or un legs est fait conjointement, lorsqu'on dit, par exemple : « Je donne et « lègue l'esclave Stichus à Titius et à Seius ; » disjointement, on lègue ainsi : « Je donne et lègue l'esclave Stichus à Titius, je donne et lègue Stichus à « Seius. » Quand même le testateur eût dit : « Je lègue le même esclave « Stichus, » le legs serait encore fait disjointement. »

1544. Justinien abrogea définitivement les lois caducaires en fixant l'époque de l'ouverture de la succession à la mort du testateur, et en remplaçant le *jus vindicandi caduca* par le droit d'accroissement quant aux legs caducs et quasi-caducs dont la caducité provenait d'une autre cause que le célibat et l'*orbitas*. (N° 1443, 1444.) De sorte qu'à l'époque de Justinien il n'y a plus à distinguer entre les legs caducs, quasi-caducs et réputés non écrits. Mais si une

même chose a été léguée à plusieurs légataires, si l'un d'eux fait défaut, — parce qu'au moment de la confection du testament il est déjà mort ou a perdu la *factio testamenti*, ou bien parce qu'il est mort ou a perdu la *factio testamenti* avant le *dies cedit*, c'est-à-dire avant la mort du testateur, ou avant l'arrivée de la condition, si son legs était conditionnel ; ou bien enfin parce qu'il a répudié le legs ; — dans ces divers cas, à qui appartiendra la part vacante de ce légataire défaillant? A ses colégataires, s'il y a lieu à accroissement à leur profit; sinon à l'héritier débiteur du legs. Mais quand y a-t-il lieu à accroissement entre colégataires dans la législation de Justinien? D'après le § 8, il y a accroissement toutes les fois qu'une même chose, *una et eadem res*, aura été léguée à plusieurs légataires *disjunctim* ou *conjunctim*.

Or le legs est fait *disjunctim* lorsque le testateur a dit : « Je lègue le fonds Cornélien à Titius ; je lègue le même fonds Cornélien à Seius. » Dans ce cas, si l'un des légataires fait défaut, sa part accroît à l'autre, parce que c'est la même chose qui leur a été léguée.

Le legs est fait *conjunctim* de plusieurs manières :

1° Lorsque le testateur a dit : « Je lègue le fonds Cornélien à Titius et à Seius. » Dans ce cas, il y a *conjunctio re et verbis*. Si l'un des légataires fait défaut, sa part accroît à l'autre, parce que c'est la même qui leur a été léguée.

2° Lorsque le testateur a dit : « Je lègue à Titius le fonds Cornélien, je lègue à Seius le même fonds Cornélien. » Dans ce cas, il y a *cunjunctio re tantum*, ou legs fait *disjunctim* (n° 1530 2°) ; si l'un des légataires fait défaut, sa part accroît à l'autre, parce que c'est la même chose qui leur a été léguée.

3° Lorsque le testateur a dit : « Je lègue le fonds Cornélien à Titius et à Seius, à chacun par moitié, ou *ex æquis partibus*. » Dans ce cas, il y a *conjunctio verbis tantum*. Si l'un des légataires fait défaut, sa part n'accroît pas à l'autre, parce que ce n'est pas la même chose qui leur a été léguée.

Ainsi, dans le droit de Justinien, comme dans l'ancien droit, la base de l'accroissement est l'unité de la chose léguée.

1545. Cependant il y a quelques différences entre la législation de Justinien et l'ancien droit sur l'accroissement :

1° Dans l'ancien droit, le legs *per damnationem* ne conférait au légataire qu'un droit de créance. Lorsqu'un legs *per damnationem* avait été fait à plusieurs légataires *conjunctim*, la créance résultant du legs se divisait entre les légataires qui n'avaient chacun qu'une part dans la créance. *Damnatio partes facit*. Si l'un des légataires

faisait défaut, il n'y avait pas accroissement. Si le legs *per damnationem* avait été fait à plusieurs *disjunctim*, chacun des légataires devenait créancier pour le tout de la chose et de la somme léguée. Si l'un d'eux faisait défaut, il n'y avait pas accroissement. — Dans le droit de Justinien, il est possible qu'un legs fait à plusieurs légataires ne leur transfère qu'un droit de créance. Mais, à la différence de ce qui avait lieu dans l'ancien droit, chacun des légataires ne deviendra plus jamais créancier de toute la chose ou de toute la somme léguée et, si l'un d'eux fait défaut, il y aura toujours accroissement au profit des autres. (L. *un.* § 11. C. 6, 51.)

2° Dans le droit de Justinien, lorsque le legs aura été fait *conjunctim* à plusieurs légataires (qui sont alors conjoints *re et verbis*), l'accroissement aura lieu *cum onere* et sera facultatif, tandis que dans l'ancien droit il était forcé et avait lieu *sine onere*. En cas de legs faits *disjunctim* à plusieurs légataires (qui sont alors conjoints *re tantum*), l'accroissement sera forcé et aura lieu *sine onere*, comme dans l'ancien droit. (L. *un.* C. 6, 51.)

1546. 4° *De l'accroissement dans le legs d'usufruit.* — Nous savons que dans l'ancien droit, comme dans le droit de Justinien, l'accroissement est basé sur l'unité de la chose léguée. Or, dans l'ancien droit, lorsque l'usufruit d'une même chose avait été légué, *per vindicationem*, à plusieurs légataires, l'accroissement avait lieu lorsque le legs leur avait été fait soit *conjunctim*; soit *disjunctim*, parce que, dans le legs *per vindicationem*, il pouvait y avoir unité de chose léguée : « *Cum conjunctim duobus usufructum* DO, LEGO, *legatum altero mortuo ad alterum solidum pertinebit.* » (Paul, *Sent.*, III, VI, § 26.) « *Interdum tamen, et si non sint conjuncti, tamen ususfructus legatus alteri adcrescit, ut puta si mihi fundi separatim totius, et tibi similiter fuerit relictus.* » (*Fragm. Vatic.*, § 77.) — Au contraire, le droit d'accroissement n'était pas admis dans le legs d'usufruit fait *per damnationem* à plusieurs légataires, parce qu'il ne pouvait y avoir unité de chose léguée dans cette espèce de legs : « *Si tamen per damnationem ususfructus legatur, jus adcrescendi cessat, non immerito quoniam damnatio partes facit.* » (*Fragm. Vatic.*, § 85.)

1547. Il faut soigneusement remarquer qu'en cas de legs d'usufruit d'une même chose fait à plusieurs légataires, l'accroissement avait lieu non-seulement lorsqu'il y avait défaillance proprement dite de l'un des légataires, mais encore lorsque tous les légataires d'usufruit ayant accepté leur legs, l'un d'eux venant à mourir, sa part d'usufruit accroissait à ses colégataires, au lieu de revenir à l'héritier nu-propriétaire. Ainsi, par exemple, un testateur a légué l'usufruit du même fonds à Primus et à Secundus : les

deux légataires acceptent leur legs et exercent l'un et l'autre leur droit d'usufruit. Primus vient à mourir plus ou moins longtemps après que l'usufruit a commencé; sa part d'usufruit, au lieu de revenir à l'héritier nu-propriétaire, accroît à Secundus : « *Sed in usufructu hoc plus est... quod et constitutus, nihilominus amissus jus adcrescendi admittit.* » « Il y a ceci en plus dans l'usufruit, c'est qu'une fois établi et ensuite perdu, il admet néanmoins le droit d'accroissement. » (*Fragm. Vatic.*, § 77. — L. 1, § 3. D. 7, 2.) — Pour justifier cette décision, les jurisconsultes romains disaient : « L'usufruit se constitue jour par jour, de sorte que le legs d'usufruit se renouvelle chaque jour : « *Ususfructus quotidie constituitur et legatur.* » Donc, si l'un des légataires d'usufruit vient à mourir, le droit de l'autre n'est plus restreint par sa présence; dès lors il aura la totalité de l'usufruit : « *Cum itaque non inveniet alterum qui sibi concurrat, solus utitur totum.* » Cette idée du renouvellement quotidien du droit d'usufruit n'est pas vraie, et les jurisconsultes romains eux-mêmes ne l'admettaient pas toujours. En effet, l'usufruit s'éteignait par le non-usage et par la *capitis deminutio* de l'usufruitier. Or, si l'usufruit se renouvelait chaque jour, on ne comprendrait pas qu'il pût s'éteindre par le non-usage ou par la *capitis deminutio* de l'usufruitier. La preuve que l'usufruit n'était pas considéré, en droit romain, comme se renouvelant chaque jour, c'est que les Romains, comme nous l'avons vu, avaient l'habitude de léguer l'usufruit *in dies, vel menses, vel singulos annos*, précisément pour empêcher l'usufruit de s'éteindre par la *capitis deminutio* de l'usufruitier. (N° 1470.)

1548. Les lois caducaires s'appliquaient au legs d'usufruit, en ce sens que si un legs d'usufruit avait été fait à un célibataire ou à un *orbus*, le legs du célibataire était caduc pour le tout, et le legs de l'*orbus*, caduc pour moitié. — Mais, en cas de legs d'usufruit d'une même chose fait à plusieurs légataires, les lois caducaires ne remplacèrent pas le droit d'accroissement par le *jus vindicandi caduca*, même pour les parts caduques du légataire célibataire ou *orbus;* de sorte que si, parmi les légataires d'usufruit d'une même chose, il se trouvait un légataire *cœlebs*, ou *orbus* ou un légataire défaillant pour toute autre cause que le célibat ou l'*orbitas*, la part caduque du célibataire ou de l'*orbus* et la part caduque du célibataire défaillant accroissaient à leurs colégataires, d'après les règles du droit civil sur l'accroissement.

1549. Dans le droit de Justinien, c'est toujours l'unité de la chose léguée qui est la base de l'accroissement : il suffit toujours que l'usufruit d'*une même chose* ait été légué à plusieurs légataires

pour qu'il y ait accroissement, si l'un d'eux fait défaut, soit avant d'avoir recueilli son legs, soit même après : « *Quotiens ususfructus legatus est, ita inter fructuarios est jus adcrescendi, si conjunctim sit ususfructus. Cæterum, si separatim unicuique partis rei ususfructus sit relictus, sine dubio jus adcrescendi cessat.* » (L. 1, pr. D. 7, 2.)

1550. IX. **De la révocation, de la translation et de l'extinction des legs.** (*Inst.*, II, XXI.) 1° *Révocation proprement dite.* — L'*ademptio* (de *adimere*, couper, retrancher) est la révocation des legs.

Nous avons vu qu'un testateur peut révoquer son testament par la confection d'un second testament. Dans ce cas, si le premier testament contenait des legs, non-seulement ces legs étaient révoqués, mais encore le testament tout entier, y compris l'institution, était révoqué. Le testateur, au lieu de révoquer en entier son testament, peut révoquer un ou quelques-uns des legs qu'il contient. C'est ce qu'il peut faire par l'*ademptio*.

La révocation d'un legs peut être expresse ou tacite.

1551. La révocation expresse d'un legs peut être faite dans le testament qui la contient ou dans un codicille, confirmé d'avance par ce testament. Que l'*ademptio* d'un legs soit faite dans le testament même qui le contient ou dans un codicille confirmé d'avance par ce testament, il faut, pour qu'elle opère la révocation, qu'elle soit faite dans les termes contraires à ceux qui ont été employés par le testateur pour faire le legs. Cela se comprend, car de même qu'il y avait des *certa verba* pour faire un legs, de même il était naturel qu'il y eût des *certa verba* pour le révoquer. (Ulp., *Reg.*, XXIV, § 29.) Ainsi, par exemple, si le testateur a dit : « *Titio fundum Cornelianum lego;* » pour révoquer le legs, il devra dire : « *Titio fundum Cornelianum non lego.* »

Toute autre manifestation de la volonté laisserait le legs subsister en droit, mais l'héritier pourrait néanmoins, en fait, repousser la demande du légataire par une exception de dol.

Au temps de Justinien, la révocation d'un legs peut être faite soit dans le testament, soit dans un codicille, non confirmé par le testament. De plus, pour que la révocation soit valable, il n'est plus nécessaire d'employer les paroles contraires à celles qui ont été employées pour faire le legs. Le testateur peut employer telles paroles que bon lui semble, pourvu qu'elles expriment clairement la volonté de révoquer :

Pr. « La révocation d'un legs, faite soit par le même testament, soit par codicilles, est valable en termes contraires; par exemple, si le testateur dit :

« *Je donne, je lègue,* » il révoque ainsi : « *Je ne donne pas, je ne lègue pas,* » ou en termes non contraires, c'est-à-dire par toute autre expression. »

1552. La révocation tacite d'un legs peut résulter de plusieurs circonstances :

1° De l'aliénation de la chose léguée : « Si quelqu'un a légué sa chose et qu'après la confection de son testament il l'ait aliénée, la plupart pensent que non-seulement le legs est inutile, d'après le droit civil, mais qu'il n'est pas même validé par le sénatus-consulte Néronien. On décide ainsi, parce que, lors même que le testateur eût légué *per damnationem* sa propre chose et l'eût ensuite aliénée, la plupart pensent que bien que, d'après le droit, le legs soit dû, cependant le légataire qui le réclamerait serait repoussé par l'exception de dol, comme le réclamant contrairement à la volonté du défunt. » (Gaïus, II, § 198.) — Au temps de Justinien, l'aliénation de la chose léguée n'emporte plus forcément la révocation du legs. Il faut rechercher si le testateur, en aliénant la chose léguée, a eu ou non l'intention de révoquer le legs. Cette distinction est indiquée par le § 12 *de legatis* (*Inst.*, II, XX) :

§ 12. Si le testateur a légué sa chose, et qu'ensuite il l'aliène, Celsus pense que la chose n'en est pas moins due, si le testateur n'a pas eu la volonté de révoquer. C'est ce qu'ont décidé, par un rescrit, les empereurs Sévère et Antonin. Les mêmes empereurs ont décidé, par un rescrit, que si le testateur, après la confection de son testament, a donné en gage des fonds qu'il avait légués, le legs ne serait pas considéré comme révoqué, et qu'en conséquence le légataire pourrait agir contre l'héritier pour le forcer à libérer le fonds envers le créancier. Si quelqu'un vend une partie de la chose qu'il a léguée, la partie qui n'a pas été aliénée est absolument due; quant à la partie aliénée, elle n'est due que si elle a été aliénée sans intention de révocation. »

Il faut donc rechercher si, en aliénant la chose léguée, le testateur a eu ou non l'intention de révoquer le legs ; par exemple, s'il l'a aliénée pour payer ses créanciers qui le poursuivaient, cette aliénation n'implique pas sa volonté de révoquer. Mais la donation de la chose léguée implique toujours chez le donateur la volonté de révoquer. (L. 18. L. 24, § 1. D. 34, 4.)

La révocation tacite résulte encore :

2° D'une inimitié grave survenue entre le testateur et le légataire. (L. 31, § 2. D. 34, 4.)

3° De la radiation de la partie du testament contenant le legs. (L. 16. D. 34, 4.)

4° D'une qualification injurieuse contre le légataire écrite dans le testament par le testateur. (L. 13. D. 34, 4.)

1553. La révocation peut être pure et simple ou conditionnelle.

La révocation pure et simple a pour effet d'anéantir le legs. — La révocation conditionnelle a pour effet de transformer le legs fait purement en legs fait sous la condition contraire. (L. 107. D. 35, 1.) — Il est des legs qui, faits purement, sont nuls par application de la règle Catonienne, et qui faits sous condition sont valables; par exemple, le legs fait purement à l'esclave de l'héritier institué est nul; fait sous condition, il est valable. Si un testateur a fait un legs pur et simple à l'esclave de l'héritier institué, ce legs est nul; mais le testateur pourra-t-il plus tard le valider en le transformant en legs conditionnel par une révocation conditionnelle? Non. « *Legata inutiliter data ademptione non confirmantur, veluti si, domino instituto, servo pure legatum sub conditione adimatur.* (L. 14. D. 34, 4.)

1554. 2° *Translatio.* — La *translatio* d'un legs peut être faite soit dans le même testament, soit dans un codicille confirmé d'avance par le testament, et, au temps de Justinien, même dans un codicille non confirmé.

La translation d'un legs peut être faite de quatre manières : « 1° *a persona in personam transfertur*, lorsque le testateur révoque le legs qu'il a fait à Primus, pour le faire à Secundus; 2° *aut ab eo qui dare jussus est transfertur*, lorsque le testateur, ayant chargé son héritier Titius de payer tel legs, charge son héritier Seius d'acquitter ce legs; 3° *aut cum res pro re datur*, lorsque le testateur lègue une chose à la place de celle qu'il a léguée; 4° *aut cum pure datum est, transfertur sub conditione*, lorsque le testateur transforme en legs conditionnel un legs qu'il a fait purement. (L. 6 pr. D. 34, 4.)

§ 1. « Un legs peut aussi être transféré d'une personne à une autre, par exemple, si on dit : « L'esclave Stichus, que j'ai légué à Titius, je le donne et « le lègue à Seius; » c'est ce qu'on peut faire soit dans le même testament, soit dans des codicilles. Dans ce cas, le legs est à la fois enlevé à Titius et donné à Seius. »

Il y a donc, dans la *translatio*, deux éléments : 1° révocation d'un legs; 2° établissement d'un nouveau legs remplaçant un legs révoqué, et c'est si vrai que le premier resterait révoqué alors même que la nouvelle disposition serait inefficace.

Le § 1 ne donne qu'un exemple de translation *a persona in personam*. Par cette translation, le legs est définitivement révoqué pour le premier légataire et reste révoqué, quand même la translation au second légataire ne produirait pas d'effet. Mais si le legs fait au premier légataire était conditionnel ou à terme, il restera conditionnel ou à terme pour le second légataire auquel il est transféré. (L. 20. L. 24. D. 34, 4.)

1555. Un legs peut être enlevé à une personne pour cause d'in-

dignité. Ainsi, par exemple, si un gouverneur de province épouse une femme domiciliée dans la province qu'il administre, le legs qui lui sera fait par cette femme lui sera enlevé et attribué au fisc. De même si un tuteur épouse sa pupille, le legs qu'elle lui fera lui sera enlevé et attribué au fisc. (L. 2, § 1. D. 34, 9.) Le plus souvent, les legs enlevés aux légataires indignes étaient attribués au fisc ; dans quelques cas exceptionnels, ils restaient dans l'hérédité. Le legs ainsi enlevé à un légataire pour cause d'indignité est désigné dans les textes du Digeste par les mots *legatum ereptum*, *legatum ereptitium*.

1556. 3° *Extinction du legs.* — Un legs s'éteint : 1° par la défaillance de la condition, s'il est conditionnel ; 2° par la mort ou l'incapacité du légataire, survenue avant le *dies cedens;* 3° par l'acquisition, à titre gratuit, par le légataire, de la chose léguée ; 4° par la perte de la chose, si l'objet du legs est un *corps certain*. Toutefois, si la perte arrive par le fait de l'héritier, le legs subsistera.

Remarquons : 1° Que la perte de l'objet principal (d'un *fundus instructus*, *vel cum instrumento*) entraîne la perte des accessoires, ou, dans l'espèce, des instruments qui garnissent le fonds ; 2° que le legs de plusieurs choses distinctes, un troupeau par exemple, ne s'éteint que par la perte de *tous* les objets qui y sont compris. Ainsi, quand même il ne resterait qu'une seule tête de bétail de tout le troupeau légué, le légataire pourrait la réclamer.

Revenons avec plus de détails sur les principes qui motivent ces diverses décisions, et d'autres principes qui se rattachent à cette matière de l'*extinction des legs*.

1557. Lorsque le legs est de nature à transférer la propriété, à quel moment le légataire devient-il propriétaire? Dans l'ancien droit, en cas de legs *per vindicationem* pur et simple, le légataire devenait propriétaire au moment de l'adition d'hérédité, d'après les Sabiniens. D'après les Proculiens, il ne devenait propriétaire que par son acceptation faite après l'adition. (N° 1449.) A l'époque de Justinien, lorsque le legs est de nature à transférer la propriété, c'est-à-dire lorsque l'objet légué est un corps certain appartenant au testateur, le légataire devient propriétaire au moment de l'adition d'hérédité, en cas de legs pur et simple.

En cas de legs conditionnel de nature à transférer la propriété, dans l'ancien droit et à l'époque de Justinien, le légataire ne devient propriétaire qu'à l'arrivée de la condition, à moins que la condition ne se soit accomplie avant l'adition, cas auquel il devient propriétaire au moment de l'adition d'hérédité.

1558. Ainsi le légataire ne devient jamais propriétaire de la chose léguée avant l'adition d'hérédité. A qui appartiennent les fruits

produits par la chose léguée jusqu'au jour de l'adition? Ils appartiennent, non au légataire, mais à l'hérédité. De même, si un esclave a été légué, les acquisitions qu'il fait jusqu'au jour de l'adition appartiennent à l'hérédité. (L. 30. D. 35, 2; L. 38, *De legatis*, 2°. D. 31, II.)

1559. Si la chose léguée vient à périr, qui en supportera la perte? Si la chose périt avant le *dies cedit*, le legs s'évanouit, car la chose léguée n'existant plus, le légataire ne peut rien acquérir. (L. 49, *De legatis*, 2°. D. 31, II.) Que si la chose léguée périt après le *dies cedit*, il faut distinguer si elle a péri par cas fortuit ou par la faute du légataire. Si elle a péri par cas fortuit, le légataire perd le droit de propriété ou de créance qu'il avait acquis sur la chose au moment du *dies cedit*, il ne peut rien réclamer à l'héritier. Si, au contraire, la chose a péri par la faute de l'héritier, il doit indemniser le légataire. Bien plus, l'héritier doit indemniser le légataire, alors même que la perte résulte de son *fait involontaire*, sans qu'il y ait, à proprement parler, *faute* de sa part, lors même que, par le fait qui a entraîné la perte de la chose, il ne s'est pas enrichi. Il vaut mieux, en effet, que ce soit l'héritier qui subisse les conséquences de son fait, plutôt que le légataire qui n'a rien à se reprocher :

§ 16. « Si la chose léguée périt sans le fait de l'héritier, elle périt pour le légataire. Si l'esclave d'autrui a été légué et ensuite affranchi sans le fait de l'héritier, l'héritier n'est pas tenu. Si, au contraire, c'est l'esclave de l'héritier qui a été légué, et que l'héritier l'ait affranchi lui-même, Julien a écrit qu'il reste tenu, sans distinguer s'il a su ou non que cet esclave a été légué à sa charge. De même, si l'héritier a donné cet esclave à un autre qui l'a affranchi, l'héritier reste tenu, bien qu'il ait ignoré que cet esclave avait été légué à sa charge. »

1560. Lorsque plusieurs choses ont été léguées, la perte d'une seule de ces choses suffit-elle pour anéantir le legs, ou faut-il que toutes les choses aient péri pour que le legs s'évanouisse? Il faut distinguer si chacune des choses léguées peut être considérée comme principale ou si l'une est principale et les autres accessoires. Dans le premier cas, chacune des choses étant considérée comme principale, les unes venant à périr, le legs subsiste pour les autres. Dans le second cas, la chose principale venant à périr, le legs s'éteint pour les choses accessoires :

§ 17. « Si quelqu'un a légué des esclaves avec leurs enfants, bien que les mères soient mortes, les enfants restent compris dans le legs. De même, si des esclaves ordinaires ont été légués avec leurs vicaires, bien que les ordinaires soient morts, les vicaires restent compris dans le legs. Mais si un esclave a été légué avec son pécule, l'esclave étant mort, ou affranchi, ou aliéné, le legs du

pécule s'éteint. De même, si un fonds *garni d'instruments* ou *avec ses instruments* a été légué, le fonds ayant été ensuite aliéné, le legs s'éteint pour les instruments. »

1561. *Legs d'un troupeau.* — Quand le legs porte sur un troupeau, comme le legs ne porte pas sur chaque tête en particulier, mais sur l'ensemble du troupeau, le legs sera dû alors même que le troupeau serait réduit à une seule tête. De même si, postérieurement à la confection du testament, des brebis ont été ajoutées, le legs comprend la totalité du troupeau, tel qu'il se compose au jour du *dies cedit*. De même encore, dans le legs d'un édifice, on comprend les colonnes et les marbres qui y ont été ajoutés après la confection du testament :

§ 18. « Si un troupeau a été légué et qu'ensuite il soit réduit à une seule brebis, ce qui reste peut être revendiqué. Lorsqu'un troupeau a été légué, Julien pense que les brebis qui ont été ajoutées après la confection du testament sont comprises dans le legs. En effet, un troupeau forme un seul corps, composé de plusieurs têtes, de même qu'un édifice est un seul corps, composé de plusieurs pierres adhérentes les unes aux autres. »

§ 19. « Lorsqu'un édifice a été légué, les colonnes et les marbres ajoutés depuis la confection du testament sont compris dans le legs.

1562. X. **De la loi Falcidie** (*Inst.*, II, XXIII). — D'après la loi des Douze-Tables, aucune limite n'était imposée au testateur dans la disposition de ses biens : « *Uti legassit suæ rei, ita jus esto;* » de sorte qu'un testateur pouvait épuiser toute sa succession en legs et en affranchissements. Mais alors l'héritier institué, qui n'avait aucun intérêt à faire adition, répudiait l'hérédité pour éviter les conséquences graves de l'adition, de sorte que le testateur mourait intestat. Mais cette répudiation faisait perdre la succession à l'héritier et les legs aux légataires. Pour éviter ce résultat et dans l'intérêt même des testateurs, on chercha à restreindre pour chaque testateur la faculté d'épuiser tous ses biens en legs. (Gaïus, II, § 224.) — En conséquence, une loi *Furia*, plébiscite de l'an 571 de l'existence de Rome, défendit à chaque testateur de léguer plus de mille as, excepté à ses cognats jusqu'au sixième degré et, au septième, à l'enfant de son *sobrinus* ou de sa *sobrina*. (*Fragm. Vatic.*, § 301). Mais cette loi n'atteignit pas le but qu'elle se proposait, parce que le testateur qui, par exemple, avait un patrimoine de cinq mille as, pouvait épuiser toute sa succession, en léguant à cinq personnes mille as à chacune. (Gaïus, II, § 225.) Aussi, en l'an 585 de Rome, un autre plébiscite, la loi *Voconia*, vint décider que chaque légataire ne pourrait recevoir plus que l'héritier : « Ensuite, dit Gaïus, on porta la loi Voconia, qui décida que personne ne pourrait recevoir

par legs ou par donation à cause de mort plus que les héritiers ne prendraient. » (Gaïus, II, § 226.) Mais cette loi n'atteignit pas encore complétement le but qu'on se proposait, car le testateur, en multipliant le nombre des legs, en distribuant son patrimoine entre un grand nombre de légataires, arrivait à laisser à l'héritier une part si minime qu'il ne lui convenait plus, pour ce minime profit, de supporter les charges de l'hérédité. (Gaïus, II, § 227.)

1563. Enfin, en l'an 714 de Rome, un autre plébiscite, la loi *Falcidia*, décida qu'il ne serait pas permis à chaque testateur de léguer plus des trois quarts de son patrimoine, de sorte que l'héritier devra avoir nécessairement le quart de l'hérédité. (Gaïus, II, § 227.)

1564. Si donc le legs ou la somme des legs dépasse les trois quarts de la fortune du testateur, ce ou ces legs seront, *ipso jure*, réduits aux trois quarts, de telle sorte que le ou les institués obtiendront toujours le *quart* franc de l'hérédité, et ce quart prend le nom de *Falcidie*, — de *quarte*, — ou de *quarte Falcidie*. Cette réduction, je le répète, a lieu de *plein droit*, d'où résulte que le légataire qui réclamerait, par la revendication ou l'action *ex testamento*, la totalité des legs dépassant les trois quarts, encourrait les peines de la plus-pétition.

Il faut encore observer que la Falcidie s'applique également aux donations *mortis causa;* — qu'elle n'atteint pas les legs contenus dans le testament d'un militaire; — que, sous Justinien, l'héritier ne peut invoquer la Falcidie que s'il a fait inventaire; — enfin, que le calcul de la Falcidie s'applique à chaque héritier isolément.

1565. *Remarque.* — La loi Falcidie, plus pratique que les deux lois précédemment étudiées, n'offre pas encore un remède absolu. En effet, on considère, pour savoir s'il y aura lieu à réduction, la valeur des biens héréditaires au moment de la mort du *de cujus*. Or, si les biens diminuent de valeur entre ce moment et celui de l'adition, il se peut que, si on prélève les trois quarts de leur valeur primitive, il n'y ait plus d'intérêt, pour l'héritier, à faire adition. La seule ressource de ce dernier est de menacer les légataires de répudier (ce qui ferait tomber tous les legs), s'ils ne veulent pas lui laisser telle partie de l'hérédité. — A l'inverse, si les biens héréditaires ont augmenté de valeur, dans la même période, l'institué fait subir aux légataires la même réduction que si on eût opéré au moment de l'ouverture de la succession, et il obtiendra ainsi plus de son quart.

Le principe, qu'on prend la valeur des biens au jour de la mort du testateur, est si formel, qu'il s'applique au cas même où il s'a-

girait de legs, dont le *dies cedens* est reculé après la mort du testateur (legs conditionnels).

Pr. « Il nous reste à étudier la loi Falcidie, qui a imposé une limite aux legs. Comme autrefois, d'après la loi des Douze-Tables, la faculté de léguer était si étendue qu'il était permis d'épuiser tout son patrimoine en legs, car cette loi disait : « Ce qu'il aura ordonné sur son patrimoine, qu'il en soit ainsi, » il parut utile de restreindre cette liberté de léguer, dans l'intérêt même des testateurs, parce que la plupart mouraient intestat, les héritiers se refusant à faire adition d'hérédités dont ils ne pouvaient retirer aucun profit ou qu'un profit minime. Deux lois furent portées sur ce point, la loi Furia et la loi Voconia, dont aucune ne fut suffisante pour atteindre le but proposé. Ensuite fut portée la loi Falcidie, qui défendit de léguer plus des trois quarts de tous les biens ; c'est-à-dire, qu'il y ait un seul héritier institué ou plusieurs, un quart doit leur rester. »

1566. D'après le § 1, s'il n'y a qu'un seul héritier institué, il faut que le testateur lui laisse le quart de toute l'hérédité. Mais s'il y a plusieurs héritiers institués, suffit-il que le testateur leur laisse le quart de l'hérédité à eux tous, ou doit-il laisser à chacun des héritiers le quart de la part pour laquelle il a été institué? Le testateur doit laisser intact à chaque héritier le quart de sa part héréditaire ; sinon il pourrait arriver que le testateur, ayant laissé le quart de son hérédité, la part héréditaire de l'un des héritiers fût absorbée en entier par les legs, de sorte que cet héritier ne prendrait rien dans la succession. En effet, supposons un testateur ayant un patrimoine de 400 ; il institue deux héritiers, Titius et Seius, chacun pour moitié, c'est-à-dire pour 200. Mais Titius a été grevé de legs pour 300. Or, si l'on calculait la quarte sur l'ensemble de la succession, les legs ne s'élèveraient qu'aux trois quarts de la succession. La loi Falcidie aurait été observée. Dès lors Titius, dont la part héréditaire tout entière a été absorbée, n'aurait pas à se plaindre, puisque le testateur n'aurait pas dépassé les trois quarts. Au contraire, en faisant le calcul de la quarte sur chaque part isolément, le résultat ne sera plus le même. En effet, Titius ayant été grevé pour 300 de legs, sa part héréditaire est absorbée en entier. Or, la quarte devant se calculer sur la part héréditaire de chaque héritier, Titius a le droit de faire réduire à 150 les legs mis à sa charge, de sorte qu'il gardera 50, quart de sa part héréditaire :

§ 1. « Deux héritiers, Titius et Seius, ayant été institués héritiers, si la part de Titius a été épuisée par les legs mis à sa charge, ou grevée au delà des trois quarts, aucun legs n'ayant été mis à la charge de Seius, ou ceux dont il a été chargé ne diminuant sa part héréditaire que de moitié, bien que celui-ci ait le quart de l'hérédité tout entière ou plus, on s'est demandé s'il n'est pas permis à Titius de retenir quelque chose des legs laissés à sa charge, de manière qu'il ait le quart de sa part héréditaire? Il a été décidé qu'il peut retenir le quart de

sa part. En effet, le calcul de la loi Falcidie doit être fait pour chaque héritier isolément. »

1567. On explique cette décision par une analogie avec le droit d'accroissement, qui a lieu *sine onere;* si donc on n'avait pas autorisé Seius à invoquer la Falcidie, il aurait répudié et sa part aurait accru à Titius, lequel n'aurait pas eu les legs à supporter, et les légataires auraient tout perdu; il est donc encore de leur intérêt de voir Seius accepter, sauf à ce que ce dernier réduise leur legs. — Mais cette explication ne se comprend plus sous Justinien, époque où l'accroissement a lieu *cum onere legatorum.*

Si, maintenant, on suppose que l'un des héritiers fait défaut? Est-ce Seius? Titius arrive seul à l'hérédité totale, et les légataires profiteront de ce que la part du grevé, augmentée de la part non grevée, ne se trouve plus dépassée; si, au contraire, Seius recueille la part du grevé Titius, il recueillera d'abord l'intégralité de sa part personnelle, puis la Falcidie de Seius dont il doit exercer envers les légataires le droit de réduction. Dans cette théorie, émise par Gaïus, on voit que le jurisconsulte raisonne dans le système des lois caducaires, où l'accroissement a lieu *cum onere.*

1568. Ce quart que chaque héritier a le droit de retenir sur sa part héréditaire à l'encontre des légataires s'appelle *quarte Falcidie.*

Pour faire le calcul de la quarte Falcidie, c'est-à-dire pour voir s'il y a lieu à réduire les legs, à quel moment faut-il considérer la succession? C'est au moment de la mort du testateur. Si, après la mort du testateur et avant l'adition de l'hérédité par l'héritier institué, il y a accroissement ou diminution dans le patrimoine du défunt, c'est l'héritier qui en profite ou qui en souffre. Cependant il ne faut pas croire que toute perte d'un bien de l'hérédité, survenue après la mort du testateur, doit être supportée par l'héritier. Si ce sont des corps certains qui ont été légués et qui viennent à périr par cas fortuit, ils périssent pour les légataires? Si, au contraire, ce sont des choses fongibles, — comme du blé, du vin, de l'huile, ou des sommes qui ont été léguées, — pourvu que le montant de ces legs, ayant pour objet des choses fongibles, ne dépasse pas les trois quarts de la valeur qu'ont les biens de l'hérédité au jour de la mort du testateur, l'héritier devra les acquitter intégralement, quand même les autres biens de la succession viendraient à périr, en tout ou en partie, par cas fortuit, après la mort du testateur. Mais si la diminution, survenue aux autres biens de la succession depuis la mort du testateur, a été tellement considérable que l'héritier ne trouve plus dans l'hérédité le quart auquel il a droit,

ou n'y trouve rien, il se refusera à faire adition ; car il n'y aura aucun intérêt. Alors il dira aux légataires : Faites-moi une remise d'une partie de vos legs ; sinon, je répudie l'hérédité et vous perdrez tous vos legs, car la succession s'ouvrira *ab intestat*. De sorte que les légataires seront obligés de transiger avec l'héritier, s'ils ne veulent pas perdre leurs legs :

§ 2. « L'ensemble du patrimoine auquel s'applique le calcul de la loi Falcidie s'apprécie au jour de la mort du testateur. Par exemple, si celui qui avait un patrimoine de cent sous d'or a légué cent sous d'or, il ne sert à rien aux légataires que, par les acquisitions des esclaves héréditaires, ou par la part des esclaves héréditaires, ou par le croît des animeux, l'hérédité se soit tellement accrue avant l'adition que l'héritier, après avoir payé les cent sous d'or légués, ait encore des biens d'une valeur égale au quart de l'hérédité : la quarte n'en sera pas moins prélevée sur les legs. A l'inverse, s'il n'a légué que soixante-quinze sous d'or, et qu'avant l'adition les biens, par suite d'incendies, de naufrages ou de mort des esclaves, aient tellement diminué qu'il ne reste plus que la valeur de soixante-quinze sous d'or ou moins, les legs seront entièrement dus. L'héritier n'en éprouve aucun dommage, car il est libre de ne pas faire adition. Il résulte de là que les légataires seront dans la nécessité, pour ne pas perdre leurs legs, de transiger avec l'héritier. »

1569. La quarte Falcidie se calcule sur l'actif de la succession. Or l'actif comprend l'ensemble des biens et créances laissés par le défunt au jour de son décès, même les créances qu'il pouvait avoir contre l'héritier. (L. 1, § 18. D. 35, 2.) De cet actif, on déduit : 1° toutes les dettes du défunt, même celles dont il était tenu envers l'héritier ; 2° les frais funéraires ; 3° le prix des esclaves affranchis. Les esclaves affranchis ne deviennent libres qu'au moment de l'adition d'hérédité, tandis que le calcul de la quarte Falcidie se fait au moment de la mort du testateur. Voilà pourquoi il faut faire la déduction de la valeur des esclaves affranchis. — Mais l'affranchissement n'est autre chose qu'un legs, le legs de la liberté. Pourquoi ne lui applique-t-on pas la réduction de la loi Falcidie? Pourquoi ne réduit-on pas d'un quart la valeur des esclaves affranchis? — On a dit que c'est parce qu'il est impossible de donner la liberté pour partie, que le legs de liberté est un legs ayant pour objet une chose indivisible et non appréciable en argent. Cette explication n'est pas bonne, car il y a des legs, ayant pour objet des choses indivisibles, par exemple des servitudes, auxquels on applique la réduction de la loi Falcidie. Il est vrai que la liberté est un bien inappréciable en argent ; mais la valeur des esclaves affranchis est appréciable en argent. C'est par faveur pour la liberté qu'on n'appliquait pas la réduction de la Falcidie aux affranchissements. — Lorsque de l'actif on a déduit les dettes du défunt, les frais funé-

raires, le prix des esclaves affranchis, reste l'*actif net* sur lequel on calcule la quarte Falcidie :

§ 3. « Lorsqu'on fait le calcul de la loi Falcidie, préalablement on déduit les dettes, les frais funéraires et le prix des esclaves affranchis. Sur le reste, le quart est retenu par les héritiers et les trois quarts sont distribués entre les légataires, en proportion du legs de chacun d'eux. Ainsi, en supposant que quatre cents sous d'or ont été légués, et que le patrimoine sur lequel les legs doivent être payés est aussi de quatre cents sous d'or, un quart doit être enlevé à chaque légataire. Si le testateur a légué trois cent cinquante sous d'or, la huitième partie doit être enlevée à chaque légataire. S'il a légué cinq cents sous d'or, on supprimera d'abord un cinquième, et ensuite on enlèvera un quart à chaque légataire. En effet, il faut, avant tout, déduire ce qui excède la valeur des biens du défunt, et ensuite le quart des biens doit rester à l'héritier. »

1570. Nous avons vu que, quand un legs est fait à l'un des héritiers, ce legs est valable quant aux parts imposées aux autres héritiers, mais que le legs est nul quant à la part que l'héritier se doit à lui-même : qu'il recueille cette part *jure hereditario* et les parts dues par ses cohéritiers, *jure legati*. Dans le calcul de la quarte Falcidie, on comprendra pour former la quarte de cet héritier la part du legs qu'il recueille *jure hereditario*, mais non les parts qui lui sont payées par ses cohéritiers et qu'il recueille *jure legati*. (N° 1455.)

1571. Les fruits produits par les choses léguées depuis la mort du testateur jusqu'à l'adition profitent à l'héritier en ce sens que ces fruits ne seront pas comptés pour former la quarte. De même, l'héritier acquiert les fruits des choses léguées à terme ou sous condition, jusqu'à l'arrivée du terme ou de la condition. (L. 88, § 3. D. 35, 2.)

1572. Lorsque le montant des legs dépasse les trois quarts de l'hérédité, la loi Falcidie, avons-nous dit, opère la réduction de plein droit; d'où il suit que si le légataire réclame la totalité du legs, il encourt la plus-pétition.

1573. Si l'héritier a payé plus des trois quarts du legs, par suite d'une erreur de fait sur l'importance des biens héréditaires, il pourra répéter l'excédant par la *condictio indebiti*. Mais, s'il a payé par suite d'une erreur de droit, ignorant qu'un héritier a le droit de retenir le quart de la succession à l'encontre des légataires, il ne pourra pas répéter.

1574. La loi Falcidie s'appliquait à tous les testaments excepté à ceux des militaires. (L. 96. D. 35, 2.)

1575. *Extension du principe de la Falcidie.* — 1° Le sénatus-consulte Pégasien applique le principe de la Falcidie aux hérédités fidéicommissaires et aux fidéicommis grevant l'héritier in-

stitué; 2° un rescrit d'Antonin le Pieux aux fidéïcommis grevant l'héritier *ab intestat;* 3° un rescrit de Sévère et d'Antonin aux donations *mortis causa* et entre époux.

1576. Justinien décide que l'héritier qui n'aurait pas fait inventaire ne pourra pas invoquer la réduction de la loi Falcidie contre les légataires. (L. 22, § 14. C. 6, 30.) Enfin Justinien permet au testateur de priver l'héritier du bénéfice de la loi Falcidie, c'est-à-dire du bénéfice de retenir le quart. (*Nov.* 1, ch. II, § 2.)

1577. *Quarte Falcidie et quarte légitime.* — 1° La *première* est accordée aux héritiers institués, parents ou non du testateur, et aux héritiers *ab intestat*, à quelque degré qu'ils soient; la *quarte légitime* n'est accordée qu'à certains parents; 2° la *Falcidie* est le quart de la part qu'aurait recueillie l'institué; la *quarte légitime* est le quart de la part que le légitimaire aurait recueillie *ab intestat*, ce qui fait que l'une peut être plus ou moins élevée que l'autre.

1578. XI. **Assimilation des donations à cause de mort aux legs.** — Il y a entre la donation à cause de mort et les legs des différences et des ressemblances.

Différences :

1° La donation à cause de mort est un acte entre-vifs, qui, pour être valable, exige le concours des volontés du donateur et du donataire. (L. 38 pr. D. 39, 6.) Le legs, pour exister, n'exige pas le concours des volontés du testateur et du légataire.

2° La donation à cause de mort est souvent exécutée du vivant du donateur. (N° 1175.) Le legs ne peut être exécuté qu'après la mort du testateur.

3° La donation à cause de mort peut être faite sans qu'il y ait testament et est indépendante de l'institution d'héritier. Au contraire, d'après l'ancien droit, le legs ne pouvait être fait valablement que par testament, et, à toute époque, l'effet du legs a été subordonné à l'effet de l'institution d'héritier.

1579. Ressemblances :

1° Le donateur peut révoquer, à son gré, la donation à cause de mort. De même, le testateur peut révoquer, à son gré, les legs qu'il a faits.

2° La donation à cause de mort devient caduque si le donataire meurt avant le donateur. De même, le legs devient caduc si le légataire meurt avant le testateur.

A raison de ces ressemblances, les jurisconsultes romains s'étaient divisés sur la question de savoir s'il fallait appliquer aux donations à cause de mort les règles des legs ou les règles des do-

nations entre-vifs. Avant Justinien, plusieurs points de controverse avaient été tranchés. Ainsi :

1° La loi *Furia* et la loi *Voconia* avaient été appliquées aux donations à cause de mort, comme aux legs. (Gaïus, II, §§ 225-226.)

2° Il avait été décidé par un sénatus-consulte que ceux qui n'avaient pas le *jus capiendi legata*, d'après les lois caducaires, n'auraient pas non plus le droit de *capere mortis causa*. (L. 35 pr. D. 39, 6. — *Fragm. Vatic.*, § 259.)

3° La réduction de la loi Falcidie, appliquée aux legs, ne s'appliquait pas aux donations entre-vifs, mais une constitution de Septime Sévère avait décidé que la réduction de la loi Falcidie s'appliquerait aux donations à cause de mort, comme aux legs. (L. 2. C. 8, 57. — L. 5. C. 6, 50.)

4° Il avait été admis que lorsqu'une donation à cause de mort aurait été faite par un débiteur insolvable, en fraude de ses créanciers, la donation serait rescindée, comme le legs, sans que les créanciers fussent dans la nécessité de prouver la fraude du donataire. (L. 17. D. 39, 6.)

5° Les donataires à cause de mort ne pouvaient obtenir les biens qui leur avaient été donnés, de même que les légataires ne pouvaient obtenir les biens qui leur avaient été légués, qu'autant que les créanciers du défunt avaient été complétement désintéressés : « *Sicuti legata non debentur, nisi deducto ære alieno, aliquid supersit : mortis causa donationes debebuntur, sed infirmantur per æs alienum. Quare, si immodicum æs alienum interveniat, ex re mortis causa sibi donata nihil aliquis consequitur.* Comme les legs ne sont dus que s'il reste quelque chose, les dettes ayant été déduites, les donations à cause de mort seront dues, mais seront infirmées par les dettes. C'est pourquoi, si des dettes supérieures aux biens surviennent, le donataire n'obtiendra rien de la chose qui lui a été donnée à cause de mort. » (L. 66, § 1. D. 35, 2.)

6° De même que la *bonorum possessio contra tabulas* anéantissait les legs, excepté ceux qui avaient été faits aux ascendants ou aux descendants du testateur (n° 1271, 2°), de même elle anéantissait les donations à cause de mort, excepté celles qui avaient été faites aux ascendants ou aux descendants du testateur. (L. 3 pr.D. 37, 5.)

Tous ces points de controverse avaient été tranchés. Pour ceux qui ne l'avaient pas été, Justinien décida que les donations à cause de mort seraient assimilées aux legs. (L. 4. C. 8, 57. *Inst.*, II, VII, § 1. — N° 1179.)

1580. Malgré cette assimilation faite par Justinien des donations à cause de mort aux legs, il subsista néanmoins quelques diffé-

rences entre les donations à cause de mort et les legs : 1° la donation à cause de mort est un acte entre-vifs, exigeant le concours des volontés du donateur et du donataire. Le legs, pour être valable, n'exige pas le concours des volontés du testateur et du légataire ; 2° la donation à cause de mort est souvent exécutée du vivant du donateur. Le legs ne peut être exécuté qu'après la mort du testateur; 3° la donation peut être faite sans qu'il y ait testament et est indépendante de l'institution d'héritier. Au contraire, dans l'ancien droit, le legs ne pouvait être fait que par testament, et, à toute époque, l'effet du legs a été subordonné à l'effet de l'institution d'héritier; 4° le légataire qui attaque le testament perd le legs qui lui a été fait. Le donataire à cause de mort qui attaque le testament ne perd pas la donation qui lui a été faite. (L. 5, § 17. D. 34, 9); 5° le legs est un mode d'acquérir la propriété. La donation à cause de mort n'est pas un mode d'acquérir la propriété. (N^os^ 1142, 1173.)

§ II. — DES FIDÉICOMMIS.

(*Inst.* II, XXIII.)

1581. I. **Généralités.** — Le fidéicommis est une disposition de dernière volonté par laquelle un citoyen romain dispose de tous ses biens ou de quelques-uns de ses biens au profit d'une personne en la chargeant de rendre ces biens à une autre personne. On appelle *fiduciaire* la personne qui reçoit les biens avec charge de les rendre. On appelle *fidéicommissaire* la personne à laquelle les biens doivent être rendus.

1582. Il y a deux espèces de fidéicommis : le fidéicommis universel, qui correspond à l'institution d'héritier, et le fidéicommis particulier, qui correspond au legs. Titius institue pour héritier Primus et le charge de rendre toute la succession à Secundus. Voilà un fidéicommis universel. Titius institue pour héritier Primus et le charge de rendre le fonds Cornélien à Secundus. Voilà un fidéicommis particulier. — Mais pourquoi un citoyen romain était-il obligé d'employer ce détour? au lieu de laisser directement ses biens à Secundus, pourquoi commençait-il par les laisser à Primus, en le chargeant de les rendre à Secundus? Les citoyens romains employaient ce détour, faisaient des fidéicommis, parce que les fidéicommis présentaient sur les testaments deux avantages, deux utilités.

1583. *Première utilité des fidéicommis.* — Primitivement, les citoyens romains faisaient des fidéicommis pour éluder les incapacités de recevoir dont étaient frappées certaines personnes. Ainsi, lors-

qu'un citoyen voulait laisser ses biens à un pérégrin, il commençait par les laisser à un citoyen romain capable de recevoir, en le priant de les rendre au pérégrin. « Les pérégrins, dit Gaïus, pouvaient recevoir des fidéicommis, et l'on peut dire que c'est là l'origine des fidéicommis. » (Gaïus, II, § 285.) De même, un citoyen romain faisait encore un fidéicommis lorsqu'il voulait gratifier un Latin junien ou un célibataire qui n'avaient pas le *jus capiendi*, ou un *orbus* qui ne pouvait recueillir que la moitié des libéralités testamentaires qui lui étaient faites, ou une personne incertaine. (Gaïus, § 275, §§ 286, 287.) Ou bien lorsqu'un citoyen, ayant une fortune de plus de cent mille as, voulait laisser ses biens à une femme incapable de recevoir de lui, d'après la loi *Voconia*, il lui laissait ses biens par fidéicommis :

§ 1. « Il faut savoir que, dans les premiers temps, tous les fidéicommis étaient nuls parce que personne n'était forcé de fournir ce qu'on l'avait prié de rendre. En effet, lorsqu'on voulait laisser des biens à des personnes qui ne pouvaient les recevoir ni par institution d'héritier, ni par legs, on les confiait à la bonne foi de personnes capables de recevoir par testament. Ces dispositions furent appelées *fidéicommis*, parce qu'elles ne tiraient leur force d'aucun lien de droit, mais seulement de la bonne foi de ceux qui avaient été priés (*quia nullo vinculo juris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur, continebantur*). Ensuite, dans quelques cas, le divin Auguste, soit par faveur pour certaines personnes, soit parce que celui qui avait été prié de rendre en avait été prié au nom du salut de l'empereur, soit à cause de la perfidie de quelques-uns, ordonna aux consuls d'interposer leur autorité. Comme cette intervention parut juste et populaire, peu à peu cette intervention se transforma en juridiction permanente ; et la faveur pour les fidéicommis devint si grande qu'on créa un préteur spécial, appelé préteur fidéicommissaire, qui fut chargé de rendre la justice dans les questions de fidéicommis. »

1584. Ainsi, primitivement, les fidéicommis n'étaient pas obligatoires. Cependant ils étaient favorisés par l'opinion publique, lors même qu'ils s'adressaient à des incapables, parce que les incapacités créées par les lois ne sont pas toujours ratifiées par les mœurs. C'est l'empereur Auguste qui, le premier, déclara obligatoires les fidéicommis dans certains cas. Mais il ne faut pas croire qu'Auguste décida que tous les fidéicommis seraient obligatoires. Il ordonna seulement aux consuls d'intervenir et de décider, dans certains cas, à raison de certaines circonstances favorables, que tel fidéicommis serait valable et exécuté. Cette intervention des consuls, dit Justinien, devint si populaire que l'on créa un préteur spécial, appelé *prætor fideicommissarius*. — Mais les fidéicommis avaient pour but d'éluder les lois. Or, lorsque l'autorité publique intervient, ce n'est pas d'ordinaire pour faciliter la violation des lois. Aussi, à partir d'Auguste, ceux-là seulement purent profiter

des fidéicommis qui pouvaient être institués héritiers ou recevoir des legs, c'est-à-dire qui avaient la *factio testamenti*. Aussi les pérégrins, les célibataires, les *orbi*, les personnes incertaines, furent-elles privées du droit de recevoir par fidéicommis. Il n'y eut d'exceptions qu'en faveur des femmes, des Latins juniens et de l'esclave du testateur affranchi avant l'âge de trente ans. C'est ce que nous apprend Gaïus : « Les pérégrins pouvaient recevoir par fidéicommis, mais, d'après un sénatus-consulte rendu sur la proposition d'Adrien, les fidéicommis faits à des pérégrins sont revendiqués par le fisc. Les célibataires qui, d'après la loi *Julia*, ne pouvaient recueillir ni des hérédités ni des legs étaient regardés comme pouvant recevoir des fidéicommis. Les *orbi* qui, d'après la loi *Papia*, perdent la moitié des hérédités et des legs qui leur sont laissés, pouvaient autrefois recueillir des fidéicommis en entier. Mais le sénatus-consulte Pégasien a décidé qu'ils ne pourraient pas plus recevoir des fidéicommis que des legs et des hérédités, et les fidéicommis furent attribués aux personnes gratifiées par le testament, qui ont des enfants, et si aucune n'a des enfants, au peuple, comme cela a lieu dans les legs et les hérédités. De même on pouvait autrefois laisser des biens par fidéicommis à une personne incertaine, même à un posthume externe, quoiqu'on ne pût ni l'instituer, ni lui faire un legs. Mais un sénatus-consulte rendu sur la proposition d'Adrien a établi, pour les fidéicommis, la même règle que pour les legs et les hérédités. » (Gaïus, II, §§ 285, 286, 287.)

1585. Par exception, les femmes frappées de l'incapacité de la loi *Voconia*, les Latins juniens et l'esclave du testateur affranchi avant l'âge de trente ans, continuèrent à pouvoir recevoir des fidéicommis : « La femme qui, d'après la loi *Voconia*, ne peut être instituée héritière par celui qui est inscrit sur les tables du cens pour cent mille as, peut cependant recevoir une hérédité par fidéicommis. De même les Latins qui, d'après la loi *Junia*, ne peuvent recevoir directement des hérédités et des legs, peuvent recevoir par fidéicommis. De même, bien qu'un sénatus-consulte ait défendu d'affranchir et d'instituer son propre esclave avant l'âge de trente ans, la plupart des auteurs pensent que nous pouvons ordonner qu'il sera libre lorsqu'il aura trente ans, et prier qu'on lui restitue alors l'hérédité. » (Gaïus, II, §§ 274, 275, 276.)

1586. *Deuxième utilité des fidéicommis.* — La seconde utilité des fidéicommis consistait en ce qu'ils n'étaient pas soumis aux formes rigoureuses du testament. Les fidéicommis pouvaient être faits par *codicilles*. Un codicille est un écrit sans formes spéciales déter-

minées d'avance par la loi. En effet, il pouvait arriver qu'un citoyen romain, capable de tester, fût dans l'impossibilité de le faire à raison de certaines circonstances accidentelles, par exemple parce qu'il était surpris, en voyage, par une maladie mortelle, et que peut-être il n'avait pas, près de lui, sept témoins citoyens romains. Alors il pouvait faire un codicille par lequel il chargeait son héritier *ab intestat* de restituer son hérédité à telle personne.

II. — Des hérédités fidéicommissaires.

Pr. « Passons maintenant aux fidéicommis et occupons-nous d'abord des hérédités fidéicommissaires. »

1587. J'ai dit déjà qu'il y a deux espèces de fidéicommis : le fidéicommis universel, par lequel un citoyen romain dispose de toute son hérédité au profit du fidéicommissaire, — et le fidéicommis particulier, par lequel un citoyen romain ne dispose que d'un ou de quelques-uns de ses biens au profit du fidéicommissaire. Nous allons nous occuper d'abord du fidéicommis universel.

1588. 1° *De quelle manière un fidéicommis universel peut-il être fait?* — Un fidéicommis universel ou fidéicommis de l'hérédité entière peut être fait soit par testament, soit par codicille. Mais celui qui fait un fidéicommis universel par testament doit commencer par instituer un héritier dans ce testament, et ensuite charger cet héritier de rendre l'hérédité à telle personne qu'il désigne :

§ 2. « Avant tout, il faut savoir qu'il est nécessaire que quelqu'un soit valablement institué héritier, et que l'on confie à sa foi de restituer cette hérédité à un autre; sinon le testament, dans lequel aucun héritier n'a été institué, est inutile. Ainsi, lorsqu'un testateur aura écrit : « *Que Lucius Titius soit héritier* », il pourra ajouter : « *Je te prie, Lucius Titius, dès que tu pourras faire adition de mon hérédité, de la rendre à Gaïus Seius.* » Un testateur peut aussi prier de restituer une partie de l'hérédité, et on est libre de laisser un fidéicommis ou purement, ou sous condition, ou à terme fixe. »

1589. Ce § 2 semble exiger, pour qu'un fidéicommis soit valable, qu'il soit fait dans un testament contenant une institution d'héritier. Mais, d'après le § 10 de notre titre, un citoyen romain peut faire un fidéicommis d'hérédité, sans faire de testament, par codicille. Dans ce cas, le fiduciaire chargé de rendre ne sera pas un héritier institué, puisqu'il n'y a pas de testament; ce sera l'héritier *ab intestat*. En effet, celui qui laisse son hérédité à ses héritiers *ab intestat* est censé les instituer tacitement par cela seul qu'il leur laisse sa succession :

§ 10. De même celui qui va mourir intestat peut prier celui auquel ses biens doivent appartenir, d'après le droit civil ou d'après le droit prétorien, de resti-

tuer à un autre son hérédité en tout ou en partie, ou un objet particulier, comme un fonds, un esclave, une somme d'argent. Au contraire, les legs ne sont valables qu'autant qu'ils sont laissés par testament. »

1590. De quelle manière la restitution de l'hérédité par le fiduciaire au fidéicommissaire est-elle faite? — Nous avons vu qu'à partir d'Auguste les consuls, puis le préteur fidéicommissaire, intervenaient pour forcer les fiduciaires à restituer l'hérédité au fidéicommissaire. Mais pendant longtemps ils ne purent intervenir que quand le fiduciaire, ayant fait adition, refusait de restituer l'hérédité. Au contraire, ils ne pouvaient intervenir lorsque le fiduciaire n'avait pas fait adition, parce qu'on ne pouvait pas le forcer à restituer ce qu'il n'avait pas recueilli. Ainsi la première condition exigée pour l'intervention du préteur fidéicommissaire était que le fiduciaire eût fait adition. — Du reste, la restitution de l'hérédité par le fiduciaire au fidéicommissaire se faisait par le simple accord des volontés; de sorte que la restitution était considérée comme faite avant même que le fidéicommissaire ne fût entré en possession des biens. (N° 1113, 5°.) — Mais, par suite de son adition, l'héritier fiduciaire restait héritier malgré la restitution de l'hérédité par lui faite au fidéicommissaire :

§ 3. « Après la restitution de l'hérédité, celui qui l'a restituée reste néanmoins héritier, et celui qui l'a reçue est considéré tantôt comme héritier, tantôt comme légataire. »

1591. Ainsi l'institué fiduciaire, alors même qu'il a restitué l'hérédité, n'en reste pas moins héritier et continue à représenter le défunt; lui seul peut poursuivre les débiteurs héréditaires; lui seul est poursuivi par les créanciers héréditaires. De là de nombreuses complications, l'obligation de stipulations réciproques, et des risques de pertes en cas d'insolvabilité de l'un ou de l'autre. Ces inconvénients, très-grands en principe, furent successivement évités ; de là quatre périodes.

1592. 2° *Droit primitif. Fidéicommissaire considéré comme emptor familiæ.* — « Autrefois, dit Gaïus, il n'était considéré ni comme héritier, ni comme légataire, mais plutôt comme un acheteur d'hérédité; car il était d'usage que cette hérédité fût vendue fictivement, pour un seul écu, à celui à qui elle était restituée, et les stipulations qui sont faites ordinairement entre le vendeur et l'acheteur d'une hérédité intervenaient entre l'héritier et celui à qui l'hérédité était restituée. (Gaïus, II, § 252.) — L'héritier stipulait de celui à qui l'hérédité était restituée de cette manière : « Me promets-tu de m'indemniser de tout ce que j'aurai été condamné à payer à titre héré-

ditaire, de tout ce que j'aurai donné de bonne foi, et, si je suis poursuivi comme héritier par un créancier, promets-tu de me défendre? » De son côté, celui qui recevait l'hérédité stipulait de l'héritier de cette manière : « Me promets-tu de me restituer tout ce qui te proviendra de l'hérédité et de me laisser exercer les actions héréditaires en qualité de *procurator* ou de *cognitor*? » (Gaïus, II, § 252.)

1593. Ainsi, anciennement, le fiduciaire qui était devenu héritier par l'adition qu'il avait faite restait héritier même après la vente simulée. Quant au fidéicommissaire, il était considéré comme acheteur fictif de l'hérédité. Mais pour que le fidéicommissaire pût profiter des créances du défunt, et fût responsable des dettes de l'hérédité qui, d'après les principes du droit romain, restaient attachées à la personne du fiduciaire, il intervenait entre le fiduciaire et le fidéicommissaire les mêmes stipulations qui intervenaient entre un vendeur et un acheteur d'hérédité. (N° 1406.)

Ces stipulations s'appelaient stipulations *emptæ et venditæ hereditatis*. — Chacune des parties avait, en vertu de sa stipulation, l'action personnelle, *condictio*, pour obtenir l'exécution de la promesse de l'autre. — Mais ces stipulations n'assuraient pas complétement la position respective des parties. En effet, le fidéicommissaire, après avoir reçu l'hérédité, pouvait devenir insolvable; alors l'héritier fiduciaire exerçait vainement contre lui son action personnelle, la *condictio*, pour se faire indemniser de ce qu'il avait été obligé de payer aux créanciers du défunt. A l'inverse, l'héritier fiduciaire pouvait devenir insolvable et faire perdre au fidéicommissaire le montant des créances de l'hérédité qu'il avait recouvrées pour lui. C'est pourquoi un sénatus-consulte, appelé sénatus-consulte *Trébellien*, parce qu'il fut rendu pendant le consulat de Trebellius Maximus et d'Annæus Seneca, sous Néron, vint assurer la position respective du fiduciaire et du fidéicommissaire.

1594. 3° *Sénatus-consulte Trébellien. Fidéicommissaire considéré comme héritier.* — Le sénatus-consulte Trébellien décida que lorsqu'un fiduciaire, après avoir fait adition, aurait restitué l'hérédité, il resterait complétement étranger aux conséquences de son adition. Sans doute le fiduciaire conservait sa qualité d'héritier, qui est indestructible; mais il pouvait repousser les poursuites des créanciers de la succession par une exception, appelée exception *restitutæ hereditatis*. D'un autre côté, d'après le sénatus-consulte Trébellien, le fidéicommissaire était mis fictivement aux lieu et place de l'héritier fiduciaire. En conséquence, le préteur lui donnait des actions *utiles* pour lui permettre de poursuivre les débiteurs du défunt et,

à l'inverse, le préteur donnait aux créanciers du défunt des actions *utiles* pour poursuivre le fidéicommissaire ; c'est-à-dire que, dans la formule de ces actions, le préteur supposait que le fidéicommissaire était héritier, et le juge le traitait comme tel. Le sénatus-consulte Trébellien fit ainsi disparaître l'utilité des stipulations *emptæ* et *venditæ hereditatis* (Gaïus, II, § 253) :

§ 4. « Au temps de Néron, pendant le consulat de Trebellius Maximus et d'Annæus Seneca, fut fait un sénatus-consulte qui décida que, si une hérédité était restituée pour cause de fidéicommis, toutes les actions qui, d'après le droit civil, pouvaient être exercées par l'héritier ou contre lui, seraient données à celui auquel l'hérédité aurait été restituée et contre lui. A partir de ce sénatus-consulte, le préteur commença à donner des actions utiles à celui qui a reçu l'hérédité et contre lui. »

Dans ce système, l'héritier grevé peut faire adition sans aucune crainte, puisque, dès qu'il a restitué l'hérédité, il n'est plus tenu des dettes héréditaires. Mais, comme il est tenu de restituer tout ou au moins une grande partie de l'hérédité, il n'avait que peu ou point d'intérêt à faire adition, répudiait l'hérédité, et faisait évanouir le fidéicommis ; c'est à quoi vint remédier le sénatus-consulte Pégasien.

1595. 4° *Sénatus-consulte Pégasien. Fidéicommissaire considéré comme légataire.* — Le sénatus-consulte Trébellien avait laissé une lacune. En effet, il n'avait pourvu qu'à mettre le fiduciaire et le fidéicommissaire à l'abri des suites de leur insolvabilité réciproque. Mais, quant au fiduciaire, s'il n'avait plus aucun danger à redouter des conséquences de son adition, il n'avait non plus aucun profit à retirer de son adition, puisque, après avoir fait adition, il devait restituer toute l'hérédité au fidéicommissaire. Sans doute le fiduciaire pouvait mettre à prix son adition en disant au fidéicommissaire : Laissez-moi garder une partie de l'hérédité ; sinon, je répudie et vous perdrez votre fidéicommis ; et le fidéicommissaire était, en fait, forcé de transiger avec le fiduciaire. Mais ces transactions n'étaient réglées par aucune loi. Sous le règne de Vespasien, pendant le consulat de Pegasus et de Pusio, le sénatus-consulte *Pégasien* vint donner au fiduciaire un intérêt à faire adition (Gaïus, II, § 255) :

§ 5. « Comme les héritiers institués étaient ordinairement priés de restituer toute l'hérédité ou presque toute l'hérédité, ils refusaient de faire adition pour un profit nul ou minime, de sorte que les fidéicommis s'éteignaient. Mais le sénat, au temps de Vespasien, pendant le consulat de Pégase et de Pusion, décida que celui qui était prié de restituer l'hérédité aurait le droit d'en retenir le quart, de même que, d'après la loi Falcidie, l'héritier a le droit de retenir le quart des legs. La même rétention est permise sur les objets particuliers laissés

par fidéicommis. En vertu de ce sénatus-consulte, l'héritier restait soumis aux charges de l'hérédité, tandis que celui qui avait reçu une partie de l'hérédité en vertu du fidéicommis, était considéré comme un légataire partiaire, c'est-à-dire comme celui à qui une quote-part des biens avait été léguée. Cette espèce de legs s'appelait *partition*, parce que le légataire partageait l'hérédité avec l'héritier. En conséquence, les mêmes stipulations, qui intervenaient entre l'héritier et le légataire partiaire, intervenaient entre l'héritier et celui qui recevait une partie de l'hérédité en vertu du fidéicommis, afin de rendre communs entre eux le bénéfice et la perte, proportionnellement à la part de chacun d'eux. »

1596. Ainsi, d'après le sénatus-consulte Pégasien, le fidéicommissaire était assimilé à un *légataire partiaire* des trois quarts de l'hérédité. Quant au fiduciaire, il avait le droit de retenir le quart de l'hérédité. Ce quart retenu par l'héritier est appelé par les commentateurs *quarte Pégasienne*. — De plus, une seconde disposition du sénatus-consulte Pégasien permettait au fidéicommissaire de forcer le fiduciaire à faire adition. Comment l'y forçait-il? Si le fiduciaire se refusait à faire adition, le préteur considérait l'adition comme faite. (L. 16, § 7. D. 36, 1.)

Quelles étaient les conséquences du sénatus-consulte Pégasien? Ses conséquences étaient que l'héritier fiduciaire qui voulait retenir le quart de l'hérédité devait conserver le titre d'héritier. En effet, puisqu'il voulait faire considérer le fidéicommissaire comme légataire partiaire, il était considéré, lui, comme héritier et héritier pour le tout. Il conservait toutes les créances, mais à l'inverse il restait tenu de toutes les dettes de l'hérédité. Mais, d'un autre côté, comme le fidéicommissaire avait droit aux trois quarts de l'hérédité, il avait, par là même, droit aux trois quarts des créances, et comme il n'y a de biens que les dettes déduites, il était juste que le fidéicommissaire supportât les trois quarts des dettes. En conséquence, il intervenait, entre l'héritier fiduciaire et le fidéicommissaire, les mêmes stipulations qui intervenaient entre un héritier et un légataire partiaire. Ces stipulations étaient appelées stipulations *partis et pro parte*. (N° 1502.)

1597. 5° *Droit de Justinien.* — Les deux sénatus-consultes Trébellien et Pégasien restèrent, l'un et l'autre, en vigueur jusqu'à Justinien. Tantôt c'était le Trébellien qui s'appliquait, tantôt c'était le Pégasien.

1598. Le sénatus-consulte Trébellien s'appliquait dans deux cas :

1° Toutes les fois que le testateur avait laissé à l'héritier fiduciaire le quart de l'hérédité; de sorte que le fiduciaire n'avait pas besoin d'invoquer le Pégasien pour avoir son quart, le Trébellien s'appliquait. Dans ce cas, le fidéicommissaire était considéré comme héritier pour trois quarts, et des actions utiles étaient données con-

tre lui en proportion de ces trois quarts ; quant au fiduciaire, il était considéré comme héritier pour un quart, et les actions directes étaient données contre lui en proportion de ce quart. (Gaïus, II, § 255.)

1599. Mais si le testateur avait chargé l'héritier fiduciaire de restituer toute l'hérédité, le sénatus-consulte Pégasien s'appliquait : « Lorsque l'héritier, dit Gaïus, a été prié de restituer toute l'hérédité ou plus des trois quarts, c'est le sénatus-consulte Pégasien qui s'applique. Une fois que l'héritier a fait adition de l'hérédité, pourvu qu'il l'ait faite de sa propre volonté, soit qu'il ait retenu le quart, soit qu'il n'ait pas voulu le retenir, il est soumis à toutes les charges de l'hérédité. Toutefois, s'il a retenu le quart, les stipulations *partis et pro parte* doivent être faites, comme entre un légataire partiaire et un héritier. Si, au contraire, il a restitué toute l'hérédité, il doit être fait des stipulations semblables aux stipulations *emptæ et venditæ hereditatis*. » (Gaïus, II, §§ 256, 257.) Mais cette opinion de Gaïus n'était pas partagée par tous les jurisconsultes. En effet d'autres jurisconsultes pensaient que, lorsque l'héritier avait été chargé de restituer toute l'hérédité, si, sans invoquer le sénatus-consulte Pégasien pour retenir son quart, il restituait loyalement toute l'hérédité, le sénatus-consulte Trébellien s'appliquait, et que l'héritier était déchargé de toute responsabilité à l'égard des créanciers, bien qu'on se trouvât dans le cas où le sénatus-consulte Pégasien devait recevoir son application, puisque le testateur n'avait pas réservé le quart au fiduciaire. Telle était l'opinion du jurisconsulte Paul : « Si l'héritier chargé de restituer toute l'hérédité ne veut pas retenir le quart, il vaut mieux décider qu'il doit restituer l'hérédité en vertu du Trébellien : car alors toutes les actions sont données contre le fidéicommissaire. (Paul, *Sent.*, IV, III, § 2. — L. 45. D. 36, 1.)

1600. Le sénatus-consulte Trébellien s'appliquait encore :

2° Lorsque l'héritier institué refusait de faire adition parce qu'il soupçonnait l'hérédité d'être onéreuse. D'après le sénatus-consulte Pégasien, il devait, sur la demande du fidéicommissaire, faire adition et restituer sur l'ordre du préteur, et les actions étaient données au fidéicommissaire et contre lui, conformément au sénatus-consulte Trébellien. Dans ce cas, il n'était pas nécessaire de faire des stipulations, parce que celui qui avait restitué était en pleine sécurité, puisque les actions héréditaires étaient données au fidéicommissaire et contre lui. (Gaïus, II, § 259.)

Ces deux cas où le sénatus-consulte Trébellien continuait à s'appliquer, avant Justinien, sont indiqués dans le § 6 :

§ 6. « Si l'héritier institué n'avait pas été chargé de restituer plus des trois quarts de l'hérédité, cette restitution se faisait d'après le sénatus-consulte Trébellien, et les actions héréditaires étaient données contre chacun en proportion de sa part, contre l'héritier en vertu du droit civil, et contre le fidéicommissaire en vertu du sénatus-consulte Trébellien, comme s'il était héritier. Mais s'il avait été chargé de rendre plus des trois quarts, ou même toute l'hérédité, alors il y avait lieu d'appliquer le sénatus-consulte Pégasien. Une fois que l'héritier avait fait adition, pourvu qu'il l'eût faite de sa propre volonté, soit qu'il eût retenu le quart, soit qu'il n'eût pas voulu le retenir, il était soumis à toutes les charges de l'hérédité. Toutefois, s'il avait retenu le quart, les stipulations *partis et pro parte* devaient être faites comme entre un légataire partiaire et un héritier. Si, au contraire, il avait restitué toute l'hérédité, c'étaient les stipulations *emptæ et venditæ hereditatis* qui intervenaient. — Mais si l'héritier institué refuse de faire adition, parce qu'il prétend que l'hérédité lui paraît suspecte et onéreuse ? D'après le sénatus-consulte Pégasien, il doit, sur la demande du fidéicommissaire, faire adition, et restituer l'hérédité sur l'ordre du préteur, et les actions sont données au fidéicommissaire et contre lui, conformément au sénatus-consulte Trébellien. Dans ce cas, il n'est pas nécessaire de faire des stipulations, parce qu'il y a à la fois, par l'application des deux sénatus-consultes dans cette hypothèse, sécurité complète pour celui qui restitue, puisque les actions héréditaires sont données à celui et contre celui qui reçoit l'hérédité. »

1601. Justinien déclare qu'il abroge le sénatus-consulte Pégasien et qu'il rend au sénatus-consulte Trébellien toute son autorité. Dès lors c'est le sénatus-consulte Trébellien qui sera toujours appliqué. En conséquence le fidéicommissaire sera toujours considéré comme héritier, les actions héréditaires pourront toujours être exercées par le fidéicommissaire et contre lui. — Avant Justinien, pour que le sénatus-consulte Trébellien reçût son application, il fallait que le testateur eût laissé au fiduciaire au moins le quart de l'hérédité. Désormais on ne distingue plus si le testateur a ou n'a pas laissé le quart au fiduciaire : c'est toujours le sénatus-consulte Trébellien qui s'appliquera. Seulement, si le testateur n'a rien laissé au fiduciaire, celui-ci pourra retenir le quart, ou le compléter et même le répéter s'il l'a payé. Dès lors les actions de l'hérédité se diviseront activement et passivement entre le fiduciaire et le fidéicommissaire en proportion de la part de chacun. — En réalité, Justinien n'a pas abrogé le sénatus-consulte Pégasien; il a plutôt fondu ensemble les dispositions des deux sénatus-consultes. En effet, le fiduciaire auquel le testateur n'a rien laissé peut retenir le quart, comme lorsque le sénatus-consulte Pégasien était en vigueur; mais il ne sera plus considéré comme héritier pour le tout; il ne sera héritier que pour un quart, et le fidéicommissaire sera héritier pour trois quarts. La seconde disposition du sénatus-consulte Pégasien, d'après laquelle le fiduciaire peut être contraint à faire adition, est également maintenue. — En résumé, le véritable changement opéré par Justinien consiste en ce que le fidéicommissaire n'est plus jamais

considéré comme légataire, mais comme héritier, ce qui rend inutiles les stipulations *partis et pro parte*, qui étaient nécessaires dans le système du sénatus-consulte Pégasien :

§ 7. « Comme les stipulations résultant du sénatus-consulte Pégasien avaient déplu même aux anciens, tellement qu'un homme d'un génie éminent, Papinien, les qualifie de captieuses dans certains cas, et comme la simplicité dans les lois nous plaît plus que la complication, après avoir examiné les ressemblances et les différences des deux sénatus-consultes, il nous a plu d'abroger le sénatus-consulte Pégasien, le plus récent, et de rendre au sénatus-consulte Trébellien toute son autorité, pour qu'à l'avenir la restitution des hérédités fidéicommissaires se fasse en vertu de ce sénatus-consulte, soit que l'héritier ait, par la volonté du testateur, le quart, soit qu'il ait plus ou moins, ou même rien ; et s'il n'a rien ou s'il a moins du quart, il lui est permis de retenir le quart ou de le compléter ou même de le répéter, s'il l'a payé, les actions se divisant entre l'héritier et le fidéicommissaire, en proportion de la part de chacun, comme d'après le sénatus-consulte Trébellien. Mais s'il restitue volontairement l'hérédité entière, toutes les actions héréditaires seront exercées par le fidéicommissaire et contre lui. Nous avons maintenu cette disposition principale du sénatus-consulte Pégasien, d'après laquelle, si l'héritier institué refuse de faire adition, il peut être forcé, sur la demande du fidéicommissaire, de faire adition et de restituer l'hérédité au fidéicommissaire, toutes les actions passant alors à ce fidéicommissaire et contre lui. Nous transportons cette règle dans le sénatus-consulte Trébellien, de sorte que c'est en vertu de ce seul sénatus-consulte que l'héritier, ne voulant pas faire adition, sera contraint, si le fidéicommissaire le désire, de faire adition et de restituer l'hérédité ; mais ni charge ni profit n'en resteront à l'héritier. »

1602. D'après le § 7, si le fiduciaire a restitué toute l'hérédité, sans retenir le quart, il peut le répéter. Quelques interprètes du droit romain prétendent que c'est là une innovation de Justinien. — Mais il n'en est rien. Déjà, avant Justinien, lorsque le fiduciaire avait restitué toute l'hérédité, s'il prouvait que c'était par suite d'une erreur de fait qu'il n'avait pas retenu le quart, il pouvait le répéter. (L. 68, § 1. D. 36, 1.)

1603. Lorsque le testateur a institué plusieurs héritiers, s'il a chargé, par fidéicommis, chacun d'eux de restituer tout ou partie de sa part héréditaire, chacun des héritiers a le droit de retenir le quart de sa part héréditaire. De même lorsque le testateur, ayant institué plusieurs héritiers, a chargé un seul de ses héritiers de restituer sa part à un fidéicommissaire, cet héritier a le droit de garder le quart de sa part. En d'autres termes, lorsqu'il y a plusieurs héritiers, la quarte Pégasienne, comme la quarte Falcidie, est calculée, pour chaque héritier, sur sa part héréditaire (n° 1566) :

§ 8. « Il importe peu qu'il y ait un seul héritier institué pour le tout, chargé de restituer tout ou partie de l'hérédité, ou un héritier institué pour une portion, chargé de restituer cette portion en tout ou en partie ; car dans ce dernier cas il faut observer ce que nous avons dit sur la restitution de toute l'hérédité. »

1604. Si, au lieu de réserver au fiduciaire le quart de l'hérédité, le testateur lui avait laissé l'équivalent à titre particulier, par exemple un objet déterminé valant le quart de l'hérédité, même avant Justinien, le sénatus-consulte Trébellien s'appliquait : le fiduciaire était considéré comme légataire, et toutes les actions étaient données *utilement* au fidéicommissaire ou contre lui ; tandis que s'il avait été autorisé à garder le quart de l'hérédité, il n'était plus simple légataire, mais héritier pour un quart, et les actions actives étaient données pour un quart au fiduciaire et contre lui, pour les trois quarts au fidéicommissaire et contre lui :

§ 9. « Si l'héritier a été chargé de rendre toute l'hérédité en déduisant ou en prélevant un certain objet valant le quart, par exemple, un fonds ou toute autre chose, la restitution se fait d'après le sénatus-consulte Trébellien, comme s'il avait été chargé de restituer l'hérédité en gardant le quart. Mais dans le cas où l'hérédité est restituée, après le prélèvement d'un objet ou d'une somme, toutes les actions sont transférées au fidéicommissaire et contre lui en vertu de ce sénatus-consulte, et la chose reste à l'héritier sans aucune charge héréditaire, comme si elle lui était acquise à titre de legs. Au contraire, lorsque l'héritier a été chargé de restituer l'hérédité, en retenant le quart, les actions se divisent. Elles sont transférées au fidéicommissaire pour trois quarts, et restent à l'héritier pour un quart. Bien plus, lors même que l'objet, que peut déduire ou prélever l'héritier chargé de restituer l'hérédité, vaudrait la plus grande partie de l'hérédité, les actions héréditaires seraient encore transférées au fidéicommissaire et contre lui : c'est à lui à examiner s'il a intérêt à réclamer la restitution. Ces décisions doivent être appliquées, soit lorsque l'héritier a été chargé de restituer l'hérédité en retenant deux ou plusieurs choses, soit lorsque l'héritier a été chargé de restituer l'hérédité en retenant une somme d'argent, valant le quart ou la plus grande partie de l'hérédité. Enfin, ce que nous avons dit pour l'héritier institué pour le tout, il faut le dire pour l'héritier institué pour une partie. »

1605. La quarte Pégasienne se calcule comme la quarte Falcidie ; le fiduciaire ne devra faire entrer dans la quarte pégasienne que ce que l'héritier doit faire entrer dans sa quarte Falcidie. Ainsi, quand un legs a été fait par préciput à l'héritier fiduciaire, la part du legs qu'il se doit à lui-même et qu'il recueille *jure hereditario* entre seule dans la quarte Pégasienne ; les autres parts dues par les autres héritiers fiduciaires n'y seront pas comprises, parce qu'il les recueille *jure legati*. (N° 1455.)

1606. Quant aux fruits de l'hérédité que le fiduciaire a perçus avant la restitution, doit-on les compter pour former sa quarte ? Il faut distinguer : si le fidéicommis a été fait à terme ou sous condition, les fruits que le fiduciaire aura perçus jusqu'à l'arrivée du terme ou de la condition seront comptés pour former sa quarte. Si, au contraire, le fidéicommis a été fait purement, les fruits que le fiduciaire aura perçus avant la demande en restitution du fidéicommissaire

ne seront pas comptés pour former sa quarte. (L. 22, § 2. D. 36, 1.)

1607. 6° *Formes du fidéicommis.* — Les fidéicommis peuvent être successifs, en ce sens que le fidéicommissaire auquel une hérédité a été restituée en tout ou en partie peut être chargé à son tour de la restituer à un autre en tout ou en partie. Exemple : un testateur institue Primus et le prie de restituer l'hérédité à Secundus, et prie Secundus de restituer l'hérédité à Tertius. Mais, dans la seconde restitution faite par Secundus à Tertius, il n'y a pas lieu à appliquer le sénatus-consulte Pégasien, c'est-à-dire qu'il n'y a pas lieu à réserver une nouvelle quarte au profit de Secundus; cela n'est pas nécessaire. En effet, le sénatus-consulte Pégasien avait pour but d'assurer un héritier au testateur, en l'intéressant, par la réserve d'un quart, à faire adition. Or, ici, il n'y a plus à craindre que la succession s'ouvre *ab intestat*, puisque Primus a fait adition. Toutefois, si Primus n'a fait adition que sur l'ordre du préteur et a restitué toute l'hérédité à Secundus, celui-ci se trouvera héritier pour le tout et aura le droit de retenir la quarte à l'encontre de Tertius (L. 55, § 2. D. 36, 1) :

§ 11. « Un testateur peut charger celui auquel une chose est restituée de la restituer lui-même à un autre : soit cette chose en tout ou en partie, soit une autre chose. »

Nous savons qu'un citoyen romain, sans faire un testament, peut faire un fidéicommis d'hérédité à la charge de ses héritiers *ab intestat*. (N° 1388.) Mais, dans ce cas, il faudra bien que la volonté du défunt soit manifestée d'une certaine manière; si ce n'est pas par testament, ce sera par un *codicille*. Un codicille ne peut pas contenir une institution d'héritier directe, mais il peut contenir une institution d'héritier indirecte, c'est-à-dire un fidéicommis universel. Le codicille est un écrit sans forme spéciale, par exemple, une lettre adressée à l'héritier. Autant il y avait de formalités rigoureuses exigées pour la validité des testaments, autant les formalités exigées pour les fidéicommis étaient simples et faciles : l'intention du défunt suffisamment manifestée suffisait. Tout se réduisait à cette question : le défunt a-t-il voulu, ou non, faire un fidéicommis? C'était au fidéicommissaire à prouver que le défunt avait voulu lui laisser un fidéicommis, ne fût-ce que par un signe de tête : « *Etiam nutu relinquere fideicommissum in usu receptum est.* » (Ulp., *Reg.*, XXV, § 3.)

1608. Au Bas-Empire, on s'écarta de cette indulgence. Des constitutions impériales exigèrent que le fidéicommis fût fait en présence de cinq témoins, soit lorsqu'il était fait par écrit, soit

lorsqu'il était fait sans écrit. Lorsqu'il était fait par écrit, c'est-à-dire par codicille, le codicille devait être signé par les cinq témoins. (L. 8, § 3. C. 6, 36.)

D'après Justinien, l'écriture et les témoins ne sont même plus nécessaires pour la preuve des fidéicommis. A défaut de pareilles preuves, c'est-à-dire s'il n'y a eu ni écrit ni témoins, la preuve du fidéicommis se fera de la manière suivante : le fidéicommissaire, après avoir juré qu'il est de bonne foi, c'est-à-dire qu'il croit qu'un fidéicommis lui a été laissé, déférera le serment à l'héritier fiduciaire, qui devra jurer que le testateur n'a pas voulu laisser de fidéicommis. Si le fiduciaire ne le jure pas, il sera condamné à exécuter le fidéicommis :

§ 12. « Primitivement, les fidéicommis dépendaient de la bonne foi des héritiers; c'est même de là qu'ils avaient reçu leur nom et c'est pourquoi le divin Auguste leur donna une force juridique. Mais nous, prétendant surpasser ce prince, nous avons, à propos d'un fait que nous a soumis Tribonien, homme distingué, questeur de notre sacré palais, décidé par une constitution ce qui suit : si un testateur a confié à la foi de son héritier la restitution de l'hérédité ou d'un objet particulier, — et que cela ne puisse être prouvé ni par écrit ni par cinq témoins, nombre qui est exigé dans les fidéicommis, le fidéicommis ayant été fait sans témoins ou devant moins de cinq témoins, — alors, sans distinguer si c'est le père de l'héritier ou tout autre qui s'est ainsi confié à sa foi et l'a prié de restituer, si l'héritier, ne voulant pas par perfidie faire la restitution, nie qu'il en ait été prié, le fidéicommissaire, après avoir juré qu'il est de bonne foi, peut le forcer à jurer qu'il n'a rien entendu dire de pareil par le défunt, et si l'héritier refuse de jurer, il sera contraint à fournir le fidéicommis universel ou particulier, pour que la volonté du testateur, qui s'est confié à la foi de l'héritier, ne reste pas sans effet. La même règle sera appliquée au légataire et au fidéicommissaire chargés d'une restitution. Que si celui, à qui une restitution a été imposée, après l'avoir niée, avoue ensuite qu'il a été chargé de restituer quelque chose, mais invoque des subtilités du droit, il ne sera pas moins contraint à faire la restitution. »

1609. 7° *Différences entre l'institution d'héritier et le fidéicommis universel d'hérédité.* — Le fidéicommis universel n'est pas autre chose qu'une institution d'héritier indirecte. Mais il y a entre l'institution d'héritier directe et l'institution d'héritier indirecte (ou fidéicommis universel) des différences qu'il importe de noter : 1° une hérédité pouvait être laissée par fidéicommis à des personnes qui n'auraient pu être instituées directement (nos 1583, 1584, 1585) ; — 2° l'institution d'héritier directe ne pouvait être faite que par testament ; l'institution d'héritier indirecte, ou fidéicommis universel, pouvait être faite par codicille ; et même, à l'époque de Justinien, le fidéicommis universel peut être fait sans écrit, c'est-à-dire sans codicille (nos 1586, 1607) ; 3° l'institution directe enlevait aux héritiers *ab intestat* l'hérédité entière, à moins qu'ils ne fussent légitimaires, cas auquel ils pouvaient retenir la *quarte légitime ;* au con-

traire, l'institution d'héritier indirecte ou fidéicommis universel laissait la *quarte Pégasienne* à l'héritier fiduciaire.

1610. III. **Des fidéicommis particuliers** (*Inst.*, II, XXIV). — Il y a fidéicommis particulier lorsqu'une personne charge son héritier de restituer à un autre, non plus l'hérédité tout entière, mais un ou plusieurs objets particuliers.

1611. Les fidéicommis particuliers eurent, dans l'origine, le même but que les fidéicommis universels, c'est-à-dire le but d'éluder les incapacités de recevoir. En effet :

1° Un fidéicommis particulier pouvait être fait à un pérégrin ; un legs ne pouvait être fait à un pérégrin. (Gaïus, II, § 285.)

2° Un fidéicommis pouvait être fait à un célibataire, tandis que le legs fait à un célibataire était caduc. (Gaïus, II, § 286.)

3° Le legs fait à un *orbus* était caduc pour moitié ; le fidéicommis fait à un *orbus* était valable pour le tout. (Gaïus, II, § 286.)

4° Un fidéicommis pouvait être laissé à une personne incertaine, même à un posthume externe, tandis qu'un legs ne pouvait être fait à une personne incertaine. (Gaïus, II, § 287.)

5° Le legs fait à un Latin junien était caduc, tandis que le fidéicommis fait à un Latin junien était valable. (Gaïus, § 275.)

1612. Mais nous avons vu que cette faculté d'éluder, par fidéicommis, les incapacités de recevoir, avait été abolie à partir d'Auguste. Dès lors, pour pouvoir profiter d'un fidéicommis particulier, il fallut être capable de recevoir un legs ; en d'autres termes, il fallut avoir la *factio testamenti*. — Mais les fidéicommis particuliers restèrent en usage parce qu'ils présentaient certains avantages sur les legs. En effet :

1° Celui qui mourait intestat pouvait laisser un fidéicommis particulier à la charge de ses héritiers *ab intestat*, tandis qu'il ne pouvait les charger d'un legs. (Gaïus, II, § 270.)

2° Les legs ne pouvaient être faits que par testament ou par un codicille confirmé d'avance par le testament. Les fidéicommis, au contraire, pouvaient être faits, même par un codicille non confirmé par testament. (Gaïus, II, § 270.)

3° Les legs ne pouvaient être laissés qu'à la charge de l'héritier. Au contraire, un fidéicommis pouvait être laissé à la charge de quiconque profitait des dispositions testamentaires : à la charge de l'héritier, d'un légataire, et même à la charge du fidéicommissaire. (Gaïus, § 271.)

4° Un legs ne pouvait être fait *post mortem heredis*, c'est-à-dire à la charge des héritiers de l'héritier ; un fidéicommis pouvait être

laissé *post mortem heredis*, c'est-à-dire à la charge des héritiers de l'héritier. (Ulp., *Reg.*, XXV, § 8.)

5° La liberté ne pouvait être léguée directement à l'esclave d'autrui, tandis qu'elle pouvait lui être laissée indirectement par fidéicommis. (Gaïus, II, 272.)

6° Pendant longtemps, les legs, pour être valables, devaient être faits par des formules solennelles, avec des paroles sacramentelles. Au contraire, pour faire un fidéicommis particulier, le testateur était libre d'employer telles expressions que bon lui semblait, en grec ou en latin. (Gaïus, II, § 281.)

7° Pendant longtemps, le legs ne pouvait être fait qu'après l'institution d'héritier; au contraire, le fidéicommis pouvait précéder ou suivre l'institution d'héritier. (Ulp., *Reg.*, XXV, § 8.)

Mais le fidéicommis, pas plus que le legs, ne pouvait être fait *pœnæ nomine*. (Gaïus, II, § 288.)

Pr. « On peut laisser par fidéicommis des objets particuliers, comme un fonds, un esclave, un vêtement, de l'or, de l'argent, de la monnaie, et charger de les restituer l'héritier lui-même ou un légataire, bien qu'un legs ne puisse être fait à la charge d'un légataire. »

§ 1. « Un testateur peut laisser par fidéicommis non-seulement ses propres choses, mais encore celles de l'héritier, d'un légataire, d'un fidéicommissaire, et celles d'autrui. Le légataire et le fidéicommissaire peuvent être priés de restituer non-seulement les choses qui leur ont été laissées, mais encore une autre chose, même la chose d'autrui. Il faut seulement remarquer que quelqu'un ne doit pas être chargé de restituer plus qu'il n'a reçu, car l'excédant est laissé inutilement. Lorsque la chose d'autrui est laissée, celui à la charge duquel elle a été laissée est tenu de l'acheter pour la fournir, ou d'en payer l'estimation. »

1613. D'après le § 1, on voit qu'un fidéicommis particulier avait la même étendue que le legs *per damnationem*. En effet, le testateur pouvait laisser par fidéicommis non-seulement sa propre chose, mais encore celle de l'héritier, du légataire, du fidéicommissaire et même celle d'autrui. De même, par le fidéicommis particulier, le fidéicommissaire, comme le légataire *per damnationem*, n'acquiert qu'un droit de créance. — Lorsque la chose d'autrui avait été laissée par fidéicommis, le fiduciaire devait l'acheter pour la fournir au fidéicommissaire ou, si le propriétaire ne voulait pas la vendre, le fiduciaire devait en payer l'estimation au fidéicommissaire. Cependant, lorsque le propriétaire ne voulait pas vendre la chose, quelques jurisconsultes pensaient que le fiduciaire ne pouvait être contraint à payer l'estimation, et que le fidéicommis était éteint. Mais cette opinion n'a pas prévalu. (Gaïus, II, § 262.) Justinien ajoute qu'on ne peut grever une personne au delà de ce qu'elle

a reçu. En effet, le fiduciaire n'est qu'un intermédiaire, et il est juste qu'il ne soit pas obligé d'acquitter le fidéicommis avec ses propres deniers.

Le fidéicommis particulier a beaucoup d'analogie avec le legs. On peut dire que c'est un legs indirect. Toutefois il y avait, entre le fidéicommis particulier et le legs, des différences assez nombreuses. Outre les différences que j'ai indiquées déjà (nos 1611, 1612), on peut encore citer les suivantes :

1° La procédure n'était pas la même en matière de fidéicommis qu'en matière de legs ; lorsqu'un legs était réclamé en justice par le légataire contre l'héritier, le préteur ne connaissait pas lui-même de l'affaire : il délivrait aux parties une formule d'action, et les renvoyait devant un juge qui jugeait la contestation. Au contraire, lorsqu'un fidéicommis était réclamé en justice par le fidéicommissaire contre le fiduciaire, le préteur spécial, *fideicommissarius*, connaissait lui-même de la contestation et, sans délivrer de formule d'action, statuait lui-même extraordinairement. « Nous demandons les legs par une formule, dit Gaïus, tandis que nous réclamons les fidéicommis, à Rome devant le consul ou devant le préteur spécialement chargé de la juridiction en matière de fidéicommis, et dans les provinces devant le président de la province. » (Gaïus, II, § 278.)

2° Un fidéicommis pouvait être réclamé en justice tous les jours de l'année ; un legs ne pouvait être réclamé en justice que les jours où l'on pouvait agir en justice : « A Rome, la juridiction s'exerce, pour les fidéicommis, en tout temps ; pour les legs, les jours où l'on peut agir. » (Gaïus, II, § 279.)

3° Le fiduciaire devait les fruits et les intérêts du jour où il était en demeure ; au contraire, l'héritier ne devait les fruits et les intérêts qu'à partir de la demande, c'est-à-dire du jour de la *litis contestatio* : « Les intérêts et les fruits du fidéicommis sont dus, pourvu que celui qui est tenu du fidéicommis ait été mis en demeure ; au contraire, les intérêts des legs ne sont pas dus, d'après un rescrit d'Adrien. Toutefois, je crois que Julien était d'avis que, dans le legs *per damnationem*, on doit suivre la même règle que dans les fidéicommis. » (Gaïus, II, § 280.)

4° A un certain point de vue, le legs *per damnationem* offrait plus d'avantages que le fidéicommis. En effet, le légataire pouvait obtenir une condamnation au double contre l'héritier qui niait avoir été grevé du legs ; le fidéicommissaire ne pouvait jamais obtenir qu'une condamnation au simple : « Si l'héritier nie un legs laissé *per damnationem*, on agira contre lui au double, tandis que

dans l'action en délivrance d'un fidéicommis, la condamnation est toujours au simple. » (Gaïus, II, § 282.)

5° Le fiduciaire qui, par erreur (par exemple parce qu'il ignorait l'existence de certaines dettes du défunt), avait restitué plus qu'il ne devait, pouvait répéter ce qu'il avait payé en trop. Au contraire, l'héritier qui, même par erreur, avait acquitté un legs *per damnationem* au delà de ce qu'il devait, ne pouvait répéter : « Ce qu'on a payé par erreur de plus qu'on ne doit en vertu d'un fidéicommis peut être répété ; au contraire, ce qui est payé au delà de ce qui est dû en vertu d'un legs *per damnationem* ne peut être répété. » (Gaïus, II, § 283.)

1614. Ces différences entre les legs et les fidéicommis particuliers tendaient de jour en jour à s'effacer. Aussi, lorsque Justinien décida que les legs et les fidéicommis ne feraient plus qu'une seule et même classe de dispositions, il ne fit que compléter une œuvre en voie de s'opérer depuis longtemps. Je reproduis ici la traduction du § 3 du titre *De legatis* des *Institutes* (II, xx), dans lequel Justinien dit qu'il opère l'assimilation des legs aux fidéicommis particuliers :

« ..... Ayant remarqué que l'antiquité renfermait les legs dans des limites très-étroites, et accordait, au contraire, la plus grande faveur aux fidéicommis, qui résultent surtout de la volonté des défunts, nous avons pensé qu'il était nécessaire d'égaler tous les legs aux fidéicommis pour qu'il n'y eût plus entre eux aucune différence : ce qui manque aux legs sera complété par ce qui appartient aux fidéicommis ; et s'il y a quelque chose de plus dans les legs, la nature du fidéicommis en sera augmentée. »

Par suite de cette assimilation : 1° un legs pourra être fait par toute espèce de codicilles, confirmés ou non, même verbalement en présence de cinq témoins, n'importe en quels termes, ni en quelle langue ; 2° les fidéicommis sont assimilés aux legs, en ce sens que la *factio testamenti* est exigée pour les fidéicommis comme pour les legs ; 3° le legs comme le fidéicommis pourra être mis non-seulement à la charge de l'héritier, mais encore à la charge du légataire et du fidéicommissaire ; 4° le legs comme le fidéicommis pourra être fait *post mortem heredis*, à la charge des héritiers de l'héritier ; 5° la procédure extraordinaire étant en usage pour toutes les affaires, à l'époque de Justinien, il n'y a plus de magistrat qui délivre des formules d'action, soit pour les legs, soit pour les fidéicommis.

1615. Malgré cette assimilation complète des legs aux fidéicommis, opérée par Justinien, néanmoins il faut encore distinguer entre le legs de liberté et le fidéicommis de liberté. En effet, il reste encore, même après Justinien, des différences entre l'affranchissement

direct ou legs de liberté, et l'affranchissement indirect par fidéicommis : 1° une personne ne peut léguer directement la liberté qu'à son propre esclave, à l'esclave qui lui appartient au jour de la confection de son testament, et au jour de sa mort; au contraire, par fidéicommis, une personne peut laisser la liberté non-seulement à son propre esclave, mais encore à l'esclave de l'héritier, du légataire, du fidéicommissaire, et même à l'esclave d'autrui; 2° lorsque l'esclave aura été affranchi *directement* par son maître, il sera libre aussitôt que l'héritier aura fait adition; il aura pour patron son maître défunt et s'appellera *libertus orcinus*. Au contraire, lorsqu'un maître aura affranchi son propre esclave indirectement par fidéicommis, l'esclave ne deviendra libre que lorsque le fiduciaire, héritier ou autre, chargé de l'affranchir, l'aura affranchi; dans ce cas, l'affranchi aura pour patron, non plus son maître défunt, mais le fiduciaire qui l'aura affranchi. (N^os^ 389, 390, 391.)

Lorsque la liberté avait été laissée par fidéicommis à l'esclave d'autrui, le fiduciaire chargé de l'affranchir devait l'acheter à son maître pour lui donner ensuite la liberté. Si le maître refusait de vendre son esclave, le fidéicommis de liberté était éteint, dans l'ancien droit : « Si le maître refuse de le vendre, dit Gaïus, le fidéicommis de la liberté est certainement éteint, car on ne peut évaluer le prix de la liberté. » (Gaïus, II, § 265.) Mais, d'après l'opinion qui a prévalu, et qui fut confirmée par Justinien, le fidéicommis n'était pas éteint, mais seulement différé jusqu'au moment où le fiduciaire pourrait acheter l'esclave :

§ 2. « La liberté peut aussi être donnée par fidéicommis à un esclave, de manière que l'héritier, ou un légataire, ou un fidéicommissaire soit chargé de l'affranchir. Il importe peu, du reste, que cet esclave appartienne au testateur, à l'héritier, au légataire ou à autrui. S'il est à autrui, il devra être acheté et affranchi. Que si le propriétaire ne veut pas le vendre, pourvu toutefois qu'il n'ait rien reçu de celui qui laisse la liberté, le fidéicommis de la liberté n'est pas éteint, mais seulement différé, car plus tard l'occasion d'acheter l'esclave et de l'affranchir pourra se présenter. L'esclave qui est affranchi en vertu d'un fidéicommis ne devient pas l'affranchi du testateur, quand même il lui eût appartenu, mais de celui qui l'affranchit. Mais s'il a été affranchi directement par le testament de son maître, il est l'affranchi du testateur et s'appelle *Orcinus*. Nul autre esclave que celui qui se trouvait sous la puissance du testateur, au moment où il a fait son testament et au moment de sa mort, ne peut être affranchi directement. La liberté est donnée directement, lorsque le testateur ne prie personne d'affranchir son esclave, mais veut que la liberté résulte pour lui de son testament. »

Il faut remarquer sur ce § 2, que, lorsque la liberté a été léguée à l'esclave d'autrui, ce n'est qu'autant que le propriétaire de cet esclave n'a rien reçu du défunt, qu'il peut se refuser à le vendre, et

retarder ainsi l'affranchissement. Que s'il a reçu et accepté quelque chose du défunt, il est tenu de vendre l'esclave pour le laisser affranchir.

PREMIER APPENDICE

COMPARAISON DE L'INSTITUTION D'HÉRITIER, DU LEGS, DU FIDÉICOMMIS.

1616. *Différences disparues du temps de Gaïus.* — 1° Les pérégrins pouvaient recueillir seulement par fidéicommis. Adrien abroge cette règle et attribue au fisc la part des pérégrins.

2° Le *cælebs* et l'*orbus* peuvent recueillir tout ce qui leur est laissé par fidéicommis. Le sénatus-consulte Pégasien assimile, sous ce rapport, le fidéicommis à l'institution d'héritier et aux legs.

3° On pouvait disposer par fidéicommis au profit d'une personne incertaine ou d'un *posthumus alienus*. — Adrien assimile, sous ce rapport, le fidéicommis à l'institution d'héritier et aux legs.

1617. *Différences qui existaient du temps de Gaïus, et dont quelques-unes subsistent sous Justinien.* — 1° L'héritier *ab intestat* ou un premier légataire peut être grevé d'un fidéicommis, non d'un legs.

2° Un codicille peut contenir un fidéicommis; il ne peut contenir un legs, à moins qu'il ne soit confirmé par un testament antérieur ou postérieur.

3° On ne peut léguer directement la liberté à l'esclave d'autrui; on peut la lui donner par fidéicommis.

4° Un codicille, même confirmé par testament, ne peut contenir ni institution d'héritier ni exhérédation.

5° Celui qui, d'après la loi Voconia, ne peut instituer une femme, peut lui laisser toute sa succession par fidéicommis. — De même le Latin junien peut *capere ex fideicommisso*, mais ne peut recueillir un legs ou une hérédité.

6° On ne peut affranchir et instituer l'esclave âgé de moins de 30 ans; — on peut ordonner par fidéicommis que cet esclave, lorsqu'il aura 30 ans, recevra la liberté et la restitution de l'hérédité.

7° Le fidéicommis, à la différence des legs, peut se trouver écrit dans le testament, *ante institutionem;* il peut être écrit en grec

ou simplement fait *nutu;* tandis que le legs doit être écrit en latin, *après* l'institution d'héritier.

8° Les questions relatives aux fidéicommis sont jugées, toute l'année, et par *cognitio extraordinaria;* — celles relatives aux legs ne peuvent être jugées qu'à certains jours et d'après la procédure ordinaire.

9° Les intérêts ou fruits des sommes ou choses laissées par fidéicommis sont dus dès que le grevé est en demeure; Adrien décide qu'il en est autrement pour les legs.

10° L'héritier qui nie à tort l'existence d'un legs *per damnationem*, s'il s'agit d'un *legatum certum*, est condamné au double. Rien de semblable pour le fidéicommis.

11° La personne, grevée d'un fidéicommis, qui paye plus qu'elle ne doit, peut répéter l'excédant. Au contraire, celui qui paye ce qu'il croit devoir en vertu du legs *per damnationem* ne peut répéter.

12° En général, la liberté du disposant par fidéicommis est beaucoup plus large que la liberté du disposant direct. Toutefois le tuteur ne peut être donné que *directo.*

1618. Justinien assimile à peu près les legs aux fidéicommis, ou plutôt il donne au fidéicommis tout ce que le legs pouvait avoir de plus favorable, notamment : le transport direct de propriété sur la tête du bénéficiaire, toutes les fois que c'est possible; — l'application du droit d'accroissement; — l'imposibilité de répéter ce qui a été payé par erreur; — la condamnation au double *adversus inficiantem*, etc., — et il donne au legs tout ce que le fidéicommis avait autrefois de plus avantageux.

DEUXIÈME APPENDICE

DES CODICILLES [1]

1619. Le codicille est un écrit qui n'est soumis à aucune forme spéciale, pouvant contenir certaines dispositions de dernière volonté. Il y avait, entre le codicille et le testament, deux différences considérables : 1° l'institution d'héritier était de l'essence du testament;

---

1. Le mot *codicillus*, diminutif de *codex*, désigne, à proprement parler, les petites tablettes sur lesquelles on écrit de simples notes, et spécialement des dispositions le plus souvent fidéicommissaires,—par opposition aux tables solennelles (*codex*), destinées à recevoir des dispositions importantes, telles que des testaments.

en effet, toutes les autres dispositions de dernière volonté : legs, fidéicommis, affranchissements, nomination d'un tuteur, pouvaient ne pas se trouver dans un testament, sans nuire à sa validité; tandis que l'institution d'héritier était indispensable pour qu'un testament fût valable. — Au contraire un codicille ne pouvait pas contenir une institution d'héritier. L'institution d'héritier faite par codicille eût été complétement nulle; 2° le testament, pour être valable, devait être fait dans des formes rigoureusement déterminées d'avance par la loi. Au contraire, le codicille n'était soumis par la loi à aucune forme spéciale; 3° enfin, à la différence de ce qui se passe pour les testaments, on admet la coexistence et l'exécution simultanée de deux codicilles, le second ne détruisant pas les dispositions non contraires du premier.

§ 3. « Quelqu'un peut faire plusieurs codicilles. Les codicilles n'exigent aucune forme solennelle. »

1620. Le *principium* de notre titre indique l'origine des fidéicommis : au temps d'Auguste, Lucius Lentulus, avant de partir pour l'Afrique, avait fait un testament, dans lequel il avait prévu qu'il pourrait avoir à y ajouter quelque chose plus tard. Puis, mourant en Afrique, et peut-être empêché, par les circonstances où il se trouvait, de refaire un testament, il fit un codicille. Auguste convoqua les principaux jurisconsultes de son temps, parmi lesquels était Trébatius, pour leur demander s'ils étaient d'avis de donner forcé aux codicilles. Trébatius fut d'avis qu'à raison des difficultés qu'on pourrait avoir, dans les voyages, à faire un testament, faute de témoins qui fussent citoyens romains, il était utile d'admettre la validité des codicilles. Plus tard, le jurisconsulte Labéon, ayant fait lui-même un fidéicommis par codicille, personne ne douta plus que les codicilles ne fussent très-valables :

Pr. « Il est certain qu'avant Auguste les codicilles n'étaient pas en usage. Mais Lucius Lentulus, le premier qui fit des fidéicommis, introduisit les codicilles. En effet, se sentant sur le point de mourir en Afrique, il fit des codicilles (qu'il avait confirmés d'avance par son testament) par lesquels il priait Auguste de faire quelque chose. Auguste ayant exécuté ses volontés, d'autres, suivant son exemple, exécutèrent aussi les fidéicommis confiés à leur foi : la fille de Lentulus paya des legs qu'elle ne devait pas d'après les principes du droit. On dit qu'Auguste convoqua les jurisconsultes de son temps, parmi lesquels se trouvait Trébatius, dont l'autorité était alors considérable, et leur demanda si l'usage des codicilles pouvait être admis et n'était pas contraire aux principes du droit. Trébatius persuada Auguste qu'il était utile et même nécessaire aux citoyens, à raison des grands et longs voyages, fréquents chez les anciens, de pouvoir faire des codicilles, lorsqu'ils ne pourraient faire un testament. Plus tard, Labéon ayant fait des codicilles, il ne fut plus douteux pour personne que les fidéicommis devaient être admis en droit. »

1621. C'est donc à raison des embarras et des difficultés de fait présentés par la confection d'un testament, que la validité des codicilles fut admise. Mais il ne faudrait pas croire que celui qui, d'après la loi, ne pouvait pas faire un testament, aurait pu faire un codicille. Pour pouvoir faire un codicille, il fallait être capable de faire un testament. (L. 6, § 3, D, 29, 7.)

1622. Un codicille peut être fait, soit par celui qui fait un testament, soit par celui qui meurt intestat. De là, il y a à distinguer quatre espèces de codicilles :

1° Le codicille confirmé d'avance par le testament, comme le codicille de Lentulus ;

2° Le codicille confirmé par un testament postérieur ;

3° Le codicille qui existe concurremment avec un testament, mais sans être confirmé par lui ;

4° Le codicille *ab intestat*, existant seul, sans testament.

Il importe de ne pas confondre ces quatre espèces de codicilles, car leur force n'était pas la même. Les deux premières espèces de codicilles, c'est-à-dire les codicilles confirmés par un testament antérieur ou postérieur, pouvaient contenir même des legs. (Gaïus, II, § 270 *a*.) De même, l'affranchissement direct, la nomination d'un tuteur pouvaient être faits par un codicille confirmé. (L. 43, D. 40, 4 ; L. 3 pr. D. 26, 2.) Au contraire, les codicilles non confirmés et les codicilles *ab intestat* ne pouvaient contenir que des fidéicommis et des affranchissements indirects. (Gaïus, II, § 272 *a*.)

1623. Mais jamais les codicilles, même confirmés par testament, ne peuvent contenir rien qui se rattache à l'institution d'héritier : ni institution d'héritier, ni exhérédation, ni substitution, ni addition d'un terme ou d'une condition à l'institution d'héritier.

1624. Cependant il n'y avait que l'institution d'héritier directe qui fût interdite dans les codicilles : une institution d'héritier indirecte pouvait être faite par codicilles confirmés ou non confirmés. Ainsi un testateur pouvait charger par codicille l'héritier qu'il avait institué dans son testament de restituer l'hérédité à un autre. Mais, dans ce cas, le codicille ne contenait qu'une institution d'héritier indirecte, ou un fidéicommis universel. Du reste, la condition de cet héritier indirect était bien différente de celle de l'héritier direct. En effet, l'héritier direct avait tous les droits accordés par le droit civil à l'héritier testamentaire, notamment la *petitio hereditatis*. Au contraire, l'héritier indirect ou fidéicommissaire devait s'adresser d'abord au consul ou au préteur fidéicommissaire pour obtenir la restitution du fidéicommis, et même, jusqu'au

sénatus-consulte Pégasien, il dépendait du fiduciaire d'éteindre le fidéicommis, en ne faisant pas adition ; après ce sénatus-consulte, le fiduciaire pouvait encore conserver le quart de l'hérédité :

§ 2. « Par codicilles, l'hérédité ne peut être ni donnée ni enlevée, sinon il y aurait confusion entre le droit des testaments et le droit des codicilles ; de même, une exhérédation ne peut être ni donnée ni enlevée par codicilles. Cependant, ce n'est que l'hérédité directe qui ne peut être ni donnée ni enlevée par codicilles, car l'hérédité peut être laissée valablement par fidéicommis dans des codicilles. On ne peut non plus, par codicilles, ajouter une condition à l'institution d'héritier, ni faire une substitution directe. »

1625. Le codicille non confirmé peut être antérieur ou postérieur au testament. Lorsqu'il est antérieur, et que le testament postérieur n'en parle pas, on peut se demander si ce testament postérieurement fait n'entraîne pas la révocation tacite du codicille. C'est ce que pensait Papinien ; mais son opinion fut rejetée par un rescrit de Sévère et Antonin, qui décida : que les dispositions de ce codicille seraient maintenues, bien qu'il ne fût pas confirmé par le testament postérieur :

§ 1. « Quelqu'un peut non-seulement faire des codicilles après avoir fait un testament, mais il peut encore faire des fidéicommis par codicilles en mourant intestat. Papinien pensait que les codicilles, faits avant le testament, n'avaient de force qu'autant qu'ils étaient confirmés ensuite spécialement dans le testament. Mais les divins Sévère et Antonin ont décidé, par un rescrit, qu'on pourrait, en vertu de codicilles antérieurs au testament, réclamer un fidéicommis, s'il apparaissait que celui qui avait fait un testament postérieur n'avait pas abandonné la volonté qu'il avait exprimée dans les codicilles. »

1626. A un autre point de vue, il faut soigneusement distinguer les codicilles *ab intestat*, des codicilles existant concurremment avec un testament, confirmés ou non par ce testament. En effet, lorsqu'il y a un testament, les codicilles, confirmés ou non, sont considérés comme des accessoires du testament, dont ils suivent le sort. Si l'héritier institué par le testament ne fait pas adition, soit parce qu'il est incapable, soit parce qu'il répudie, le testament est *destitutum*, les codicilles perdent leur force. (L. 3, § 2. D. 29, 7.)

1627. Il est possible qu'un testament soit nul, parce que les formes exigées pour sa validité n'ont pas été observées. Cet acte, nul comme testament, peut-il valoir comme codicille ? Oui, si le testateur l'a expressément dit dans une clause spéciale. (L. 8, § 1, C. 6. 36.) Cette clause est appelée par les commentateurs *clause codicillaire*.

1628. Un testateur peut faire plusieurs codicilles ; mais il n'est

tenu ni de les écrire, ni de les signer de sa main. (L. 6, § 1. D. 29, 7.) Il est possible qu'un testateur dise dans son testament : Si je fais plus tard des codicilles, ceux-là seuls seront valables qui seront écrits et signés de ma main. Cette clause, appelée par les commentateurs *clause dérogatoire*, ne produisait aucun effet ; car les codicilles que le testateur faisait ensuite étaient valables, bien qu'ils n'eussent été ni écrits ni signés de sa main : *qui postea geruntur prioribus derogant.* (L. 6, § 2. D. 29, 7.)

1629. Il peut y avoir plusieurs codicilles (§ 3 de n. t.). Au contraire, il ne peut y avoir qu'un seul testament : le second testament révoque toujours le premier. Les derniers codicilles ne révoquent pas les premiers, à moins qu'il n'y ait incompatibilité entre leurs dispositions.


BIBLIOTHÈQUE NATIONALE
R F
IMPRIMÉS

FIN DU PREMIER VOLUME.

TABLE MÉTHODIQUE DES MATIÈRES

CONTENUES

DANS LE PREMIER VOLUME

AVERTISSEMENT.

INTRODUCTION

I. DÉFINITIONS GÉNÉRALES . . . . .
Jus (droit). 5
Morale. 6
Droit naturel. 7
Équité. 7
Jurisprudence 8
Justice. 10
Préceptes constitutifs du droit. 10
II. DIVISIONS DU DROIT ROMAIN. — SOURCES. 11
Tableau général. 11
CHAPITRE Ier. — **DROIT PUBLIC**. 12
CHAPITRE II. — **DROIT PRIVÉ**. 12
ARTICLE Ier. — DROIT NATUREL 12
ARTICLE II. — DROIT DES GENS 14
ARTICLE III. — DROIT CIVIL. 15
§ 1. DROIT NON ÉCRIT OU COUTUME. 17
§ 2. DROIT ÉCRIT. 18
I. **La loi** 18
II. **Le plébiscite**. 18
III. **Le sénatus-consulte**. 18
IV. **Les constitutions impériales**. 19
V. **Les édits des magistrats**. 19
VI. **Les réponses des prudents**. 20
III. NOTIONS HISTORIQUES. 21
CHAPITRE Ier. — **ORIGINE DE ROME**. 21
CHAPITRE II. — **RELIGION DES ROMAINS**. 24
ARTICLE Ier. — PAGANISME. 24
§ 1. CULTE DES MORTS. 24
§ 2. CULTE DU FEU SACRÉ. 25
§ 3. RELIGION DOMESTIQUE 26

§ 4. DIEUX DE LA NATURE. 26
§ 5. DIEUX DE LA CITÉ. 27
§ 6. JOURS FASTES ET JOURS NÉFASTES. 28
§ 7. MINISTRES DU CULTE. 29
I. **Prêtres ou flamines**. 30
II. **Vestales**. 30
III. **Confréries**. 31
IV. **Augures. — Aruspices** 31
V. **Pontifes**. 32
ARTICLE II. — CHRISTIANISME 34
CHAPITRE III. — **HISTOIRE EXTERNE DU DROIT ROMAIN** (divisée en cinq périodes). 37
ARTICLE Ier. — PREMIÈRE PÉRIODE OU PÉRIODE ROYALE.
§ 1. SOCIÉTÉ ROMAINE PENDANT LA PÉRIODE ROYALE. . . 37
I. **Hommes libres et esclaves**. 38
II. **La famille**. 38
III. **La propriété**. 38
IV. **Ager romanus**. 39
V. **Patriciens et plébéiens**. 39
VI. **Clients**. 42
VII. **Gens**. — *Gentes*. 43
§ 2. CONSTITUTION POLITIQUE 45
I. **Le roi**. 45
II. **Le sénat** 46
III. **Le peuple. — Comices par curies** 47
IV. **Magistrats divers**. 49
V. **Armée**. 49
VI. **Collége des Féciaux**. 50
§ 3. INNOVATIONS DE SERVIUS TULLIUS. 50
I. **Au point de vue du service militaire**. 54
II. **Au point de vue du vote. — *Comices par centuries*** 55
§ 4. SOURCES DU DROIT PENDANT L'ÉPOQUE ROYALE. . . . 57
ARTICLE II. — DEUXIÈME PÉRIODE OU PÉRIODE RÉPUBLICAINE 58
§ 1. CONSTITUTION POLITIQUE 58
I. **Magistrats**. 58
1° *Les consuls*. 58
2° *Interrex* 59
3° *Le dictateur*. 60
4° *Les censeurs*. 60
5° *Les préteurs*. 61
6° *Les édiles curules*. 62
7° *Les questeurs*. 63
II. **Assemblées**. 63
1° *Comices par centuries*. 63
2° *Sénat*. 65
§ 2. LUTTE DES PLÉBÉIENS CONTRE LES PATRICIENS. . . . 67
I. **Les plébéiens au sénat**. 68
II. **Tribuns de la plèbe**. 68
III. **Comices par tribus** 70
IV. **Édiles plébéiens**. 72
V. **Loi des XII Tables**. 72
VI. **Le mariage devient possible entre plébéiens et patriciens**. 77

VII. **Accès des plébéiens aux magistratures. Tribuns militaires.** 77
VIII. **Ager publicus, lois agraires.** 79
§ 3. SITUATION DE L'ITALIE ET DES PROVINCES SOUS LA RÉPUBLIQUE. 80
I. **Rapport des Romains avec les peuples italiques.** 80
1° *Incorporation des vaincus* 81
2° *Soumission des vaincus à la discrétion de Rome.— Deditices.* 81
3° *Création des colonies romaines* 81
4° *Concession du* jus civitatis. 82
A. LATINI VETERES 83
B. LATINI COLONIARII. 83
C. POPULI SOCII. 84
D. POPULI FUNDI, CIVITATES FUNDÆ. 84
E. CONCESSION DU JUS CIVITATIS A TOUTE L'ITALIE. 84
5° *Concession du* jus Latii. 86
6° *Création de municipes* 86
7° *Création des préfectures* 91
II. **Établissement des provinces.** 91
III. **Création de colonies militaires.** 93
§ 4. SOURCES DU DROIT PENDANT LA SECONDE PÉRIODE. 94
I. **Lois.** 94
II. **Plébiscites** 94
III. **Édits des magistrats.** 94
IV. **Réponses des prudents** 95
V. **Coutume** 96
§ 5. COUP D'OEIL SUR CETTE PÉRIODE. 96
ARTICLE III. — TROISIÈME PÉRIODE OU PÉRIODE IMPÉRIALE 98
§ 1. CONSTITUTION POLITIQUE. 98
I. **L'empereur** 98
II. **Magistrats** 99
1° *Præfectus urbi* 99
2° *Præfectus prætorio.* 100
3° *Præfectus vigilum* 100
4° *Questeurs, candidats de l'empereur* 101
III. **Assemblées.** 101
1° *Comices par curies.* 101
2° *Comices par centuries.* 101
3° *Comices par tribus* 102
4° *Sénat.* 102
§ 2. SITUATION DE L'ITALIE ET DES PROVINCES PENDANT L'EMPIRE. 103
I. **Provinces de l'empereur** 104
II. **Provinces du peuple** 104
III. **Italie** 105
IV. **Municipes.** 105
V. **Concession du jus civitatis à tous les habitants de l'Empire** 106
§ 3. SOURCES DU DROIT PENDANT LA TROISIÈME PÉRIODE. 108
I. **Loi** 108
II. **Le plébiscite.** 108
III. **Les sénatus-consultes.** 108
IV. **Les Constitutions impériales.** 108
1° *Édits.* 108
2° *Décrets.* 108

3° *Rescrits*. 108
V. **Les édits des magistrats** 110
VI. **La coutume**. 112
VII. **Les réponses des prudents**. 112
1° *Publice respondere* 112
2° *Jura condere*. 112
§ 4. SABINIENS-PROCULIENS 113
ARTICLE IV. — QUATRIÈME PÉRIODE OU PÉRIODE DE DÉCADENCE (BAS-EMPIRE) 120
§ 1. GOUVERNEMENT CENTRAL 120
§ 2. SOURCES DU DROIT PRIVÉ PENDANT LA QUATRIÈME PÉRIODE. 121
I. **Constitutions impériales** 122
II. **Coutume** 122
III. **Travaux de codification pendant la quatrième période**. . . 122
§ 3. TRAVAUX LÉGISLATIFS DE JUSTINIEN. 124
I. **Code**. 124
II. **Digeste ou Pandectes**. 124
III. **Institutes**. 127
IV. **Nouveau Code**. 127
§ 4. TABLEAU DES TEXTES DU DROIT ROMAIN, EN DEHORS DE LA COMPILATION DE JUSTINIEN. 129
§ 5. MUNICIPES PENDANT LA PÉRIODE DE DÉCADENCE. . . 130
§ 6. RÉSUMÉ DE L'HISTOIRE ROMAINE PENDANT LA QUATRIÈME PÉRIODE 132
ARTICLE V. — CINQUIÈME PÉRIODE : DESTINÉES DU DROIT ROMAIN EN ORIENT ET EN OCCIDENT APRÈS JUSTINIEN. 136
§ 1. DESTINÉES DU DROIT ROMAIN EN ORIENT 136
§ 2. DESTINÉES DU DROIT ROMAIN EN OCCIDENT 136
I. **Du droit romain dans le royaume des Visigoths**. 137
II. **Du droit romain dans le royaume des Burgondes**. 137
III. **Du droit romain dans le royaume des Ostrogoths**. 138
CHAPITRE IV. — **DU POUVOIR JUDICIAIRE ET DE L'ORGANISATION DES TRIBUNAUX CIVILS**. . . . 140
ARTICLE Ier. — NOTIONS GÉNÉRALES ET PRÉLIMINAIRES SUR LES ACTIONS 141
§ 1. DE LA NATURE DES ACTIONS EN GÉNÉRAL 141
§ 2. ÉVÉNEMENTS QUI DONNENT NAISSANCE AUX ACTIONS. 141
§ 3. DIVISION FONDAMENTALE DES ACTIONS. 142
§ 4. PRINCIPAUX POINTS DE VUE SOUS LESQUELS LES ACTIONS PEUVENT ÊTRE CONSIDÉRÉES 142
§ 5. SENS MULTIPLE DU MOT *ACTION*. 145
ARTICLE II. — DU POUVOIR JUDICIAIRE (*JURISDICTIO*). . 145
§ 1. CARACTÈRES DU POUVOIR JUDICIAIRE CHEZ LES ROMAINS. 145
I. **Confusion du pouvoir judiciaire et du pouvoir administratif**. 145
II. **Défaut d'unité** 145
III. **Participation des simples citoyens à l'administration de la justice**. 147
IV. **Délégation de la jurisdictio**. 147

§ 2. IMPERIUM. — IMPERIUM MERUM. — IMPERIUM MIXTUM. — JURISDICTIO. — COGNITIO. — NOTIO. — DECRETUM. 148
I. **Imperium** 148
II. **Imperium merum** 149
III. **Imperium mixtum** 149
IV. **Jurisdictio** 150
V. **Cognitio** 150
VI. **Notio** 151
VII. **Decretum** 151
VIII. **Limites respectives de l'imperium et de la jurisdictio** 151
IX. **Attributs de la jurisdictio** 152
1° *Juridiction volontaire; — juridiction contentieuse* 152
2° *Jurisdictio plenior; — jurisdictio minus plena* 153
3° *Juridiction ordinaire; — juridiction extraordinaire* 153
4° *Juridiction propre; — juridiction déléguée* 154
5° *Juridiction propre; — juridiction prorogée* 154
ARTICLE III. — ORGANISATION DES TRIBUNAUX CIVILS. . 155
§ 1. PREMIÈRE ÉPOQUE : TRIBUNAUX CIVILS DEPUIS LA FONDATION DE ROME JUSQU'A DIOCLÉTIEN 155
I. **Magistrats chargés de la juridiction** 155
1° *Gouvernement royal* 155
2° *Gouvernement républicain* 156
A. Histoire juridique 156
B. Magistrats de Rome 158
C. Magistrats d'Italie. — Duumviri 160
D. Magistrats des provinces 160
3° *Gouvernement impérial jusqu'à Dioclétien* 161
A. Autorités supérieures embrassant tout le territoire de l'empire. — Empereur 161
B. Magistrats de Rome 162
C. Magistrats d'Italie. — Magistrats municipaux 163
D. Magistrats des provinces. — Gouverneurs des provinces. 163
E. Magistrats de l'Égypte 164
II. **Juges ou jurés chargés du jugement définitif** 164
1° *Origine et ancienneté du jugement par jurés* 164
2° *Du juré proprement dit* 165
3° *Recuperatores* 167
4° *Centumvirs* 167
§ 2. DEUXIÈME ÉPOQUE : ORGANISATION JUDICIAIRE NOUVELLE SOUS LES EMPEREURS CHRÉTIENS 169
Juridiction ordinaire 170
1° *Autorités supérieures embrassant de grandes divisions territoriales* 170
A. Empereur 170
B. Préfets du prétoire 171
C. Vicaires du préfet du prétoire 171
D. Gouverneurs des provinces 171
2° *Autorités locales à Rome et à Constantinople* 172
A. Préfet de la ville a Rome 172
B. Préfet de la ville a Constantinople 172
C. Préteurs 172
3° *Autorités locales dans les cités municipales* 172
ARTICLE IV. — DES LIEUX ET DES TEMPS OU SE RENDAIT LA JUSTICE 174

DROIT ROMAIN PROPREMENT DIT

OU

DROIT PRIVÉ DES ROMAINS

EXPOSITION SOMMAIRE 177

LIVRE PREMIER. — DES PERSONNES

TABLEAU RÉSUMÉ DES PERSONNES 180
SECTION Ire. — PREMIÈRE CLASSIFICATION DES PERSONNES . . 180
CHAPITRE Ier. — **ESCLAVES** 181
ARTICLE Ier. — ORIGINE DE L'ESCLAVAGE 181
ARTICLE II. — COMMENT UN HOMME PEUT-IL ÊTRE ESCLAVE? 181
§ 1. ESCLAVE PAR NAISSANCE 182
§ 2. COMMENT UN HOMME LIBRE DEVIENT-IL ESCLAVE? . . 183
I. **D'après le droit des gens** 183
II. **D'après le droit civil** 183
ARTICLE III. — DE LA CONDITION DES ESCLAVES EN GÉNÉRAL 186
§ 1. DROITS DU MAITRE SUR LA PERSONNE DE L'ESCLAVE. 186
I. **Droit de vie et de mort** 186
II. **Droit d'abandon noxal** 188
§ 2. DROIT DU MAITRE SUR LES BIENS ACQUIS PAR L'ESCLAVE 181
§ 3. CONDITION DES ESCLAVES 191
§ 4. CONDITIONS INTERMÉDIAIRES ENTRE LA LIBERTÉ ET L'ESCLAVAGE PROPREMENT DIT 191
I. **Servus pœnæ ou sine domino** 191
II. **Servus publicus** 191
III. **Appendice : du colonat** 192
1° *Origine et nature du colonat* 192
2° *Condition juridique des colons* 194
3° *Comment on est colon* 196
4° *Cessation du colonat* 197
CHAPITRE II. — **HOMMES LIBRES** 197
ARTICLE Ier. — PREMIÈRE SUBDIVISION DES HOMMES LIBRES 197
§ 1. CITOYENS ROMAINS 197
I. **Est citoyen romain par la naissance** 198
II. **Devient citoyen romain** 198
§ 2. PÉRÉGRINS 198
I. **Populi fundi** 199

II. **Latini** 199
III. **Jus italicum** 200
IV. **Municipes** 201
V. **Provinces** 201
VI. **Préfectures** 201
VII. **Nationalité des enfants** 201
ARTICLE II.—DEUXIÈME SUBDIVISION DES HOMMES LIBRES. 203
§ 1. INGÉNUS 203
§ 2. AFFRANCHIS 206
I. **Modes d'affranchissement** 206
1° *Manumission ou affranchissement* vindicta 206
2° *Manumission ou affranchissement* censu 208
3° *Manumission ou affranchissement* testamento 208
II. **Condition des affranchis citoyens romains** 214
1° *Obsequium* 214
2° *Operæ* 215
3° *Jus successionis* 215
III. **Condition des affranchis latins juniens** 216
IV. **Condition des affranchis déditices** 218
V. **Des affranchissements résultant de la loi** 219
1° *Condition de l'esclave affranchi de plein droit* 220
2° *Droit du maître à l'égard de son esclave affranchi de plein droit* 220
VI. **Législation de Justinien sur les affranchissements** 221
VII. **Par qui et pour quelles causes les manumissions ne peuvent être faites** 223
VIII. **De la suppression de la loi Fusia Caninia** 228
SECTION II. — DEUXIÈME CLASSIFICATION DES PERSONNES (ALIENI JURIS, — SUI JURIS) 230
CHAPITRE I^er^. — **PERSONNES ALIENI JURIS** 231
ARTICLE I^er^ — ESCLAVES (PUISSANCE DOMINICALE) 231
ARTICLE II. — FILS DE FAMILLE (PUISSANCE PATERNELLE) 234
§ 1. EN QUOI CONSISTE LA PUISSANCE PATERNELLE 234
I. **Puissance paternelle sur la personne du fils** 235
1° *Droit de vie et de mort* 235
2° *Droit d'exposer les enfants* 236
3° *Droit de vendre les enfants* 236
4° *Droit d'abandon noxal* 237
II. **Puissance paternelle sur les biens** 237
§ II. SUR QUI S'EXERCE LA PUISSANCE PATERNELLE 238
I. **Enfants issus du mariage** 238
I *bis*. **Des justes noces** 239
1° *Élément constitutif du mariage* 240
2° *Des conditions nécessaires à l'existence et à la validité du mariage* 241
A. La puberté 241
B. Consentement des époux 242
C. Consentement des ascendants 243
D. Absence d'un premier mariage 247
E. Connubium 247

a. Défaut de connubium résultant de l'esclavage. 248
b. Défaut de connubium résultant de la pérégrinité. . . . 248
c. Défaut de connubium résultant de la parenté 251
d. Défaut de connubium résultant de l'alliance. 256
e. Défaut de connubium résultant des convenances . . . 258
f. Défaut de connubium résultant de la différence de caste. 260
g. Défaut de connubium résultant de l'inégalité des conditions. 260
h. Défaut de connubium résultant de la différence des religions. 263
i. Défaut de connubium résultant de certaines fonctions. 264
j. Défaut de connubium résultant de la tutelle et de la curatelle. 264
k. Défaut de connubium résultant du rapt 265
F. SANCTION DES EMPÊCHEMENTS AU MARIAGE. 265
3° *De quelques empêchements spéciaux au mariage de certaines personnes.* 266
A. EMPÊCHEMENT RÉSULTANT DU DÉLAI DE VIDUITÉ. 266
B. EMPÊCHEMENT RÉSULTANT DU DIVORCE. 267
C. EMPÊCHEMENT RÉSULTANT DE L'ADULTÈRE. 268
D. EMPÊCHEMENT SPÉCIAL AU MARIAGE DE LA FEMME AFFRANCHIE. 268
4° *A quel moment et de quelle manière le mariage se formait-il chez les Romains ?* 268
5° *Dissolution du mariage.* 271
A. LE DIVORCE. 271
B. ESCLAVAGE DE L'UN DES ÉPOUX. 273
C. MORT DE L'UN DES ÉPOUX. 274
Appendice : concubinat 274
II. **Enfants légitimés : de la légitimation.** 277
1° *Légitimation par oblation à la curie.* 278
2° *Légitimation par mariage subséquent.* 279
3° *Légitimation par rescrit du prince* 281
4° *Légitimation par testament* 281
III. **Enfants adoptés : des adoptions.** 283
1° *De l'adrogation.* 282
A. FORMES ANCIENNES DE L'ADROGATION 283
B. FORMES NOUVELLES DE L'ADROGATION. 284
C. CONDITIONS EXIGÉES POUR LA VALIDITÉ DE L'ADROGATION. . 284
D. EFFETS DE L'ADROGATION 284
E. ADROGATION DES IMPUBÈRES. 285
2° *De l'adoption* 288
A. FORMES ANCIENNES DE L'ADOPTION. 288
B. FORMES NOUVELLES DE L'ADOPTION. 290
C. CONDITIONS DE L'ADOPTION. 290
D. EFFETS DE L'ADOPTION. 291
a. Adoptio minus plena. 292
b. Adoptio plena. 292
E. QUELLES SONT LES PERSONNES QUI PEUVENT ADOPTER OU ADROGER? 293
F. QUELLES SONT LES PERSONNES QUI PEUVENT ÊTRE ADOPTÉES? . 295
3° *Différences entre l'adrogation et l'adoption.* 295
4° *Ressemblances entre l'adrogation et l'adoption.* 296
5° *Adrogation par testament* 296
§ III. DE QUELLE MANIÈRE SE DISSOUT LA PUISSANCE PATERNELLE 293

I. **Par la mort du chef de famille.** 296
II. **Par la perte de la liberté.** 296
III. **Par la perte de la cité** 298
IV. **Par suite de certaines dignités** 299
V. **Par l'émancipation** 299
1° *Formes anciennes de l'émancipation* 299
2° *Formes nouvelles de l'émancipation.* 302
3° *Forme d'émancipation introduite par Justinien* 302
VI. **Quand le père donne son fils en adoption à un autre.** 303
VII. **Lorsqu'un père donne sa fille in manu par coemptio.** 304
ARTICLE III. — FEMMES IN MANU. 304
ARTICLE IV. — PERSONNE IN MANCIPIO. 308
CHAPITRE II. — **PERSONNES SUI JURIS** 312
Tableau d'ensemble des *sui juri.* 312
ARTICLE Ier. — SUI JURIS CAPABLES 312
ARTICLE II. — SUI JURIS INCAPABLES 312
§ 1. TUTELLE 312
I. **Tutelle en général.** 313
II. **Comment sont désignés les tuteurs** 315
1° *De la tutelle testamentaire.* 315
A. Par qui et a qui un tuteur testamentaire peut-il être donné ? 315
B. Formes 317
C. Quels sont ceux qui peuvent être nommés tuteurs par testament ? 317
D. Modalités 320
2° *De la tutelle légitime des agnats* 322
3° *De la tutelle légitime des patrons.* 326
4° *De la tutelle fiduciaire et des ascendants.* 328
A. Tutelle de l'ascendant. 328
B. Tutelle fiduciaire. 329
5° *De la tutelle déférée par le magistrat.* 331
III. **Fonctions du tuteur** 335
1° *Administration du tuteur* 335
A. Vente des biens du pupille sujets a dépérissement 335
B. Recouvrement des créances du pupille. 336
C. Placement des sommes appartenant au pupille 337
D. Payement des dettes du pupille 337
E. Obligations du tuteur. 339
2° *De l'auctoritas des tuteurs* 339
A. Pluralité des tuteurs 348
B. Limites des pouvoirs du tuteur. 350
C. Responsabilité du tuteur. 350
IV. **De quelles manières cesse la tutelle** 350
V. **Comptes de tutelle** 352
VI. **De la tutelle perpétuelle des femmes** 352
§ 2. DE LA CURATELLE 358
I. **Généralités.** 358
II. **Curatelle des prodigues** 359
III. **Curatelle du furiosus** 360

IV. Curatelle du mente captus, du sourd, du muet, etc. 361
V. Curatelle des mineurs de vingt-cinq ans. 363
1° *Système de protection de la loi Plætoria.* 363
2° *Système de protection établi par le droit prétorien* 364
3° *Constitution de Marc-Aurèle sur la curatelle* 368
4° *Administration des curateurs des mineurs de vingt-cinq ans.* 371
5° *De la capacité juridique des pubères mineurs de vingt-cinq ans* 371
A. CAPACITÉ DES PUBÈRES MINEURS SANS CURATEUR. 371
B. CAPACITÉ DU PUBÈRE MINEUR AYANT UN CURATEUR. 372
6° *Appendice.* 374
A. DE LA RESTITUTION IN INTEGRUM AU PROFIT DES PUPILLES. . . 374
B. DE LA CAPACITÉ JURIDIQUE DES PUPILLES 374
VI. Des curateurs donnés dans certains cas aux pupilles. 376
§ 3. RÈGLES COMMUNES A LA TUTELLE ET A LA CURATELLE 377
I. Nomination du tuteur ou curateur par le magistrat . . . 377
II. Obligations et responsabilité du tuteur ou curateur . . . 377
III. Pouvoirs du tuteur ou curateur 377
IV. Cessation de la tutelle ou de la curatelle 377
V. Actions résultant de la tutelle ou curatelle 377
VI. Garanties accordées aux personnes en tutelle ou curatelle : de la satisdation des tuteurs ou curateurs. . . . 377
VII. Incapacité, exclusion, excuses 383
1° *Incapacité, exclusion* 383
2° *Des excuses des tuteurs et des curateurs* 384
3° *Du jus nóminandi potiorem* 388
VII. Des tuteurs et curateurs suspects 390
APPENDICE A LA MATIÈRE DES PERSONNES : *CAPITIS DEMINUTIO* 392
ARTICLE Ier. — MAXIMA CAPITIS DEMINUTIO. 393
ARTICLE II. — MINOR OU MEDIA CAPITIS DEMINUTIO . . . 393
ARTICLE III. — MINIMA CAPITIS DEMINUTIO 394
ARTICLE IV. — EFFETS DE LA CAPITIS DEMINUTIO 396
§ 1. PREMIER EFFET : DESTRUCTION DE L'AGNATION. . . . 396
§ 2. DEUXIÈME EFFET : EXTINCTION DES DETTES DU CAPITE MINUTUS 398
§ 3. TROISIÈME EFFET : DESTRUCTION DU DROIT DE PATRONAGE. 398

LIVRE DEUXIÈME. — DES CHOSES.

GÉNERALITÉS : DE LA DIVISION DES CHOSES. 401
TABLEAU GÉNÉRAL DES CHOSES CONSIDÉRÉES AU POINT DE VUE DU PATRIMOINE. 403

PREMIÈRE PARTIE

ÉLÉMENTS QUI COMPOSENT LE PATRIMOINE OU QUI EN SONT EXCLUS

PREMIÈRE DIVISION : RES HUMANI JURIS. — RES DIVINI JURIS. 404
SECTION Ire. — RES SACRÆ 404
SECTION II. — RES RELIGIOSÆ. 405
SECTION III. — RES SANCTÆ 407
DEUXIÈME DIVISION : RES MANCIPI. — RES NEC MANCIPI. 407
TROISIÈME DIVISION : RES IN PATRIMONIO NOSTRO. — RES EXTRA PATRIMONIUM NOSTRUM. 409
SECTION Ire. — RES COMMUNES. 410
SECTION II. — RES PUBLICÆ 411
SECTION III. — RES UNIVERSITATIS 412
SECTION IV. — RES NULLIUS. 412
QUATRIÈME ET PRINCIPALE DIVISION : CHOSES CORPORELLES. — CHOSES INCORPORELLES. 414
SECTION Ire — RES CORPORALES 415
SECTION II. — RES INCORPORALES OU DROITS 417
GÉNÉRALITÉS. 417
CHAPITRE Ier. — DROITS RÉELS. 422
ARTICLE Ier. — DROITS RÉELS RECONNUS PAR LE DROIT CIVIL 422
§ 1. DROIT DE PROPRIÉTÉ, OU DOMINIUM EX JURE QUIRITIUM. 422
I. Généralités 422
1° *Le droit de propriété*..... (définition). 422
2° *De la co-propriété ou propriété indivise* 422
3° *Démembrements de la propriété.* 424
4° *Le droit de propriété est une chose incorporelle* 425
5° *De la propriété sur le sol des provinces* 427
6° *Des personnes capables d'être propriétaires.* 432
II. De la possession 433
III. Des modes d'acquérir la propriété 438
1° *Des modes d'acquérir d'après le droit naturel ou des gens.* . . 439
A. Occupation. 439
B. De la tradition 443
2° *Des modes d'acquérir la propriété d'après le droit civil.* . . . 452
A. Mancipation 452
B. Cessio in jure 453
C. Adjudication. 454

D. Lex. 456
E. Des usucapions et des possessions de long temps. 458
a. Définition et caractère de l'usucapion. 458
b. Des conditions exigées pour l'usucapion et la *præscriptio longi temporis*. 464
Appendice : De l'accession. 489
A. Théorie générale de l'accession 490
B. Droit du propriétaire sur ce que produit sa chose. . . . 493
C. Accession résultant du voisinage d'un fleuve, etc. . . . 494
a. De l'alluvion 494
b. De l'acquisition des îles nées dans les fleuves 496
c. De l'acquisition du lit d'un fleuve abandonné. 497
D. Spécification. 497
a. Spécification proprement dite 498
b. Écriture sur le papier ou le parchemin d'autrui. . . . 501
c. Peinture sur la planche ou sur la toile d'autrui 502
d. De la confusion. 503
e. Du mélange 503
E. Incorporation 504
a. Incorporation à un objet mobilier ou adjonction . . . 504
b. Incorporation à un immeuble 506
c. De l'acquisition du trésor. 513
d. De l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi 513
IV. Extinction du droit de propriété 520
§ 2. DES SERVITUDES. 520
I. Généralités 520
II. Des servitudes réelles ou prédiales 524
1° *Des servitudes réelles rurales* 525
2° *Des servitudes réelles urbaines*. 526
A. Servitude oneris ferendi 527
B. Servitude tigni immitendi 527
C. Servitude stillicidii avertendi vel recipiendi 527
D. Servitude fluminis avertendi vel recipiendi. 527
E. Servitude stillicidii vel fluminis non recipiendi 527
F. Servitude non altius tollendi 528
G. Servitude altius tollendi. 528
H. Servitude ne luminibus officiatur 528
I. Servitude ne prospectui offendatur 528
J. Servitude luminum 529
3° *Des caractères communs aux servitudes rurales et urbaines.* 529
4° *Différences entre les servitudes rurales et les servitudes urbaines*. 533
5° *Des modes de constitution des servitudes réelles ou prédiales.* 535
A. Mancipation 535
B. In jure cessio. 535
C. Adjudicatio. 536
D. Usucapion. 536
E. Occupation 537
F. Tradition. 537
G. Le testament. 538
H. Pactes et stipulations. 539

6° *Des modes d'extinction des servitudes.* 542
A. LA PERTE DE L'UN DES DEUX FONDS 542
B. LA CONFUSION 542
C. LA RENONCIATION A LA SERVITUDE PAR LE PROPRIÉTAIRE DU FONDS DOMINANT. 543
D. LA RÉSOLUTION DU DROIT DE PROPRIÉTÉ DU CONSTITUANT . . 543
E. LE NON-USAGE. 543
F. LA CONVENTION 544
G. LE TERME ET LA CONDITION 545
III. **Des servitudes personnelles** 545
1° *De l'usufruit* 545
A. GÉNÉRALITÉS. 545
B. DES DROITS DE L'USUFRUITIER. 548
C. DES OBLIGATIONS DE L'USUFRUITIER 550
D. DES CHOSES SUSCEPTIBLES D'USUFRUIT 552
E. DES MODES DE CONSTITUTION DE L'USUFRUIT 554
F. DES MODES D'EXTINCTION DE L'USUFRUIT 556
2° *De l'usage* 560
A. USAGE DES FONDS 560
B. USAGE DES BOIS TAILLIS 560
C. USAGE DES BATIMENTS 560
D. USAGE D'UN ESCLAVE 561
E. USAGE DES TROUPEAUX 561
3° *De l'habitation* 561
4° *Des travaux des esclaves.* 562
§ 3. GAGE OU PIGNUS. 563
ARTICLE II. — DROITS RÉGLEMENTÉS PAR LE PRÉTEUR. . 563
§ 1. DROIT DE SUPERFICIE. 563
§ 2. DE L'EMPHYTÉOSE 566
I. **D'un certain droit réel prétorien sur les agri vectigales** . . 566
II. **De l'emphytéose proprement dite** 566
§ 3. (PIGNUS) HYPOTHÈQUE 573
I. **Généralités** 573
II. **Aliénation fiduciaire.** 573
III. **Pignus.** 573
IV. **Hypothèque.** 574
V. **Conditions exigées pour la validité d'une constitution d'hypothèque** 575
VI. **Quelles choses peuvent être hypothéquées** 575
VII. **Étendue et effets de l'hypothèque** 575
VIII. **Extinction des hypothèques** 575
IX. **Hypothèques tacites ou légales.** 575
§ 4. DU DOMAINE BONITAIRE. 576
ARTICLE III. — DE CEUX A QUI IL EST PERMIS D'ALIÉNER. 581
§ 1. CAS OU LE PROPRIÉTAIRE NE PEUT PAS ALIÉNER LA CHOSE QUI LUI APPARTIENT 581
I. **Le mari** 581
II. **Le pupille.** 582
§ 2. CAS OU LE NON-PROPRIÉTAIRE A LE DROIT D'ALIÉNER UNE CHOSE QUI NE LUI APPARTIENT PAS. 586

I. **Du gage** 587
II. **De l'hypothèque** 589
1° *Avantages de la priorité* 590
A. DROIT DE SUITE 590
B. DROIT DE RÉTENTION 591
C. DROIT DE VENDRE 591
D. DROIT DE PRÉFÉRENCE SUR LE PRIX 592
2° *Droits des créanciers postérieurs* 592
3° *Des hypothèques privilégiées* 593
A. HYPOTHÈQUE PRIVILÉGIÉE DE CELUI QUI A PRÊTÉ DE L'ARGENT POUR L'ACQUISITION D'UNE CHOSE 593
B. HYPOTHÈQUE PRIVILÉGIÉE DE CELUI QUI A PRÊTÉ DE L'ARGENT POUR LA CONSERVATION D'UNE CHOSE HYPOTHÉQUÉE A PLUSIEURS CRÉANCIERS 594
C. HYPOTHÈQUES PRIVILÉGIÉES DU FISC 594
a. Hypothèque privilégiée du fisc sur les biens du *primipilus* 594
b. Hypothèque privilégiée du fisc pour le recouvrement des impôts arriérés 595
D. HYPOTHÈQUE PRIVILÉGIÉE DE LA FEMME MARIÉE 595

ARTICLE IV. — PAR QUELLES PERSONNES ACQUIERT UN CITOYEN ROMAIN? 595

§ 1. PAR LES ENFANTS SOUMIS A SA PUISSANCE PATERNELLE 596
I. **Peculium castrense** 597
II. **Peculium quasi-castrense** 598
III. **Pécule adventice** 598

§ 2. PAR SES ESCLAVES 598

§ 3. PAR L'ESCLAVE QU'IL A IN BONIS 600

§ 4. PAR LA FEMME QU'IL A IN MANU ET PAR LA PERSONNE LIBRE QU'IL A IN MANCIPIO 600

§ 5. PAR L'ESCLAVE DONT IL A L'USUFRUIT OU L'USAGE . . 600

§ 6. PAR L'HOMME LIBRE OU PAR L'ESCLAVE D'AUTRUI QU'IL POSSÈDE DE BONNE FOI, EN VERTU D'UNE JUSTE CAUSE 602

§ 7. PER EXTRANEAM PERSONAM 602

ARTICLE V. — APPENDICE : DES DONATIONS 605

§ 1. GÉNÉRALITÉS ET CARACTÈRES 605

§ 2. DONATION ENTRE-VIFS 607
I. **Des personnes qui peuvent faire une donation** 607
II. **A quelles personnes une donation peut-elle être faite?** . . 608
III. **Dans quelles formes une donation peut-elle être faite?** . . 608
IV. **Des choses qui peuvent être données** 609
V. **Restriction à la faculté de donner, d'après la loi Cincia** . . 609
VI. **Formalités exigées, pour les donations, par les constitutions impériales** 613
VII. **Des exceptions à l'irrévocabilité des donations** 615
1° *Révocation pour inexécution des charges* 615
2° *Révocation pour ingratitude* 616

§ 3. DONATION A CAUSE DE MORT 618

I. **Définition et caractères** 618
II. **De quelle manière et dans quelle forme une donation à cause de mort peut-elle être faite ?** 621
§ 4. DONATIONS ENTRE ÉPOUX 625
§ 5. DE LA DOT 630
I. **De la constitution de dot** 630
II. **Dot profectice. Dot adventice** 633
III. **Garantie de la dot** 636
IV. **Des droits du mari sur les biens dotaux** 637
1° *De la loi Julia de adulteriis* 638
2° *Des conséquences de la prohibition de la loi Julia* 639
3° *De la restitution de la dot après la dissolution du mariage* . 640
4° *A quel moment la dot doit-elle être restituée ?* 642
5° *Retenues opérées par le mari* 642
A. PROPTER LIBEROS 642
B. PROPTER MORES 642
C. PROPTER IMPENSAS 643
D. PROPTER RES DONATAS 643
E. PROPTER RES AMOTAS 643
6° *De l'hypothèque privilégiée et de l'action en revendication accordée à la femme par Justinien* 643
V. **De la donation ante nuptias, ou propter nuptias** 645
ARTICLE VI. — APPENDICE : D'UN CERTAIN DROIT D'ACCROISSEMENT EN CAS D'AFFRANCHISSEMENT 646
CHAPITRE II. — DROITS PERSONNELS OU OBLIGATIONS 647

DEUXIÈME PARTIE

TRANSMISSION DU PATRIMOINE

PREMIER TABLEAU GÉNÉRAL DES SUCCESSIONS EN DROIT ROMAIN 649
SECTION Ire — HÉRÉDITÉS TESTAMENTAIRES 652
CHAPITRE Ier. — **DU TESTAMENT** 653
ARTICLE Ier. — CONDITIONS NÉCESSAIRES A LA VALIDITÉ DU TESTAMENT 653
§ 1. FORMES DU TESTAMENT 653
I. **Formes générales du testament proprement dit** 653
1° *Testament in calatis comitiis* 654
2° *Testament in procinctu* 654
3° *Testament per æs et libram* 654
4° *Testament prétorien* 656
5° *Testament tripartite* 656
6° *Testament nuncupatif* 657
II. **De la capacité exigée pour être témoin dans un testament** . 657
1° *Règle : Peuvent être témoins ceux avec lesquels le testateur a la factio testamenti* 658
2° *Incapacité absolue d'être témoin* 658
3° *Incapacité relative d'être témoin* 659

III. **Formes de l'institution et sès modalités.** 660
IV. **Du testament militaire** 660
1° *Formes.* 660
2° *Capacité de tester* 663
3° *Capacité de recevoir* 663
4° *Validité du testament* 663
5° *Étendue des dispositions testamentaires.* 663
§ 2. CAPACITÉ DE TESTER. — DE CEUX A QUI IL N'EST PAS PERMIS DE TESTER. 663
I. **Du droit de tester** 664
II. **De l'exercice du droit de tester** 666
III. **Droit prétorien** 669
§ 3. INSTITUTION ET EXHÉRÉDATION DES SUI HEREDES . . 670
I. **Exhérédation d'après le droit civil.** 671
1° *Exhérédation des fils* 671
2° *Exhérédation des filles, de la femme in manu, de la bru, des petits-fils et petites-filles nés d'un fils prédécédé ou émancipé.* 672
3° *Exhérédation des posthumes.* 674
A. POSTHUMES LÉGITIMES OU SIENS. 674
B. POSTHUMES AQUILIENS. 675
C. POSTHUMES VELLÉIENS ET QUASI-POSTHUMES VELLÉIENS 675
D. FORMES DE L'EXHÉRÉDATION DES POSTHUMES 677
II. **Exhérédation d'après le droit prétorien.** 677
III. **Exhérédation d'après le droit de Justinien.** 682
§ 4. DE L'INSTITUTION D'HÉRITIER. 683
I. **Institution proprement dite.** 683
II. **Quels sont ceux qui peuvent être institués héritiers ?** . . . 684
III. **Distinction entre la capacité d'être institué et le jus capiendi.** 686
1° *Les Latins juniens* 686
2° *Les célibataires* 686
IV. **Institution d'un esclave** 688
1° *Institution de l'esclave du testateur.* 689
2° *Institution d'un esclave par le nu-propriétaire.* 690
3° *Institution d'un esclave par un copropriétaire* 690
4° *Institution de l'esclave d'autrui* 691
V. **Répartition de l'hérédité entre plusieurs institués** 692
VI. **Des modalités qui peuvent être apposées à l'institution d'héritier.** 692
1° *De la condition.* 693
2° *Du terme* 695
VII. **Appendice. — Des substitutions.** 696
1° *De la substitution vulgaire.* 697
2° *De la substitution pupillaire.* 704
3° *De la substitution quasi-pupillaire ou exemplaire.* 712
4° *De la substitution fidéicommissaire.* 713
ARTICLE II. — DE QUELLES MANIÈRES LES TESTAMENTS SONT INFIRMÉS. 714
§ 1. DU TESTAMENT RUPTUM 714
§ 2. DU TESTAMENT IRRITUM. 718

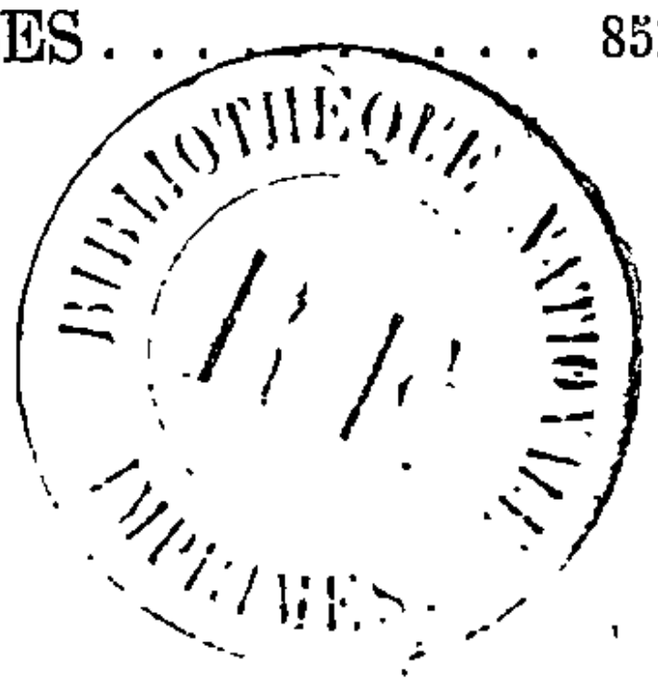
§ 3. DU TESTAMENT DESTITUTUM. 720
ARTICLE III. — DU TESTAMENT INOFFICIEUX. 720
§ 1. QUELLES PERSONNES PEUVENT INTENTER LA QUERELA. 721
§ 2. DES CONDITIONS EXIGÉES POUR QUE LA QUERELA SOIT ADMISE. 724
§ 3. DE LA QUARTE LÉGITIME. 725
§ 4. EFFETS DE LA QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI . 727
§ 5. CAUSES D'EXTINCTION DE LA QUERELA. 728
§ 6. INNOVATIONS DE JUSTINIEN (*SYSTÈME DES NOVELLES ET INSTITUTES*) 729
CHAPITRE II. — **DE L'HÉRÉDITÉ**. 731
ARTICLE Ier.— ACQUISITION DE L'HÉRÉDITÉ. 731
§ 1. CLASSEMENT DES HÉRITIERS. — DE LA QUALITÉ ET DE LA DIFFÉRENCE DES HÉRITIERS. 731
I. **Des héritiers nécessaires**. 732
II. **Des héritiers siens** 734
III. **Des héritiers externes** 737
1° *De la factio testamenti*. 737
A. AU MOMENT DE LA CONFECTION DU TESTAMENT 738
B. AU MOMENT DE LA MORT DU TESTATEUR. 738
C. AU MOMENT DE L'ADITION. 738
2° *De quelle manière l'héritier externe acquiert-il l'hérédité ?* . 739
3° *Du jus deliberandi*. 741
4° *Du bénéfice d'inventaire* 742
5° *De la séparation des patrimoines* 744
§ 2. CESSIO IN JURE DE L'HÉRÉDITÉ FAITE PAR L'HÉRITIER. 745
I. **Cessio in jure de l'hérédité faite par un héritier légitime ab intestat, avant l'adition** 745
II. **Cessio in jure faite par un héritier légitime ab intestat après l'adition**. 745
III. **Cessio in jure d'une hérédité faite avant l'adition par un héritier externe, institué par testament**. 746
IV. **Cessio in jure d'une hérédité faite après l'adition par l'héritier externe institué** 746
§ 3. VENTE DE L'HÉRÉDITÉ PAR L'HÉRITIER 747
ARTICLE II. — RÉPARTITION DE L'HÉRÉDITÉ ENTRE LES INSTITUÉS 754
ARTICLE III. — THÉORIE DU DROIT D'ACCROISSEMENT . . 751
ARTICLE IV. — THÉORIE DES LOIS CADUCAIRES 554
§ 1. DISPOSITIONS GÉNÉRALES 754
§ 2. ATTRIBUTION DES PARTS CADUQUES. 757
§ 3. PRÆMIA PATRUM. — JUS CADUCA VINDICANDI 758
I. **Caduca**. 758
II. **In causa caduci**. 759
III. **Pro non scriptis** 759
§ 4. RÉSUMÉ 761
§ 5. DE LA QUOTITÉ DISPONIBLE ENTRE ÉPOUX D'APRÈS LES LOIS CADUCAIRES. 762

§ 6. DISPARITION DES LOIS CADUCAIRES. 764
ARTICLE V. — CHARGES IMPOSÉES PAR LE TESTATEUR A L'HÉRITIER. 765
§ 1. LEGS. 765
I. **Différentes espèces de legs** 766
1° *Du legs per vindicationem.* 766
2° *Du legs per damnationem* 767
3° *Du legs sinendi modo.* 768
4° *Du legs per præceptionem* 769
5° *Modifications* 773
A. REI VINDICATIO 774
B. ACTION PERSONNELLE 775
C. ACTION HYPOTHÉCAIRE. 776
II. **Du dies cedit et du dies venit** 777
III. **De la règle catonienne** 782
IV. **Des choses qui peuvent être léguées.** 785
1° *Legs d'une chose future* 785
2° *Legs de la chose d'autrui, d'une chose appartenant au légataire, d'une chose appartenant au testateur et qu'il savait être à autrui* 785
3° *Legs d'une chose aliénée ou grevée d'hypothèque depuis la confection du testament* 789
4° *Legatum liberationis* 789
5° *Legs d'une chose principale* 793
6° *Legatum nominis, ou legs d'une créance* 793
7° *Legatum generis, ou legs de genre* 794
8° *Legatum optionis, ou legs d'option.* 795
9° *Legs d'une universitas juris* 796
A. LEGS D'UNE FRACTION DE L'HÉRÉDITÉ 796
B. LEGS D'UN PÉCULE. 797
V. **A qui un legs peut-il être fait?** 798
VI. **Dans quelle partie du testament le legs peut-il être valablement fait?** 804
VII. **Sous quelles modalités un legs peut-il être fait?** 805
VIII. **Du droit d'accroissement dans les legs.** 809
1° *Du droit d'accroissement d'après le droit civil.* 810
A. LEGS PER VINDICATIONEM 810
B. LEGS PER DAMNATIONEM 812
C. LEGS SINENDI MODO 812
D. LEGS PER PRÆCEPTIONEM 813
2° *Du droit d'accroissement d'après les lois caducaires.* 813
3° *Du droit d'accroissement d'après la législation de Justinien.* 815
4° *De l'accroissement dans le legs d'usufruit.* 817
IX. **De la révocation, de la translation et de l'extinction des legs** 819
1° *Révocation proprement dite* 819
2° *Translation* 821
3° *Extinction des legs.* 822
X. **De la loi Falcidie** 824
XI. **Assimilation des donations à cause de mort aux legs.** . . . 830
§ 2. FIDÉICOMMIS 832
I. **Généralités** 832
II. **Des hérédités fidéicommissaires.** 835

1° *De quelle manière un fidéicommis universel peut-il être fait?* 835
2° *Droit primitif : fidéicommissaire considéré comme emptor familiæ* 836
3° *Sénatus-consulte Trébellien : fidéicommissaire considéré comme héritier.* 837
4° *Sénatus-consulte Pégasien : fidéicommissaire considéré comme légataire.* 838
5° *Droit de Justinien* 839
6° *Formes du fidéicommis.* 844
7° *Différences entre l'institution d'héritier et le fidéicommis universel d'hérédité* 845
III. **Des fidéicommis particuliers** 846

PREMIER APPENDICE. — COMPARAISON DE L'INSTITUTION D'HÉRITIER, — DU LEGS, — DU FIDÉICOMMIS . . 851

DEUXIÈME APPENDICE. — DES CODICILLES 852



FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

Sceaux. — Imp. M. et P.-E. Charaire.

EN VENTE A LA MÊME LIBRAIRIE

L'ÉTUDE DU DROIT ROMAIN SIMPLIFIÉE

TABLEAUX SYNOPTIQUES DE DROIT ROMAIN

PRÉPARATION FACILE ET RAPIDE
DES MATIÈRES EXIGÉES POUR LA PARTIE ROMAINE DU PREMIER EXAMEN DE LICENCE;
EXPLICATION COMPLÈTE DES INSTITUTES DE JUSTINIEN,
CONFORME A L'ENSEIGNEMENT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

Par GEORGES BONJEAN

Chevalier de la Légion d'honneur, avocat à la Cour d'appel.

1876. 1 volume in-folio, cartonné. . . . . 15 »

APPLETON (Ch.), professeur. — *De la possession et des actions possessoires, en droit romain et en droit français.* 1871. In-8. . . . . 6 »

LE SELLYER (A.-F.), avocat, ancien professeur à la Faculté de droit de Paris. — *Études historiques, théoriques et pratiques sur le droit criminel.*

PREMIÈRE PARTIE

Traité de la criminalité, de la pénalité et de la responsabilité soit pénale, soit civile, en matière de contraventions, de délits et de crimes. 2e édition, augmentée d'un supplément à la fin de chaque volume. 1874. 2 vol. in-8. 15 »

DEUXIÈME PARTIE

Traité de l'exercice et de l'extinction des actions publique et privée qui naissent des contraventions, des délits et des crimes. 2e édition, augmentée d'un supplément à la fin de chaque volume. 1874. 2 vol. in-8 . . . . . 15 »

TROISIÈME PARTIE

Traité de la compétence et de l'organisation des tribunaux chargés de la répression soit pénale, soit civile, des contraventions, des délits et des crimes. 1875. 2 vol. in-8. . . . . 18 »

MACHELARD, professeur de droit romain à la Faculté de Paris. — *Théorie générale des interdits en droit romain. Exposition détaillée des interdits possessoires.* 1864. In-8. . . . . 5 »

— *Étude sur la règle catonienne en droit romain.* 1862. In-8. . . . . 2 »

— *Dissertation sur l'accroissement entre les héritiers testamentaires et les colégataires aux diverses époques du droit romain. — Étude sur les lois Julia et Papia Poppæa en ce qui concerne la caducité.* 1860. In-8. . . . . 5 »

— *Examen critique des distinctions admises soit en droit romain, soit en droit français en ce qui concerne les servitudes prédiales.* 1868. In-8. . . . . 3 »

— *Des obligations naturelles en droit romain.* 1861. In-8. . . . . 7 »

MASSOL, professeur de droit romain à la Faculté de Toulouse. — *De l'obligation naturelle et de l'obligation morale en droit romain et en droit français.* 2e édition, considérablement augmentée. 1862. Grand in-8. . . . . 6 »

— *Principe rationnel de la règle catonienne en droit romain et en droit français.* 1876. In-8. . . . . 2 »

— *De la séparation de corps.* 2e édit., considérabl. augmentée. 1875. In-8. 8 »

RODIÈRE (A.), professeur à la Faculté de droit de Toulouse. — *Cours de compétence et de procédure en matière civile.* 4e édit., revue, corrigée et augmentée. 1875. 2 vol. in-8. . . . . 16 »

VILLEY (Edmond), professeur agrégé près la Faculté de droit de Caen. — *Précis d'un cours de droit criminel, comprenant l'explication du Code pénal* (partie générale), *du Code d'instruction criminelle en entier et des lois qui les ont modifiés jusques et y compris l'année* 1877. 1877. In-8. . . . . 8 »

Sceaux. — Imp. M. et P.-E. Charaire.

AVERTISSEMENT.
INTRODUCTION
I. DEFINITIONS GENERALES
Jus (droit)
Morale
Droit naturel
Equité
Jurisprudence
Justice
Préceptes constitutifs du droit
II. DIVISIONS DU DROIT ROMAIN. - SOURCES
Tableau général
CHAPITRE Ier. - **DROIT PUBLIC**
CHAPITRE II. - **DROIT PRIVE**
ARTICLE Ier. - DROIT NATUREL
ARTICLE II. - DROIT DES GENS
ARTICLE III. - DROIT CIVIL
§ 1. DROIT NON ECRIT OU COUTUME
§ 2. DROIT ECRIT
I. La loi
II. Le plébiscite
III. Le sénatus-consulte
IV. Les constitutions impériales
V. Les édits des magistrats
VI. Les réponses des prudents
III. NOTIONS HISTORIQUES
CHAPITRE Ier. - **ORIGINE DE ROME**
CHAPITRE II. - **RELIGION DES ROMAINS**
ARTICLE Ier. - PAGANISME
§ 1. CULTE DES MORTS
§ 2. CULTE DE FEU SACRE
§ 3. RELIGION DOMESTIQUE
§ 4. DIEUX DE LA NATURE
§ 5. DIEUX DE LA CITE
§ 6. JOURS FASTES ET JOURS NEFASTES
§ 7. MINISTRES DU CULTE
I. Prêtres ou flamines
II. Vestales
III. Confréries
IV. Augures. - Aruspices
V. Pontifes
ARTICLE II. - CHRISTIANISME
CHAPITRE III. - **HISTOIRE EXTERNE DU DROIT ROMAIN** (divisée en cinq périodes)
ARTICLE Ier. - PREMIERE PERIODE OU PERIODE ROYALE
§ 1. SOCIETE ROMAINE PENDANT LA PERIODE ROYALE
I. Hommes libres et esclaves
II. La famille
III. La propriété
IV. Ager romanus
V. Patriciens et plébéiens
VI. Clients
VII. Gens. - *Gentes*
§ 2. CONSTITUTION POLITIQUE
I. Le roi
II. Le sénat
III. Le peuple. - Comices par curies
IV. Magistrats divers
V. Armée
VI. Collége des Féciaux
§ 3. INNOVATIONS DE SERVIUS TULLIUS
I. Au point de vue du service militaire
II. Au point de vue de vote. - *Comices par centuries*
§ 4. SOURCES DU DROIT PENDANT L'EPOQUE ROYALE
ARTICLE II. - DEUXIEME PERIODE OU PERIODE REPUBLICAINE
§ 1. CONSTITUTION POLITIQUE
I. Magistrats
1° *Les consuls*
2° *Interrex*
3° *Le dictateur*
4° *Les censeurs*
5° *Les préteurs*
6° *Les édiles curules*
7° *Les questeurs*
II. Assemblées
1° *Comices par centuries*
2° *Sénat*
§ 2. LUTTE DES PLEBEIENS CONTRE LES PATRICIENS
I. Les plébéiens au sénat
II. Tribuns de la plèbe
III. Comices par tribus
IV. Ediles plébéiens
V. Loi des XII Tables
VI. Le mariage devient possible entre plébéiens et patriciens
VII. Accès des plébéiens aux magistratures. Tribuns militaires
VIII. Ager publicus, lois agraires
§ 3. SITUATION DE L'ITALIE ET DES PROVINCES SOUS LA REPUBLIQUE
I. Rapport des Romains avec les peuples italiques
1° *Incorporation des vaincus*
2° *Soumission des vaincus à la discrétion de Rome. - Deditices*
3° *Création des colonies romaines*
4° *Concession du* jus civitatis
A. LATINI VETERES
B. LATINI COLONIARII
C. POPULI SOCII
D. POPULI FUNDI, CIVITATES FUNDAE
E. CONCESSION DU JUS CIVITATIS A TOUTE L'ITALIE
5° *Concession du jus Latii*
6° *Création de municipes*
7° *Création des préfectures*
II. Etablissement des provinces
III. Création de colonies militaires
§ 4. SOURCES DU DROIT PENDANT LA SECONDE PERIODE
I. Lois
II. Plébiscites
III. Edits des magistrats
IV. Réponses des prudents
V. Coutume
§ 5. COUP D'OEIL SUR CETTE PERIODE
ARTICLE III. - TROISIEME PERIODE OU PERIODE IMPERIALE

§ 1. CONSTITUTION POLITIQUE
I. L'empereur
II. Magistrats
1° *Praefectus urbi*
2° *Praefectus praetorio*
3° *Praefectus vigilum*
4° *Questeurs, candidats de l'empereur*
III. Assemblées
1° *Comices par curies*
2° *Comices par centuries*
3° *Comices par tribus*
4° *Sénat*
§ 2. SITUATION DE L'ITALIE ET DES PROVINCES PENDANT L'EMPIRE
I. Provinces de l'empereur
II. Provinces du peuple
III. Italie
IV. Municipes
V. Concession du jus civitatis à tous les habitants de l'Empire
§ 3. SOURCES DU DROIT PENDANT LA TROISIEME PERIODE
I. Loi
II. Le plébiscite
III. Les sénatus-consultes
IV. Les Constitutions impériales
1° *Edits*
2° *Décrets*
3° *Rescrits*
V. Les édits des magistrats
VI. La coutume
VII. Les réponses des prudents
1° *Publice respondere*
2° *Jura condere*
§ 4. SABINIENS-PROCULIENS
ARTICLE IV. - QUATRIEME PERIODE OU PERIODE DE DECADENCE (BAS-EMPIRE)
§ 1. GOUVERNEMENT CENTRAL
§ 2. SOURCES DU DROIT PRIVE PENDANT LA QUATRIEME PERIODE
I. Constitutions impériales
II. Coutume
III. Travaux de codification pendant la quatrième période
§ 3. TRAVAUX LEGISLATIFS DE JUSTINIEN
I. Code
II. Digeste ou Pandectes
III. Institutes
IV. Nouveau Code
§ 4. TABLEAU DES TEXTES DU DROIT ROMAIN, EN DEHORS DE LA COMPILATION DE JUSTINIEN
§ 5. MUNICIPES PENDANT LA PERIODE DE DECADENCE
§ 6. RESUME DE L'HISTOIRE ROMAINE PENDANT LA QUATRIEME PERIODE
ARTICLE V. - CINQUIEME PERIODE: DESTINEES DU DROIT ROMAIN EN ORIENT ET EN OCCIDENT APRES JUSTINIEN
§ 1. DESTINEES DU DROIT ROMAIN EN ORIENT
§ 2. DESTINEES DU DROIT ROMAIN EN OCCIDENT
I. Du droit romain dans le royaume des Visigoths
II. Du droit romain dans le royaume des Burgondes
III. Du droit romain dans le royaume des Ostrogoths
CHAPITRE IV. - **DU POUVOIR JUDICIAIRE ET DE L'ORGANISATION DES TRIBUNAUX CIVILS**
ARTICLE I^{er}. - NOTIONS GENERALES ET PRELIMINAIRES SUR LES ACTIONS
§ 1. DE LA NATURE DES ACTIONS EN GENERAL
§ 2. EVENEMENTS QUI DONNENT NAISSANCE AUX ACTIONS
§ 3. DIVISION FONDAMENTALE DES ACTIONS
§ 4. PRINCIPAUX POINTS DE VUE SOUS LESQUELS LES ACTIONS PEUVENT ETRE CONSIDEREES
§ 5. SENS MULTIPLE DU MOT *ACTION*
ARTICLE II. - DU POUVOIR JUDICIAIRE (JURISDICTIO)
§ 1. CARACTERES DU POUVOIR JUDICIAIRE CHEZ LES ROMAINS
I. Confusion du pouvoir judiciaire et du pouvoir administratif
II. Défaut d'unité
III. Participation des simples citoyens à l'administration de la justice
IV. Délégation de la jurisdictio
§ 2. IMPERIUM. - IMPERIUM MERUM. - IMPERIUM MIXTUM. - JURISDICTIO. - COGNITIO. - NOTIO. - DECRETUM
I. Imperium
II. Imperium merum
III. Imperium mixtum
IV. Jurisdictio
V. Cognitio
VI. Notio
VII. Decretum
VIII. Limites respectives de l'imperium et de la jurisdictio
IX. Attributs de la jurisdictio
1° *Juridiction volontaire; - juridiction contentieuse*
2° *Jurisdictio plenior; - jurisdictio minus plena*
3° *Juridiction ordinaire; - juridiction extraordinaire*
4° *Juridiction propre; - juridiction déléguée*
5° *Juridiction propre; - juridiction prorogée*
ARTICLE III. - ORGANISATION DES TRIBUNAUX CIVILS
§ 1. PREMIERE EPOQUE: TRIBUNAUX CIVILS DEPUIS LA FONDATION DE ROME JUSQU'A DIOCLETIEN
I. Magistrats chargés de la juridiction
1° *Gouvernement royal*
2° *Gouvernement républicain*
A. HISTOIRE JURIDIQUE
B. MAGISTRATS DE ROME
C. MAGISTRATS D'ITALIE. - DUUMVIRI
D. MAGISTRATS DES PROVINCES
3° *Gouvernement impérial jusqu'à Dioclétien*
A. AUTORITES SUPERIEURES EMBRASSANT TOUT LE TERRITOIRE DE L'EMPIRE. - EMPEREUR
B. MAGISTRATS DE ROME
C. MAGISTRATS D'ITALIE. - MAGISTRATS MUNICIPAUX
D. MAGISTRATS DES PROVINCES. - GOUVERNEURS DES PROVINCES
E. MAGISTRATS DE L'EGYPTE
II. Juges ou jurés chargés du jugement définitif
1° *Origine et ancienneté du jugement par jurés*
2° *Du juré proprement dit*
3° *Recuperatores*
4° *Centumvirs*
§ 2. DEUXIEME EPOQUE: ORGANISATION JUDICIAIRE NOUVELLE SOUS LES EMPEREURS CHRETIENS
Juridiction ordinaire
1° *Autorités supérieures embrassant de grandes divisions territoriales*
A. EMPEREUR
B. PREFETS DU PRETOIRE
C. VICAIRES DU PREFET DU PRETOIRE
D. GOUVERNEURS DES PROVINCES
2° *Autorités locates à Rome et à Constantinople*
A. PREFET DE LA VILLE A ROME

B. PREFET DE LA VILLE A CONSTANTINOPLE
C. PRETEURS
3° *Autorités locales dans les cités municipales*
ARTICLE IV. - DES LIEUX ET DES TEMPS OU SE RENDAIT LA JUSTICE
DROIT ROMAIN PROPREMENT DIT OU DROIT PRIVE DES ROMAINS
EXPOSITION SOMMAIRE
LIVRE PREMIER. - DES PERSONNES
TABLEAU RESUME DES PERSONNES
SECTION Ire. - PREMIERE CLASSIFICATION DES PERSONNES
CHAPITRE Ier. - **ESCLAVES**
ARTICLE Ier. - ORIGINE DE L'ESCLAVAGE
ARTICLE II. - COMMENT UN HOMME PEUT-IL ETRE ESCLAVE?
§ 1. ESCLAVE PAR NAISSANCE
§ 2. COMMENT UN HOMME LIBRE DEVIENT-IL ESCLAVE?
I. D'après le droit des gens
II. D'après le droit civil
ARTICLE III. - DE LA CONDITION DES ESCLAVES EN GENERAL
§ 1. DROITS DU MAITRE SUR LA PERSONNE DE L'ESCLAVE
I. Droit de vie et de mort
II. Droit d'abandon noxal
§ 2. DROIT DU MAITRE SUR LES BIENS ACQUIS PAR L'ESCLAVE
§ 3. CONDITION DES ESCLAVES
§ 4. CONDITIONS INTERMEDIAIRES ENTRE LA LIBERTE ET L'ESCLAVAGE PROPREMENT DIT
I. Servus poenae ou sine domino
II. Servus publicus
III. Appendice: du colonat
1° *Origine et nature du colonat*
2° *Condition juridique des colons*
3° *Comment on est colon*
4° *Cessation du colonat*
CHAPITRE II. - **HOMMES LIBRES**
ARTICLE Ier. - PREMIERE SUBDIVISION DES HOMMES LIBRES
§ 1. CITOYENS ROMAINS
I. Est citoyen romain par la naissance
II. Devient citoyen romain
§ 2. PEREGRINS
I. Populi fundi
II. Latini
III. Jus italicum
IV. Municipes
V. Provinces
VI. Préfectures
VII. Nationalité des enfants
ARTICLE II. - DEUXIEME SUBDIVISION DES HOMMES LIBRES
§ 1. INGENUS
§ 2. AFFRANCHIS
I. Modes d'affranchissement
1° *Manumission ou affranchissement vindicta*
2° *Manumission ou affranchissement censu*
3° *Manumission ou affranchissement testamento*
II. Condition des affranchis citoyens romains
1° *Obsequium*
2° *Operae*
3° *Jus successionis*
III. Condition des affranchis latins juniens
IV. Condition des affranchis déditices
V. Des affranchissements résultant de la loi
1° *Condition de l'esclave affranchi de plein droit*
2° *Droit du maître à l'égard de son esclave affranchi de plein droit*
VI. Législation de Justinien sur les affranchissements
VII. Par qui et pour quelles causes les manumissions ne peuvent être faites
VIII. De la suppression de la loi Fusia Caninia
SECTION II. - DEUXIEME CLASSIFICATION DES PERSONNES (ALIENI JURIS, - SUI JURIS)
CHAPITRE Ier. - **PERSONNES ALIENI JURIS**
ARTICLE Ier - ESCLAVES (PUISSANCE DOMINICALE)
ARTICLE II. - FILS DE FAMILLE (PUISSANCE PATERNELLE)
§ 1. EN QUOI CONSISTE LA PUISSANCE PATERNELLE
I. Puissance paternelle sur la personne du fils
1° *Droit de vie et de mort*
2° *Droit d'exposer les enfants*
3° *Droit de vendre les enfants*
4° *Droit d'abandon noxal*
II. Puissance paternelle sur les biens
§ II. SUR QUI S'EXERCE LA PUISSANCE PATERNELLE
I. Enfants issus du mariage
I bis. Des justes noces
1° *Elément constitutif du mariage*
2° *Des conditions nécessaires à l'existence et à la validité du mariage*
A. LA PUBERTE
B. CONSENTEMENT DES EPOUX
C. CONSENTEMENT DES ASCENDANTS
D. ABSENCE D'UN PREMIER MARIAGE
E. CONNUBIUM
a. Défaut de connubium résultant de l'esclavage
b. Défaut de connubium résultant de la pérégrinité
c. Défaut de connubium résultant de la parenté
d. Défaut de connubium résultant de l'alliance
e. Défaut de connubium résultant des convenances
f. Défaut de connubium résultant de la différence de caste
g. Défaut de connubium résultant de l'inégalité des conditions
h. Défaut de connubium résultant de la différence des religions
i. Défaut de connubium résultant de certaines fonctions
j. Défaut de connubium résultant de la tutelle et de la curatelle
k. Défaut de connubium résultant du rapt
F. SANCTION DES EMPECHEMENTS AU MARIAGE
3° De quelques empêchements spéciaux au mariage de certaines personnes
A. EMPECHEMENT RESULTANT DU DELAI DE VIDUITE
B. EMPECHEMENT RESULTANT DU DIVORCE
C. EMPECHEMENT RESULTANT DE L'ADULTERE
D. EMPECHEMENT SPECIAL AU MARIAGE DE LA FEMME AFFRANCHIE
4° *A quel moment et de quelle manière le mariage se formait-il chez les Romains?*
5° *Dissolution du mariage*
A. LE DIVORCE
B. ESCLAVAGE DE L'UN DES EPOUX
C. MORT DE L'UN DES EPOUX
Appendice: concubinat
II. Enfants légitimés: de la légitimation
1° *Légitimation par oblation à la curie*
2° *Légitimation par mariage subséquent*

3° *Légitimation par rescrit du prince*
4° *Légitimation par testament*
III. Enfants adoptés: des adoptions
1° *De l'adrogation*
A. FORMES ANCIENNES DE L'ADROGATION
B. FORMES NOUVELLES DE L'ADROGATION
C. CONDITIONS EXIGEES POUR LA VALIDITE DE L'ADROGATION
D. EFFETS DE L'ADROGATION
E. ADROGATION DES IMPUBERES
2° *De l'adoption*
A. FORMES ANCIENNES DE L'ADOPTION
B. FORMES NOUVELLES DE L'ADOPTION
C. CONDITIONS DE L'ADOPTION
D. EFFETS DE L'ADOPTION
a. Adoptio minus plena
b. Adoptio plena
E. QUELLES SONT LES PERSONNES QUI PEUVENT ADOPTER OU ADROGER?
F. QUELLES SONT LES PERSONNES QUI PEUVENT ETRE ADOPTEES?
3° *Différences entre l'adrogation et l'adoption*
4° *Ressemblances entre l'adrogation et l'adoption*
5° *Adrogation par testament*
§ III. DE QUELLE MANIERE SE DISSOUT LA PUISSANCE PATERNELLE
I. Par la mort du chef de famille
II. Par la perte de la liberté
III. Par la perte de la cité
IV. Par suite de certaines dignités
V. Par l'émancipation
1° *Formes anciennes de l'émancipation*
2° *Formes nouvelles de l'émancipation*
3° *Forme d'émancipation introduite par Justinien*
VI. Quand le père donne son fils en adoption à un autre
VII. Lorsqu'un père donne sa fille in manu par coemptio
ARTICLE III. - FEMMES, IN MANU
ARTICLE IV. - PERSONNE IN MANCIPIO
CHAPITRE II. - **PERSONNES SUI JURIS**
Tableau d'ensemble des *sui juri*
ARTICLE I^{er}. - SUI JURIS CAPABLES
ARTICLE II. - SUI JURIS INCAPABLES
§ 1. TUTELLE
I. Tutelle en général
II. Comment sont désignés les tuteurs
1° *De la tutelle testamentaire*
A. PAR QUI ET A QUI UN TUTEUR TESTAMENTAIRE PEUT-IL ETRE DONNE?
B. FORMES
C. QUELS SONT CEUX QUI PEUVENT ETRE NOMMES TUTEURS PAR TESTAMENT?
D. MODALITES
2° *De la tutelle légitime des agnats*
3° *De la tutelle légitime des patrons*
4° *De la tutelle fiduciaire et des ascendants*
A. TUTELLE DE L'ASCENDANT
B. TUTELLE FIDUCIAIRE
5° *De la tutelle déférée par le magistrat*
III. Fonctions du tuteur
1° *Administration du tuteur*
A. VENTE DES BIENS DU PUPILLE SUJETS A DEPERISSEMENT
B. RECOUVREMENT DES CREANCES DU PUPILLE
C. PLACEMENT DES SOMMES APPARTENANT AU PUPILLE
D. PAYEMENT DES DETTES DU PUPILLE
E. OBLIGATIONS DU TUTEUR
2° *De l'auctoritas des tuteurs*
A. PLURALITE DES TUTEURS
B. LIMITES DES POUVOIRS DU TUTEUR
C. RESPONSABILITE DU TUTEUR
IV. De quelles manières cesse la tutelle
V. Comptes de tutelle
VI. De la tutelle perpétuelle des femmes
§ 2. DE LA CURATELLE
I. Généralités
II. Curatelle des prodigues
III. Curatelle du furiosus
IV. Curatelle du mente captus, du sourd, du muet, etc.
V. Curatelle des mineurs de vingt-cinq ans
1° *Système de protection de la loi Plaetoria*
2° *Système de protection établi par le droit prétorien*
3° *Constitution de Marc-Aurèle sur la curatelle*
4° *Administration des curateurs des mineurs de vingt-cinq ans*
5° *De la capacité juridique des pubères mineurs de vingt-cinq ans*
A. CAPACITE DES PUBERES MINEURS SANS CURATEUR
B. CAPACITE DU PUBERE MINEUR AYANT UN CURATEUR
6° *Appendice*
A. DE LA RESTITUTION IN INTEGRUM AU PROFIT DES PUPILLES
B. DE LA CAPACITE JURIDIQUE DES PUPILLES
VI. Des curateurs donnés dans certains cas aux pupilles
§ 3. REGLES COMMUNES A LA TUTELLE ET A LA CURATELLE
I. Nomination du tuteur ou curateur par le magistrat
II. Obligations et responsabilité du tuteur ou curateur
III. Pouvoirs du tuteur ou curateur
IV. Cessation de la tutelle ou de la curatelle
V. Actions résultant de la tutelle ou curatelle
VI. Garanties accordées aux personnes en tutelle ou curatelle: de la satisdation des tuteurs ou curateurs
VII. Incapacité, exclusion, excuses
1° *Incapacité, exclusion*
2° *Des excuses des tuteurs et des curateurs*
3° *Du jus nominandi potiorem*
VII. Des tuteurs et curateurs suspects
APPENDICE A LA MATIERE DES PERSONNES: *CAPITIS DEMINUTIO*
ARTICLE I^{er}. - MAXIMA CAPITIS DEMINUTIO
ARTICLE II. - MINOR OU MEDIA CAPITIS DEMINUTIO
ARTICLE III. - MINIMA CAPITIS DEMINUTIO
ARTICLE IV. - EFFETS DE LA CAPITIS DEMINUTIO
§ 1. PREMIER EFFET: DESTRUCTION DE L'AGNATION
§ 2. DEUXIEME EFFET: EXTINCTION DES DETTES DU CAPITE MINUTUS
§ 3. TROISIEME EFFET: DESTRUCTION DU DROIT DE PATRONAGE
LIVRE DEUXIEME. - DES CHOSES.
GENERALITES: DE LA DIVISION DES CHOSES
TABLEAU GENERAL DES CHOSES CONSIDEREES AU POINT DE VUE DU PATRIMOINE
PREMIERE PARTIE ELEMENTS QUI COMPOSENT LE PATRIMOINE OU QUI EN SONT EXCLUS
PREMIERE DIVISION: RES HUMANI JURIS. - RES DIVINI JURIS
SECTION I^{re}. - RES SACRAE

SECTION II. - RES RELIGIOSAE
SECTION III. - RES SANCTAE
DEUXIEME DIVISION: RES MANCIPI. - RES NEC MANCIPI
TROISIEME DIVISION: RES IN PATRIMONIO NOSTRO. - RES EXTRA PATRIMONIUM NOSTRUM
SECTION Ire. - RES COMMUNES
SECTION II. - RES PUBLICAE
SECTION III. - RES UNIVERSITATIS
SECTION IV. - RES NULLIUS
QUATRIEME ET PRINCIPALE DIVISION: CHOSES CORPORELLES. - CHOSES INCORPORELLES
SECTION Ire - RES CORPORALES
SECTION II. - RES INCORPORALES OU DROITS
GENERALITES
CHAPITRE Ier. - **DROITS REELS**
ARTICLE Ier. - DROITS REELS RECONNUS PAR LE DROIT CIVIL
§ 1. DROIT DE PROPRIETE, OU DOMINIUM EX JURE QUIRITIUM
I. Généralités
1° *Le droit de propriété*... (définition)
2° *De la co-propriété ou propriété indivise*
3° *Démembrements de la propriété*
4° *Le droit de propriété est une chose incorporelle*
5° *De la propriété sur le sol des provinces*
6° *Des personnes capables d'être propriétaires*
II. De la possession
III. Des modes d'acquérir la propriété
1° *Des modes d'acquérir d'après le droit naturel ou des gens*
A. OCCUPATION
B. DE LA TRADITION
2° *Des modes d'acquérir la propriété d'après le droit civil*
A. MANCIPATION
B. CESSIO IN JURE
C. ADJUDICATION
D. LEX.
E. DES USUCAPIONS ET DES POSSESSIONS DE LONG TEMPS
a. Définition et caractère de l'usucapion
b. Des conditions exigées pour l'usucapion et la praescriptio longi temporis
Appendice: De l'accession
A. THEORIE GENERALE DE L'ACCESSION
B. DROIT DU PROPRIETAIRE SUR CE QUE PRODUIT SA CHOSE
C. ACCESSION RESULTANT DU VOISINAGE D'UN FLEUVE, ETC.
a. De l'alluvion
b. De l'acquisition des îles nées dans les fleuves
c. De l'acquisition du lit d'un fleuve abandonné
D. SPECIFICATION
a. Spécification proprement dite
b. Ecriture sur le papier ou le parchemin d'autrui
c. Peinture sur la planche ou sur la toile d'autrui
d. De la confusion
e. Du mélange
E. INCORPORATION
a. Incorporation à un objet mobilier ou adjonction
b. Incorporation à un immeuble
c. De l'acquisition du trésor
d. De l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi
IV. Extinction du droit de propriété
§ 2. DES SERVITUDES
I. Généralités
II. Des servitudes réelles ou prédiales
1° *Des servitudes réelles rurales*
2° *Des servitudes réelles urbaines*
A. SERVITUDE ONERIS FERENDI
B. SERVITUDE TIGNI IMMITENDI
C. SERVITUDE STILLICIDII AVERTENDI VEL RECIPIENDI
D. SERVITUDE FLUMINIS AVERTENDI VEL RECIPIENDI
E. SERVITUDE STILLICIDII VEL FLUMINIS NON RECIPIENDI
F. SERVITUDE NON ALTIUS TOLLENDI
G. SERVITUDE ALTIUS TOLLENDI
H. SERVITUDE NE LUMINIBUS OFFICIATUR
I. SERVITUDE NE PROSPECTUI OFFENDATUR
J. SERVITUDE LUMINUM
3° *Des caractères communs aux servitudes rurales et urbaines*
4° *Différences entre les servitudes rurales et les servitudes urbaines*
5° *Des modes de constitution des servitudes réelles ou prédiales*
A. MANCIPATION
B. IN JURE CESSIO
C. ADJUDICATIO
D. USUCAPION
E. OCCUPATION
F. TRADITION
G. LE TESTAMENT
H. PACTES ET STIPULATIONS
6° *Des modes d'extinction des servitudes*
A. LA PERTE DE L'UN DES DEUX FONDS
B. LA CONFUSION
C. LA RENONCIATION A LA SERVITUDE PAR LE PROPRIETAIRE DU FONDS DOMINANT
D. LA RESOLUTION DU DROIT DE PROPRIETE DU CONSTITUANT
E. LE NON-USAGE
F. LA CONVENTION
G. LE TERME ET LA CONDITION
III. Des servitudes personnelles
1° *De l'usufruit*
A. GENERALITES
B. DES DROITS DE L'USUFRUITIER
C. DES OBLIGATIONS DE L'USUFRUITIER
D. DES CHOSES SUSCEPTIBLES D'USUFRUIT
E. DES MODES DE CONSTITUTION DE L'USUFRUIT
F. DES MODES D'EXTINCTION DE L'USUFRUIT
2° *De l'usage*
A. USAGE DES FONDS
B. USAGE DES BOIS TAILLIS
C. USAGE DES BATIMENTS
D. USAGE D'UN ESCLAVE
E. USAGE DES TROUPEAUX
3° *De l'habitation*
4° *Des travaux des esclaves*
§ 3. GAGE OU PIGNUS
ARTICLE II. - DROITS REGLEMENTES PAR LE PRETEUR
§ 1. DROIT DE SUPERFICIE
§ 2. DE L'EMPHYTEOSE
I. D'un certain droit réel prétorien sur les agri vectigales

II. De l'emphytéose proprement dite
§ 3. (PIGNUS) HYPOTHEQUE
I. Généralités
II. Aliénation fiduciaire
III. Pignus
IV. Hypothèque
V. Conditions exigées pour la validité d'une constitution d'hypothèque
VI. Quelles choses peuvent être hypothéquées
VII. Etendue et effets de l'hypothèque
VIII. Extinction des hypothèques
IX. Hypothèques tacites ou légales
§ 4. DU DOMAINE BONITAIRE
ARTICLE III. - DE CEUX A QUI IL EST PERMIS D'ALIENER
§ 1. CAS OU LE PROPRIETAIRE NE PEUT PAS ALIENER LA CHOSE QUI LUI APPARTIENT
I. Le mari
II. Le pupille
§ 2. CAS OU LE NON-PROPRIETAIRE A LE DROIT D'ALIENER UNE CHOSE QUI NE LUI APPARTIENT PAS
I. Du gage
II. De l'hypothèque
1° *Avantages de la priorité*
A. DROIT DE SUITE
B. DROIT DE RETENTION
C. DROIT DE VENDRE
D. DROIT DE PREFERENCE SUR LE PRIX
2° *Droits des créanciers postérieurs*
3° *Des hypothèques privilégiées*
A. HYPOTHEQUE PRIVILEGIEE DE CELUI QUI A PRETE DE L'ARGENT POUR L'ACQUISITION D'UNE CHOSE
B. HYPOTHEQUE PRIVILEGIEE DE CELUI QUI A PRETE DE L'ARGENT POUR LA CONSERVATION D'UNE CHOSE HYPOTHEQUEE A PLUSIEURS CREANCIERS
C. HYPOTHEQUES PRIVILEGIEES DU FISC
a. Hypothèque privilégiée du fisc sur les biens du primipilus
b. Hypothèque privilégiée du fisc pour le recouvrement des impôts arriérés
D. HYPOTHEQUE PRIVILEGIEE DE LA FEMME MARIEE
ARTICLE IV. - PAR QUELLES PERSONNES ACQUIERT UN CITOYEN ROMAIN?
§ 1. PAR LES ENFANTS SOUMIS A SA PUISSANCE PATERNELLE
I. Peculium castrense
II. Peculium quasi-castrense
III. Pécule adventice
§ 2. PAR SES ESCLAVES
§ 3. PAR L'ESCLAVE QU'IL A IN BONIS
§ 4. PAR LA FEMME QU'IL A IN MANU ET PAR LA PERSONNE LIBRE QU'IL A IN MANCIPIO
§ 5. PAR L'ESCLAVE DONT IL A L'USUFRUIT OU L'USAGE
§ 6. PAR L'HOMME LIBRE OU PAR L'ESCLAVE D'AUTRUI QU'IL POSSEDE DE BONNE FOI, EN VERTU D'UNE JUSTE CAUSE
§ 7. PER EXTRANEAM PERSONAM
ARTICLE V. - APPENDICE: DES DONATIONS
§ 1. GENERALITES ET CARACTERES
§ 2. DONATION ENTRE-VIFS
I. Des personnes qui peuvent faire une donation
II. A quelles personnes une donation peut-elle être faite?
III. Dans quelles formes une donation peut-elle être faite?
IV. Des choses qui peuvent être données
V. Restriction à la faculté de donner, d'après la loi Cincia
VI. Formalités exigées, pour les donations, par les constitutions impériales
VII. Des exceptions à l'irrévocabilité des donations
1° *Révocation pour inexécution des charges*
2° *Révocation pour ingratitude*
§ 3. DONATION A CAUSE DE MORT
I. Définition et caractères
II. De quelle manière et dans quelle forme une donation à cause de mort peut-elle être faite?
4. DONATIONS ENTRE EPOUX
5. DE LA DOT
I. De la constitution de dot
II. Dot profectice. Dot adventice
III. Garantie de la dot
IV. Des droits du mari sur les biens dotaux
1° *De la loi Julia de adulteriis*
2° *Des conséquences de la prohibition de la loi Julia*
3° *De la restitution de la dot après la dissolution du mariage*
4° *A quel moment la dot doit-elle être restituée?*
5° *Retenues opérées par le mari*
A. PROPTER LIBEROS
B. PROPTER MORES
C. PROPTER IMPENSAS
D. PROPTER RES DONATAS
E. PROPTER RES AMOTAS
6° *De l'hypothèque privilégiée et de l'action en revendication accordée à la femme par Justinien*
V. De la donation ante nuptias, ou propter nuptias
ARTICLE VI. - APPENDICE: D'UN CERTAIN DROIT D'ACCROISSEMENT EN CAS D'AFFRANCHISSEMENT
CHAPITRE II. - *DROITS PERSONNELS OU OBLIGATIONS*
DEUXIEME PARTIE TRANSMISSION DU PATRIMOINE
PREMIER TABLEAU GENERAL DES SUCCESSIONS EN DROIT ROMAIN
SECTION I^re^ - HEREDITES TESTAMENTAIRES
CHAPITRE I^er^. - **DU TESTAMENT**
ARTICLE I^er^. - CONDITIONS NECESSAIRES A LA VALIDITE DU TESTAMENT
§ 1. FORMES DU TESTAMENT
I. Formes générales du testament proprement dit
1° *Testament in calatis comitiis*
2° *Testament in procinctu*
3° *Testament per aes et libram*
4° *Testament prétorien*
5° *Testament tripartite*
6° *Testament nuncupatif*
II. De la capacité exigée pour être témoin dans un testament
1° *Règle: Peuvent être témoins ceux avec lesquels le testateur a la factio testamenti*
2° *Incapacité absolue d'être témoin*
3° *Incapacité relative d'être témoin*
III. Formes de l'institution et ses modalités
IV. Du testament militaire
1° *Formes*
2° *Capacité de tester*
3° *Capacité de recevoir*
4° *Validité du testament*
5° *Etendue des dispositions testamentaires*
§ 2. CAPACITE DE TESTER. - DE CEUX A QUI IL N'EST PAS PERMIS DE TESTER
I. Du droit de tester
II. De l'exercice du droit de tester
III. Droit prétorien
§ 3. INSTITUTION ET EXHEREDATION DES SUI HEREDES
I. Exhérédation d'après le droit civil
1° *Exhérédation des fils*

2° *Exhérédation des filles, de la femme in manu, de la bru, des petits-fils et petites-filles nés d'un fils prédécédé ou émancipé*
3° *Exhérédation des posthumes*
A. POSTHUMES LEGITIMES OU SIENS
B. POSTHUMES AQUILIENS
C. POSTHUMES VELLEIENS ET QUASI-POSTHUMES VELLEIENS
D. FORMES DE L'EXHEREDATION DES POSTHUMES
II. Exhérédation d'après le droit prétorien
III. Exhérédation d'après le droit de Justinien
§ 4. DE L'INSTITUTION D'HERITIER
I. Institution proprement dite
II. Quels sont ceux qui peuvent être institués héritiers?
III. Distinction entre la capacité d'être institué et le jus capiendi
1° *Les Latins juniens*
2° *Les célibataires*
IV. Institution d'un esclave
1° *Institution de l'esclave du testateur*
2° *Institution d'un esclave par le nu-propriétaire*
3° *Institution d'un esclave par un copropriétaire*
4° *Institution de l'esclave d'autrui*
V. Répartition de l'hérédité entre plusieurs institués
VI. Des modalités qui peuvent être apposées à l'institution d'héritier
1° *De la condition*
2° *Du terme*
VII. Appendice. - Des substitutions
1° *De la substitution vulgaire*
2° *De la substitution pupillaire*
3° *De la substitution quasi-pupillaire ou exemplaire*
4° *De la substitution fidéicommissaire*
ARTICLE II. - DE QUELLES MANIERES LES TESTAMENTS SONT INFIRMES
§ 1. DU TESTAMENT RUPTUM
§ 2. DU TESTAMENT IRRITUM
§ 3. DU TESTAMENT DESTITUTUM
ARTICLE III. - DU TESTAMENT INOFFICIEUX
§ 1. QUELLES PERSONNES PEUVENT INTENTER LA QUERELA
§ 2. DES CONDITIONS EXIGEES POUR QUE LA QUERELA SOIT ADMISE
§ 3. DE LA QUARTE LEGITIME
§ 4. EFFETS DE LA QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI
§ 5. CAUSES D'EXTINCTION DE LA QUERELA
§ 6. INNOVATIONS DE JUSTINIEN (SYSTEME DES NOVELLES ET INSTITUTES)
CHAPITRE II. - **DE L'HEREDITE**
ARTICLE I^{er}. - ACQUISITION DE L'HEREDITE
§ 1. CLASSEMENT DES HERITIERS. - DE LA QUALITE ET DE LA DIFFERENCE DES HERITIERS
I. Des héritiers nécessaires
II. Des héritiers siens
III. Des héritiers externes
1° *De la factio testamenti*
A. AU MOMENT DE LA CONFECTION DU TESTAMENT
B. AU MOMENT DE LA MORT DU TESTATEUR
C. AU MOMENT DE L'ADITION
2° *De quelle manière l'héritier externe acquiert-il l'hérédité?*
3° *Du jus déliberandi*
4° *Du bénéfice d'inventaire*
5° *De la séparation des patrimoines*
§ 2. CESSIO IN JURE DE L'HEREDITE FAITE PAR L'HERITIER
I. Cessio in jure de l'hérédité faite par un héritier légitime ab intestat, avant l'adition
II. Cessio in jure faite par un héritier légitime ab intestat après l'adition
III. Cessio in jure d'une hérédité faite avant l'adition par un héritier externe, institué par testament
IV. Cessio in jure d'une hérédité faite après l'adition par l'héritier externe institué
§ 3. VENTE DE L'HEREDITE PAR L'HERITIER
ARTICLE II. - REPARTITION DE L'HEREDITE ENTRE LES INSTITUES
ARTICLE III. - THEORIE DU DROIT D'ACCROISSEMENT
ARTICLE IV. - THEORIE DES LOIS CADUCAIRES
§ 1. DISPOSITIONS GENERALES
§ 2. ATTRIBUTION DES PARTS CADUQUES
§ 3. PRAEMIA PATRUM. - JUS CADUCA VINDICANDI
I. Caduca
II. In causa caduci
III. Pro non scriptis
§ 4. RESUME
§ 5. DE LA QUOTITE DISPONIBLE ENTRE EPOUX D'APRES LES LOIS CADUCAIRES
§ 6. DISPARITION DES LOIS CADUCAIRES
ARTICLE V. - CHARGES IMPOSEES PAR LE TESTATEUR A L'HERITIER
§ 1. LEGS
I. Différentes espèces de legs
1° *Du legs per vindicationem*
2° *Du legs per damnationem*
3° *Du legs sinendi modo*
4° *Du legs per praeceptionem*
5° *Modifications*
A. REI VINDICATIO
B. ACTION PERSONNELLE
C. ACTION HYPOTHECAIRE
II. Du dies cedit et du dies venit
III. De la règle catonienne
IV. Des choses qui peuvent être léguées
1° *Legs d'une chose future*
2° *Legs de la chose d'autrui, d'une chose appartenant au légataire, d'une chose appartenant au testateur et qu'il savait être à autrui*
3° *Legs d'une chose aliénée ou grevée d'hypothèque depuis la confection du testament*
4° *Legatum liberationis*
5° *Legs d'une chose principale*
6° *Legatum nominis, ou legs d'une créance*
7° *Legatum generis, ou legs de genre*
8° *Legatum optionis, ou legs d'option*
9° *Legs d'une universitas juris*
A. LEGS D'UNE FRACTION DE L'HEREDITE
B. LEGS D'UN PECULE
V. A qui un legs peut-il être fait?
VI. Dans quelle partie du testament le legs peut-il être valablement fait?
VII. Sous quelles modalités un legs peut-il être fait?
VIII. Du droit d'accroissement dans les legs
1° *Du droit d'accroissement d'après le droit civil*
A. LEGS PER VINDICATIONEM
B. LEGS PER DAMNATIONEM
C. LEGS SINENDI MODO
D. LEGS PER PRAECEPTIONEM
2° *Du droit d'accroissement d'après les lois caducaires*
3° *Du droit d'accroissement d'après la législation de Justinien*
4° *De l'accroissement dans le legs d'usufruit*
IX. De la révocation, de la translation et de l'extinction des legs

1° *Révocation proprement dite*
2° *Translation*
3° *Extinction des legs*
X. De la loi Falcidie
XI. Assimilation des donations à cause de mort aux legs
§ 2. FIDEICOMMIS
I. Généralités
II. Des hérédités fidéicommissaires
1° *De quelle manière un fidéicommis universel peut-il être fait?*
2° *Droit primitif: fidéicommissaire considéré comme emptor familiae*
3° *Sénatus-consulte Trébellien: fidéicommissaire considéré comme héritier*
4° *Sénatus-consulte Pégasien: fidéicommissaire considéré comme légataire*
5° *Droit de Justinien*
6° *Formes du fidéicommis*
7° *Différences entre l'institution d'héritier et le fidéicommis universel d'hérédité*
III. Des fidéicommis particuliers
PREMIER APPENDICE. - COMPARAISON DE L'INSTITUTION D'HERITIER, - DU LEGS, - DU FIDEICOMMIS
DEUXIEME APPENDICE. - DES CODICILLES
FIN DE LA TABLE DES MATIERES.