BnF
gallica
BIBLIOTHÈQUE NUMÉRIQUE

Les lois civiles de Rome (des personnes, du mien et du tien, des hérédités) [...]

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Cubain, Romain. Les lois civiles de Rome (des personnes, du mien et du tien, des hérédités) : études sur le droit romain / par R. Cubain.... 1876.

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 :

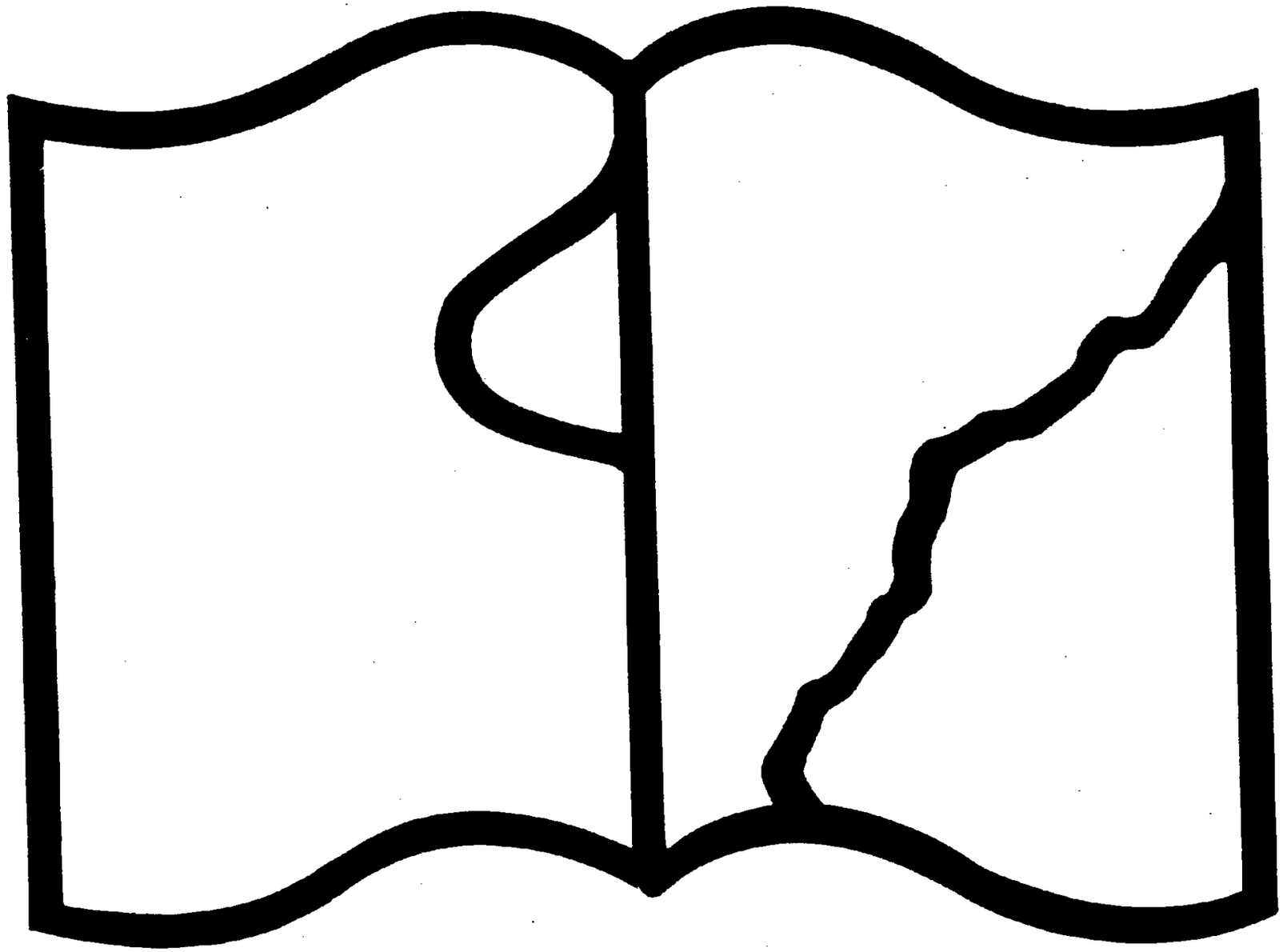
*des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.
*des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions 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.



Texte détérioré — reliure défectueuse

NF Z 43-120-11

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

ÉTUDES SUR LE DROIT ROMAIN

LES

LOIS CIVILES DE ROME

(DES PERSONNES, DU MIEN ET DU TIEN, DES HÉRÉDITÉS)

PAR

R. CUBAIN

DOCTEUR EN DROIT, AVOCAT, ANCIEN BATONNIER.

Non quia velim verbosos
Commentarios facere.
GAIUS.

ANGERS
E. BARASSÉ,
IMPRIMEUR - LIBRAIRE - ÉDITEUR
Rue Saint-Laud, 63.

PARIS
PEDONE-LAURIEL
LIBRAIRE - ÉDITEUR
Rue Cujas, 9.

1876

ÉTUDES

SUR

LE DROIT ROMAIN

8° F
19

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE
R. F.
IMPRIMÉS
28/
76

ÉTUDES SUR LE DROIT ROMAIN

LES

LOIS CIVILES DE ROME

(DES PERSONNES, DU MIEN ET DU TIEN, DES HÉRÉDITÉS)

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE
R. F.
IMPRIMÉS

PAR

R. CUBAIN

DOCTEUR EN DROIT, AVOCAT, ANCIEN BATONNIER.

Non quia velim verbosos
Commentarios facere.
GAIUS.

ANGERS
E. BARASSÉ,
IMPRIMEUR - LIBRAIRE - ÉDITEUR
Rue Saint-Laud, 83.

PARIS
PEDONE-LAURIEL
LIBRAIRE - ÉDITEUR
Rue Cujas, 9.

1876

AVIS AU LECTEUR.

Le droit romain n'est point sorti tout d'une pièce du cerveau de Jupiter. Mélange infini de règles naturelles et de règles inventées, corrigé, complété, coordonné par le Préteur et les Prudents, il s'offre à nous comme une doctrine et non comme une œuvre toute législative.

Le temps aidant, la *Doctrine Romaine* a si bien transformé et fécondé le fonds quiritaire *(figmentum primævum)*, que Domat écrit : « On peut » admirer dans le Digeste les lumières que Dieu » a données aux infidèles, dont il a voulu se » servir pour composer une science du droit » naturel ».

De cette science et des textes qui l'ont fondée, j'entreprends d'extraire les propositions qui méritent que notre entendement s'y applique, de découvrir la raison de ces règles et les combinaisons que les Romains en ont faites. C'est pourquoi mon ouvrage aurait pu porter ce titre : DOCTRINE ROMAINE *du droit*.

J'exclus d'ailleurs les détails purement contingents ; de sorte que, si le but est atteint, j'aurai donné, par les mêmes traits, l'esquisse de la *Prudence* romaine et de nos lois civiles (*genitricis cum neptibus*).

La doctrine du droit romain règle l'état des personnes, — *le mien et le tien* — et la contrainte qui unit les devoirs aux droits : *justitia volentem ducit, jus nolentem trahit.*

JUS AD PERSONAS PERTINET. Cette première partie du droit romain fixe l'inégalité civile des hommes ; autant de degrés d'inégalité, autant de subdivisions de notre sujet.

Ego sum Civis romanus, Ingenuus, Mei juris : qui dit cela, est homme de première classe. Ces trois qualités qui font la supériorité des personnes, la naissance peut les donner toutes à la fois ; — on ne peut acquérir la deuxième, si elle manque d'abord ; — la volonté d'autrui ou la mort d'autrui font obtenir la troisième ; — en certains cas, la loi accorde la première comme faveur ou récompense.

Trois diminutions de tête (*minima, media, maxima*) marquent les degrés d'abaissement.

Au premier degré, les personnes sont possédées, acquises, aliénées comme des choses, sans

être vues comme des choses. Ce pouvoir sur une personne libre a pour cause première le mariage : *id est*, JUSTUS *usus facultatum sexualium alterius personæ, quo tota nobis adquiritur*. Cette définition qu'on croirait romaine, est donnée par Kant. Voyez combien elle est exacte : *justæ nuptiæ*, uxoris traditio ; *manus*, usucapio uxoris ; *patria potestas*, mancipium ; *liberi*, fructus adquisiti vi ipsâ dominii. Mais comme le fonds et les fruits sont en même temps des personnes, le droit de famille participe du droit personnel et du droit réel (1).

Au dernier degré, l'homme n'est qu'un instrument de travail et d'acquisition appartenant à un autre homme, un roseau pensant, une chose romaine.

Ces classifications historiques donnent la clef du droit : elles font l'objet de la première série de ces études.

JUS AD RES PERTINET. « J'ai une pomme dans » la main, je ne l'appelle pas mienne parce que » je la détiens, mais seulement si je puis dire : « elle est à moi, quoique je l'aie déposée quelque » part. » (Kant.)

Cet exemple si simple domine toute la doc-

(1) Kant. — Dinglich persœnliches.

trine *du mien et du tien*, et il en fait la division principale. D'une part, la possession : droit PROVISOIRE *contra quemve non possidentem* ; — d'autre part, la propriété, droit DÉFINITIF *contra quemve possessorem*.

Le droit de propriété est acquis, transmis, perdu, *aut facto unius*, — *aut facto et pacto plurium*, — *aut lege*.

Le droit de propriété est ou entier *(plenum dominium)*, ou fractionné. Quels sont les rapports juridiques entre ceux qui sur le même objet ont des droits réels concurrents ?

Ces points marquent le tracé de ma voie ; je les touche tous dans le développement de la doctrine du mien et du tien.

L'hérédité tient place à part, par cette raison que la transmission *in articulo mortis* diffère essentiellement du commerce *inter vivos*.

On sera frappé de ceci : l'idée quiritaire de l'hérédité n'est autre que celle de PASCAL écrivant : « Toute la suite des hommes doit être con-» sidérée comme un seul homme qui subsiste » toujours ». L'hérédité jacente continue le défunt ; elle s'évanouit comme une fiction, dès que le vif s'en saisit ; ce qui fait que, malgré la succession des hommes, on ne voit dans la série des

morts et de leurs héritiers, qu'une même personne, un même patrimoine, un même droit. Je m'applique à reproduire les développements de cette doctrine romaine, sans y mêler rien de nos idées.

Justinien et l'école séparent, on ne sait pourquoi, l'examen de l'hérédité *testato* et de l'hérédité *intestato*. Je n'en fais au contraire qu'une suite ; de sorte que la matière de ce volume correspond exactement aux vingt-neuf titres qui nous restent *ex corpore Ulpiani ;* il finit quand ils finissent. Aussi bien, les précieux fragments sont le canevas dessiné sur lequel j'ai travaillé : après avoir guidé la main, il soutient l'ouvrage.

Je dois beaucoup à Domat et à Montesquieu, rien aux docteurs ; je transcris mes auteurs, quoique souvent on les cite de confiance ; j'emploie les textes du Digeste en grand nombre, sans qu'il y paraisse trop.

On n'expliquera pas ici en quoi consiste l'utilité d'une méthode si singulière, car ce n'est que par la lecture qu'il en faut juger. Le peu que je viens d'écrire suffit donc comme avis au lecteur.

Angers, août 1876.

ÉTUDES

SUR

LE DROIT ROMAIN

INTRODUCTION

PREMIÈRE PARTIE

DE JUSTITIA ET JURE

(Inst. I, tit. I et II, pr. § 1 et 2.)

IDÉE ROMAINE DE LA JUSTICE ET DU DROIT.

Etre ou berger, ou chien, ou mouton, parfois l'un et l'autre : — Tel verrait-on l'homme, s'il n'était doué que du triple instinct de commander, servir, tout souffrir.

Mais le civilisé a par surcroît la faculté de contre-carrer ses propres penchants et d'être le contrôleur de soi-même. Cet incessant conflit qui se dénoue et se renoue dans le for intérieur éveille l'idée du droit.

L'idée du droit, si troublée qu'elle soit par les choses du dehors, fait durer l'union sociale. Car les plus injustes d'entre nous aiment assez la justice pour haïr l'injustice des autres et pour la réprimer.

Où rencontrerons-nous le point du droit (1)?

Quel sera le premier axiome de la justice (2)?

Le *Digeste* répond : *Jure naturali omnes liberi nascebantur. — Quod ad jus naturale attinet, omnes æquales sunt* (3).

Kant commente ces textes (4) :

« Le droit unique que chacun possède par cela » seul qu'il est homme, c'est la liberté de chacun en » tant qu'elle peut s'accorder suivant une loi géné- » rale avec la liberté de chacun des autres hommes. » Je suis maître chez moi, parce que c'est une loi » générale; tu es maître chez toi, par la même loi. » Ma liberté s'accorde avec la tienne, comme la » tienne avec la mienne. — L'égalité est le produit » de cet accord. »

---

(1) *Pascal*, I-VI, § 15. — La justice et la vérité sont deux points si subtils que nos instruments sont trop émoussés pour y toucher exactement. S'ils arrivent, ils en écachent la pointe et appuient tout autour, plus sur le faux que sur le vrai.

(2) Baines, *Des émotions et de la volonté*. — Qu'est-ce donc que la justice? Est-il une mesure suprême de la justice morale?... Nous réglons nos montres sur l'observatoire de Greenwich; où est le type, l'étalon sur lequel nous réglons nos montres au moral?

(3) D. 1-1, l. 4. — D. 50-17, l. 32.

(4) Kant, *Doctrine du droit*, p. 55.

Le traité de paix entre les hommes est donc contenu dans ce seul article : *La liberté de chacun doit s'accorder avec la liberté des autres suivant une loi générale d'égalité.*

De cet axiome sont immédiatement déduits trois corollaires pratiques.

J. § 3. — *Juris præcepta sunt hæc :*

Les préceptes du droit sont :

1° *Honeste vivere:* « Ne faire aucun mauvais usage ni de soi-même, ni de ce qui est à soi (1). » « Soutenir sa dignité d'homme dans ses rapports avec les autres hommes (2). »

Se rattachent à ce précepte les prohibitions déduites de l'ordre public et des mœurs. Quelques-unes sont définies, telles les prohibitions de mariage. D'autres, nombreuses et variées, sont introduites sous le couvert de cette formule : *Omnia quæ contra bonos mores in stipulationem deduci non possunt.*

Cette partie du droit *a ses époques;* la coutume reçue y met autant du sien que la pure raison : *Non enim omne quod licet honestum, nec omne quod honestum licet.*

2° *Neminem lædere.*

3° *Suum cuique tribuere.*

Ces préceptes, l'un négatif, l'autre positif, se

---

(1) Domat, c. v, § 3.
(2) Kant, *Doctrine du droit*, p. 53.

complètent l'un l'autre. Ils sont le résumé de la sagesse antique.

Pourquoi faut-il qu'à chacun d'eux une antithèse soit attachée?

Thèse : *Summum jus, summa injuria.*
Antithèse : *Qui jure suo utitur neminem lædit.*
Thèse : *Maxime in jus æquitas spectanda.*
Antithèse : *Dura lex, sed lex scripta* (1).

Cette contradiction n'est pas particulière au droit romain; nulle législation n'en est exempte. L'antagonisme du droit, en tant que règle générale, et de l'équité particulière éclate partout où il y a des hommes régis par des lois.

ÉQUITÉ ROMAINE.

L'équité, cette ennemie de la logique inflexible, ne serait-elle qu'un penchant à la modération, une émotion bienveillante?

« L'équité considérée *objectivement* n'est pas du » tout un principe au nom duquel on réclame des » autres certains devoirs de bienveillance et de bien-

(1) D. 40-9, l. 19. — D. 50-17, l. 90.

» faisance; celui qui exige quelque chose au nom de
» ce principe se fonde sur un droit (1). »

Ce qui manque au principe équitable, c'est de ne pouvoir être suffisamment défini pour devenir règle générale. Mais, comme ses applications se lient par quelque côté au texte des lois, et que les lois lui communiquent la sanction extérieure propre aux choses juridiques, l'équité est veritablement un élément du droit.

Les Romains ont eu la sagesse de ne pas forcer la nature des lois et de créer à côté de la science du droit l'art de l'équité (*ars boni et æqui*).

La loi romaine extrêmement simple et brève ne pose que les premiers principes. Elle est un centre de développement et non un domaine limité; mais de ce domaine on ne peut sortir que par des voies à l'avance tracées (2).

La procédure est la grand'maîtresse de l'équité : — Le jugement du droit et le jugement du fait sont par elle séparés; — par elle le moyen d'équité est ou rejeté, ou admis et formulé; — hypothétique, liée à une vérification future, la raison d'équité est posée *a priori*.

C'est pourquoi l'équité romaine condensée en des formules de moins en moins variables se fixe, prend

---

(1) Kant, *Doctrine du droit*, p. 49.
(2) Bonjean, *Traité des actions*, t. I, § 54.

corps et, après une longue expérimentation, devient un droit complémentaire et prépondérant.

Autre est la marche de l'équité moderne : elle suit les espèces favorables.

Espèces favorables : ces mots consacrés enseignent que l'équité produit des effets non moins variables que l'impression de chaque fait sur l'esprit de chaque homme.

Notre équité est comme une justice voilée, ne laissant voir ni sa face ni ses balances. Les lois de la procédure ne lui permettent point de se découvrir. Les jugements, en effet, sont rendus à la majorité des voix, et cette majorité doit se faire sur les résolutions et non sur les motifs des résolutions.

Il arrive même que la majorité soit le total de l'addition d'opinions de natures différentes (art. 177, C. pr.).

Résultat étrange, qui offense non moins la justice que l'arithmétique (1)!

Quand tout est dans la même main, le droit, le

---

(1) Bonjean, t. I, § 91. — Devant l'Assemblée constituante, Duport a posé cette hypothèse :

Pierre veut se soustraire au paiement des créances dues par son grand-père. Ses moyens sont de dire : 1° que son père a renoncé à la succession de son grand-père, 2° que les créances demandées ne sont pas légitimes.

Il y a douze juges. Sept sont d'avis qu'il n'y a pas eu renonciation ; mais de ces sept, quatre pensent que les créances ne sont pas légitimes ; les cinq autres juges pen-

fait, l'appréciation d'équité; que la question résolue est triplement complexe, la solution ne montre que le cas particulier : aucune généralisation n'en fait sortir la loi naturelle.

Donc, aujourd'hui comme au temps de Domat, on serait en droit d'écrire : « Pour les lois naturelles, » nous n'en avons le détail que dans le Droit ro- » main (1). »

MORALE ET DROIT.

On a coutume de demander : en quoi le droit ou l'équité diffèrent-ils de la morale ?

---

sent que les créances sont légitimes, mais qu'il y a eu renonciation.

Le créancier avait donc en sa faveur, sur la question de fait, sept juges contre cinq ; il avait sur la question de droit huit juges contre quatre. On prend les voix. Les quatre juges qui pensent que les créances ne sont pas légitimes, mais qu'il n'y a pas eu renonciation, et les cinq qui pensent que les créances sont légitimes, mais qu'il y a eu renonciation, sont comptées ensemble.

Le créancier perd son procès avec une majorité de neuf voix contre trois.

Problème. — Quand les moyens sont posés dans le dispositif des conclusions, l'on doit donner des motifs sur chaque moyen.

Les motifs doivent être fournis par la majorité et non par la minorité.

Si cette règle n'était pas violée, — dans le cas prévu par Duport, tout jugement serait impossible. Et, cependant, il faut juger.

(1) Domat, préface.

La distinction est facile.

La morale juge nos actions et les mobiles et la fin de nos actions; — elle commande au dedans et non au dehors; ses préceptes relèvent en nous de la conscience; hors de nous l'opinion les sanctionne.

Le droit n'a trait qu'à nos actes extérieurs, non à tous, mais à ceux-là seuls qui sont prévus et définis, ou dont les conséquences sont prévues et définies par les lois de l'autorité publique; — la contrainte matérielle par la force publique y est attachée.

Le droit et la morale ont un domaine commun et un domaine distinct, nos devoirs étant : — ou de droit et de vertu, — ou de vertu seulement, — ou de droit seulement (1).

Veut-on pousser plus avant et tenter de découvrir le *pourquoi* de nos devoirs de vertu?

Ecoutez :

Le maître : Il ne faut pas faire cela.

L'enfant : Pourquoi ne faut-il pas faire cela?

Le maître : Parce que c'est mal fait.

L'enfant : Mal fait! qu'est-ce qui est mal fait?

Le maître : Ce qu'on vous défend.

L'enfant : Quel mal y a-t-il à faire ce qu'on me défend?

Le maître : On vous punit pour avoir désobéi.

---

(1) Kant, p. 53.

L'enfant : Je ferai en sorte qu'on n'en sache rien.
Le maître : On vous questionnera.
L'enfant : Je mentirai.
Le maître : Il ne faut pas mentir.
L'enfant : Pourquoi ne faut-il pas mentir?
Le maître : Parce que c'est mal fait (1).

Ce cercle est inévitable : le maître aussi bien que l'enfant n'en peut sortir.

L'homme voit les lois de sa raison, mais il ne voit pas la raison de ces lois.

DROIT NATUREL, SELON LES ROMAINS.

J. II, § 1. — *Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit.*

Cette définition appartient à la philosophie stoïcienne : l'homme est animal, homme, citoyen.

Montesquieu, s'inspirant de cette philosophie, écrit :

« Par l'attrait du plaisir les bêtes conservent leur » être particulier, et par le même attrait elles con- » servent leur espèce. Elles ont des lois naturelles » parce qu'elles sont unies par le sentiment; elles » n'ont point de lois positives parce qu'elles ne sont » point unies par la connaissance. Elles n'ont point

(1) J.-J. Rousseau, *Emile*, II.

» les suprêmes avantages que nous avons; elles en
» ont que nous n'avons pas : la plupart se conser-
» vent mieux que nous et ne font pas un aussi mau-
» vais usage de leurs passions (1). »

Il faudrait fermer les yeux pour ne pas voir qu'entre l'homme et l'animal il y a un fond commun de besoins et d'instincts; que vivre, perpétuer l'espèce, éduquer les petits est une loi de nature. Certes, ce n'est là qu'une partie du droit naturel, mais cette partie est principale : elle sert de soutien à tout le reste.

D. 1-1. L. 11. — *Quod semper æquum et bonum jus naturale dicitur. — Quod omnibus aut pluribus utile est jus civile dicitur.*

« Toutes les différentes idées qu'on peut concevoir
» des diverses sortes de lois se réduisent à deux es-
» pèces, l'une des lois qui sont immuables et l'autre
» des lois qui sont arbitraires.

» Les lois immuables s'appellent ainsi, parce qu'elles
» sont naturelles et tellement justes toujours, qu'au-
» cune autorité ne saurait ni les changer, ni les
» abolir, sans ruiner les fondements de l'ordre de la
» société; et les lois arbitraires sont celles que l'auto-
» rité peut établir, changer et abolir suivant le
» besoin.

» La première loi de l'homme est celle qui lui

---

(1) *Esprit des lois*, l. I, c. I.

» commande l'amour et la recherche du souverain
» bien, où il doit s'élever de toutes les forces de son
» esprit et de son cœur qui sont faits pour le pos-
» séder.

» Cette loi en renferme une seconde qui les oblige
» à s'unir et à s'aimer entre eux, et c'est une suite de
» cette seconde loi qu'il ne faut faire tort à personne
» et qu'il faut rendre à chacun ce qui lui appartient.

» On voit par cette première idée de la nature des
» lois immuables que les règles naturelles de l'équité
» ne sont autre chose que ce que l'esprit de la se-
» conde loi demande en chaque engagement, et ce
» qu'il y marque d'essentiel et de nécessaire.

» Pour les lois arbitraires, on peut remarquer
» deux différentes causes, qui en ont rendu l'usage
» nécessaire dans la société et qui ont été les sources
» de cette multitude infinie de lois arbitraires que
» l'on voit dans ce monde.

» La première de ces deux causes, c'est la néces-
» sité de régler certaines difficultés qui naissent dans
» l'application des lois immuables, lorsque ces diffi-
» cultés sont telles qu'il ne peut y être pourvu que
» par des lois et que les lois immuables ne les règlent
» point.

» La seconde cause des lois arbitraires a été l'in-
» vention de certains usages qu'on a crus utiles dans
» la société. Ces matières, qui sont de l'invention des
» hommes et qu'on pourrait appeler pour cette rai-

» son des matières arbitraires, sont réglées par un » vaste détail de lois de même nature (1). »

J. § 2. — *Bella orta sunt, et captivitates secutæ et servitutes quæ sunt juri naturali contrariæ.*

La guerre et l'esclavage sont du droit des gens;

La guerre et l'esclavage sont contraires au droit naturel;

Le droit est donc divisé et contraire à lui-même (2).

En ce qui touche les citoyens romains, le droit romain accorde beaucoup à la justice naturelle, parce qu'il est fait pour des égaux; par la raison opposée, il est atroce à l'égard des non-citoyens.

La loi *Furia Caninia* fait obstacle aux affranchissements (3). — Les affranchis sont un embarras pour la cité : cette loi est tenue pour juste.

Le sénatus-consulte *Silanien* met à mort tous les esclaves dont le maître est assassiné, même les innocents reconnus (4). — La sûreté des maîtres y est intéressée : ce sénatus-consulte est tenu pour juste.

Divus Pius défend de mettre à la torture un témoin impubère, *res enim fragilis et periculosa quæstio quæ veritatem fallat* (5).

Mais, s'il s'agit d'un attentat contre le prince,

---

(1) Domat, *Lois civiles*.
(2) Pascal, II, § 68.
(3) Paul, s. 4, 14.
(4) Paul, s. 3, 5.
(5) D. 48-18, l. 1, § 23.

l'intérêt du prince efface le pieux rescrit : il est juste que l'impubère soit torturé (1).

Cette justice n'est point nette : l'intérêt des maîtres, l'intérêt de la cité, l'intérêt du prince, qui y sont mêlés, la dénaturent.

Il faut noter aussi qu'à Rome on a vu, selon les temps, soit un grand artifice, soit un grand hasard, soit une grande autorité, dans la constitution du droit promulgué.

Les comices sont convoqués par centuries; — le peuple romain répond *uti rogas*.

Les votants étant les mêmes, la question étant la même, le scrutin aurait donné un résultat négatif, si les comices eussent été convoqués par tribus.

La pratique du suffrage universel romain *artis est* : aussi, depuis la chute des décemvirs jusqu'à la loi Hortensia (307-467), le principal objet de la lutte entre les plébéiens et les patriciens fut de décider comment le peuple serait groupé pour donner son suffrage.

Les sénateurs *pédaires* (*pedarii*) donnent l'avantage à l'intérêt plébéien; les *patres* le donnent à l'intérêt patricien.

Quel est le nombre de ceux-ci? — Quel est le nombre de ceux-là? Ce point est décisif, à moins

(1) D. 48-18, l. 10.

que Auguste ne préside le Sénat. Dans ce cas, le Sénat est unanime (1).

Qu'il soit de Marc-Aurèle ou de Caracalla, tout rescrit est loi.

Ceux qui ont le pouvoir souverain voient le droit dans les lois qu'ils font et défont; seuls les faibles et les vaincus invoquent le droit que les hommes n'ont pas fait.

La philosophie prend parti dans ce différend (2).

Veri juris germanæque justitiæ solidam et expressam effigiem nullam tenemus; umbra et imaginibus utimur (3).

Nihil amplius nostri est; quod nostrum dicimus, artis est; ex senatus consultis plebisque scitis crimina exercentur; ut olim vitiis, sic nunc legibus laboramus (4).

Montaigne et Pascal imitent Sénèque et Cicéron :

« La justice de la loi naturelle est autrement et » plus noblement réglée que cette autre justice » spéciale, nationale, contrainte au besoin de nos » polices (5). »

« Rien n'est si fautif que ces lois qui redressent

---

(1) Voir ci-après des comices et du sénat

(2) D. 1-1, l. 1, § 1. — Æquum ab iniquo separare, hoc est veram philosophiam affectare.

(3) Cicéron, *De offciis*, l. III, c. XVII.

(4) Sénèque, epist. 95.

(5) Montaigne, l. III, c. I.

» les fautes ; qui leur obéit parce qu'elles sont » justes, obéit à la justice qu'il imagine, mais non pas » à l'essence de la loi (1). »

Conclusion. — Le droit naturel a sa racine dans notre cœur; il est individuel, indépendant de l'ordre extérieur, supérieur à toute démonstration contraire; ni le droit civil, ni le droit des gens ne sauraient l'absorber ou le réduire au silence.

DÉFINITIONS DE MOTS.

Définition des mots : *Jus*, — *Justitia*, — *Justum* (quod est), — *Jurisprudentia*.

Jus. — Ce mot a des significations diverses. Il désigne :

1° L'ensemble des lois d'un peuple (*jura populi romani*) (2);

2° Les décisions de droit (*prætor jus dicit, etiam si inique decernit*) (3);

3° Le lieu où le préteur *jus dicit* (*ubicumque prætor, salvo more majorum, jus constituit, — is locus recte jus appellatur*) (4).

---

(1) Pascal, I-VI ; § 9.
(2) D. 1-1 , l. 11.
(3) Id.
(4) Id.

Jus opposé à *obligatio* signifie pouvoir, prérogative, droit.

Jus associé à des qualificatifs dénomme tel ou tel genre de droits : *jus naturale*, *jus gentium*, *jus civile*, *jus honorarium*.

J. I. pr. — *Justitia est constans ac perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi.*

« A la fois idée et sentiment, loi de l'esprit et » puissance de l'âme, immanente à notre nature, » aussi facile à reconnaître que l'amour, la sympathie » et toutes les affections du cœur (1), *la justice est* » *subjective* (2). »

Notre texte lie la justice à la volonté. En effet, la justice est plus qu'une faculté affective et instructive; de sa nature elle nous pousse à l'action.

La volonté ferme, persévérante, d'attribuer à chacun le sien partout, toujours, quand même, est l'idéal de la vertu.

Justum. — *Quod justum est* désigne l'objectif de

---

(1) Proudhon, *De la paix et de la guerre*, c. VI.

(2) Domat, *Traité des lois*, c. XI. « Tous les hommes ont » dans l'esprit les impressions de l'autorité et de la vérité » de ces lois naturelles : — qu'il ne faut faire tort à personne » — qu'il faut rendre à chacun ce qui lui appartient ; — qu'il » faut être sincère dans ses engagements, fidèle à exécuter » ses engagements — et autres règles semblables de la justice » et de l'équité. Car la connaissance de ces règles est inséparable de la raison, ou plutôt la raison n'est elle-même que » la vue de l'usage de toutes ces règles. »

la justice. Voir, vouloir, faire ce qui est juste, voilà la justice parfaite, subjective et objective.

Dans un sens spécial, *justum* est le qualificatif des actes juridiques (*justum testamentum*); — de la volonté conforme et exprimée conformément aux lois (*justa voluntas*); — de l'homme lui-même (*justum ac tenacem propositi virum*).

Toutes ces définitions de mots ne sont que des substitutions de mots, sans qu'aucun d'eux soit plus clair que celui dont il prend la place.

Il n'en saurait être autrement, car, « en poussant » les recherches de plus en plus, on arrive néces- » sairement à des mots primitifs qu'on ne peut plus » définir et à des propositions si claires qu'on n'en » trouve pas qui le soient davantage pour leur servir » de preuve (1). »

ÉTYMOLOGIES.

Jus a justitia appellatum (2).

On dit aussi : *jus* vient de *jussum*, parce qu'au droit l'idée de commandement est attachée.

Ces étymologies sont vaines: on pourrait, avec non moins de raison, prétendre que *jussum* ou *justitia* sont des mots dérivés de *jus*.

---

(1) Pascal, I. art. 2.
(2) D. 1-1, l. 1.

Ce qui est vrai, c'est que ces mots ont une même source; qu'ils sont liés l'un à l'autre; qu'ils ne peuvent être expliqués que l'un par l'autre; que par conséquent il n'y a entre eux ni priorité ni postériorité d'origine.

J. § 3. — *Jurisprudentia est rerum divinarum et humanarum scientia.*

Cette formule est historique. Les anciens pontifes l'avaient créée pour dénommer leur science professionnelle. Ils étaient en effet dépositaires du secret des rites religieux et des rites juridiques, et l'un d'eux était désigné chaque année pour y présider (1).

Jurisprudentia est aussi le nom de la science du droit mise en pratique.

C'est dans ce même sens qu'on emploie chez nous le mot jurisprudence. Il désigne, soit l'ensemble des décisions judiciaires, soit la concordance des décisions sur un même point de droit.

« *L'essence de la justice est la coutume présente* (2). »

L'autorité de la jurisprudence vient de cette maxime prise à la lettre : nous tenons pour vrai, non ce qui est le mieux motivé, mais ce qui est le plus fréquemment et surtout le plus nouvellement jugé.

Justinien avait décidé que les réponses de Papi-

---

(1) D. 1-2, l. 2, § 6.
(2) Pascal, I-VI, § 9.

nien l'emporteraient sur les sentences de Paul, que les règles d'Ulpien auraient moins d'autorité que les *Avis quotidiens* de Gaius; autrefois le nom d'un auteur, aujourd'hui la date d'un arrêt décide d'un procès.

DEUXIÈME PARTIE.

DE ORIGINE JURIS ET OMNIUM MAGISTRATUUM. DE OFFICIO CUJUSQUE MAGISTRATUS.

(D. I, titres II et X à XIX.)

DE RE ROMANA.

« Les particuliers dans chaque société commencent à sentir leurs forces; ils cherchent à tourner » en leur faveur les principaux avantages de cette » société; ce qui fait entre eux un état de guerre.

» Cet état de guerre fait établir les lois parmi les » hommes (1). »

Dans l'Etat romain, les lois, — d'où viennent-elles? qui les fait? comment sont-elles faites? qui les

---

(1) *Esprit des lois*, l. I, c. III.

applique? comment sont-elles appliquées et sanctionnées? En un mot, quelles sont les magistratures?

Ces questions s'imposent ici, quoiqu'il ne s'agisse que du droit du privé. Il faut y répondre d'abord : Les magistratures, en effet, sont comme les organes du corps social; or, les organes doivent être décrits avant qu'il ne soit passé à l'étude de leurs fonctions.

DIVISION.

Gibbon a divisé l'exposé des institutions romaines en quatre parties correspondant aux périodes de l'histoire (1) :

1re période. — Jusqu'à la loi des XII Tables, an de Rome 300.

2e période. — Jusqu'à Cicéron, an 636.

3e période. — Jusqu'à Alexandre Sévère, an 1000.

4e période. — Jusqu'à Justinien, an de J.-C. 530.

Il convient de s'en tenir à cette division accoutumée.

Première période.

LE PEUPLE, LE ROI, LES PRÊTRES.

In populo potestas, imperium regi; — au peuple la souveraineté, — au roi le commandement. —

---

(1) Gibbon, *Histoire de la décadence et de la chute*... C. XLIV.

L'on dirait aujourd'hui : le peuple règne, le roi gouverne.

Le sacerdoce aussi a sa part de puissance publique (*In sacris, in sacerdotibus jus publicum consistit*) (1).

POTESTAS IN POPULO.

Le peuple est divisé en *curies*. La curie remonte à la fondation de Rome (2).

Elle est constituée par l'affinité des familles (*genere*). Tout citoyen doit faire partie d'une curie, ou du moins il est honteux de ne faire partie d'aucune (3).

La curie est l'unité politique et religieuse; elle a son chef (*curio*), son prêtre (*flamen*), ses divinités (*lares*), ses fêtes (*fornacales*) (4).

Le recrutement militaire, le recouvrement des taxes, sont opérés par curie.

Chaque curie compte pour une voix dans les assemblées du peuple; dans chaque curie le vote est compté par tête (*viritim*).

L'assemblée des curies se tient dans l'intérieur de

---

(1) D. 1-1, l. 1, § 2.

(2) D. 1-2, l. 2, § 2. — Ipsum Romulum traditur in triginta partes populum divisisse, quas partes curias appellavit.

(3) Stultaque pars populi quæ sit sua curia nescit,
Sed facit extrema sacra relata die.

(4) Cette fête était appelée *fornacalis stultorum*.

la ville, au pied du capitole, au lieu dit *comitium ;* d'où le nom de *comices*. Les résolutions prises dans les comices par curies sont dites *leges curiatæ*.

Dans ces temps primitifs, la coutume fait loi; aucune innovation ne peut être apportée à la coutume établie, si le peuple convoqué dans les comices par curies n'y donne son consentement. Donc le peuple a la souveraineté législative.

IMPERIUM REGI.

Le pouvoir royal est électif, viager ; le peuple, lorsqu'il ne nomme pas directement le roi ou les fonctionnaires royaux, leur confère ou leur refuse l'*imperium* par une loi, dite *lex curiata de imperio magistratus*, loi votée par les *curies* du peuple (1).

L'*imperium* du roi n'est ni défini, ni circonscrit. Dans les choses de la guerre, les volontés du roi sont absolument maîtresses; dans les affaires intérieures et dans l'administration de la justice, la coutume y apporte les tempéraments ci-après :

1° L'appel au peuple (*provocatio*) est admis contre

---

(1) Cicéron écrit : *Majores de singulis magistratibus* BIS *vos sententiam ferre voluerint*. Le premier vote constitue l'élection, le second confirme l'*imperium*. — On enseigne que le premier de ces votes n'avait pas toujours lieu.

toute condamnation capitale. — Le peuple a le droit de grâce.

2° Pour le conseil des affaires intérieures, le roi doit (la coutume le veut ainsi) assembler ses fidèles et amis choisis parmi les chefs des *gentes*.

Gens est un groupe de familles unies par le nom et la mémoire d'un aïeul commun. Chaque *gens* a son chef, et ce chef est un vieillard (*senex*). C'est pourquoi cette assemblée s'appelle *sénat*.

Quant au droit de poser des règles générales engageant l'avenir, le roi ne l'a point.

JUS IN SACRIS ET IN SACERDOTIBUS.

Il n'y eut d'abord que deux colléges sacerdotaux : celui des augures et des auspices et celui des pontifes.

AUGURES ET AUSPICES.

« Que les augures, dit Cicéron, fassent d'abord connaître l'auspice à ceux qui traitent des affaires de la guerre et de la paix et qu'on s'y conforme (1). »

Les augures et les auspices sont en effet des experts attitrés sachant, au vol des oiseaux, à l'appétit des

(1) Cicéron, *De legibus*, II, 8.

poulets sacrés, aux entrailles des victimes, découvrir si les dieux sont favorables ou contraires.

L'art augural est si sûr que la déclaration des augures ou des auspices permet, empêche ou rompt la tenue des comices : *Augures rempublicam religionis auctoritate rexerunt* (1).

PONTIFES.

Il y avait sur le Tibre un pont volant construit sur pilotis (*pons Sublicius*). Monter ou démonter ce pont est chose de grande importance, alors que Rome est ville ouverte.

Ce pont est *res divini juris*, et les pontonniers (*pontifices*) y célèbrent des cérémonies sacrées (2). La corporation des *pontifices* est à la fois sacerdotale et savante.

C'est au collége des pontifes qu'il incombe d'établir le calendrier romain, de veiller à ce que les comices ne soient tenus qu'aux jours *comitiaux* et que l'ob-

---

(1) Cicéron, *De divin.*, I, 40.

(2) *Les argées.* — « L'acte principal des fêtes des argées » consiste à offrir au dieu Tibre (*Tiberinus pater*) trente man- » nequins d'osier qu'on jette dans ses eaux.

» L'art sacerdotal sait ruser avec les dieux : il sacrifie des » mannequins d'osier, il offre des têtes d'ail ou de pavot, » qui tiennent lieu de victimes. » (Mommsen.)

servance des jours *néfastes* soit religieusement gardée (1).

Or, à l'origine, l'année romaine calculée sur la révolution lunaire est de dix mois. Pour mettre les mêmes mois en rapport avec les mêmes saisons, les pontifes ajoutent, quand il leur plaît, tel nombre de jours complémentaires qu'ils jugent nécessaire; ils placent et déplacent ainsi à leur gré les jours *comitiaux* et *néfastes*. La connaissance de ces jours (comitiaux ou néfastes) est donc pareille à celle d'une correspondance chiffrée dont eux seuls ont la clé (2).

---

(1) 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.

Dare, donner un juge, un tuteur, la possession de biens.

Dicere, *jus dicere*, soit en promulguant des édits généraux, soit en décidant les questions de droit des procès.

Addicere, déclarer quelqu'un propriétaire.

(2) *Extrait du calendrier, au temps d'Auguste.*

FÉVRIER.

H — 4e avant les kalendes... comitial.
A — 3e — ... endotercisus (jour coupé).
B — 2e — ... néfaste gai.
C — Pridie kalendarum .... comitial.

MARS.

D — Kalendes..... néfaste gai.
E — 6e avant les nones..... faste.
F — 5e — ..... comitial.
G — 4e — ..... comitial.
H — 3e — ..... comitial.
A — Veille des nones..... néfaste gai.
B — Nones..... fêtes à Véjovis.
C — 8e avant les ides..... faste.
D — 7e — ..... néfaste.

Ce n'est pas tout, et voici le plus grave. La procédure est un composé de rites et de paroles solennelles dont les pontifes ont le secret.

« Qu'il s'agisse de mariage ou de procès, de testa-
» ment ou d'adrogation, il est nécessaire de s'assurer
» qu'on n'éprouvera aucun obstacle du côté de la loi
» religieuse.

» Surveillants tout-puissants du culte et des choses
» qui s'y rattachent, rattachant tout au culte, les
» pontifes définissent eux-mêmes leur science pro-
» fessionnelle, *rerum divinarum et humanarum*
» *scientia* (1). »

Annus, anneau, année, révolution solaire.

Mensis, révolution lunaire. — Plus tard, le mois fut composé d'un nombre arbitraire de jours.

Kalendes (*calare*, annoncer), premier jour du mois, celui où l'on annonce quand les nones viendront.

Nones, neuvième jour avant les ides.

Ides (*iduo*, vieux mot, synonyme de divideo), jour séparatif.

Tous les autres jours du mois sont comptés eu égard aux kalendes, aux nones, ou aux ides, — non pas jours après, mais jours avant.

Néfaste gai, jour de repos et de fête.

Endotercisus, jour faste le matin, néfaste le soir.

La série des lettres A à H continuée sans interruption marque les neuvaines (*nundines*), jour de marché. A est compté comme fin d'une série et recompté comme commencement de l'autre.

(1) Mommsen, *Histoire romaine*, t. I.

RÉFORMES DE SERVIUS. — CENTURIES. — COMICES PAR CENTURIES.

Le premier établissement romain sur le mont Palatin (*Roma quadrata*) est devenu par accroissement continu la ville aux sept collines (*Roma septimontium*).

En face de Rome, une autre cité sœur, indépendante, est construite sur le mont Quirinal.

Le roi Servius réunit les deux villes dans une même enceinte, et leur fusion en une seule cité se fait. Les nouveaux citoyens sont distribués dans les groupes existants; ils sont distingués de nom : *priores cives*, *posteriores cives*, — *majores gentes*, *minores gentes*. Quant aux trois tribus primitives (*Ramnenses*, *Tatienses*, *Luceres*), elles sont constituées en double; il est de même des fonctions publiques, notamment des sacerdoces.

Dans la ville accrue et circonscrite, on voit affluer les hôtes, les clients, les immigrants des contrées lointaines, dont la condition est pareille à celle des esclaves libres de fait. Cette foule déshéritée de droits est dispensée de l'impôt et du service des armes. Les nécessités de la guerre et du trésor public vont la faire changer d'état.

Servius institue le *cens* ou dénombrement des citoyens; quiconque est inscrit sur les listes du cens devient citoyen.

Les listes du *cens* font cinq classes de citoyens. Dans la première classe sont inscrits ceux qui possèdent l'unité domaniale (*hæredium*) (1).

Dans les deuxième, troisième, quatrième classes sont inscrits ceux qui possèdent les trois-quarts, la moitié, le quart, le huitième de l'*hæredium*. — Sont en dehors des cinq classes ceux qui ne possèdent rien, *capite censi*.

Le cens et la division des classes ayant pour base la richesse, un registre de l'impôt foncier est ouvert; les aliénations doivent y être inscrites (2).

Les classes du cens composent les centuries, troupe d'infanterie.

Chaque centurie est divisée en deux parts : l'une comprend les hommes de seize à quarante-cinq ans (*juniores*); l'autre, les hommes au delà de quarante-cinq ans (*seniores*), employés au service militaire intérieur.

La première classe contient quatre-vingts centuries : quarante de *seniores*, quarante de *juniores ;* — les deuxième, troisième, quatrième classes en contiennent chacune vingt, moitié de *seniores*, moitié de *juniores ;* — la cinquième en contient vingt-huit, divisées comme les précédentes.

---

(1) *Hæredium*, deux *jugeres*. On croit savoir que cette mesure représente cinq hectares.

(2) La mancipation, en présence de cinq témoins représentant les cinq classes, dérive des règlements de *Servius*.

Les prolétaires (*capite censi*), si nombreux qu'ils soient, ne forment qu'une centurie.

Les cavaliers composent six centuries hors classes (*sex suffragia*); on leur adjoignit plus tard douze centuries.

En ajoutant quelques centuries d'ouvriers, de trompettes et de ceux qu'on appelle *accensi*, *velati*, on arrive à un total de cent quatre-vingt-treize centuries, composant quatre légions.

L'institution militaire des centuries, bien qu'elle laisse subsister l'antique division du peuple par curies, conduit à une innovation politique, grave autant que durable.

Pour la confection des lois, le peuple est convoqué par centuries, et l'unité de vote appartient à chaque centurie.

Cette disposition donne le droit de suffrage à tous les nouveaux citoyens, mais en même temps elle rend inutile en fait le suffrage de tout le bas peuple. Les dix-huit centuries de chevaliers et les quatre-vingts centuries de la première classe, la moins nombreuse et la plus riche, font la majorité. Dans toutes les classes, les centuries de *seniores*, malgré leur infériorité numérique, comptent pour autant que les centuries de *juniores*.

« On voit, dit Montesquieu (1), que cette disposition

---

(1) *Esprit des lois*, l. II, c. VIII.

» par centuries excluait tout le bas peuple du droit
» de suffrage, non pas de droit, mais de fait. »

Les comices par centuries deviennent les plus importants (*maximi comitatus*). Les comices par curies ne sont plus convoqués que pour les choses d'intérêt privé, les testaments, les adrogations et pour les lois *de imperio magistratus*.

Les choses en viennent à ce point que dans les comices par curies, trente licteurs représentent les trente curies : le peuple romain tout entier.

RÉPUBLIQUE (an de R. 245).

Sous les rois, il n'y a que deux pouvoirs : le peuple, le roi.

Après la chute des rois, il y a trois pouvoirs : le peuple, les consuls, le sénat.

In populo potestas, — consulibus imperium, — in senatu auctoritas.

I.

POPULUS, — PATRICIENS ET PLÉBÉIENS.

G. 1-3. — *Plebs a populo distat quod sine patriciis cæteri cives significabantur.*

Patriciens (*patres*); plèbe (*plebs*); peuple tout entier sans distinction de caste (*populus*).

A quelle époque remonte la division du peuple en deux castes?

Est-ce à la réforme de Servius qui fit entrer dans la cité une foule de nouveaux citoyens; est-ce à une époque plus ancienne? — Il est difficile de le dire.

Quoiqu'il en soit, c'est à l'avénement de la république que la distinction entre les citoyens de différentes conditions devient profonde.

« Rome après l'expulsion des rois devait être une » démocratie. Le peuple avait déjà la puissance » législative : c'était son suffrage unanime qui avait » chassé les rois; s'il ne persistait pas dans cette » volonté, les Tarquins pouvaient à tous les instants » revenir. Prétendre qu'il eut voulu les chasser pour » tomber dans la dépendance de quelques familles, » cela n'était pas raisonnable. La situation des cho- » ses demandait que Rome fût une démocratie, et » cependant elle ne l'était pas, il fallut tempérer le » pouvoir des principaux et que les lois inclinassent » vers la démocratie (1). »

Aussi, quinze ans écoulés, la lutte des castes éclate pour ne finir que sous la tyrannie de Sylla.

---

(1) *Esprit des lois*, l. XI, c. XIII.

CONSULIBUS IMPERIUM.

Deux consuls, collègues en toutes choses, ayant un égal pouvoir, l'autorité suprême, bornée par l'autorité suprême, les ordres de l'un tenus en échec par les prohibitions de l'autre, tel est l'effet des fonctions parallèles des consuls (1).

Ce parallélisme des fonctions appartient en propre aux romains : ils auront des censeurs, des tribuns ; chaque censeur, chaque tribun a le droit de neutraliser l'action de son collègue.

Ce système vaut-il mieux, vaut-il moins que la loi de la hiérarchie ou la loi des majorités ?

Les consuls sont annuels, élus par le peuple dans les comices; mais les augures ont la haute main sur la tenue des comices, et les praticiens, seuls, sont éligibles au consulat.

Comme le roi, les consuls ont l'*imperium*, mais un *imperium* démembré.

Le droit de commander l'armée leur appartient.— C'est la seule partie de l'héritage royal qui soit intacte.

Le roi était juge du droit et du fait, tant au civil qu'au criminel.

---

(1) Mommsen, t. II, p. 8.

Au civil, il lui était loisible de déléguer ou de retenir la vérification du fait; le consul n'est juge que du droit. — Le fait est nécessairement déféré à un *judex* qui absout ou condamne suivant les termes de la formule posée par le magistrat. — Des institutions de Rome, celle-ci sera la plus féconde, car elle est le principe du droit prétorien.

Le consul n'est point comme le roi chef du sacerdoce : *Pontifex maximus*. Les corporations sacerdotales ont profité de la chute de la royauté pour se rendre indépendantes, et se recruter elles-mêmes : l'obligation de prendre conseil des augures et de s'y soumettre devient de plus en plus absolue.

DICTATEUR.

Il fut admis que dans les circonstances extraordinaires, les consuls se démettant de leurs fonctions pourraient transférer à un magistrat unique *(dictator)* un pouvoir plus grand que celui qu'ils ont.

L'*imperium* du dictateur égale celui du roi, mais il ne dure que six mois.

La dictature imaginée pour assurer les prérogatives patriciennes tournera contre elle. Le premier qui fit brèche au patriciat fut un dictateur praticien : *Valerius Publicola*, celui qui mit le comble à la puissance plébéienne fut un dictateur patricien : *Hortensius*.

SÉNAT.

COMPOSITION DU SÉNAT.

Le sénat primitif est composé des chefs des *gentes*. De même que l'on distingue les *gentes* en *majores* ou *minores* (anciennes ou récentes), les *patres* sont ou *patres majorum gentium* ou *patres minorum gentium*.

Sous la République, la liste des sénateurs est révisée tous les *lustres* à l'époque du cens.

Le pouvoir de révision passe des consuls aux censeurs.

Les censeurs portent sur la première partie de la liste sénatoriale les anciens sénateurs patriciens (*patres*), sur la deuxième partie de la liste un certain nombre de plébéiens, qu'ils choisissent à leur gré pour remplir les places vacantes (1), *adlecti*, *conscripti*. D'où cette locution *patres*, — *conscripti*.

Après les lois liciniennes (387) et le plébiscite *ovinien* (postérieur à 450), les plébéiens ayant occupé les charges curules (consulat, préture, édilète) et même la questure, entrent de droit au sénat.

Le droit accordé aux censeurs de dresser les listes

(1) On voit qu'à certaine époque les *patres* sont au nombre de cent trente-six et les *conscripti* cent soixante-quatre.

sénatoriales, contient le droit d'exclusion. Tout sénateur omis sur les nouvelles listes est exclu : alors est fondé le tribunal des mœurs (1).

Dans le sénat, les *conscripti* ne sont point égaux aux *patres*. La participation à l'*auctoritas* (2) ne leur est point accordée. Ils ne prennent part qu'à celles des délibérations où le sénat ne donne qu'un simple avis.

Les *conscripti* n'ont ni le droit de discuter, ni d'être interrogés, ni de formuler un vote. Pour faire nombre dans le vote, ils doivent quitter leur siége et se ranger de tel ou tel côté : *Pedibus in sententiam eunt pedarii senatores.*

Pedarii; on appelle de ce nom les *conscripti.*

Ceux des plébéiens qui de droit entrent au sénat pour avoir exercé des charges curules, ne sont pas de condition inférieure aux *patres*. Le plébiscite *ovinien* leur a donné le plein droit de discussion et de droit (3).

AUCTORITAS IN SENATU.

Auctoritas, du verbe *augere*, désigne la fonction du tuteur agissant avec son pupille pour accroître et

---

(1) Voir *infra* censeurs.
(2) Voir ci-après.
(3) Tite-Live, 27-8. — Datum est id cum toga prætextata et sella curuli.

compléter la personnalité du pupille incapable de faire seul ses affaires.

Auctoritas, dans l'ordre politique, s'applique soit aux projets qui seront portés par un magistrat patricien devant le peuple dans les comices, soit aux résolutions prises par le peuple dans les comices.

Quelle est la portée de l'*auctoritas* sénatoriale patricienne ?

Le sénat pouvait-il ou la donner ou la refuser suivant son bon plaisir ?

« On cite cinq exemples de résistance ou de refus : » en 305, à l'occasion des lois *Valeriæ Horatiæ ;* en » 388, lors de l'élection du premier consul plébéien ; » en 397, à propos d'une loi votée au camp; en 450, » alors que le magistrat avait rayé un plébéien porté » sur la liste des candidatures; et enfin, en 545, lors » de l'élection du premier curion plébéien.

» Dans tous ces cas, la question en litige touchait » au droit public; aussi est-il vrai de dire que si la » faculté d'autorisation avait pour corrollaire la » faculté du refus, il n'était permis au sénat d'en » faire usage qu'au seul cas d'inconstitutionna- » lité (1). »

L'*auctoritas senatus* est donc à l'origine une ratification de ce qui a été voté; mais la loi Publilia (en 415) et la loi Mœnia dans la deuxième moitié

(1) Mommsen, t. II, p. 363.

du ve siècle font que l'*auctoritas* ne peut être que préalable (1).

L'*auctoritas senatus* devient alors pareille au droit des augures, *maximum jus augurorum, quoniam auctoritati conjunctum* (2).

Les plébiscites ont de tout temps été exempts de l'*auctoritas;* an 467, la loi Hortensia qui donne aux plébiscites la même force qu'aux lois, porte le dernier coup à l'*auctoritas senatus.*

GOUVERNEMENT PAR LE SÉNAT.

« Le peuple disputait au sénat toutes les branches » de la puissance législative, parce qu'il était jaloux » de sa liberté; il ne lui disputait point les branches » de la puissance exécutrice, parce qu'il était jaloux » de sa gloire.

» La part que le sénat prenait à la puissance » exécutrice était si grande, que Polybe dit que les » étrangers pensaient tous que Rome était une » aristocratie.

» Le sénat disposait des deniers publics et donnait » les revenus à ferme; il était l'arbitre des affaires

---

(1) In incertum comitiorum eventum patres auctores fiunt. (Tite-Live, 1-17.)

(2) Cicéron, *De republica.*

» des alliés; il décidait de la guerre et de la paix, et » dirigeait à cet égard les consuls; il fixait le nombre » des troupes alliées et des troupes romaines, distri- » buait les provinces et les armées aux consuls ou aux » préteurs; il décernait les triomphes, il recevait les » ambassades et en envoyait; il nommait les rois » (*au dehors*), les récompensait, les punissait, les » jugeait, leur donnait ou leur faisait perdre le titre » d'alliés du peuple romain (1). »

Les textes ne donnent aucun nom particulier au pouvoir du gouvernement exercé par le sénat : *Imperium*, *potestas*, *auctoritas*, ne sauraient lui convenir.

La raison de ce fait mérite d'être notée : c'est en respectant en apparence les institutions anciennes que le sénat avait su attirer à soi la force des pouvoirs constitués.

PLÈBE. — TRIBUNS. — COMICES PAR TRIBUS.

Quinze ans après la révolution politique vient la révolution sociale.

La plèbe n'est à l'origine qu'une grande et libre corporation (*sodalitium*) ayant son autonomie propre

---

(1) *Esprit des lois*, l. XI, c. XVIII.

et usant des droits reconnus à toute corporation (1).

An 259, la plèbe se retire sur le Mont-Sacré. Le dictateur *Valerius Publicola* négocie et accomplit la réconciliation sur les bases suivantes :

1° Institution de deux tribuns et de deux édiles de la plèbe;

2° De deux *quæstores parricidii* (2) et de deux *quæstores pecuniæ publicæ* plébéiens ;

3° Appel devant le peuple (*provocatio ad populum*) de toute condamnation emportant perte de la vie ou de la liberté ou du droit de cité ;

4° Adoucissement du sort des débiteurs.

TRIBUNI PLEBIS.

La fonction tribunicienne s'appelle *intercessio*, ou droit de *veto*.

L'*intercessio* fait échec à l'*imperium consulaire*.

Le tribun ne saurait être empêché par le consul : sa personne est inviolable.

L'*intercessio* interrompt les comices, en empêche la convocation (3), suspend la juridiction des magis-

---

(1) D. 47-22, l. 4. — Potestatem fecit *lex* sodalibus pactionem quam veluit sibi ferre, dum ne quid ex lege publica corrumpant.

(2) D. 1-2, l. 2, § 23. — Questeurs chargés d'instruire les affaires emportant perte de la vie ou de la liberté ou du droit de cité.

(3) Ainsi le font d'ailleurs les augures patriciens.

trats, fait obstacle à l'exécution de leurs sentences.

Ce pouvoir tout négatif et de défense ne tarde pas à devenir pouvoir actif (an 262). Le plébiscite *Icilien* donne aux tribuns le droit de convoquer les comices et d'y porter telle motion qu'ils voudront.

Chacun des deux tribuns, comme chacun des deux consuls, a un pouvoir complet. Seul il peut tout faire, mais son collègue a le droit d'empêcher tout ce qui n'est pas accompli.

Le tribuns sont nommés par la plèbe d'abord dans les comices par curies; à partir de l'an 283 par les comices par tribus, en vertu du plébiscite *Publilien*.

COMICES PAR TRIBUS.

Au temps de Servius, le territoire est divisé en quatre quartiers en vue du recrutement militaire.

(An 259) on divise le surplus du territoire en seize quartiers ruraux.

Autant de quartiers, autant de tribus, en tout vingt tribus. Le district du Mont-Sacré est réservé en souvenir de la sécession; il forme une 21e tribu (1).

---

(1) An 367 — 4 nouvelles tribus.
An 395 — 2 —
An 421 — 2 — composées de ceux à qui on avait accordé nouvellement le droit de bourgeoisie.
An 435 — 2 nouvelles tribus.
An 452 — 2 —
An 512 — 2 —
Total 35. — Ce nombre ne fut jamais dépassé.

Les tribus ne se composent que des possesseurs du sol; la clientèle des patriciens en est donc exclue. De cette résolution prise sur la motion du tribun *Publilius*, date toutes les conquêtes de la plèbe contre le patriciat.

Chaque citoyen a dans sa tribu un suffrage égal. Chaque tribu forme une unité de suffrage.

Le suffrage fut exprimé publiquement, à haute voix, jusqu'en 615. A cette date, la loi *Gabinia*, en 623, la loi *Papiria*, instituent le vote secret :

L'une pour les élections aux magistratures, l'autre pour le vote des motions législatives.

Chaque votant reçoit deux tablettes : une pour le vote affirmatif, porte ces lettres *V. R. uti rogas*. — Sur la seconde, pour le vote négatif, un A est inscrit (*antiquo*, je réprouve).

RÉSUMÉ.

A Rome, il y a trois sortes de comices :
Ex generibus hominum, curiata comitia ;
Ex censu et ætate, centuriata ;
Ex regionibus et locis, tributa.

« Dans les comices par centuries, les principaux,
» les gens riches, le sénat, ce qui était à peu près la
» même chose, avaient presque toute l'autorité ;

» Dans les comices par curies, ils en avaient » moins ;

» Dans les comices par tribus, encore moins (1). »

« Dans le feu des disputes entre les patriciens et » les plébéiens, ceux-ci demandèrent et obtinrent » que les jugements ne fussent plus l'effet d'une » volonté capricieuse ou arbitraire, le sénat y » acquiesça (2).

» Des lois écrites étaient une nécessité pour tous. » Les patriciens y voyaient la suppression du tribu- » nat comme désormais inutile ; les plébéiens, outre » la fixité et la publicité, voulaient l'égalité légale.— » *Summis, infimisque æqualia jura.* »

Dix patriciens sont nommés *decemviri consulari imperio legibus scribundis ;* on leur donne et la dictature et la mission de rédiger les lois. — Toutes les magistratures, le tribunat lui-même, sont suspendus (3).

Les décemvirs apportent leur projet devant le peuple ; il est voté et l'on ordonne que la loi sera

---

(1) *Esprit des lois*, l. XI, c. XIV.
(2) Id., c. XV.
(3) D. 1-2, l. 2, § 4.

gravée sur dix tables d'airain. Des additions étant nécessaires, les décemvirs réélus (an 304) publient deux tables complémentaires.

Ces douze tables sont fixées aux *rostra* dans le *forum*. On dit qu'au IIIe siècle de l'ère chrétienne ces tables étaient encore exposées au même endroit.

Les décemvirs se continuent dans leur toute-puissance; on sait comment cela finit : « Le spectacle de » la mort de Virginie immolée par son père, à la » pudeur et à la liberté, fit évanouir la tyrannie des » décemvirs (1). »

LOI DES XII TABLES.

La loi des XII Tables, premier et unique code de Rome, issue d'une transaction entre les deux partis, n'apporte pas dans le droit préexistant des modifications bien profondes.

Sa grande importance consiste dans sa fixité, sa

---

(1) *Esprit des lois.* — « Le peuple romain, plus qu'un » autre, s'émouvait par des spectacles : celui du corps sanglant de Lucrèce fit finir la royauté ; le débiteur qui parut » sur la place publique couvert de plaies fit changer la forme » de la république; la vue de Virginie fit chasser les décemvirs ; la robe sanglante de César remit Rome dans la » servitude. »

publicité et l'égalité de droit qu'elle établit entre les citoyens, sans distinction de caste.

« Même après la publication des XII Tables, la » symbolique et les formules furent soigneusement » dérobées aux plébéiens. Pour que cette partie du » droit cessât d'être une science occulte, il fallut » l'indiscrétion de *Flavius*.

» Enfin, vers la fin du Ve siècle, un plébéien *T. Co-* » *runcanius* arrive au pontificat : les voiles qui » cachent aux profanes les mystères de la jurispru- » dence sont déchirés complétement et pour tou- » jours (1). »

Les innovations du droit prétorien ne manquent point de se référer à la loi des XII Tables, soit qu'elles la confirment, soit qu'elles l'abrogent. C'est ainsi que les parties principales de cette loi nous sont connues.

En outre, certain nombre de fragments textuels sont venus jusqu'à nous par les jurisconsultes et les historiens, de sorte que l'on a pu entreprendre de reconstituer cette loi.

Mais ce qui reste douteux, c'est la division des tables; seulement on sait par Cicéron que la première table traite de la procédure de *in jus vocando*, et la dixième *du droit sacré et des funérailles*.

---

(1) Bonjean, t. I, § 41. — D. 1-2, l. 2.

Deuxième période.

PLÉBISCITE.

Les décemvirs étant tombés, la loi *Valeria Horatia* rétablit le tribunat.

(An 307) Un plébiscite crée la questure militaire plébéienne : ce fut le premier plébiscite accepté comme loi.

(An 309) Un plébiscite proposé par le tribun *Canuleius* abroge la disposition de la loi des XII Tables qui prohibait le *connubium* entre patriciens et plébéiens. Ce plébiscite est accepté comme loi.

(An 415) Le dictateur *Publilius Philo* porte une loi obligeant le sénat à donner d'avance l'*auctoritas* aux projets de loi soumis aux comices par centuries.

Cette même loi dit que dans tous les cas le plébiscite est obligatoire pour tout le peuple.

(An 467) Après la retraite de la plèbe sur le mont Janicule, le dictateur *Hortensius* porte une loi qui, pour la troisième fois, décide que les plébiscites seront obligatoires pour tout le peuple.

A partir de la loi *Hortensia*, le plébiscite fut, sans conteste, une des sources du droit, même du droit privé.

DÉMEMBREMENT DES MAGISTRATURES.

Au commencement, l'*imperium* consulaire est, comme l'*imperium* royal, un pouvoir complexe et complet : militaire, financier, judiciaire, régissant même les mœurs.

« On décomposa le consulat et on en forma plu-
» sieurs magistratures ;

» On créa des *préteurs* à qui on donna la puis-
» sance de juger les affaires privées ;

» On nomma des *questeurs* pour faire juger les
» crimes publics ;

» On établit des *édiles* à qui on donna la police ;

» On fit des *trésoriers* qui eurent l'administration
» des deniers publics ;

» Enfin, par la création des *censeurs*, on ôta aux
» consuls cette partie de la puissance législative qui
» règle les mœurs des citoyens et la police momen-
» tanée des corps de l'Etat.

» Les principales prérogatives qui leur restèrent
» furent de présider aux grands états du peuple
» (*comitiis centuriatis*), d'assembler le sénat et de
» commander les armées (1). »

---

(1) *Esprit des lois*, l. XI, c. XIV.

CENSEURS.

(An 310) La censure est détachée du consulat ; le censeur est élu par les centuries ; les patriciens seuls sont éligibles.

Cicéron fait l'énumération des pouvoirs des censeurs (1) :

1° Que le recensement par eux fait constate les aïeux, la race, la famille et la richesse ;

2° Qu'ils surveillent les temples, les routes, les eaux, le trésor public et répartissent les impôts ;

3° Qu'ils distribuent le peuple dans les tribus, les classes et les centuries ;

4° Qu'ils fassent le relevé de la cavalerie et de l'infanterie ;

5° Qu'ils signalent les célibataires et proscrivent le célibat ;

6° Qu'ils régissent les mœurs publiques ;

7° Qu'ils excluent du sénat les gens improbes ;

8° Qu'ils soient deux — que leur magistrature dure cinq ans et que leur pouvoir soit égal.

Toutefois, en 374, la durée des pouvoirs des censeurs est réduite à dix-huit mois. Il y a une intermittence de quarante-deux mois entre chaque censure.

---

(1) Cicéron, *De legibus*, III, 3.

Le pouvoir des censeurs est absolu, sans appel, sans contrôle ; il a les conséquences les plus graves : — Les censeurs ôtent au sénateur sa dignité ; au fonctionnaire, sa fonction ; au citoyen, le droit de suffrage ; il fait les contribuables de l'impôt (*ærarios facit*). Il porte sur les tables des Cérites quiconque, à cause de ses mœurs, n'est par eux jugé bon qu'à payer l'impôt (1).

Voici les garanties :

1° Les censeurs, entrant en charge, jurent de régler leur conduite sur la justice ; sortant de charge, ils prêtent serment de n'avoir rien fait que de juste ;

2° Ce qu'un censeur a fait, son collègue peut le défaire ;

3° Durant ses fonctions, le censeur peut être appelé devant le peuple, par le tribun, pour rendre compte de sa conduite ;

4° Sorti de charge, le censeur peut être accusé par tout citoyen.

« On connaît les prodiges de la censure chez les » Romains. Il y eut un temps où elle devint pesante, » mais on la soutint parce qu'il y avait plus de luxe » que de corruption. Claudius l'affaiblit, et, par cet » affaiblissement, la corruption devint encore plus

---

(1) Cérites, habitants de Ceré. Ils avaient obtenu, à titre purement honoraire, le droit de cité, sans pouvoir en exercer les droits.

» grande que le luxe, et la censure s'abolit pour
» ainsi dire d'elle-même. Troublée, demandée, re-
» prise, quittée, elle fut entièrement interrompue
» jusqu'au temps où elle devint inutile, je veux dire
» les règnes d'Auguste et de Claude (1). »

LOIS LICINIENNES.

(An 387) L'aristocratie plébéienne s'allie avec la plèbe contre les patriciens : les lois *Liciniennes* sont votées.

Ces lois ordonnent que l'un des deux consuls sera plébéien ; — que les plébéiens entreront dans le collége sacerdotal des décemvirs *sacris faciundis* (2).

Elles disposent en outre que sur les pâturages communaux, nul ne pourra envoyer plus de cent bœufs ; — que sur tout domaine le nombre des esclaves ne pourra excéder celui des travailleurs libres ; — que les intérêts payés seront imputables sur le capital.

Après ce vote on bâtit un temple à la Concorde (3).

PRÉTEUR.

En cette année 387, où par les lois Liciniennes le consulat fut ouvert aux plébéiens, le sénat retranche

---

(1) *Esprit des lois*, l. VIII, c. XIV.
(2) Decemviri sacris faciundis, collége sacerdotal d'ordre inférieur.
(3) Mommsen, t. II, l. 2, c. III.

du pouvoir consulaire *la juridiction* et la confère à une magistrature nouvelle : *la préture*.

Le préteur est nommé dans les comices par centuries ; comme les consuls il est annuel ; en l'absence de consuls, il exerce *l'imperium* consulaire.

Les patriciens seuls sont éligibles à la préture ; cette restriction dure jusqu'à 417. A cette date, le plébéien, *Publilius Philo*, promoteur du plébiscite de 415, est élu préteur.

(An 507) On crée un second préteur pour rendre la justice aux étrangers (*prætor peregrinus*). — L'autre préteur est dit *urbanus*.

RÉGIME JUDICIAIRE DES ROMAINS.

1° Point de hiérarchie judiciaire ; au civil l'appel est inconnu.

2° La fonction judiciaire est divisée en deux actes : jugement du droit, jugement du fait.

« Grâce à cette division, il a été donné à Rome de » concilier dans la mesure des forces humaines ces » deux conditions nécessaires et pourtant opposées de » toute bonne jurisprudence : la fixité et la souplesse » qui sait s'accommoder à l'exigence des temps(1). »

---

(1) Mommsen, t. II, p. 261. — « La forme de la procédure » ne fut pas sans influence sur le perfectionnement de la

3° Le préteur, juge *unique* du droit, *édicte*, avant d'entrer en fonctions, la solution qu'il donnera à telles et telles questions de droit.

Son édit et ses fonctions finissent ensemble.

Le préteur a l'*imperium mixtum*, il lui appartient de faire exécuter ses décisions (1).

4° Le juge du fait (*judex unus*) est choisi sur une liste annuelle dressée à l'avance par le préteur.

Le pouvoir du *judex* consiste : soit dans la vérification du fait seulement — soit dans la vérification et l'appréciation du fait, les conséquences étant préfixées par le préteur — soit dans la vérification et l'appréciation *discrétionnaire* du fait (2).

Garanties : — 1° choix du *judex* par les deux parties d'accord ; — 2° *judex* responsable de ses mauvais jugements (*litem suam facit*).

ÉDILES.

L'édilité plébéienne est créée en même temps que le tribunat.

Les deux édiles plébéiens sont les auxiliaires des

» jurisprudence. La plaidoirie sur le droit étant distincte de » la plaidoirie sur le fait, il n'y avait pas moyen de dissimuler » l'ignorance du droit par des développements oratoires sur » le fait. » (Bonjean, t. I, § 54.)

(1) D. 1-21, l. 1, § 1 ; l. 5, § 1. — D. 29-1, l. 2 et 3.

(2) Voir ci-après.

tribuns; ils portent les accusations, ils ont la surveillance du trésor de la plèbe (1).

Quand la préture patricienne est créée, l'édilité *curule* patricienne est créée.

Les édiles patriciens ont une juridiction analogue à celle des préteurs, mais de moindre importance.

Comme les préteurs ils font des édits (2).

Ils connaissent des ventes et achats, principalement des ventes sur les marchés publics.

La police municipale leur appartient.

Quand les plébéiens arrivent à la préture, ils arrivent à l'édilité curule; les deux classes d'édiles, distinctes jusque-là, sont confondues.

ORDO JUDICUM.

Judex : celui qui absout ou qui condamne.

On distingue 1° *judex unus*, 2° *arbiter*, 3° *recuperatores*, 4° *centumviri*.

1. JUDEX UNUS.

Judex unus est choisi sur une liste annuellement dressée par le préteur.

---

(1) D. 1-2, l. 2, §§ 32 et 45.

(2) D. 21-1, l. 1. Labeo scribit : Edictum edilitium de venditionibus rerum esse tam earum quæ soli sint, quam eorum quæ mobiles aut se moventes. — Suit la teneur de l'édit.

Montesquieu résume ainsi l'histoire de l'*ordo judicum* (1) :

« On prenait à Rome les juges dans l'ordre des » sénateurs; les Gracques transportèrent cette pré- » rogative aux chevaliers; Sylla aux sénateurs seuls; » Cotta aux chevaliers et aux trésoriers de l'épargne; » César exclut ces derniers; Antoine fit des décuries » de sénateurs et de chevaliers (2). »

La liste des *judices*, dressée chaque année, est affichée dans le forum : *judices selecti, in albo relati.*

La liste est de trois cents noms; sous Auguste elle est de mille.

Pour chaque affaire, le *judex* est choisi par les parties; il peut être choisi même en dehors de la liste officielle (3). — A défaut d'entente, le *judex* est désigné par le préteur, par la voie du sort (*judicem addicit*).

Le *judex* est tenu d'accepter ou de faire agréer ses excuses, *quippe judicare munus publicum est* (4).

---

(1) *Esprit des lois*, l. VIII, c. XIII.

(2) Les chevaliers étaient les traitants de la république; ils semaient les malheurs dans les malheurs et faisaient naître les besoins publics des besoins publics. Bien loin de donner à de tels gens la puissance de juger, il aurait fallu qu'ils eussent été sans cesse sous les yeux des juges. (*Esprit des lois*, l. XI, c. XVIII.)

(3) D. 42-1, l. 57. — Il suffit que le *judex* choisi par les parties ait plus de dix-huit ans.

(4) D. v-1, l. 79.

2. ARBITER.

Arbiter. Ce mot a deux applications. Il désigne :

1° Le *judex*, quand la formule prétorienne lui donne un pouvoir d'appréciation discrétionnaire;

2° L'*arbitre privé*, celui qui, selon notre droit, juge sur compromis et sans instance judiciaire.

A Rome, les sentences arbitrales sont dépourvues de toute force exécutoire, à moins qu'au compromis ne soit jointe la stipulation d'une peine, au cas d'inexécution de la sentence (1).

3. RECUPERATORES.

Certaines affaires sont renvoyées par le préteur devant le conseil des récuperateurs (*ad judicem recuperatoresve itur*) (2). Il en est ainsi au cas de l'action *jujuriarum*, des *interdits*, des *restitutions* (3) et généralement quand il s'agit d'affaires requérant célérité (4).

---

(1) D. 4-8, l. 38. — Quum pœna ex compromisso petitur, is qui committit damnandus est.

(2) G. IV-105.

(3) *Restitutions*, de là vient le nom de *recuperatores*,

(4) G. IV-185. — Recuperatoribus suppositis ut qui non steterit *protinus* condamnetur. (46-141-183-187.)

Comme le *judex unus*, le conseil des récupérateurs juge sur la formule délivrée par le préteur.

Le conseil des récupérateurs connaît en outre des affranchissements.

A Rome, le conseil des récupérateurs est composé de cinq sénateurs et de cinq chevaliers.

Dans les provinces, ce conseil est composé de vingt citoyens romains (*peregrini recuperatores*) (1).

4. CENTUMVIRI.

Centumviri. — Le tribunal des centumvirs est élu par les tribus; chaque tribu nomme trois centumvirs, en tout cent cinq.

Plébéiens et patriciens sont éligibles. L'élection est annuelle.

Le tribunal des centumvirs siége dans le forum : *signo quodam dominii in centumviralis judiciis hasta præponitur* (2).

Les centumvirs sont divisés en quatre sections : *duobus consiliis victi sumus, totidem vicemus* (3); ce qui donne à croire que chaque section délibère séparément et que la majorité des sections fait la décision (4).

---

(1) G. 1-20-IV-105.
(2) G. IV-46.
(3) Pline, *Epist.*, VI-33.
(4) D. 5-2, l. 10.

Le tribunal centumviral connaît :

1° Des questions de propriété et de servitude (1);

2° Des questions d'état et de famille (2);

3° Des questions de testaments rompus ou inofficieux (3).

Cette énumération exclut les actions *in personam*.

En outre, comme le tribunal des centumvirs n'est point saisi par les formules prétoriennes (4), les actions prétoriennes ne peuvent lui être déférées.

La compétence des centumvirs n'est point exclusive des autres juridictions. En effet (du moins au temps de la procédure formulaire), un procès ne peut être porté devant eux que si les deux parties consentent à employer l'antique *actio sacramenti*.

PETITS DOMAINES.

La terre romaine est à l'origine divisée en petites circonscriptions assignées à chaque communauté familiale.

---

(1) Usucapionum, alluvionum, parietum, luminorum, stillicidiorum, mancipiorum, nexorumve.

(2) Tutelarum, gentilitatum, agnationum ; — quare civis aut peregrinus aut servus aut liber sit.

(3) Cicéron, *De orat.*, 1-38.

(4) G. IV-31 et 95.

La tradition dit : *Numa primos agros, quos bello Romulus cœperat, divisit viritim.* Chaque père de famille représente une tête pour le partage du territoire conquis. Chaque attribution est dite *assignatio.*

Le père aidé de la famille, fils, femme, esclaves s'il en possède quelques-uns, cultive son petit domaine : *prisca gens mortalium paterna rura bobus exercit suis, solutus omni fœnore.* C'est l'âge d'or.

PATURAGES.

La cité vient à ne plus partager entre les soldats tout le territoire conquis. Elle en réserve une part pour son domaine privé, et de cette part elle fait des domaines à pâturages (*saltus hiberni æstivive*).

Ces domaines sans culture profitent à ceux qui sont assez riches pour y entretenir de nombreux troupeaux sous la garde des esclaves.

GRANDS DOMAINES.

Deux causes concourent à l'établissement des grands domaines : l'une de droit privé, l'autre de droit public.

1° « La permission indéfinie de tester accordée » chez les Romains ruina peu à peu la disposition

» politique sur le partage des terres; elle introduisit
» plus que tout autre chose la funeste différence
» entre les richesses et la pauvreté; plusieurs par-
» tages furent assemblés sur une même tête; des
» citoyens eurent trop; une infinité d'autres n'eurent
» rien. Aussi le peuple continuellement privé de son
» partage demanda-t-il sans cesse une nouvelle dis-
» tribution des terres. Il la demanda dans un temps
» où la frugalité, la parcimonie, la pauvreté faisaient
» le caractère distinctif des Romains, comme dans
» les temps où le luxe fut porté à l'excès (1). »

2° Au système des *assignations* de terre, la république patricienne ajoute celui des *occupations*.

L'*assignation* est une concession définitive, l'*occupation* est précaire, à tout instant révocable; elle constitue un privilége dont les patriciens disposent.

Les concessions à titre d'*occupations* emportent obligation de payer à l'Etat une redevance préfixée; les questeurs laissent tomber en désuétude le paiement de la redevance.

Les lois *Liciniennes* ont limité à cinq cents *jugères* l'étendue des plus grandes *occupations*. Ces lois ne sont point respectées.

Enfin les *occupations* viennent à ne point laisser de territoire pour les *assignations*. La dernière des assignations est faite en l'an 577.

---

(1) *Esprit des lois*, l. XXVII.

Les *occupations* de vastes domaines, le développement du travail servile, l'usure, l'avilissement du prix du blé, à cause des importations d'outre-mer, achèvent de ruiner les petits propriétaires.

Les petits domaines, réunis dans les mains d'un seul, deviennent domaines à esclaves. L'Italie est peuplée de prolétaires ruraux et d'esclaves (1).

LOIS AGRAIRES — LES GRACQUES — SYLLA.

Il ne faut pas s'y tromper : les lois agraires ne touchent que le domaine de l'Etat et non le domaine privé des citoyens, elles ne sont pas liées au seul nom des Gracques. La division des terres est un des éléments originaires de la constitution de Rome.

« Servius Tullius trouvant les lois de Romulus et

---

(1) Mommsen, t. IV, p. 12. — « On ne voyait plus sur les » champs que des bandes d'esclaves, marqués souvent au » fer rouge (les ceps aux jambes), travaillant à la glèbe du- » rant le jour, sous la surveillance du régisseur, et la nuit le » plus souvent enfermés tous ensemble dans un cachot sou- » terrain (ergastulum). »

Ce tableau est complété par la loi 12, D. 30-7. — Un fonds est légué avec ses accessoires (*cum instrumento*) : *instrumentum quid est ? — Et monitor et villicus* (premier et deuxième régisseur), *et bubulcus* (le bouvier), *et saltuarius* (le pâtre), *et pistor et tonsor et molitores*, *et focaria et villica et lanifica et cæteri qui familiæ rusticæ causâ parati sunt :* tous sont esclaves.

» de Numa sur le partage des terres abolies, il les » rétablit et en fit de nouvelles pour donner aux » anciennes un nouveau poids (1). »

(An 268) Un patricien illustre, *Spurius Cassius*, fait devant l'assemblée du peuple une motion tendant à mettre fin *aux occupations*. Il propose de donner une partie du domaine public en location au profit du trésor et de partager l'autre aux citoyens et aux alliés latins.

Spurius Cassius est mis à mort.

(An 370) Marcus Manlius, le sauveur du Capitole, reprend l'œuvre de *Spurius Cassius*.

Manlius est mis à mort.

(An 387) Les lois Liciniennes posent des règles pour limiter le droit de pâturage sur les biens de la cité, pour protéger le travail libre contre l'envahissement du travail servile. Les lois Liciniennes sont inutiles.

TIBERIUS GRACCHUS.

(621) Tiberius Sempronius Gracchus pose de nouveau la question agraire, mortelle à ceux qui avant lui y avaient touché.

---

(1) *Esprit des lois*, c. XXVII.

Nommé tribun du peuple, il propose et fait voter :

1° Que l'Etat opère le retrait de toutes les *occupations*, sous la réserve suivante : il sera laissé à chaque occupant 500 jugères et à chacun de ses fils 250 jugères — à titre perpétuel et garanti.— C'était comme on le voit ne demander que l'exécution partielle des lois Liciniennes ;

2° Les terres qui rentreront ainsi dans le domaine de l'Etat seront divisées en lots de 30 jugères, tirées au sort, abandonnées à titre de bail perpétuel héréditaire moyennant redevance au trésor ;

3° Une commission permanente est nommée pour l'exécution.

Ce plébiscite est en partie exécuté ; il porte le nom de son auteur : *Lex Sempronia.*

L'année suivante, Tiberius accusé d'aspirer à la royauté est assommé dans un tumulte.

CAIUS GRACCHUS.

(An 631) L'entreprise de Caius Gracchus vise plus d'un objet : Caius fait porter des plébiscites décidant que les centuries voteront dans l'ordre déterminé par le sort ;

Que *l'ordo judicum* sera tiré de l'ordre équestre, à l'exclusion des sénateurs ;

Que le territoire des cités soumises appartient à l'Etat; que les *occupations* sans droit doivent cesser(1).

(An 632) Caius, réélu tribun, soulève cette question : les cités latines et les cités alliées ont obtenu de vastes *occupations*.

Ces occupations confirmées par les traités subiront-elles la loi du retrait?

Oui. — Si l'on donne aux Latins le droit de cité romaine.

Non. — Si on le leur refuse.

Cette alternative posée par le tribun est la justice même ; mais à cause de cela elle a contre elle et l'orgueil qui ne saurait souffrir l'admission des alliés dans la cité romaine, et la cupidité qui veut le partage quand même.

Le patriciat fait alliance avec la plèbe ; la motion est rejetée. Caius, poursuivi par des meurtriers, se réfugie dans le temple de Minerve : on l'y trouve percé de son épée.

SYLLA.

(An 672) Sylla reprend la poursuite de l'œuvre agraire de Caius Gracchus, mais au profit des soldats.

A toutes les villes Italiques, il confère le droit de

---

(1) Rome doit à Caius Gracchus la fondation des premières colonies transmaritimes.

cité romaine. — En échange, il reprend les domaines de l'Etat qui leur ont été concédés.

Ces domaines sont partagés en plus de cent mille assignations au profit des soldats : l'Italie est ainsi couverte de colonies militaires.

Cette partie de l'œuvre de Sylla fut durable : « Il » rendit les soldats romains avides pour jamais ; car » dès ce moment, il n'y eut plus un homme de guerre » qui n'attendît une occasion qui pût mettre les biens » de ses concitoyens entre ses mains (1). »

LATIUM.

Au sud du Tibre, les Latins sont groupés par tribus rurales (*tribus rusticæ*); ces tribus ont leur chef-lieu, *pagus* (d'où le mot *paganus*, paysan).

Les *pagi*, autour d'une enceinte (*urbs*) ou d'une forteresse (*oppidum*), forment l'unité politique, régie par un chef (*rex*), avec l'assistance des anciens et des citoyens armés.

Rome fait partie de la confédération latine (peut-être n'est-elle qu'une cité d'origine latine); elle y tient la suprématie, mais chaque cité fédérale est souveraine sur son territoire.

(An 370) Les cités latines se soulèvent contre

---

(1) G. et D., *Des Romains*, c. XI.

Rome, Rome l'emporte. Plusieurs villes latines (*Tusculum* la première) sont incorporées dans l'Etat Romain. Entre Rome et les autres villes (au nombre de trente), la confédération est rétablie, confédération non ouverte comme auparavant; alors les frontières politiques du Latium sont fixées.

Tout établissement latin plus jeune restera en dehors de la confédération; les citoyens des trente villes confédérées latines, conserveront leur titre (*prisci Latini*) et les prérogatives y attachées (*majus jus Latii*).

ITALIE.

Après la retraite de Pyrrhus (476), le nom d'Italie (*Italia togatorum*) est attaché à tout le territoire qui s'étend au sud de l'embouchure de l'Arno et de l'Œsis (*Livourne, Ancône*); Sylla reportera ces frontières jusqu'au Rubicon.

Rome devient alors plus qu'une ville capitale; elle est et la tête de l'Etat et l'Etat lui-même, car *l'imperium* de ses magistrats particuliers s'exerce sur le sol italique et extra italique de la République.

CITÉS ITALIQUES ET CITÉS EXTRA ITALIQUES.

On distingue cinq classes de cités :

1. Civitates *optimo jure ;*

2. Civitates *sine suffragio* ;
3. Civitates *latini nominis* ;
4. Civitates *sociæ* ;
5. Civitates *dediticiæ*.

1. CIVITATES OPTIMO JURE.

Les civitates *optimo jure* sont de deux origines : 1° les unes (comme Tibur et Préneste), cités du vieux *Latium*, gardent cette quasi-égalité de droits dont elles ont joui dès les premiers temps de la confédération latine. Leurs habitants ont l'*incolat* à Rome, avec droit de suffrage dans les tribus.

D'autres cités plus récentes, fondées par l'envoi de citoyens romains, ont droit aux mêmes avantages.

Telles sont les colonies maritimes et toutes les colonies mêmes non maritimes, fondées après 571.

Aquilée, fondée en l'année susdite, est la dernière qui n'ait reçu que le *jus latinatis*.

2. CIVITATES SINE SUFFRAGIO.

Cerè, cité à citoyens romains, révoltée et vaincue, perd l'incolat et le droit de suffrage à Rome — le traitement qui lui est infligé devient une règle ; et l'on voit toute une classe de cités constituées selon le

droit des Cérites; droit de cité purement honoraire et sans effet (1).

Au cours des guerres puniques, cette classe de cités disparaît; les unes comme Capoue perdent complétement le droit de cité; les autres acquèrent le droit de cité parfaite.

Mais, comme conséquence de l'institution des villes sans suffrage, il resta une classe d'individus citoyens privés de suffrage, *cives jure Ceritorum*.

3. CIVITATES LATINI NOMINIS.

Les cités qui fournissent un contingent militaire latin (*nomen latinum*) sont, les unes d'antique fondation; les autres, des colonies créées par Rome, soit dans le Latium (avant 571) ou hors du Latium.

Entre les nouvelles cités *latini nominis*, il n'y a pas égalité de droits.

La colonie d'*Ariminium* n'obtint lors de sa fondation que le *minimum jus latinatis*.

Les cités *minimi juris latini* sont dites *civitates jure Ariminii*; de même que les cités romaines *sine suffragio*, sont dites *civitates jure Ceritorum*.

---

(1) Aulugelle, l. 16, § 13 : Primos autem municipes sine suffragii jure Cæritos esse factos accepimus : concessum est quidem illis ut Romanæ honorum quidem caperent, sed negotiis tamen atque oneribus vacarent.

4. CIVITATES SOCIÆ.

Les cités alliées jouissent du droit qui leur est accordé par les traités. Naples a des droits très-étendus, Tarente des droits très-restreints (1).

5. CITÉS DÉDITICES.

Les villes de la *Campanie* et du *Bruttium* qui ont pris parti pour Annibal, sont traitées comme cités vaincues (*deditiiæ*).

Les tribus gauloises tolérées en deça du Pô sont assimilées à ces déditices.

Cité *déditice* est l'opposé de cité *alliée*. Avec la cité déditice il n'y a aucun pacte, car elle s'est rendue sans condition; tout ce qui lui est accordé est précaire. La cité déditice est en dehors du droit.

EXTENSION DU DROIT DE CITÉ.

(An 663) Vient un jour où toutes ces cités déshéritées entreprennent d'obtenir l'*optimum jus* romain; de là la guerre sociale.

---

(1) *Civitates fundanæ vel populi fundi.* — On donne ce titre aux cités ou aux peuples qui, pour leur usage intérieur, ont adopté le droit civil romain. Pour cela, leurs rapports avec les Romains ne laissent pas d'être régis *jure gentium*.

(An 664) La loi *Lucia Julia* accorde le droit de cité romaine à toutes les cités non insurgées.

En cette même année, la loi *Plautia* permet à toute cité latine d'acquérir *jus civitatis romanæ*, à la condition de déclarer qu'elle adopte le droit *quiritaire*. Cette loi a pour but de préparer la soumission des cités révoltées.

En même temps, on accorde à la Gaule Cisalpine le *jus latinitatis*.

Au moment où va commencer la guerre contre Mithridate (667), toutes les cités italiques obtiennent le *jus civitatis romanæ*.

Il n'y a plus de cités déditices (1). Cette qualité de déditices n'est plus attachée qu'aux individus, à ceux-là seulement qui, frappés de condamnations pénales, sont mis au nombre des déditices (2).

RÉSUMÉ.

Quand le droit de cité fut étendu de Ceré, au nord, jusqu'à Cumes, au sud; quand des citoyens romains furent établis dans tout le Latium, la

---

(1) *Granius Licinianus :* anno 667, Deditiis omnibus civitas data est qui pollicetur millia militum.

(2) Les textes ne disent jamais d'un affranchi qu'il est *dedititius*. — Il est *numero deditiorum*.

Sabine, la Campanie, — que devint le gouvernement *direct* par le peuple?

« La ville déchirée ne forma plus un tout ensemble, » et, comme on n'était citoyen que par une sorte » de fiction, qu'on n'avait plus les mêmes magis- » trats, les mêmes dieux, les mêmes temples; on ne » vit plus Rome des mêmes yeux, on n'eut plus le » même amour pour la patrie, et les mêmes senti- » ments romains ne furent plus (1). »

JUS ITALICUM.

Le droit de latinité est à la fois territorial et personnel. La cité latine communique à tous ses citoyens la qualité qui lui est propre; elle en fait une classe à part parmi les sujets de l'état romain.

Le *jus italicum*, au contraire, est purement territorial. Les *Italici* n'obtiennent aucune prérogative personnelle quant au droit privé.

Le territoire ayant le *jus italicum* est capable du *dominium ex jure quiritium* et d'être acquis suivant les modes *ex jure civili quiritium* (2).

---

(1) G. et D., *Des Romains*, c. IX.

(2) D. 50, t. 13. — On voit y la liste des cités ayant obtenu le *jus italicum*.

DROIT CRIMINEL. — CAIUS GRACCHUS. — SYLLA.

Pendant longtemps à Rome, ni les crimes, ni les peines, ni la procédure criminelle ne furent définis.

Le magistrat ayant l'*imperium* exerce discrétionnairement la juridiction pénale. Toutefois, au cas de condamnation capitale, l'appel (*provocatio*) est porté devant le peuple.

Publicum judicium. Cette expression a un sens général et un sens spécial.

Toute poursuite est *publicum judicium;* en ce sens que *cuivis ex populo datur.*

Mais, dans un sens spécial, *publicum judicium* désigne la poursuite des crimes déférée à une juridiction permanente et contre lesquels une pénalité spéciale est édictée (1).

Le droit criminel ne commence d'exister que par l'institution des *publica judicia,* dans le sens particulier de cette expression.

La définition des crimes, des peines et de la procédure, ne fut point une œuvre d'ensemble. Elle se fit par telle ou telle loi portée contre tel ou tel crime.

Les crimes qui ne sont point définis par les lois

---

(1) D. 48-1, l. 1. — Non omnia judicia in quibus crimen vertitur publica sunt, — sed tantum ea quæ legibus judiciorum publicorum veniunt *ut Julia majestatis*, *Cornelia* de sicariis.

sont désignés par la qualification de *stellionat : ubicumque titulus criminis deficit, illic stellionatus objiciemus* (1).

La poursuite qui n'est pas organisée par les lois est dite *crimen extra ordinem.*

Les commissions permanentes pour connaître des crimes sont dites *quæstiones perpetuæ.*

Caius Gracchus institue une commission permanente pour connaître du meurtre et de l'empoisonnement (*quæstio capitalium*).

Sylla crée des *quæstiones* pour connaître des crimes d'incendie, de faux dans les testaments, etc. (2).

Les lois *Cornéliennes* sont au droit criminel ce que la loi des XII Tables est au droit civil : elles définissent le droit et le rendent public.

Montesquieu écrit : « Par ces lois, on s'approcha » peu à peu de la monarchie et l'on divisa les peines » en trois classes (3) : celles qui regardent les premières personnes de l'état et qui étaient assez » douces; — celles qu'on infligeait aux personnes » d'un rang inférieur et qui étaient plus sévères; — » celles qui ne concernaient que les conditions basses » et qui furent les plus rigoureuses (4).

---

(1) D. 47-XI et suivants.
(2) D. 48-I. — Lex Cornelia de falsis, de sicariis, de incendiariis.
(3) D. 48-8, l. 3.
(4) *Esprit des lois*, l. VI, c. XVI.

Troisième période.

EMPIRE.

AUGUSTE. — LES ANTONINS.

Sous l'Empire, le consulat, la préture, la questure, la plupart des autres magistratures de la République sont conservées : le changement est ailleurs.

Le peuple est représenté par le sénat (*vicem populi senatus obtinet*) ; le sénat est dans la main de l'empereur ; tout est suspendu à la volonté d'un homme.

Toutefois, la puissance impériale n'est pas considérée comme la propriété d'une famille, mais comme une magistrature conférée par le peuple. Auguste désigne son successeur, et le peuple ratifie par la loi *Curiate de imperio magistratus*.

Non-seulement l'empereur concentre en sa personne tout l'*imperium* (les magistrats n'étant que ses subordonnés), mais il exerce la puissance législative par des *édits*, et la *juridictio* par des *décrets* et des *rescripts*.

Les rescripts ne sont pas sans analogie avec les décisions du préteur *in jure*. Ils indiquent hypothé-

tiquement aux magistrats la décision à prendre si *tels* faits sont vérifiés (1).

Ils sont accordés ou sur la demande des parties, ou sur la demande des magistrats eux-mêmes qui désirent être éclairés.

Les décrets sont de véritables jugements prononçant sur le fait et sur le droit (*cognoscens decrevit*).

Ils sont rendus ou sur appel, ou *omisso medio* dans le cas d'une faveur particulière.

SACRUM AUDITORIUM.

Les empereurs se donnent un conseil pour l'exercice de leur juridiction, *auditorium*. Ce conseil est attaché à la personne de l'empereur (*sacrum*); il n'a aucune juridiction qui lui soit propre (2).

PRÆFECTUS PRÆTORII.

Auguste crée la magistrature des préfets du prétoire.

Cette magistrature, exclusivement militaire d'abord,

---

(1) D. 49-1. — D. 28-4, l. 3. — Ce texte met en scène l'empereur Antonin décidant et les avocats débattant une question de nullité de testament.

(2) D. 36-1, l. 22 pr.

acquiert la plus grande importance politique et judiciaire.

Le préfet du prétoire rend des édits généraux; ses arrêts sont souverains comme s'ils émanaient de l'empereur (1).

MAGISTRATS DE LA VILLE (DE ROME), PRÉTEUR, PRÉFET DE LA VILLE, CENSEURS, ETC.

PRÉTEURS.

Les édits des préteurs, améliorés à chaque préture, atteignent la perfection. Sous Adrien, l'œuvre est achevée; l'édit prétorien est fait perpétuel, monument le plus durable du génie romain (*ære perennius*).

Suivant la loi des choses de ce monde, les fonctions prétoriennes n'ont plus qu'à descendre; elles ne consisteront désormais qu'à délivrer des formules selon les règles préfixées. Le préteur devient le subordonné du *præfectus urbis* et surtout du préfet du prétoire.

---

(1) D. 1-11. — Les plus grands jurisconsultes, Papinien, Paul, Ulpien, ont été préfets du prétoire.

Ulpien fut en même temps qu'Alexandre Sévère massacré dans une sédition militaire; Papinien fut mis à mort par Caracalla.

PRÆFECTUS URBIS.

Les fonctions du préfet de la ville, restreintes d'abord, s'agrandissent aux dépens des autres magistratures.

La juridiction du préfet de la ville s'étend aux affaires criminelles, aux tutelles, à la possession, aux querelles des patrons et des affranchis, etc., etc. (1).

CONSULS.

Les consuls ont certaine juridiction volontaire : ils président à l'affranchissement des esclaves et aux nominations de tuteurs.

Auguste leur attribue, concurremment avec un préteur spécial, la connaissance des fidéi-commis (2).

CENSEURS, ÉDILES, TRIBUNS, QUESTEURS.

A partir du IIe siècle, il n'y a plus de censeurs ; à partir du IIIe siècle, plus d'édiles ; à partir du Ve siècle, plus de tribuns ; les questeurs du trésor public sont plusieurs fois supprimés et rétablis.

---

(1) D. 1-12.
(2) D. 1-10.

Ces fonctions avaient d'ailleurs perdu dès le commencement de l'Empire leur importance première.

Les tribuns, choisis parmi les sénateurs, n'ont conservé de leurs anciens pouvoirs que l'*intercessio* en faveur des particuliers contre les décisions du sénat.

PROVINCES — MAGISTRATURES DES PROVINCES (1).

Vincia, synonyme d'*imperium ; provincia*, division du commandement.

Eu égard à l'*imperium* consulaire, la *jurisdictio* du préteur est *provincia*.

Eu égard à la *jurisdictio* du préteur urbain, la *jurisdictio* du préteur pérégrin est *provincia* (2).

Par extension, *provincia* désigne la division du territoire auquel la division du pouvoir s'applique.

Plus spécialement, *provincia* est le nom du territoire extra italique.

Le territoire Romain s'étant accru de la Sicile, de la Sardaigne, de l'Espagne (divisée en deux gouvernements), on crée (an 527, 557) quatre préteurs

---

(1) Pour ne point diviser cet exposé, nous ne tenons pas compte ici de la distinction des périodes.

(2) De même, chez nous, *département* désigne une division du pouvoir administratif : département de la guerre, département de la justice.

avec l'*imperium* pour le gouvernement de ces provinces.

Il y eut donc alors deux consuls et six préteurs.

S'il arrivait que ce nombre de magistrats fut insuffisant, on prorogeait les pouvoirs du consul et du préteur qui prennent alors le titre de proconsul ou de propréteur. — Cette exception devient règle sous Sylla.

Quoique le nombre des gouvernements fut accru de la Macédoine, de la Gaule Narbonnaise, de l'Afrique, de l'Asie et de la Cilicie, Sylla n'augmente point le nombre des charges, mais il étend à deux ans l'*imperium* de chacun des deux consuls et des six préteurs. — Les deux consuls et les deux préteurs de Rome ont, pendant la deuxième année de leurs charges, le gouvernement des provinces et prennent le titre ou de proconsuls ou de propréteurs.

Auguste partage le gouvernement des provinces entre lui et le sénat.

Les provinces sénatoriales (*provinciæ populi*) sont au nombre de quatorze, les plus voisines de la Méditerranée.

Les provinces impériales (*provinciæ Cæsaris*) forment les frontières de l'empire et renferment toutes les forces militaires de l'Etat.

L'empereur est *lui-même* le proconsul des provinces qu'il s'est réservé, il y envoie un lieutenant (*legatus Cæsaris*). Le proconsulat des provinces

sénatoriales appartient à ceux qui ont exercé à Rome le consulat ou la préture.

Le titre de *præses provinciæ* est commun aux gouverneurs des provinces, du sénat ou de l'empereur.

— Le titre de proconsul n'est point donné au gouverneur des provinces de César, puisque César se l'est réservé (1).

Le partage des provinces ne tarde pas à devenir nominal et le même régime à être appliqué à toutes les provinces.

Le gouverneur des provinces a le pouvoir absolu, il réunit en sa personne toutes les magistratures (2). Il connaît en premier ressort de toutes les affaires civiles et criminelles; en appel, des décisions rendues par ses lieutenants; dans l'un et l'autre cas, l'appel devant l'empereur est de droit.

Il n'a d'autorité que dans le territoire de son gouvernement et de juridiction que sur les habitants de la province (3).

---

(1) D. 1-18, l. 1.

(2) *Esprit des lois*, l. XI, c. XIX.— Ceux qu'on envoie dans les provinces ont une puissance qui réunit toutes les magistratures romaines; que dis-je, celle même du sénat et celle du peuple.

(3) D. 1-18, l. 3, 4, 6, 9, 10, 11.

MUNICIPIA — MUNICIPES (1).

Municipia, ce mot s'applique aux cités ;
Municipes, ce mot s'applique aux personnes.

MUNICIPIA.

Tant que dure la confédération latine, il n'existe point de *municipia :* chaque cité étant souveraine chez soi malgré le protectorat romain.

L'assujettissement du Latium ne laisse aux cités latines que leur autonomie intérieure : il en fait des *municipia.*

Après la guerre sociale, le nombre des *municipia* s'accroît de toutes les cités d'Italie : toutes perdent leur souveraineté extérieure.

L'autonomie est octroyée (2) et mesurée (3) à ces cités du Latium et de l'Italie : dans la mesure accordée elles se meuvent librement (4).

---

(1) Pour ne point diviser cet exposé, nous ne tenons pas compte ici de la distinction des périodes.

(2) *Legibus suis utunto.*

(3) An 709. *Lex Julia municipalis.* — Les tables d'Héraclée, découvertes en 1732, et les tables de Malaga, découvertes en 1851, donnent des fragments de lois municipales au temps de la domination romaine.

(4) En France, il y eût, mais il n'y a plus de *municipia.* Nos lois disent ce qui ne peut être fait contre la volonté de la commune, mais la commune ne peut rien faire sans l'agrément de l'agent de l'Etat.

Le *municipium* est l'image de la cité romaine : il a son peuple, son sénat (*ordo decurionum*), ses magistrats.

Le peuple élit ses magistrats municipaux.

Comme à Rome, la dualité des magistrats existe dans le *municipium : Duumviri* de jure dicundo — *Duumviri* ædilitiæ potestatis — *Duumviri* potestatis censoriæ — *Duo* quæstores — *Un* collége de pontifes, *un* collége d'augures.

Sous l'empire, les charges municipales deviennent si onéreuses qu'on y est attaché malgré soi. *Municipem aut nativitas facit, aut manumissio, aut adoptio* (1).

Ce fut alors qu'on imagina comme prime d'encouragement de légitimer les enfants par *oblation à la curie.*

MUNICIPES.

Municipes. — Ce titre s'applique 1° à l'universalité des membres des cités ayant obtenu *jus civitatis romanæ*, sans toutefois être incorporée dans l'Etat romain;

2° Aux individus qui ayant l'incolat à Rome participent aux charges publiques de Rome (2).

---

(1) D. 50-4, l. 1, § 3.

(2) D. 50-1, l. 1, § 1. — Et propriè quidam *municipes* appellantur *muneris participes*, recepti in civitatem et munera cum nobis faciunt.

3° Au point de vue du *municipium* seulement, sont dits *municipes* les membres de l'*ordo decurionum* qui sont grevés des charges municipales.

Ces charges (*munera*) très-nombreuses atteignent la personne (*personale munus*) et le patrimoine (*patrimonium in quo sumptus postulatur* (1).

Les décurions sont responsables des impôts vis-à-vis de l'Etat, et, au besoin, leurs biens personnels doivent subvenir à l'insuffisance des revenus municipaux.

Sous l'empire, l'autorité des magistrats municipaux devient presque nulle.

Les *Duumvirs* perdent *l'imperium* (2).

La juridiction criminelle leur est retirée, leur juridiction civile est diminuée (3).

Il est permis de les citer en justice pendant la durée de leurs fonctions (4).

COLONI INQUILINI. — ADSCRIPTITII.

L'on voit, dans la quatrième période, se développer une institution déjà connue sous les Antonins : celle de serf de la glèbe.

---

(1) D. 50-4.— Ce titre contient la très-longue énumération des charges municipales.
(2) D. 50-1, l. 26.
(3) D. 26-5, l. 3. — Col. 1, mosaic. et R. XIII-3.
(4) D. 47-10, l. 32.

D. 30-1, l. 112. — Si quis inquilinos, sine prædiis, *quibus adhærent;* legaverint, inutile est legatum ex voluntate defuncti statuendum esse Divi Marcus et Commodus rescripserunt.

Les *coloni inquilini* se rapprochent de la classe des hommes libres ; ils sont assujettis non au tribut par tête, mais à une redevance attachée à la terre ; leur propriété est à eux, non à leurs maîtres (*liberi manent cum rebus suis*) (1) ; ils sont considérés comme esclaves de leur fonds (*licet videantur ingenui, servi tamen terræ ipsius cui nati sunt existimentur* (2).

D'autres colons, *censiti* ou *adscriptitii*, ne possèdent rien pour eux-mêmes ; leur pécule est à leurs maîtres, ils paient le tribut par tête (*adscriptitii quorum peculia dominis competunt*) (3).

Quatrième période.

DIOCLÉTIEN. — JUSTINIEN.

Dans cette période trois faits sont à noter :
1° L'abolition de l'*ordo judiciorum* par Dioclétien ;

---

(1) C., *De Agric. censitis*, 11-47. — De col. thras., 11-51,
(2) *Idem.*
(3) *Idem.*

2° L'abondance des rescrits impériaux ;
3° La loi des citations ;
4° La confection des compilations Justiniennes.

I.

NOUVEL ORDRE JUDICIAIRE.

(An de J.-C. 294) Dioclétien abolit *l'ordo judiciorium :* le même magistrat connaîtra du droit et du fait.

Les décrets impériaux (*cognitiones extraordinariæ*) avaient précédé ce changement.

Toutefois, cette suppression n'est pas absolue en ce sens qu'il est permis au magistrat de déférer, quand il le trouvera bon, la connaissance du fait aux *judices pedanei.* Les *judices pedanei* sont des magistrats inférieurs : *pedaneos judices, hoc est qui humiliora negotia disceptant, constituendi damus præsidibus potestatem* (1).

Etaient-ils revêtus d'un caractère permanent et spécial, ou bien n'étaient-ils que, comme les *judices selecti* de la République, des individus choisis temporairement ; n'étaient-ils autres que les magistrats municipaux ? Ces questions sont débattues ; il est difficile de les résoudre.

(1) Cod., l. 5, de ped. jud.

II.

RESCRITS.

« La jurisprudence, cette science si éminemment » romaine, ne pouvait survivre au dépérissement » général de toutes les connaissances.

» La multitude toujours croissante des rescrits » impériaux prit la place de la doctrine, et à l'autorité » du raisonnement substitua l'autorité du prince (1).

» Les empereurs romains permirent que les juges » ou les particuliers, dans leurs différends, les inter- » rogeassent par lettres, et leurs réponses étaient des » rescripts. On sent que c'est une mauvaise sorte de » législation. Trajan refusa souvent de donner de ces » sortes de rescripts, afin qu'on n'étendît pas à tous » les cas une décision et souvent une faveur particu- » lière. Macrin avait résolu d'abolir tous ces rescripts. » Il ne pouvait souffrir qu'on regardât comme des » lois les réponses de Commode, de Caracalla et de » tous ces autres princes pleins d'impéritie. Justinien » pensa autrement ; il en remplit sa compilation.

---

(1) Bonjean, t. I, § 91.

» Je voudrais que ceux qui lisent les lois romaines
» distinguassent bien ces sortes d'hypothèses d'avec
» les sénatus-consultes, les plébiscites, les constitu-
» tions générales des empereurs (1). »

III.

LOI DES CITATIONS.

« La science du droit était descendue à ce point
» de n'être que la connaissance des précédents.
» L'art des juristes consistait à accumuler les cita-
» tions et à résoudre les antinomies.

» D'autre part, dans l'espace de dix siècles, la
» diversité infinie des lois et des opinions sur les
» lois avait rempli plusieurs milliers de volumes que
» personne n'était assez riche pour acheter ni
» capable de parcourir (2). »

Dans ces circonstances, une loi dite loi des citations (426 de J.-C.) constitue un tribunal d'hommes morts. Cinq jurisconsultes, ayant vécu sous les Anto-

---

(1) *Esprit des lois*, l. XXIX, c. XVII.
(2) Gibbon, *Histoire de la décadence et de la chute de l'empire romain*, ch. XLIV.

nins, le composent; Papinien en est le président, Paul, Gaius, Ulpien, Modestus sont assesseurs; les jugements sont rendus à la majorité de leurs avis écrits depuis deux siècles; au cas où il n'y a point de majorité possible, l'opinion du président l'emporte.

Les décisions des cinq jurisconsultes obtiennent ainsi force de loi; il ne s'agit plus que de feuilleter leurs livres et d'en comparer les textes.

IV.

COMPILATIONS DE JUSTINIEN.

Justinien, cet empereur zélé pour la jurisprudence, a le mérite d'avoir fait exécuter des compilations qui nous sont parvenues, et le démérite d'avoir détruit les ouvrages originaux.

Ces compilations ont fixé le droit romain. Tout ce qui suit Justinien intéresse l'histoire du droit et non le droit lui-même.

L'exposé préliminaire et sommaire des institutions romaines devrait donc finir ici, s'il n'était nécessaire de faire connaître les sources des textes juridiques romains.

LES LIVRES.

Nous connaissons le Droit romain : 1° par les recueils de Justinien : Digeste, code, novelles et institutes (*instituta*);

2° Par les institutes de Gaius, les règles d'Ulpien, les sentences de Paul, les *fragmenta Vaticana* et par quelques autres textes de moindre importance.

DIGESTE.

Justinien entreprend de corriger le droit civil en le renfermant tout entier dans un volume unique. Ce volume tiendra lieu de tout; il permettra de mettre à néant tous les livres antérieurs.

Une commission est chargée de ce difficile travail ; trois années y sont employées; plus de dix mille fragments sont extraits des livres de trente-neuf jurisconsultes fameux ; ils constituent ce recueil où l'on ne doit trouver ni contradictions, ni répétitions.

Les textes du Digeste prennent force de loi le

30 décembre de l'an 530 de J.-C. Ce livre régnera seul; tous les ouvrages de droit existants sont frappés d'interdit et il est défendu d'en composer d'autres à l'avenir (1).

Le Digeste, quel qu'il soit, a eu les plus grandes destinées. Ses textes ont régi l'orient et l'occident en Europe pendant une série de siècles.

Le premier manuscrit connu du Digeste fut, en 1411, transporté de Pise à Florence, où il est encore (2). On croit qu'il a été écrit à Constantinople au VII^e^ siècle.

Le Digeste est divisé en 50 livres; chaque livre en titres dont le nombre est variable. Chaque livre contient un certain nombre de fragments, qui portent un numéro d'ordre; le nom de l'auteur y est joint.

Ces fragments sont devenus lois, et ils sont appelés *Lois*.

Les lois romaines de nous connues ont donc ceci de particulier qu'elles ne sont point des textes légis-

---

(1) Justinien dut violer sa propre défense : son œuvre contenait des antinomies. Pour les résoudre, il édicta cinquante constitutions, qui sont insérées dans son code. On les reconnait à ce signe qu'elles sont adressées à *Jean*, questeur du palais, Lamp. et Orest. cons.

(2) On raconte qu'à Florence ce manuscrit fut relié en pourpre, doré sur tranche et déposé dans une riche cassette. Il fut conservé dans l'ancien palais de la république. Pour le montrer aux curieux, les moines avaient la tête découverte et un cierge à la main.

latifs, mais des affirmations et des déductions doctrinales.

L'on croit que les livres du Digeste suivent l'ordre de l'édit du préteur. Avec quelque attention l'on découvre que la première partie de chaque titre, se réfère au droit civil, ce qui est indiqué par ces mots: *ad Sabinum* (Sabinus, traité du droit civil) ; la deuxième se réfère à l'édit prétorien (*ad edictum*) ; la dernière contient des décisions diverses, notamment *Papiani responsa*.

CODE.

Justinien fit un premier recueil des constitutions de ses prédécesseurs. Ce Code, entrepris en 528, publié en 529, ne nous est point parvenu.

En 534, Justinien ordonne la révision de ce premier Code, afin de le mettre d'accord avec le Digeste. Ce Code révisé est publié en la même année 534 ; il ne pose qu'un petit nombre de principes nouveaux. — La plupart de ses textes, sous le nom de décrets ou de rescrits, se bornent à indiquer comment il faut appliquer, en certains cas et à certaines personnes, le droit en vigueur. — L'étude du Code est sans utilité ; il suffit de connaître quelques innovations qui y sont contenues : elles sont relatés partout.

NOVELLES.

Depuis l'an 535 jusqu'en 565, Justinien, malgré sa prétention d'avoir fixé le droit civil par le Digeste, porte une multitude d'ordonnances changeant ce qu'il avait publié.

Il ne publia point ces innovations, — mais plus tard on les réunit sous le nom de *Novelles*.

Les *Novelles* ont eu de l'importance tant que le droit romain a été loi vivante.

« Elles sont si diffuses qu'il fallut les abréger, c'est » l'ouvrage d'Irnerius (1). » — Aujourd'hui il suffit de les avoir nommées ; il n'y a lieu d'en ouvrir le recueil.

JUSTINIANI INSTITUTIONES.

Tout autre est le livre des Institutes. Cet ouvrage élémentaire et sommaire, destiné à l'enseignement, atteint parfaitement son but. Aujourd'hui l'on sait à qui revient l'honneur de ses mérites.

Les Institutes de Justinien sont calquées et copiées sur les Institutes de *Gaius*, — si ce n'est en quelques

---

(1) *Esprit des lois*, l. XXIX, c. XVI.

parties où le droit ancien avait cessé d'être en vigueur. — Elles furent publiées en même temps que le Digeste, en 530.

Les cours de droit élémentaire sont faits suivant le texte des Institutes de Justinien, mais l'étude des Institutes de Gaius n'en est point séparée.

GAII INSTITUTIONES.

Les Institutes de Gaius ont été découvertes en 1816 par Niebuhr dans un palimpseste du Vatican.

Ce livre composé sous Marc-Aurèle montre le droit romain *vrai*, tel qu'il fut avant d'être déformé par les empereurs d'Orient.

Il est divisé en quatre livres dits *Commentaires :* — le premier traite des personnes ; le deuxième, du *Dominium* et autres droits réels ; le troisième, des créances ; le quatrième, des actions.

Les Commentaires de Gaius sont le livre d'Etude par excellence.

ULPIANI LIBER SINGULARIS REGULARUM.

De tous les jurisconsultes, Ulpien est celui qui a fourni le plus de textes au Digeste. Les extraits de ses ouvrages y sont, dit-on, au nombre de 2,462.

Le livre intitulé : *Règles d'Ulpien* a été conservé par un seul manuscrit qui se trouve à la bibliothèque du Vatican.

Sa publication remonte à l'an 1549. — En trente pages, d'une précision et d'une clarté incomparables, Ulpien donne la substance des deux premiers livres des Institutes ; le reste de l'ouvrage est perdu.

PAULI RECEPTÆ SENTENTIÆ.

Les cinq livres des sentences de Paul sont venus jusqu'à nous pour avoir été transcrits dans le recueil qu'on appelle Bréviaire d'Alaric, composé au commencement du VI^e^ siècle, pour les sujets romains du roi des Visigoths.

En 1795, pour la première fois, ces livres ont été publiés séparément.

Une constitution de Constantin avait donné une autorité toute particulière à ces livres de sentences, dont une partie traite du droit criminel.

Pour le style, les sentences approchent des règles d'Ulpien.

FRAGMENTA VATICANA.

Ces fragments d'un jurisconsulte inconnu paraissent avoir fait partie d'une collection de droit composée au temps des empereurs d'Orient.

Ils ont été découverts, en 1823, dans la bibliothèque du Vatican, par le cardinal Maï, et par lui publiés la même année. Ils traitent principalement de l'usufruit et des donations.

RÉSUMÉ.

Le droit romain doit être étudié dans les Commentaires de Gaius et dans les Règles d'Ulpien.

Les Institutes de Justinien ont une utilité complémentaire à cause des innovations qu'elles contiennent.

Certains textes du Digeste, en petit nombre, choisis parmi les plus clairs et les plus précis, doivent y être ajoutés si l'on souhaite que la première vue du droit romain donne une connaissance complète de l'ensemble.

Un grand jurisconsulte et un illustre historien ont écrit :

L'un (Bonjean, t. I, § 54) : « Les vérités du droit » romain, déduites logiquement de la nature des » choses, ont, pour tout homme qui pense, une valeur » très-supérieure aux vérités de pure convention qui » n'ont d'autre base que le caprice d'un législateur. »

L'autre (Mommsen, t. IV, p. 397): « Pour l'intelli» gence de la primitive histoire des Romains, je ne » sais pas d'autre clé que la jurisprudence. »

La science du droit romain est donc à la fois l'introduction à l'étude du droit moderne et le complément de l'étude de l'histoire ancienne.

TROISIÈME PARTIE.

DIVISION DU DROIT. — SOURCE DU DROIT.

DIVISION DU DROIT.

J. t. 2, § 4. — Considéré sous le rapport de son objet, le droit se divise en droit public et en droit privé.

Le droit public a trait à l'organisation de la chose publique (*ad statum reipublicæ*) (1).

Le droit privé règle les rapports des particuliers entre eux.

DIVISION DU DROIT PRIVÉ.

G. 1-1. — Tous les peuples qui sont régis par les lois et par les mœurs, font usage d'un droit qui leur est en partie propre, en partie commun avec les autres peuples.

---

(1) V. Deuxième partie, introduction, *de re romana*.

Jus civile : droit exclusivement propre à la cité romaine.

Jus gentium : droit en usage chez presque tous les peuples.

D. 1-1, l. 6. — *Jus civile* ne s'écarte pas en tout du droit naturel et du droit des gens ; il ne leur est pas non plus conforme en tout : une addition, un retranchement au droit commun fait le droit civil.

D. 1-1, l. 5. — *Jus gentium* : c'est le *jus gentium* qui a introduit les guerres, séparé les nations, constitué les pouvoirs publics, la propriété individuelle, le commerce, l'achat, la vente, le louage et tous les contrats, à l'exception de ceux que le droit civil a expressément réservés comme propres aux membres de la cité.

Jus gentium n'est pas synonyme de *jus inter gentes* (droit international), quoique ces deux expressions soient pareillement traduites : *Droit des gens*.

Le *droit des gens*, dans le sens romain, régit les rapports de *droit privé* entre les citoyens romains et les non citoyens ; il régit en outre, à défaut du droit civil, certains rapports de droit *privé* entre citoyens romains.

Cette division du droit privé en 1° *Jus civile quiritum*, 2° *Jus gentium* est capitale. L'importance ne peut en être vue que par les développements qui suivront.

J. t. 2, § 3.— Considéré sous le rapport de sa formation, le droit se divise en droit non-écrit et en droit écrit.

Droit non-écrit : droit constitué insensiblement par coutume (*incrementum latens*), sans être dès son début fixé par une formule précise.

Droit écrit : droit qui naît d'un acte des pouvoirs publics ou qui est fixé par une formule dès qu'il commence d'exister.

On enseigne que le droit écrit est le droit *promulgué*, ayant une date de naissance.

Cela est vrai du droit écrit moderne; — cela serait vrai du droit romain, s'il n'avait d'autres sources que la loi, le plébiscite, le sénatus-consulte et les constitutions impériales. Mais le droit écrit romain comprend aussi le droit du préteur et des prudents, lequel vu dans son ensemble est de formation successive.

Du reste, le fait *actuel* d'être écrit est étranger à cette division du droit. La coutume pour être écrite ne cesserait pas d'appartenir au droit *non-écrit*. Il s'agit *de l'origine :* à ses débuts, avant que le temps lui ait donné de la consistance, la coutume ne saurait être écrite (1).

---

(1) A Athènes, droit écrit ; à Sparte, droit non écrit.

COUTUME.

D. 1-3, l. 32, § 4. — Quid interest an *suffragio* populus voluntatem suam declaret, *an rebus ipsis et factis?*

A Rome, le principe du droit coutumier, c'est la souveraineté populaire.

L'antiquité de la coutume accroît sa force, car elle prouve la persévérance de la volonté du peuple (1).

Le droit coutumier a plus d'un emploi :

1° Il fixe l'interprétation des ambiguités du droit écrit (2) ;

2° Il complète le droit écrit (3);

3° Il corrige le droit écrit (4) ;

4° Il règle certaines matières auxquelles le droit civil est étranger (5).

---

(1) D. 1-3, l. 35, 36.

(2) D. 1-3, l. 37 et 38. — Severus rescripsit, in ambiguitatibus quæ ex lege proficiscuntur, consuetudinem vim legis obtinere.

(3) Ulp., frag. XI, § 24. — Pour la tutelle des femmes, le droit non écrit a institué ce tuteur appelé *Prætorianus.*

(4) J., t. 18. — La querelle d'inofficiosité contre les testaments a été introduite *moribus.*

(5) D. 1-3, l. 33. — Diuturna consuetudo pro jure et lege in his quæ non ex scriptis descendunt observari solet.

D. 24-1, l. 1. — Les donations inter virum et uxorem sont prohibées *moribus.*

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE
R. F.

DÉSUÉTUDE.

La désuétude est le contraire de la coutume ; le non usage défait ce que l'usage a fait.

A Rome, la désuétude abroge même le droit écrit. Cela est logique, sous le régime de la souveraineté populaire exercée *directement*. *Rectissime receptum est* ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogerentur (1).

SOURCES DU DROIT ÉCRIT.

Les sources du droit écrit sont : 1° la loi — 2° les plébiscites — 3° les sénatus-consultes — 4° les édits des magistrats — 5° les constitutions impériales — 6° les réponses des prudents.

LA LOI.

La loi des XII Tables doit être mentionnée à part, le peuple l'ayant reçue toute faite des décemvirs.

Les érudits se sont efforcé de reconstituer la loi des XII Tables. Ce qu'il y a de certain, c'est que

---

(1) D. 1-11, l. 23 in fine.

Gaius a fait un commentaire de la loi des XII Tables et qu'on trouve au Digeste un petit nombre de fragments de ces lois avec l'indication des livres de Gaius dont ils sont extraits. — Les uns sont textuellement transcrits, des autres on n'a que le sens.

Du reste, le droit prétorien, en se référant à la loi des XII Tables pour la corriger ou la confirmer, nous la fait suffisamment connaître.

LES LOIS.

G. 3. — Il est nécessaire de rappeler que le peuple romain est divisé en deux castes (*patres*, *plebs*), et que les deux castes réunies constituent le peuple : *populus*.

La loi est votée par le peuple, *populo*.

Dans la confection des lois, trois actes sont à distinguer : 1° le projet ; 2° le vote du projet ; 3° la conformation de la loi, *auctoritas senatus*.

Le projet de loi est dit *rogatio* (*rogo vos quirites ut*) ; il est annoncé trois fois, aux jours de marché (*tridundinum*) (1). L'annonce est dite *promulgatio* (2).

La rogation est faite par un magistrat patricien ; elle ne peut avoir lieu sans l'*auctoritas senatus*.

---

(1) Voir *supra*, p. 21, 37, 40.

(2) Ce mot n'a rien de commun avec notre mot *promulgation*, qui s'applique à la loi faite.

Mais la loi *Mœnia* (415) oblige le sénat à donner quand même l'*auctoritatem* : l'*auctoritas* préalable n'est plus qu'une formalité.

Après les délais de la *promulgatio*, le peuple est convoqué dans les comices par curies ou par centuries.

Les comices ne peuvent avoir lieu qu'aux jours désignés au calendrier, comme *dies comitiales*.

Au jour comitial fixé, le peuple étant réuni, les augures sont consultés. — Si l'augure dit que le jour n'est pas propice, l'assemblée est dissoute. S'il dit que le jour est propice, chaque citoyen donne son vote par *oui* ou *non*. Chaque curie, ou chaque centurie, est comptée comme unité de vote.

Le projet voté est déféré au sénat qui donne ou refuse l'*auctoritas* (1).

Dans le cas où le sénat *auctor fit*, ce qui a été voté a force de loi.

La loi est inscrite sur des tables exposées en public. En tête est inscrite cette formule : *Consules populum jure rogaverunt, populusque jure scivit.*

PLÉBISCITE.

G. 4. Plebiscitum est quod plebs jubet atque constituit.

---

(1) Voir ci-dessus, p. 34.

A l'origine, le plébiscite est la décision prise par la plèbe, pour la plèbe seule (1).

Voici les principaux caractères qui le distinguent :

1° Le président de l'assemblée est un plébéien, tribun ou édile ; il interroge la plèbe.

2° Le plébiscite n'est point *lex populi ;* il n'oblige que la plèbe.

3° L'assemblée n'est réunie qu'en conseil (consilium), et non dans les comices. — Sa décision n'est qu'un avis (scitum).

3° La loi a besoin de deux formalités préalables, *auctoritas senatus et auspicia,* et d'une formalité complémentaire, confirmation par le sénat (*auctoritas senatus*).

Le plébiscite est affranchi de tout : le vote de la plèbe suffit.

4° Le plébiscite n'est obligatoire que pour les plébéiens.

Après les lois Valeria Horatia (259), les lois Publilia (415), la loi Hortensia (467), le plébiscite change de caractère.

Il est obligatoire pour tout le peuple (*eo jure quo plebs statuit omnes quirites tenentur*), mais il est voté par tous les citoyens dans les comices par tribus. Les

(1) Voir *supra*, p. 45. — Les patriciens n'ont jamais eu d'assemblées générales séparées. Leur pouvoir politique ne s'exerça séparément que dans le sénat.

auspices et l'*auctoritas senatus* sont étrangers aux plébiscites, quoiqu'ils aient la même force que les lois.

Il n'y a donc plus de distinction à faire entre les *lois* et les *plébiscites*.

LISTE DE QUELQUES-UNES DES LOIS PRINCIPALES TOUCHANT LE DROIT PRIVÉ.

309. — *Loi Canuleia* (de connubiis).
428. — *L. Petilia Papiria de nexis* (les débiteurs).
520. — *Loi Calpurnia* (de condictione).
577. — *Loi Ælutia* (suppression des actions de la loi.
671. — *Loi Junia Norbana* (de libertinis).
757. — *Loi Œlia Sentia* (de manumissionibus).
757. — *Loi Julia* (de maritandis ordinibus).
762. — *Loi Pappea Poppæa* (de cælibe et orbi).
762. — *Loi Furia* (de manumissionibus).

ABROGATION DES LOIS.

Par une loi nouvelle, l'ancienne est mise à néant pour le tout (*abrogatur*); pour partie seulement

(*derogatur*) ; il y est ajouté (*subrogatur*) ; il y est innové (*obrogatur*) (1).

A Rome, il fut moins nécessaire que partout ailleurs d'abroger les lois, le préteur, par son édit, pouvant *derogare*, *subrogare*, *obrogare* (2).

SENATUS-CONSULTES.

G. 4. — Ce fut peu à peu que les sénatus-consultes touchèrent au droit privé.

Tibère attribua au sénat le droit de représenter l'assemblée des citoyens : *Comitia a campo ad patres translulit.*

Ita cœpit senatus se interponere ut quidque constituisset, observabatur (3).

Les sénatus-consultes sont, aux premiers temps de l'empire, la source la plus abondante du droit.

Le sénatus-consulte n'a force de loi que s'il est fait *auctore imperatore.*

---

(1) Ulp., frag. pr., § 3.

(2) Le pire est de modifier les lois sans indiquer textuellement ce qui est changé, en s'en tenant à cette formule commode pour le législateur seulement : toutes lois précédentes sont abrogées en ce qu'elles ont de contraire à la présente.

(3) D. 1-2, l. 2, § 9.

Les principaux sénatus-consultes sont :

D. 14. 6. — *Macedonianum*. — Prêt aux fils de famille.

D. 29. 5. — *Silanianum et Claudianum*. — Ouverture des testaments.

D. 38. 17. — *Tertullianum et Orphitianum*. — Hérédité *ab intestat*.

D. 36. 1. — *Trebellianum*. — Fidei-commis.

D. 16. 1. — *Velleianum*. — Obligation des femmes mariées.

CONSTITUTIONS IMPÉRIALES.

J. t. 2, § 6. — Les constitutions impériales ont force de loi.

Vint une époque où le pouvoir législatif n'appartient qu'à l'empereur seul.

Ce pouvoir est conféré particulièrement à chaque empereur par la loi Curiate de *Imperio magistratus* (1).

Les décisions impériales sont ou des édits, ou des décrets, ou des rescrits.

---

(1) Nous connaissons le texte de la loi Curiate de imperio *Vespasiani;* on y lit ceci : quæ ab imperatore Vespasiano jussu mandatuve ejus sunt, ea perinde justa rataque sint ac si populi plebisque jussu acta essent : Le peuple est souverain, — l'empereur est son délégué.

Edit : décision générale pour l'avenir; l'édit a tous les caractères d'une loi.

Décret : décision particulière sur un fait accompli; le décret a tous les caractères d'un jugement (*cognoscens decrevit*) ; — il est tenu pour précédent obligatoire.

Rescrit : avis sur un point de droit (*per epistolam rescripsit*); il a la même autorité que l'avis des *prudents*.

DROIT HONORAIRE — ÉDITS DES MAGISTRATS PRÉTEURS ET ÉDILES.

Jus honorum : droit de remplir les fonctions publiques.

Qui honores gerunt : magistrats.

Jus honorarium : droit créé par les magistrats.

En effet, les actes des pouvoirs législatifs ne sont pas l'unique source du droit privé. Les préteurs et les édiles ont *jus edicendi* : leurs édits sont la source la plus importante du droit privé.

Pour préciser ce qui a déjà été exposé (1), nous disons ici qu'un jugement réduit à sa plus simple expression est un syllogisme.

---

(1) Voir *supra*, p. 50.

— Le point de droit est *la majeure* proposition.
— Le point de fait est la proposition mineure.
— Le dispositif est la conclusion.

Le préteur ou l'édile (chacun dans les limites de sa compétence) pose dans tout procès la proposition majeure.

Il la pose *souverainement*.

Or, celui qui est juge souverain du droit est, au point de vue de l'affaire qu'il juge, l'égal du législateur.

Non-seulement le préteur pose le point de droit pour chaque affaire, mais avant d'entrer en fonctions il publie l'ensemble des propositions de droit qu'il s'impose d'appliquer.

L'édit du préteur est donc une règle générale pour l'avenir; l'avenir, c'est la durée d'un an, puisque la magistrature prétorienne est annuelle.

Ces lois annuelles, calquées les unes sur les autres, avec les additions jugées nécessaires par chaque préteur, constituent une législation constamment perfectible.

RÉPONSES DES PRUDENTS.

J. t. 2, § 8. — Avant Auguste, les consultations des jurisconsultes n'avaient d'autre force que celle qu'ils

tiraient de la science ou du crédit de ceux qui les donnaient.

Auguste institue des jurisconsultes *autorisés* (aujourd'hui l'on dirait officiels), ayant *jus publicè respondendi* (1).

Ils donnent des consultations par eux signées, et lorsqu'ils sont unanimes le juge doit se conformer à leur avis.

Ces consultations ne peuvent, à raison de leur nature, valoir que pour le cas particulier qui les a provoquées (2).

G., § 7. — Mais un rescrit de l'empereur Adrien décide que les *sentences* et les *opinions*, c'est-à-dire les décisions doctrinales de ceux des jurisconsultes, *quibus permissum est jura condere*, auront force de lois générales.

Le droit des préteurs et des prudents est la meilleur part du droit romain : celle qui fait son utilité.

---

(1) D. 1-2, l. 2, § 47. — *Inst.*, l. 2, t. 25 pr. — Auguste rehaussa l'éclat et l'importance de la jurisprudence en accordant à certains jurisconsultes le privilége de répondre officiellement sur le droit, c'est-à-dire de donner des décisions obligatoires pour les juges, comme si elles fussent émanées de l'empereur lui-même.

(2) Quand les Prudents qui composent notre cour de cassation cassent pour la seconde fois, leur doctrine fait loi pour la cour devant qui l'affaire est renvoyée. L'autorité de leur décision est pareille à celle des réponses des Prudents avant le règne d'Adrien : elle est souveraine, mais pour le cas particulier seulement.

CONCLUSION.

Dans une de ses préfaces, Domat écrit :

« On sait de quelle manière les Romains ont cultivé chez eux la science du droit, et que ce n'a été que par une infinité d'événements, pendant plusieurs siècles, que l'application d'un grand nombre de personnes habiles a pu :

» Recueillir les faits qui ont fait naître les différends,

» Remarquer les principes dont on s'est servi pour les décider,

» Former des règles sur ces principes,

» Les diversifier selon que les différences faites les obligent à les distinguer,

» Rapporter ces règles à leurs matières,

» Et, par l'assemblage de ces matières et leurs règles, composer une science qui a pour objet tout ce qui se passe dans la société des hommes et qui peut faire naître entre eux quelques différents. »

Et se mettant à l'œuvre, le juriste philosophe constitue avec les textes romains le Code civil futur, article par article.

Les préteurs et les prudents ont donc posé les fondements de nos lois civiles : elles sont romaines plus qu'on ne semble le croire.

PRINCIPAUX JURISCONSULTES.

Pomponius donne la liste des jurisconsultes les plus célèbres. — Il faut noter deux jurisconsultes du temps d'Auguste : *Ateius Capito*, qui consul fuit ; — *Antistius Labeo*, qui noluit quum offerreretur et ab Augusto consulatus (1).

A ces jurisconsultes se rapporte la naissance de deux écoles de jurisconsultes : a *Capito*, — les Sabiniens (Sabiniani vel Cassiani, — que Gaius appelle nostri præceptores) ; — a *Labeo*, — les Proculéiens (Proculiani vel Pegasiani) ; ceux-ci étaient les novateurs.

Javalenus, Julianus cités au Digeste sont Sabiniens ; — Nerva, Celsus, Neratus, sont Proculéiens (2).

QUATRIÈME PARTIE.

IDÉE GÉNÉRALE D'UN DROIT.

ÉLÉMENT D'UN DROIT.

Tout droit est un rapport entre les personnes.

Ce qui caractérise ce rapport, c'est d'être défini par la loi et sanctionné par elle.

---

(1) D. 1-2, l. 2, § 47.

(2) Ortolan, t. I, donne une notice sur les principaux jurisconsultes.

Les rapports *juridiques* entre les personnes ont pour objet médiat ou immédiat les biens (*res*).

J. t. 3 pr.— De là cette proposition : *omne jus, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel actiones :* SUJETS, OBJET, SANCTION *d'un* droit.

SUJETS D'UN DROIT.

Personne : ce mot désigne tout homme considéré au point de vue du droit qu'il a contre les autres hommes, ou que les autres hommes ont contre lui.

Les personnes sont les *sujets* du droit : *sujet actif*, la personne qui a le droit ; — *sujet passif*, la personne à qui le droit est opposé.

La considération du *sujet passif* du droit a une importance capitale. En effet, le droit actif est caractérisé par l'obligation qui lui est corrélative.

Or l'obligation corrélative à un droit consiste :

Ou dans un devoir d'abstention imposé à la généralité des hommes au profit de *tel* individu. Dans ce cas le sujet passif du droit, c'est tout le monde ;

Ou dans une nécessité imposée à *telle* personne (sujet passif) au profit de telle autre personne (sujet actif du droit).

Dans ce cas, l'on dit du sujet actif qu'il est créancier, du sujet passif qu'il est débiteur.

Cette distinction domine tout le droit ; il faudra sans cesse y revenir.

ÉTAT DES PERSONNES.

Personne désigne l'homme ayant des droits; — l'esclave n'est point une personne.

Caput : — état des personnes. — Quelle est exactement l'idée exprimée par ces mots?

L'état d'une personne est l'ensemble des qualités auxquelles quelque capacité ou incapacité de droit est attachée.

« Ces qualités sont de telle nature que chacune » est comme parallèle à une autre qui lui est oppo- » sée, et que l'une des deux opposées se rencontre » toujours en chaque personne (1). »

C'est en vue de ces qualités opposées que l'on établit une classification des personnes.

CLASSIFICATION DES PERSONNES.

G. 9 et 10. — Considérés sous le rapport de la liberté, — les hommes sont ou libres ou esclaves.

Les personnes libres sont ou ingénues ou affranchies.

Considérées sous le rapport de la cité, — les per-

(1) Domat., l. 1, t. 11 pr.

sonnes sont ou citoyens romains, — ou non-citoyens romains.

Les non-citoyens romains sont ou Latins, ou Pérégrins, ou Déditices.

G. 68. — Considérées sous le rapport de la famille, — les personnes sont ou *sui juris*, ou *alieni juris*.

Les personnes *alieni juris* sont ou *in potestate*, ou *in mancipio*, ou *in manu*.

G. 72. — Considérées sous le rapport de l'exercice de leurs droits, — les personnes *sui juris* sont les unes en tutelle ou en curatelle; les autres ne sont soumises à aucun de ces pouvoirs.

DES CHOSES.

Chose (*res*), — objet du droit; ce sur quoi le droit est exercé ou prétendu.

Au point de vue des droits dont elles sont l'objet, les choses ne sont pas toutes soumises aux mêmes règles.

Il y a donc une division des choses. Cette division sera vue au commencement du deuxième livre des Institutes.

ACTION.

L'exécution par la force est un élément essentiel du droit extérieur. Sans cette sanction le droit n'est

qu'un concept de la raison ; sans elle l'obligation n'est qu'une vue de la conscience.

Voici le trait le plus caractéristique de l'état civilisé :

« Le droit naturel de se faire justice soi-même est enlevé à l'individu.

» Aux pouvoirs publics seulement il appartient de constater le droit méconnu et de réparer la violation du droit. »

L'appel de l'individu à la puissance publique est dit *actio*.

Considérée au point de vue des droits qu'elle protége, l'action est donc une sanction : on l'appelle droit *sanctionnateur*.

Le droit sanctionné et le droit sanctionnateur se confondent en ce que l'un est la condition de l'autre.

Mais il faut remarquer deux points :

1° Le droit sanctionnateur n'est ouvert que quand le droit sanctionné est méconnu ou violé ;

2° Le droit sanctionnateur transforme en certains cas l'objet du droit sanctionné. Exemple : *Toute obligation de faire se résoud en dommages-intérêts.*

Les sanctions ou actions sont liées aux procédés judiciaires de telle sorte qu'elles constituent une part distincte de la science du droit : ce n'est ni la moins difficile, ni la moins importante à saisir.

Dans un sens très-spécial, *action* désigne la *demande*

en justice, la défense prenant d'autres noms : *exceptio, præscriptio, præjudicia*, etc.

A Rome, trois systèmes de procédure furent successivement en vigueur. — Les actions de la loi — La procédure par formules — La *cognitio extraordinaria* (1).

La procédure par formules est la seule que nous ayons à indiquer ici.

Elle est inhérente à la juridiction prétorienne. Si on n'en a quelque idée, on ne saurait se rendre compte de la division fondamentale des droits : *droits réels, droits personnels*.

ANALYSE DE LA FORMULE D'ACTION.

L'action contient (ordinairement) trois parties : *demonstratio, intentio, condemnatio*. Exemples :

Demonstratio : exposé du litige.

Quod agerius negidio hominem (esclave) vendidit.
Quod agerius apud negidium hominem deposuit (2).

---

(1) C. 33, *De pedaneis jud.* — Placet nobis præsides..... notionis facti examen adhibere.
(2) G. IV, § 40.

Intentio : prétention du demandeur.

Si paret negidium agerio decem millia s. dare oportere.

Si paret hominem ex jure quiritium agerii esse.

Dans le premier des exemples (vente d'un esclave), la question litigieuse porte sur l'obligation de payer le prix réclamé par le demandeur ; le défendeur (*negidius*) est nommé.

Dans le second exemple, la question litigieuse porte sur la question de savoir si le demandeur (*agerius*) est propriétaire ; le défendeur n'est pas nommé.

Condemnatio.

Judex negidium agerio decem millia sestercium condemna, si non paret absolve.

Judex quanti ea res (servus) erit, tantam pecuniam negidium agerio condemna, si non paret absolve (1).

Dans le premier exemple, la condamnation sera de de payer le prix convenu.

Dans le second exemple, s'il est reconnu que *agerius* est propriétaire de l'esclave, le dépositaire en paiera la valeur.

---

(1) G. IV, § 43.

En droit romain, en effet, toute condamnation est pécuniaire.

La différence entre l'*intentio* des deux formules, correspond à une différence entre le droit du vendeur créancier du prix — et le droit du propriétaire qui prétend faire reconnaître son droit de propriété.

L'*intentio* de la première formule est *in personam*, puisque le défendeur *negidius* y est nommé. Elle exprime donc une relation juridique entre deux individus dont l'un est sujet *actif* et l'autre sujet *passif* du droit.

L'*intentio* de la seconde formule est *in rem*, car le défendeur n'y est pas nommé.

Elle exprime une relation juridique entre un individu (sujet actif du droit) et le reste des hommes (sujets passifs du droit de propriété) (1).

Dans le premier exemple, l'action est *in personam*.

Dans le second exemple, l'action est *in rem*.

Partant de là, l'on dit que le droit relatif sanctionné par la première formule est un droit personnel ; — que le droit absolu sanctionné par la seconde formule est un droit réel (2).

---

(1) A ce point de vue, il n'y a lieu de considérer ni la *demonstratio*, ni la *condemnatio*. C'est à l'*intentio* qu'il faut s'attacher.

(2) Ces expressions si usitées chez nous, *jus in re*, *jus ad rem*, *jus in personam*, n'ont jamais été employées par les Romains, qui ne connaissent que celles-ci : *actio in rem*, *actio in personam*.

Voilà la division capitale du droit romain : tout s'y ramène ; elle est la clef des plus grandes difficultés.

Constatons que c'est de la considération du sujet passif du droit — *et de lui seul* — que vient la division des droits : absolus — relatifs.

Droits relatifs : droits de créances ; ils ont pour corrélatif une obligation *spéciale* imposée à *telle* personne.

Droits absolus : état des personnes, — *Dominium* et ses dérivés ; ils ont pour corrélatif un devoir d'abstention et de respect imposé à tous.

A ces termes, ajoutez les droits sanctionnateurs, et vous aurez la division générale de la doctrine du droit, sous quatre chefs.

Gaius l'a suivie ; Justinien aussi, mais avec moins d'exactitude.

1° Etat des personnes (G. com. I) ;
2° Dominium et ses dérivés (G. com. II) ;
3° Droits relatifs (G. com. III) ;
4° Actions (G. com. IV).

FIN DE L'INTRODUCTION.

LIVRE PREMIER.

—00—

DES PERSONNES

PREMIÈRE ÉTUDE.

PREMIÈRE DIVISION DES PERSONNES.

LIBERTÉ. — ESCLAVAGE.

(G. 9 à 27. — J. t. 3.)

G. 9. — Tous les hommes sont ou libres ou esclaves.

Cette division est capitale.

DÉFINITION DE LA LIBERTÉ ET DE L'ESCLAVAGE.

N'est point esclave celui dont la liberté ne souffre qu'un obstacle de fait : l'esclavage est une institution de droit (1).

N'est point esclave celui qui n'obéit qu'aux lois : l'esclavage est une institution du droit des gens par lequel un homme est soumis au pouvoir d'un autre homme, *contrairement à la nature* (J. § 2).

Contrairement à la nature (*contra naturam*), voilà

---

(1) *Esprit des lois*, l. XV, c. I. — « L'esclavage, proprement dit, est l'établissement d'un droit qui rend un homme » tellement propre à un autre homme, qu'il est le maître » absolu de sa vie et de ses biens.

le signe caractéristique de l'esclavage. Le texte le dit expressément, opposant en cela le droit naturel au droit des gens (1).

J. § 1. — La liberté (contre-partie de l'esclavage) est donc la faculté *naturelle* de faire ce qu'on veut faire. — Les obstacles de fait, les prohibitions légales qui restreignent ou suspendent la liberté n'en détruisent point le principe; car ces empêchements ne sont pas *contra naturam*.

La puissance du père de famille sur son fils, de même le pouvoir qu'un citoyen acquiert par la mancipation sur le fils de famille d'autrui (*mancipium*) diffèrent médiocrement du pouvoir du maître sur l'esclave.

Mais la puissance paternelle, mais le *mancipium*, institutions du droit Quiritaire, ne sont pas *contra naturam*, du moins suivant les mœurs et le droit civil de Rome. C'est par quoi ces institutions diffèrent essentiellement de l'esclavage.

J. § 3. — *Servi* — *Servati* (2). « On ne croirait » jamais que c'eût été la pitié qui eût établi l'escla- » vage.

» Le droit des gens a voulu que les prisonniers

---

(1) Notre texte est exactement commenté au *Contrat social*, ch. II : « S'il y a des esclaves *par nature*, c'est qu'il y » a des esclaves *contre nature*. La force a fait les premiers » esclaves, la lâcheté les a perpétués. »

(2) D. 1-5, l. 4, § 2.

» fussent esclaves pour qu'on ne les tuât pas (1). »
Captivos vendere, ac per hoc servare nec occidere solet. Le droit de vie et de mort est transformé en droit de propriété.

CONDITION DES ESCLAVES.

J. § 5. — *In conditione servorum nulla differentia.*
Tous les esclaves sont de même condition, « *tous* » *n'ayant ny biens, ny parents, ny enfants, ny leur* » *vie même qui soit à eux* (2). »

L'esclave est une chose, il est traité comme une chose. Antonin-le-Pieux apportant des restrictions au pouvoir dominical, jusque-là sans limite, donne ainsi

---

(1) *Esprit des lois*, l. XV, c. II. — Cette raison des jurisconsultes n'est pas sensée. Il est faux qu'il soit permis de tuer dans la guerre autrement que dans le cas de nécessité : mais dès qu'un homme en a fait un autre esclave, on ne peut pas dire qu'il a été dans la nécessité de le tuer, puisqu'il ne l'a pas fait. Les homicides faits de sang-froid par les soldats, après la chaleur de l'action, sont rejetés de toutes les nations du monde, si l'on ne veut citer celles qui mangent leurs prisonniers.

(2) « Souffrir les pilleries, les paillardises, les cruautés, » non pas d'une armée, mais d'un seul hommeau ! quel » malheur est cestuy-là. ! » (*La Boétie.*)

« Ce malheur ? C'est le droit du plus fort pris ironique- » ment en apparence, et réellement établi en principe. » (*Jean-Jacques.*)

« On a justifié la force, afin que la force et la justice » fussent ensemble. » (*Pascal.*)

« Le maître transforme sa force en droit, l'obéissance en » devoir. » (*J. J.*)

l'excuse de son innovation : *Expedit enim reipublicæ ne quis sua re male utatur* (1).

« Dans le tort fait à un esclave, on ne considère » que l'intérêt du maître ; on confond sous l'action » de la loi Aquilienne, la blessure faite à une bête et » celle faite à un esclave ; on n'avait attention qu'à la » diminution du prix (2). »

QUELS HOMMES SONT ESCLAVES ?

J. § 3. — *Servi nascuntur, aut fiunt.*

Servi nascuntur : naissent esclaves les enfants des femmes esclaves.

Quiconque féconde une femme esclave accroît le patrimoine du maître ; ce maître pourra même, s'il lui plaît, tirer des esclaves de son propre fonds. Cette règle n'a été répudiée par aucune des législations à esclaves : elle est nécessaire pour en assurer la perpétuité (3).

Exception : naît libre l'enfant d'une femme esclave,

---

(1) J. VIII, § 2.

(2) *Esprit des lois*, l. XV, c. XVIII. — L'esclave est l'objet des droits réels. — L'esclave est un instrument d'acquisition. — L'esclave a un pécule. — Tous ces points seront développés suivant l'ordre des textes.

(3) *Vernæ*, esclaves *qui in villis nostris nati sunt* : Les enfants esclaves nés chez nous.

qui, au cours de sa grossesse, a été libre un seul instant (1).

J. § 4. — *Servi fiunt* par le droit des gens : les captifs faits à la guerre (2).

Les marchands d'esclaves les achètent de la République ou des soldats auxquels les généraux les donnent comme part de butin.

La piraterie fournit aussi Rome d'esclaves. Après la destruction de Carthage et de Corinthe, les Romains s'accoutument à un grand nombre d'esclaves. — Les pirates sont leurs pourvoyeurs.

L'île de Delos était le point principal de ce commerce. Le mouvement d'entrée et de sortie était, chaque jour, de plusieurs milliers d'esclaves (3).

Servi fiunt par le droit civil :

1° L'homme libre, âgé de 25 ans, qui, pour faire fraude à l'acheteur, s'est laissé vendre comme esclave.

La liberté est inaliénable ; donc en principe, l'homme libre vendu comme esclave doit rester libre. — Il revendiquera sa liberté.

La fraude fait exception à cette règle : — si celui qui s'est laissé vendre savait qu'il était libre ; — si l'acheteur ne savait pas que cet homme était libre ;

---

(1) J. IV, pr. — *Quia non debet calamitas ei nocere qui in utero est.*

(2) D. 1-5, l. 4, § 3. — *Mancipia, manu capti.*

(3) Desobry, t. I, d'après Strabon.

— s'il a payé le prix. — La revendication de la liberté est refusée.

2° Le *sénatus-consulte Claudien* décide que la femme *quæ contubernium facit* avec l'esclave d'autrui, malgré la défense du maître, devient esclave (1).

3° L'affranchi qui se rend coupable d'ingratitude envers le patron (2).

4° Celui qui est condamné à certaines peines graves devient *servus pœnæ*, *servus sine domino*.

DE STATU-LIBERIS.

(Ulp., Frag., t. 11.)

Quoiqu'il n'y ait dans la condition des esclaves aucune différence, cependant certains esclaves sont, quant à l'acquisition de leur liberté, dans une condition particulière.

On appelle *statu-liber* l'esclave qui, par testament, a été fait libre sous condition.

Le *statu-liber* est, *quamdiu pendet conditio*, esclave de l'héritier.

Le *statu-liber* porte en soi la condition de sa liberté

---

(1) Paul, s. 11-21. — Ce sénatus-consulte a été abrogé par Justinien (J. III, tit. 12).

(2) J. XVI-1.

(*libertatem secum trahit*), qu'il soit aliéné ou qu'il soit acquis par usucapion (1).

Si l'héritier empêche le *statu-liber* d'accomplir la condition de sa liberté, le *statu-liber* devient libre comme si la condition était accomplie.

Ce n'est pas seulement du testament que dérive la condition d'esclave *statu-liber*.

Un esclave est donné à la condition que le donataire l'affranchisse ; l'esclave est *statu-liber*.

Seius a acheté l'esclave *Pamphila* à la condition qu'il l'affranchirait au bout de l'an ; — avant que l'année soit finie, *Seius* devient esclave ; il ne peut affranchir Pamphila ; — à la fin de l'année, *Pamphila* est libre de droit (2).

IN SERVITUTE, NON SERVUS.

(Paul, Sent. v-1.)

De la définition même de l'esclavage, il résulte que, être *in servitute*, ou être *servus*, ce n'est point le même état.

Celui-là est *servus* qui est en état d'esclavage *légal ;* celui qui est *in servitute*, esclave de fait, n'a perdu

---

(1) *Exemple :* Celui qui est fait libre sous la condition de donner 1,000 sesterces à l'héritier, parvient à la liberté en donnant cette somme à celui auquel l'héritier l'a vendu.

(2) D. 40-1, l. 20 et 23.

aucune des prérogatives de droit propres à l'homme libre. Il suffit que son titre d'homme libre soit reconnu pour que tous les effets de l'esclavage soient effacés.

Est esclave de fait et non de droit (*in servitute, non servus*), celui que son père a vendu comme esclave, sous l'empire d'une extrême nécessité.

En effet, si la liberté a un prix d'achat, la liberté ne peut être vendue pour aucun prix.

DE LIBERALI CAUSA.

(Paul, s., l. 5, t. 1.)

Une procédure particulière, *liberalis causa*, est instituée pour la revendication de la liberté.

La liberté est revendiquée comme propriété.

Devant le préteur (*in jure*), un esclave public (*assertor libertatis*) prononce cette formule au nom de la cité : *hunc hominem liberum esse aio ex jure quiritium ;* nul ne contredit ; le préteur adjuge la liberté.

La *liberalis causa* a ceci de particulier : si l'*assertor* déserte la cause, un autre *assertor* doit le remplacer. En cette matière, le désistement n'est pas possible (1).

---

(1) C'est aussi une règle de notre droit, que dans une question d'Etat, désistement, transaction ou compromis ne vaut.

DES DÉBITEURS. — DE NEXIS, DE ADDICTIS.

« A Rome, il fut d'abord permis de vendre des » débiteurs qui n'étaient pas en état de payer... Les » décemvirs ne réformèrent pas l'usage de Rome. Ce » n'est pas le seul endroit de la loi des XII Tables » où l'on voit le dessein des décemvirs de choquer » l'esprit de la démocratie.

» Ces lois cruelles mirent bien des fois en danger » la république romaine. Un citoyen romain couvert » de plaies s'échappa de la maison de son créancier » et parut dans la place... Le peuple se retira sur le » Mont-Sacré. Il n'obtint pas l'abrogation de ces » lois, mais un magistrat pour le défendre. On » sortait de la tyrannie, on pensa tomber dans » l'anarchie....

» L'an de Rome 428, les consuls portèrent une » loi qui ôta aux créanciers le droit de tenir les dé- » biteurs en servitude dans leurs maisons (1). »

DE NEXIS.

Nexus, dans la vieille langue du droit romain, désigne tout lien de droit contracté *per æs et libram*,

---

(1) *Esprit des lois*, l. XII, c. XXI. — *L. Papiria de nexis :* Bona debitoris non corpus obnoxium esset.

c'est-à-dire par mancipation. (*L. XII Tables, 6e, cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupasset, ita jus esto.*)

Tant que l'échéance de la dette n'est point arrivée, le débiteur *Nexus* est libre de fait.

Mais, en droit, il est dans une condition inférieure, même à celle du fils de famille qui a été vendu par *mancipation*. Le *Nexus* n'est plus *sui juris ;* il ne peut être délié que par l'affranchissement ; il perd son ingénuité et devient *quasi libertinus*.

DE ADDICTIS.

(L. des XII Tables, 3. — G. 24, 25, l. III, 189).

La loi des XII Tables donne au débiteur condamné trente jours pour payer.

Passé ce délai, sans que la dette soit payée, ou une caution (*vindex*) donnée, le débiteur est adjugé au créancier (*jure addicitur*).

Le débiteur *addictus* est emmené dans la maison du créancier, il y reste enchaîné.

Dans cet état, le débiteur est esclave de fait, non de droit (1).

---

(1) « Sa condition est assez exactement représentée par » celle du débiteur sur lequel la contrainte par corps était » chez nous exercée. Que de temps et d'efforts pour effacer » de nos lois cet héritage de la dureté romaine ! »

Après l'*addictio*, un nouveau délai de trente jours est accordé au débiteur pour s'acquitter.

S'il paie, il recouvre sa liberté et n'a pas cessé de faire partie des hommes libres.

S'il ne paie pas, il devient *servus*. On le conduit au-delà du Tibre. C'est là qu'il est vendu ; car nul homme, ayant eu la qualité de citoyen romain, ne peut être esclave sur le territoire de Rome.

La condition de l'*addictus* est donc la contre-partie de la condition du *statu-liber*.

Le premier est libre sous condition.

Le second est esclave sous condition.

Aux causes, qui font qu'un homme libre devient esclave, il faut donc ajouter : l'*addictio* du débiteur non suivie de paiement dans le délai légal.

DE HIS QUI SUNT IN MANCIPIO.

(G. 116.)

Le pouvoir du maître sur l'esclave est dit : *Dominium*. *Mancipium* désigne le pouvoir du citoyen sur les personnes libres qui lui ont été vendues par *mancipation*.

G. 117. — Les fils de famille peuvent être vendus par leur père. L'épouse *in manu marili* peut être vendue par son mari, car elle est, quant à son mari, *loco filiæ*. — Aucun citoyen ne peut être vendu que

par son père de famille, mais la femme *sui juris* peut être mancipée par le co-*emptronator* (1).

FORMES DE LA MANCIPATION.

G. 119. — La mancipation est une manière de transférer le *Dominium*. Les choses se passent ainsi :

En présence de cinq citoyens, témoins pubères et citoyens romains (2), d'un autre citoyen romain qui tient une balance (*libripens*), celui qui achète dit : *hunc hominem meum esse aio, ex jure quiritium*, et je l'achète par cet airain et cette balance d'airain; ensuite l'acheteur frappe la balance avec l'airain, et il donne cet airain au vendeur.

G. 120. — C'est ainsi que l'on vend les personnes serviles, les personnes libres et les choses *mancipi* : bœufs, chevaux, ânes *qui collo, dorsove domantur*.

CONDITION DES PERSONNES LIBRES DONNÉES IN MANCIPIO.

Les citoyens donnés *in mancipio* conservent leur

---

(1) Ce cas sera expliqué ci-après, tutelle des femmes.
(2) Ces cinq témoins représentent les cinq classes du peuple romain. La sixième classe, composée de gens qui n'ont rien, ne compte pas.

qualité de personnes libres et ne perdent pas leur ingénuité.

Le pouvoir du maître sur ces hommes libres ne s'étend pas jusqu'aux traitements outrageants (*nihil licet contumeliose facere*).

Mais, à cela près, leur condition est celle des esclaves.

L'homme libre sort du *mancipium*, par les modes d'affranchissement : *vindicta*, *censu*, *testamento* (1).

Mais comme il a conservé son ingénuité, on le tient non pour affranchi, mais pour émancipé.

G. 141. — Le plus souvent, la *mancipation* des hommes libres n'est que fictive, à l'effet d'arriver soit à l'adoption, soit à l'émancipation des fils de famille.

Dans ces cas, la *mancipatio* est faite *fiduciæ causa*.

La mancipation est sérieuse quand elle fait *noxali causa*.

Voici ce cas :

Le père de famille est responsable du dommage causé par ceux qui sont sous sa puissance, fils de famille et esclaves.

Il s'acquitte vis-à-vis de celui qui a éprouvé le dommage, en lui donnant *in mancipio* le fils de famille, ou l'esclave auteur du dommage.

---

(1) Voir *infra*, de l'affranchissement.

DES CAPTIFS ROMAINS. — THÉORIE DU POSTLIMINIUM.

(J., XII, 5).

La condition du captif romain est en suspens tant qu'il est l'esclave des ennemis qui l'ont fait prisonnier.

Du jour où il est chez l'ennemi, le captif est provisoirement tenu comme mort : ses enfants sont *sui juris*.

S'il meurt en captivité, il meurt esclave, et la perte de ses droits date définitivement de sa captivité.

Si le captif revient, il est réputé n'avoir jamais été esclave. Il reprend tous ses droits avec effet rétroactif.

Cet effet rétroactif est le produit d'une fiction dite *postliminium*, mot qui vient de *limen* (frontière), *post* (après).

Jus postliminii exprime donc l'effet juridique du retour du prisonnier de guerre : le recouvrement rétroactif des droits que la captivité avait suspendus.

DEUXIÈME ÉTUDE.

PREMIÈRE DIVISION DES PERSONNES LIBRES.

INGÉNUS. — AFFRANCHIS.

(G. 10 et s. J. tit. 4, 5, 6, 7.)

INGÉNUS.

J. t. 4 pr. — *Ingenuus, is est qui statim ut natus est, liber est.*

Naît libre celui qui naît du mariage, soit de deux ingénus, soit de deux affranchis, soit d'un ingénu et d'une femme affranchie ou d'un affranchi et d'une femme ingénue.

Naît libre l'enfant né hors mariage d'une femme libre.

Naît libre l'enfant d'une femme qui a été libre à un moment quelconque de la grossesse. L'esclavage de la mère au moment de l'accouchement ne nuit point à l'enfant. *Media enim tempora libertati prodesse, non nocere etiam possunt* (1).

(1) Paul, s. 11-24, § 3.

Cesse d'être ingénu celui qui, né libre, est devenu esclave de droit (*in justa servitute*), ensuite affranchi.

Donc, la définition de l'ingénuité doit être ainsi complétée : Est ingénu, l'homme né libre qui n'a jamais été *in justa servitute* (1).

L'esclavage de fait, non de droit, ne détruit point l'ingénuité, quand même il aurait cessé par l'affranchissement. C'est pourquoi *l'addictus* qui paie sa dette avant l'échéance qui doit le rendre esclave, reste ingénu.

L'*ingénuité* est à Rome plus qu'un titre d'honneur, c'est le signe et la condition de la complète indépendance civile.

L'affranchi, même citoyen romain, subit le *patronat*.

MANUMISSIO.

J. t. 5 pr. — *Manumissio est datio libertatis.*

« On sent bien que quand dans le gouvernement » de la République on a beaucoup d'esclaves, il faut » en affranchir beaucoup. Le mal est que si l'on a » trop d'esclaves ils ne peuvent être contenus ; si » l'on a trop d'affranchis, ils ne peuvent pas vivre et » ils deviennent à charge à la République ; outre que » celle-ci peut être également en danger de la part

---

(1) Exception : le *nexus*, voir *supra*, p. 129.

» d'un trop grand nombre d'affranchis et de la part
» d'un trop grand nombre d'esclaves.

» Les diverses lois et les sénatus-consultes qu'on » fit à Rome pour et contre les esclaves, tantôt pour » gêner, tantôt pour faciliter les affranchissements, » font bien voir l'embarras où l'on se trouva à cet » égard (1). »

« L'affranchissement des esclaves n'était pas mis » en pratique dans l'ancienne Rome. Nul doute qu'il » ne fût loisible au propriétaire de ne plus faire acte » de propriété sur sa chose ; mais cette abstention ne » pouvait créer un nouvel état juridique entre le » maître et l'esclave ; nul lien de droit n'était pos- » sible entre lui et son maître....

» L'affranchissement a débuté par être un fait sans » fonder un droit et le maître pouvait toujours » reprendre et replacer l'affranchi en servitude. Un » jour vint pourtant où la liberté lui fut assurée, ce » fut le jour où le maître la promit à toujours en » présence du peuple. Aucune formalité *spéciale* ne » présida d'ailleurs à cet acte, ce qui démontre bien » la non-existence de l'affranchissement juridique » dans les temps anciens. On se servit tout simple- » ment des moyens usités pour d'autres cas ; on » affranchit par testament, par voie de procès ou par » déclaration du cens.

---

(1) *Esprit des lois*, l. XV, c. XVIII.

» Mais pour avoir été ainsi libéré par acte public » de dernière volonté, ou sur procès en liberté intenté » par l'esclave au maître et acquiescé par celui-ci, » ou parce qu'il lui avait été permis de se faire porter » sur les rôles du cens, l'affranchi ne passait nulle- » ment encore à l'état de citoyen; *en face de son* » *ancien maître ou de ses héritiers, toutefois il était* » *homme libre;* classé d'abord dans la clientèle, il » devint plus tard plébéien.

» Ces moyens usités pour l'affranchissement, con- » sacrés plus tard par le droit, sont désignés par ces » trois mots: *vindicta, census, testamentum* (1). »

Quand les moyens d'affranchissement (*vindicta, census, testamentum*) eurent été consacrés par le droit, l'affranchissement donna la liberté juridique, garantie par l'action *liberalis causa*, et tous les affranchis furent de même condition. *Una libertas erat* (2).

L'affranchi était libre et citoyen romain, sinon l'affranchissement était sans effet : ainsi était-il décidé par le droit civil.

Mais le droit prétorien continua son œuvre; à côté de l'affranchissement de droit il protégea l'affranchissement de fait.

Le maître a exprimé, autrement que par un mode

---

(1) Mommsen, t. II, p. 111.
(2) Disputatio de manum., § 5.— J., t. 5, § 3. Id est eadem quam habebat manumissor.

juridique, la volonté d'affranchir son esclave : cet esclave est maintenu en liberté, *auxilio prætoris ;* quant à son pécule, il continue d'appartenir au maître (1).

Cet état de chose dura jusqu'à la loi Junia Norbana, qui doit être placée à la date de 671 (*Junius Norbanus et Lucius Cornelius étant consuls*) (2).

LOI JUNIA NORBANA.

Ces affranchissements non juridiques qui ne produisaient qu'une liberté de fait, protégée par le préteur, deviennent par la loi *Junia* des affranchissements de droit.

Leurs effets sont toutefois d'ordre inférieur : ils

---

(1) G. III, § 56. — Auxilio prætoris in libertatis forma servari solet ; res eorum peculii jure ad patronum pertinere solent.

(2) Cette loi ne doit-elle pas, au contraire, être placée à la date de 772, Junius Silanus et Junius Norbanus étant consuls.

L'incertitude vient de ce qu'à cent ans de distance un deuxième *Junius Norbanus* fut consul.

Cette question est très-dissertement traitée par M. Demangeat, t. I, p. 189. Ce savant auteur se prononce pour la date de 671.

Cette date est la vraie : la loi Œlia Sentia, en l'an 757, sous le consulat de *Caius Œlius* et *Sextus Sentius*, décide qu'en certain cas l'affranchi sera latin ; cela serait inexplicable, si la loi Junia n'était antérieure.

La date de 671 est une grande date historique. — Les latins ingénus acquièrent le droit de cité romaine ; il fallait pourvoir à la condition des affranchis.

donnent à l'affranchi la liberté de droit, ils ne lui donnent pas la qualité de citoyen romain.

La condition des affranchis *ex lege Junia* est celle pareille à celle *latini colonarii*.

Ces affranchis, de condition latine, sont appelés *latins Juniens*. — Ce nom les distingue des *latins ingénus*.

La loi Junia s'applique à deux cas :

1° Quand l'affranchissement n'est pas fait *vindicta, censu, testamento ;*

2° Quand le maître n'a pas sur l'esclave le *dominium ex jure quiritium*.

Dans ces deux cas l'esclave devient libre de droit, mais *latin*.

La loi Junia Norbana est faite en faveur, — la loi Œlia Sentia en haine des affranchissements.

LOI ŒLIA SENTIA (757).

(G. 17, 18, 38.— J. t. 6.)

J. pr. — Affranchir ses esclaves n'est point permis à quiconque le veut faire.

La loi Œlia Sentia modifie le droit antérieur en plus d'un point.

(A) J. § 1. — Le maître n'a pas le droit de faire un affranchissement en fraude de ses créanciers.

J. § 2. — L'affranchissement est réputé fait en fraude des créanciers, quand il est fait par un insol-

vable, avec l'intention de frauder ses créanciers, ou qu'il fait le débiteur insolvable.

Pour que l'affranchissement soit nul, il faut qu'il soit frauduleux *consilio et eventu* (1).

J. § 3. — L'insolvable affranchit son esclave pour qu'il soit son héritier nécessaire. L'affranchissement vaut : il n'est point frauduleux *consilio*, car il est fait *ne injuria defunctus afficiatur*.

L'affranchissement vaut si le débiteur ne connaît point son insolvabilité, *sæpe enim de facultatibus suis amplius, quam in his est, sperant homines.*

(B) J. § 4. — Le maître, âgé de moins de vingt ans, ne peut affranchir son esclave que sous une double condition.

1° Que l'affranchissement soit fait *vindicta ;*

2° Qu'il y ait une cause approuvée par le conseil des *récupérateurs* (*causa probata apud consilium*) (2).

G. 19. — On tient pour juste cause d'affranchissement la parenté du sang entre le maître et l'esclave, des services rendus ou à rendre au maître par l'esclave, ou même la volonté d'épouser l'esclave affranchie.

J. § 6. — L'approbation donnée par le conseil est irrévocable.

J. § 7. — Justinien dit qu'il est intolérable que le maître qui n'a pas vingt ans ne puisse affranchir

---

(1) Art. 1167 C. civ.
(2) Voir *Introduction*, p. 54.

un esclave par testament, tandis qu'à quatorze ans il peut disposer de tout son patrimoine par testament.

Et, prenant un terme moyen, il décide que le testateur, âgé de dix-sept ans, a pleine liberté de donner la liberté.

Cette innovation ne touche que l'affranchissement par testament.

(C) (1). Dans le cas où l'affranchissement a lieu *vindicta*, l'esclave *de moins de trente ans* ne devient citoyen que *si apud consilium causa probata fuerit.*

A défaut de cette approbation il devient latin.

Dans le cas où l'affranchissement a lieu *censu*, même décision.

Dans le cas d'affranchissement par testament, la *probatio causæ apud consilium* n'est pas possible. — L'affranchi ne peut être que latin.

(D) G. 1-13. — L'esclave qui a subi la torture, qui a été marqué, qui a combattu dans les jeux publics, s'il est affranchi, sera *dedititiorum numero.*

RÉSUMÉ.

Modes d'affranchissement nécessaires pour que l'affranchi soit citoyen romain.

G. 4-16. — *Vindicta*, baguette : la baguette est (*loco hastæ*) le symbole du *Dominium.*

---

(1) Ulp., frag. 1, § 12.

La procédure *vindicta* est celle de la *cessio in jure*, qui est aussi employée *in causa liberali* (1).

Census. — Il suffit que, d'après l'ordre de son maître, l'esclave soit inscrit sur le rôle public des citoyens romains (2).

Testamentum.— La loi des Douze permet au maître d'affranchir son esclave par testament (3).

Quand la liberté est donnée *directement et immédiatement* par testament, en ces termes : *Stichus liber esto*, l'affranchi a le mort pour patron : à cause de cela, on l'appelle *libertus orcinus*.

Modes d'affranchissement qui font des latins.
(J. 5, § 1.)

Inter amicos — per epistolam — sacris ecclesiis — ou par une manifestation quelconque de volonté.

Un maître abandonne son esclave, *ob gravem infir-*

---

(1) Ulp., t. 1, § 9.— Cette procédure s'accomplit devant un magistrat *populi romani* consul, préteur, proconsul ; mais, comme au cas d'affranchissement elle est purement fictive, elle se fait partout, *dans la rue, au bain, au théâtre* (G. 1-20).

D. 10-2, l 23. — On vint même à ne plus prononcer les paroles solennelles : on touche la tête de l'esclave avec la baguette (*ter vindicta quaterque imposita*), on le fait tourner sur les talons (*una quidem vertigo facit*), on lui donne un léger soufflet (*alapam*). Le voilà libre.

(2) Les registres du cens, à l'*Atrium* de la liberté, près du forum.

(3) Ulp., § 9.

mitatem : l'esclave devient libre et latin. Ce fait tient lieu de manumission (1).

QUALITÉ DES AFFRANCHIS.

G. 17 et 18. — Si l'esclave a plus de trente ans;
S'il est libéré, *ex jure quiritium dominii ;*
S'il est affranchi, *aut vindicta, aut censu, aut testamento,*
Is civis romanus fit.
Si l'une ou l'autre de ces conditions fait défaut, *latinus erit.*

Exceptions : 1° Le défaut d'âge est couvert, *justa causa manumissionis apud concilium probata ;*

2° L'esclave noté d'infamie, ne sera ni citoyen romain, ni latin; on le comptera au nombre des déditices.

J. 5, § 3. — Justinien abolit toutes ces distinctions : tout affranchi est citoyen romain.

CONDITION DES AFFRANCHIS DANS LA CITÉ.

« A Rome où il y avait tant d'affranchis, les lois » politiques furent admirables à leur égard. On leur

(1) D. 40-8, l. 2.

» donna peu, et on ne les exclut de presque rien;
» ils eurent bien quelque part à la législation, mais
» ils n'influaient presque point dans les résolutions
» qu'on pourrait prendre (1).

» Les affranchis gardent quelque chose de l'escla-
» vage dont ils sortent, et font comme une sorte de-
» tache dans la société romaine : on ne méprise pas
» l'affranchi comme un esclave; on ne l'estime pas à
» l'égal d'un vrai romain, et sa qualité de citoyen
» parvenu à la liberté incessamment rappelée dans le
» nom de l'affranchi, lui laisse une marque de la
» servitude qui le place dans un véritable état d'infé-
» riorité.

» A la seconde génération, la réprobation s'efface;
» les affranchis font souche de citoyens, plutôt qu'ils
» ne sont citoyens dans toute la vérité de ce mot (2). »

Un esclave fournit de son pécule le prix de son rachat;

Un tiers a fourni au maître le prix de l'affranchissement.

Une constitution *divorum fratrum* décide que dans ces deux cas l'affranchissement est acquis : *etiam ab invito libertas extorqueri potest* (3).

---

(1) *Esprit des lois*, l. XV, c. XVIII.
(2) Desobry, t. I, p. 277.
(3) D. 40-1, l. 4 et 19.

OBSTACLES A L'AFFRANCHISSEMENT INHÉRENTS A LA PERSONNE DE L'ESCLAVE.

Pour un esclave, l'espoir d'être affranchi ou de se racheter est le seul bien : ce bien peut lui être enlevé.

Un esclave est vendu à la condition qu'il ne sera pas affranchi ;

Un esclave est légué à la condition qu'il ne sera pas affranchi ;

Le préfet ou le président de la province a décidé qu'un esclave ne pourra être affranchi (1) ;

Dans tous ces cas, l'esclave *servitutem secum trahit.* — Sa condition est le contraire de celle du *statu-liber* (2).

S'il se rachète de ses deniers, le rachat est nul (3).

OBSTACLES INHÉRENTS A LA PERSONNE DU MAITRE.

Le maître, *servus pœnæ*, ne peut affranchir ses esclaves, *quia ipse servus est.*

Celui qui est sous le coup d'une condamnation

---

(1) S'il est dit que l'esclave sera exporté, cela équivaut à une prohibition d'affranchissement.

(2) D. 40-1, l. 9.

(3) D. 40-1, l. 4, § 9.

imminente, *ex lege Cornelia*, ne peut affranchir ses esclaves (1).

Le maître est fou : l'esclave ne peut être affranchi par le curateur du fou, *quia in administratione patrimonii manumissio non est* (2).

AFFRANCHISSEMENT DE L'ESCLAVE COMMUN.

Ulp., 1, § 18. — Un esclave est commun à deux maîtres : l'un de ces maîtres ne peut nuire à la propriété de l'autre maître, — mais il peut se démettre de son droit.

S'il affranchit son esclave par un des modes solennels, — il se démet de son droit au profit de son co-propriétaire ;

S'il affranchit son esclave *inter amicos*, ou par autre mode non solennel, il ne fait rien.

Justinien corrige cela. — L'affranchissement profite à l'esclave ; il n'aura plus qu'un maître, et il pourra forcer ce maître au rachat.

Ulp., § 19. — Un esclave appartient à l'un pour la nue propriété, — à l'autre pour l'usufruit : — l'af-

---

(1) D. 40-1, l. 12.

(2) D. 40-1, l. 3.— Un esclave est donné en gage ; le maître s'est dépouillé du droit de l'affranchir au préjudice du créancier gagiste.

franchissement par le nu propriétaire ne nuit point à l'usufruitier : l'affranchi demeure esclave sans propriétaire ; à la fin de l'usufruit, il devient libre.

DES RESTRICTIONS LÉGALES AU DROIT D'AFFRANCHIR. LOI FURIA CANINIA (751).

G. 42. — Au temps d'Auguste, il y eut débordement d'affranchissements testamentaires : affaire d'orgueil. Le défunt tient à passer pour bon maître, ou bien il lui est agréable de savoir que la pompe de ses funérailles sera accrue d'un grand nombre d'affranchis. La loi *Furia Caninia* met fin à cet abus.

La loi *Furia Caninia* limite le nombre des esclaves qui peuvent être affranchis par testament.

Celui qui a trois esclaves ne peut en affranchir que deux. Jusqu'à dix, on peut en affranchir la moitié ; de dix à trente, le tiers ; de trente à cent, le quart ; de cent à cinq cents, le cinquième ; jamais plus de cent.

Les esclaves qu'on veut affranchir doivent être nominativement désignés ; si le nombre légal est dépassé, les esclaves, les premiers inscrits, sont affranchis jusqu'à concurrence de la quantité permise.

J., 7, pr. — Justinien abroge la loi *Furia Caninia*.

CONDITIONS DE L'AFFRANCHI VIS-A-VIS DU PATRON.

J., I, t. VII. — Le patron et les enfants du patron ont la tutelle de l'impubère affranchi.

J., III, t. VII. — A défaut d'héritiers siens, le patron et les enfants du patron ont droit à l'hérédité *ab intestat* de l'affranchi.

Ulp., XXVIII, 7. — Diverses *possessions de biens* (1) sont accordées au patron, aux enfants du patron ou de la patronne sur l'hérédité *ab intestat* de l'affranchi.

Les aliénations que l'affranchi a faites *in fraudem patroni* sont révocables : *Faviana actione* (2).

D. 38, 1, l. 9. — *Liberto et filio* SEMPER HONESTA *et sancta persona patris ac patroni videre debet.*

Le père et le patron sont mis sur le même rang : le fils et l'affranchi leur doivent honneur et respect.

Si l'affranchi manque à ce devoir, il est, suivant la gravité des cas, puni de la réprimande, de l'exil ou des travaux forcés (*in metallum*) (3).

L'affranchi peut aussi être puni par la perte de ses biens ou de la liberté (4).

---

(1) *Possession de biens*, — hérédité prétorienne.
(2) D. 38-5, l. 1, § 6, l. 4, 5.
(3) D. 37-14, l. 1, 7, 12.
(4) *Idem.*

L'affranchi ne peut se servir contre son patron de l'exception de dol, de l'exception ou *metus causa*, de l'*interdit unde vi*.

Il ne peut exercer aucune action déshonorante (*famosam actionem*) (1).

Il y a réciprocité dans une certaine mesure : le patron qui porterait une accusation *capitale* contre l'affranchi serait exclu de la *possession de biens* de l'affranchi (2).

L'affranchi doit des aliments au patron (3), aux enfants du patron, s'ils prouvent qu'ils sont infirmes et indigents (4).

Il y a réciprocité, en ce sens que le patron qui refusera des aliments perdra les droits que sa qualité lui donnait contre l'affranchi (5).

L'affranchissement peut être accompagné d'une stipulation de services à rendre au patron ; cette stipulation vaut, pourvu qu'elle n'excède pas ou les ressources ou les forces de l'affranchi (6).

---

(1) D. 37-15, l. 5 et 7.
(2) D. 37-14, l. 10.
(3) D. 25-4, l. 5, §§ 19 et 20, l. 6 et 9.
(4) *Idem.*
(5) *Idem.*
(6) D. 37-14, l. 6, § 1.

PATRONAT.

Le patronat a deux sources : 1° *manumissiones*, 2° *applicationes*.

Le patronat *manumissione* est nécessaire ; les affranchis doivent le subir.

Le patronat *applicatione* (1) est volontaire ; les étrangers ambitionnent de devenir *clients ;* cette qualité les honore et les protége; sollicitée et accordée, elle constitue un lien de droit (2). Il y a en outre des clients de fait, *salutatores*, *deductores*, *ante-ambulatores*, *assectores*, *prosecutores*, pauvres gens de la plèbe ou parasites ; ils se sont faits clients des riches pour obtenir, les uns *sportulam quotidianam* (le panier aux vivres), les autres, afin d'occuper quelque place vide au dernier rang de la table.

« Le chef de famille commence sa journée par re-
» cevoir les gens de sa maison (*domestici*) ; assis sur
» son trône (*solium*) dans sa plus grande salle, il
» cause avec eux de leurs affaires et leur donne des
» conseils.

---

(1) *Applicatio*, passage d'un étranger sous le patronat d'un citoyen romain.

(2) Mommsen, IV, p. 410. — L'*applicatio* est à la clientèle ce que la recommandation était à la seigneurie féodale. — C'est le choix volontaire d'un protecteur.

» Il leur doit au dehors et justice et protection : il » plaide au besoin leurs procès. De là ces mots » *patronus*, *cliens* (avocat, client), appliqués à la » partie ou à son défenseur devant les tribunaux.

» L'assistance du patron étant nécessaire devant la » justice, le patron ne peut (si ce n'est dans des cas » exceptionnels) ni porter, ni appuyer une demande » en justice contre le client ; le client le peut encore » moins contre lui. Mandat judiciaire, témoignage, » arbitrage contre leurs intérêts réciproques leur » sont également interdits (1). »

L'expression générale de ce rapport est contenu dans ces mots : *in fide esse* (2).

Le devoir du patron est de ne rien faire *contra pietatem*.

---

(1) Mommsen, t. IV, *Appendice*.

(2) Entre le vassal et le seigneur, la foi était réciproque, le dévouement était mutuel, en un mot les deux parties étaient l'une par rapport à l'autre dans une situation à peu près analogue à celle du patron et de son client en droit romain.

On entendait par ces mots : *foi et hommage*, une promesse solennelle que le vassal faisait à son seigneur de lui être fidèle et de le servir en guerre envers et contre tous.

A l'époque féodale, ces expressions étaient à peu près synonymes ; plus tard elles se distinguèrent, et chacune d'elles eut sa signification spéciale.

Porter la foi, c'était prêter au seigneur le serment de fidélité.

L'*hommage* était la reconnaissance solennelle de la concession territoriale que le seigneur ou ses auteurs avaient faite.

Le premier devoir qui résultait pour le vassal de la tenure

Cet office pieux s'étend même au delà de la mort. Le patron ne néglige point de veiller aux funérailles de ses affranchis.

Si le patron manque à ses devoirs (ils n'ont d'ailleurs rien de fixe), la loi des XII Tables y a pourvu : *Patronos sui clientei fraudem fac sit, sacer esto.*

---

en fief était la foi. Celle-ci devait se manifester par des actes que les parties étaient libres de déterminer à leur gré.

Cette foi constituait l'essence même des fiefs (p. 189 et 190).

La condition des serfs a varié avec les époques.

Avant le XIIIe siècle, on trouvait sur le sol français des individus dont la condition différait bien peu de celle des anciens esclaves.

Au XIIIe siècle, on les distingua en vilains et serfs, c'est-à-dire en serfs de corps et serfs de main-morte ou héritage. Les serfs de corps étaient soumis à la puissance absolue du seigneur dans leurs biens et leurs personnes, à tel point que le seigneur pouvait en disposer à son gré.

Les serfs d'héritage seulement étaient soumis au régime de main-morte ; à leur décès tous leurs biens étaient dévolus au seigneur, même à l'exclusion de leurs enfants.

Du XVIe au XVIIIe siècle, on distingna trois classes de serfs :

1° *Les serfs de corps et de poursuite,* qui ne pouvaient se soustraire au servage. Ils restaient soumis aux tailles et à la main-morte, et leur seigneur avait le droit de les rechercher partout où ils se réfugiaient.

2° *Les serfs de meubles*, qui, pour s'affranchir du servage, n'avaient qu'à délaisser tous les meubles et immeubles qu'ils possédaient sur le territoire de la seigneurie.

3° *Les serfs d'héritage.* Pour changer de condition, ils n'avaient qu'à abandonner au seigneur la terre qu'ils détenaient (p. 19 et 20). (Malécot et Blin, *Précis de droit féodal.*)

La condition du serf et du vassal n'est point sans analogie avec celle du *servus* et celle de l'*applicatus*.

L'affranchi convaincu d'ingratitude retombe en esclavage.

Le patronat est exclusif, on n'a qu'un seul patron. Le patronat est héréditaire, il passe à l'un des descendants du patron.

A l'affranchi, le patron tient lieu d'agnat. Il a la tutelle ; il est appelé à la succession *ab intestat*.

L'affranchi est justiciable du tribunal du père de famille. S'il n'est pas loisible au patron de prendre le patrimoine de l'affranchi, il lui est dû des prestations dans certains cas exceptionnels : pour une rançon à payer pour l'établissement d'une fille de famille. Le maître est d'ailleurs dans l'usage de se faire, au moment de l'affranchissement, promettre des prestations, pour le cas où il tomberait dans la nécessité.

« Le vassal devait à son seigneur *la plaigerie et* » *les aides*, cautionnement et contributions, quand » le seigneur déclarait avoir impérieusement besoin » d'argent (1). »

Races latines, races germaniques se rencontrent en plus d'un point de leurs institutions. Le temps, plus que la race, fait les différences.

Ce qui suit fut exclusivement propre aux Romains :

---

(1) Malécot et Blin, p. 209.

les cités du dehors et les provinces entrèrent dans la clientèle d'un citoyen.

Comme il n'est permis qu'aux citoyens romains d'intenter une action contre les gouverneurs qui ont abusé de leurs pouvoirs, les cités, les peuples, les rois se donnent un patron romain pour qu'il leur fasse rendre justice : Cicéron fut patron de Syracuse ; Caton, de l'île de Chypre ; Pompée, des rois de Mauritanie. Ce trait caractérise la politique romaine.

TROISIÈME ÉTUDE.

CITOYENS ROMAINS.—NON CITOYENS ROMAINS.

(Ulp., Frag. III. — G. 22 à 27, 66 à 97.)

Les lois *Julia et Plautia* (664) et le sénatus-consulte de 667 font à tous les latins la même condition de droit.

La loi *Junia Norbana* (667) crée une nouvelle classe d'affranchis assimilés aux latins : *latini juniani*.

Caracalla donne le droit de cité romaine à tous les latins ingénus.

Sous les empereurs de Constantinople, les prérogatives attachées à la cité romaine n'ont plus de raison d'être : tout habitant de l'empire est fait citoyen.

En dernier lieu, la condition politique des personnes est donc : d'une part, *cives romani ;* d'autre part, *hostes, vel barbari* (1).

---

(1) Les *Compilations justiniennes* suppriment les antiques divisions des personnes ; elles sont rappelées incidemment, à cause de la puissance paternelle, ce qui fait une confusion que cette étude a pour but de faire disparaître.

Le droit de cité romaine est complexe.

Au point de vue politique, il se compose du droit de suffrage et du droit d'éligibilité aux fonctions publiques (*jus suffragii, jus honorum*).

Sous ce rapport, l'histoire distingue les patriciens et les plébéiens : les citoyens *optimo jure* et les citoyens *sine suffragio*.

Quant au droit privé, il n'y a point de différence à faire entre les citoyens romains ; tous jouissent du droit *quiritaire* complet.

Les éléments principaux du droit quiritaire privé sont :

1° *Jus matrimonii justi. — Jus patriæ potestatis.*

2° *Jus tutelæ.*

3° *Jus Dominii ex jure quiritium.*

4° *Jus testamenti faciendi. — Jus ex testamenti capiundi.*

5° *Jus libertatis.*

Jus libertatis. — Inviolabilité de la personne.

La personne de tout citoyen est inviolable. Pour sauvegarder ce principe, on tient que le citoyen condamné est *servus pœnæ* ; ce n'est point un citoyen romain, c'est un esclave qui subit la peine (J., t. XVI).

S'agit-il de l'exil, on interdit au condamné le feu et l'eau : il faut bien qu'il s'expatrie.

Enfin, tout citoyen mis en jugement peut prévenir la peine en s'exilant.

Les autres éléments du droit de cité romaine seront successivement exposés quand il sera traité de chaque partie du droit.

NON CITOYENS ROMAINS.

Première Division.

PEREGRINI. — HOSTES. — BARBARI.

Peregrinus, dans le sens le plus général, est le non citoyen qui est soumis au gouvernement de Rome.

Hostis, étranger qui n'est point soumis à la domination romaine.

Barbarus, habitant des contrées lointaines qui n'a point de relations avec Rome.

Hostes et *Barbari* doivent être mis hors classe.

Deuxième Division.

PEREGRINS — LATINS.

Peregrinus, pris dans un sens spécial, est opposé à *Latinus*.

Les latins ont avec les romains des rapports de

droit privé qui ne sont point accordés aux autres *pérégrins*.

Subdivision des Latins.

PRISCI LATINI. — LATINI COLONARII.

Avant les lois *Julia et Plautia* (précitées), on distingue :

1° *Prisci latini* ayant *majus jus latii*.

2° *Latini colonarii* ayant, soit *majus jus latii*, soit *minus jus latii*, selon que l'un ou l'autre droit leur a été concédé (1).

Quel fut le *majus jus latii?* On ne peut le dire exactement. On sait toutefois que les latins confédérés, alliés des romains (*prisci latini vel socii*) ont *jus commercii*. — *Jus connubii* avec les plébéiens. — *Jus suffragii* dans les tribus et dans les curies, non dans les centuries, parce qu'ils ne font point partie des légions romaines. — *Jus incolatûs* (l'incolat), à charge de payer l'impôt; — qu'ils ont en outre des facilités particulières pour acquérir le droit de cité romaine.

Quel fut le *minus jus latii?* On le sait mieux; voici comment : *Les latini juniani* sont assimilés aux *latini*

(1) Voir *Introduction*, p. 63.

colonarii. Or, les Commentaires de Gaius exposent avec détail la condition des latins juniens.

Après les lois *Julia* et *Plautia* et le sénatus-consulte de 667, et la loi *Junia Norbana* (667), il n'y a plus qu'une classe de latins : les affranchis *latins juniens*.

La condition des latins juniens sera exposée point par point quand il sera traité de chaque matière du droit.

DES PÉRÉGRINS.

PEREGRINI. — PEREGRINI DEDITITII. — PÉRÉGRINS (PROPREMENT DITS).

Entre ces pérégrins et les citoyens romains, le *jus gentium* est la règle.

Les pérégrins sont d'une condition inférieure aux latins, en ce que aucune des prérogatives du *jus civile* ne leur est pas communiquée.

DE PEREGRINIS DEDITITIIS.

G. 14. — On appelle pérégrins déditices les habitants des cités vaincues qui se sont rendues à discrétion. Le *jus gentium* ne leur est point accordé.

G. 15. — On assimile à ces déditices (*numero dedititiorum sunt*) :

1° Les hommes libres condamnés à la déportation dans une île (*homines sine civitate*) (1).

2° Les affranchis qui, durant leur esclavage, ont été condamnés pour quelque crime.

G. 26. — Les affranchis qui sont assimilés aux déditices, ne peuvent jamais acquérir le droit de cité romaine.

G. 27. — Ils ne peuvent demeurer à Rome, ni à moins de cent milles de Rome. Au cas de rupture de ban, ils deviennent esclaves sans qu'il soit permis de les affranchir. Au cas d'affranchissement, ils deviennent esclaves du peuple romain.

QUI SUNT CIVES ROMANI ?

Cives Romani nascuntur, aut fiunt.

Cives romani nascuntur : une nation est autre chose qu'une collection d'hommes *actuellement* vivant sous les mêmes lois, et fixés sur un territoire régi par un gouvernement unitaire ou confédéré.

Une nation est une suite d'hommes liés entre eux,

(1) D. 48-19, l. 17. — Ulp., xx, 14.

et dont les aïeux étaient liés entre eux : l'hérédité familiale fait les nations. C'est pourquoi la conquête si prompte à unir les territoires est si longue à unir les hommes.

Le droit romain décide que :

Les enfants hors mariage suivent la condition de la mère ;

Les enfants du mariage suivent la condition du père (1).

Les règles et les exceptions suivantes sont spéciales au droit romain.

Naît citoyen romain :

1° L'enfant né hors mariage d'une femme ayant qualité de citoyenne romaine, *au moment de l'accouchement*.

La mère aurait été *peregrina* au moment de la conception ou au cours de la grossesse, cela ne nuirait point à l'enfant.

Mais il ne lui servirait de rien que la mère eut eu au cours de sa grossesse la qualité de citoyenne ro-

---

(1) Malécot et Blin, *Précis de droit féodal*, p. 16. — Chez les Francs établis en Gaule, la jouissance des droits civils se communiquait-elle par la filiation ou le lien de naissance? — La question reste indécise.

Mais à l'époque féodale, c'est le principe de territorialité *(jus soli)* qui dominait; peu importait le *jus originis paternæ*.

maine, si elle l'avait perdue au moment de l'accouchement.

Ulp., v, § 10. — Gaius, 89 et 90. — La règle *media tempora prosunt, non nocent*, ne s'applique qu'aux questions de liberté ou d'esclavage.

2° L'enfant issu de *justes noces* : les justes noces, en effet, supposent que le père et la mère ont qualité de citoyens romains.

3° L'enfant issu d'un mariage autre que les justes noces — pourvu que le père soit citoyen romain et qu'il ait avec la mère *jus connubii* (1).

L'enfant qui naît de l'union d'un pérégrin et d'une citoyenne romaine *devrait être* citoyen romain, car, entre le père et la mère, il n'y a pas *connubium*.

C'est le contraire qui a lieu, à cause de la loi *Mensia*.

La loi Mensia dit : du père et de la mère, quand l'un ou l'autre est pérégrin, l'enfant suit la condition qui est la pire (2).

Cives Romani fiunt. — Les *Déditices* ne peuvent devenir citoyens romains. Restent donc comme

---

(1) *Connubium* a un sens tout relatif, c'est le droit de mariage entre *telle* et *telle* personne déterminée.

Quand il n'y a pas *connubium*, il n'y a pas mariage; donc, l'enfant suit la condition de la mère.

(2) Ulp., v, § 8.— Ex alterutro peregrino natum deterioris parentis conditionem *lex Mensia* sequi jubet.

pouvant devenir citoyens romains : les esclaves — les latins — les pérégrins.

Comment l'esclave devient-il citoyen romain ? Cela a été dit à propos de l'affranchissement.

Comment le latin et le pérégrin deviennent-ils citoyens romains ?

Tels sont les deux points à traiter.

COMMENT LES LATINS DEVIENNENT-ILS CITOYENS ROMAINS?

(Ulp., Frag. III.)

Les latins acquièrent la qualité de citoyens romains :

1° *Beneficio principali* : quand le latin obtient de l'empereur *jus civitatis romanæ.*

2° *Liberis — causæ probatione.*

G. 66. — Si un latin épouse soit une citoyenne romaine, soit une latine, et qu'il fasse la preuve qu'il s'est marié pour avoir des enfants; — si ce latin a un enfant, fils ou fille, et que cet enfant soit âgé d'un an; — alors ce latin peut devant le préteur ou le président de la province faire la preuve de ces circonstances ; — le père et l'enfant deviennent citoyens romains.

Si la femme est latine : tous, le père, la mère et l'enfant deviennent citoyens romains (1).

Ulp., § 3. — Ce mode d'acquisition de la cité romaine fut d'abord particulier aux esclaves devenus latins, pour avoir été affranchis avant l'âge de trente ans.

Un sénatus-consulte, rendu sous le consulat de *Pegasus* et *Pusio*, étendit ce bénéfice à tous les latins.

3° *Iteratione :*

L'affranchi *latin junien*, pour avoir moins de trente ans, devient citoyen au moyen d'un affranchissement *réitéré* par celui qui fut son maître.

4° *Militia.* — D'après la loi *Visellia*, devient citoyen romain le latin qui a servi pendant six ans dans les vigiles de Rome; le sénatus-consulte précité a réduit ce délai à trois ans.

5° *Nave.* — D'après un édit de Claude, devient citoyen romain le latin qui a construit un navire de dix mille mesures et qui pendant six ans a porté du blé à Rome.

6° *Pistrino — ædificio.* — Le texte n'a point été conservé.

7° *Vulgo quæ sit ter enixa.*

La femme latine, qui a mis au monde trois enfants, devient citoyenne romaine *ex senatus-consulto.* —

---

(1) Dans ce cas, le latin acquiert à la fois la qualité de citoyen romain et la puissance paternelle.

Sa fécondité est aussi efficace que la *causæ probatio* au cas de mariage.

COMMENT UN PÉRÉGRIN DEVIENT-IL CITOYEN ROMAIN?

Le pérégrin, *non latin*, devient citoyen romain :

1° *Beneficio principali ;*

2° *Erroris causæ probatione.*

G. 66. — La femme pérégrine acquiert la qualité de citoyenne romaine dans le cas où un citoyen romain l'a épousée, ignorant qu'elle est pérégrine, et qu'un fils est né de cette union.

G. 68. — En sens inverse, lorsqu'une femme romaine ou latine a épousé un pérégrin qu'elle croyait ou citoyen romain ou latin, si un fils est né et qu'elle prouve son erreur, le mari devient citoyen romain.

Si le mari est déditice, il reste déditice, mais l'enfant devient citoyen romain, *erroris causa probata.*

Causæ probatio — erroris causæ probatio — sont donc deux manières d'acquérir la qualité de citoyen romain.

La première est déduite de l'intention, elle est propre aux latins.

La seconde est un remède à l'erreur; elle profite à tout pérégrin.

PERTE DE LA QUALITÉ DE CITOYEN ROMAIN.

(G. 1-159, 163, — J. t. 16) (1).

Caput signifie personne civile; *diminutio capitis*, changement d'état.

Il y a trois *diminutions de tête : maxima*, *media*, *minima*.

Maxima diminutio, quand, perdant à la fois la liberté et la cité, un citoyen devient esclave (2).

Media diminutio, quand le citoyen perd le droit de cité sans devenir esclave. Cela arrive à celui *cui aquæ et igni interdictum fuerit*, — pareillement à celui qui est déporté dans une île.

Minima diminutio, quand, la liberté et la cité étant conservées, l'état du citoyen éprouve un changement — soit avec diminution de droits (*adrogatio*, *conventio in manum*) — soit avec augmentation de droit (*emancipatio*) (3) — soit sans augmentation ni diminution de droits (*adoptio*).

---

(1) Nous exposons ici ce qui concerne la *diminution de tête*, dont il est aux Institutes traité à l'occasion de la tutelle.

(2) Ces cas ont été ci-dessus énumérés.

(3) *Diminutio capitis*, quand il y a augmentation de droits, cela paraît étrange. Paul donne l'explication suivante : Cum emancipari nemo possit, nisi in imaginariam servitutem causam deductus. — (Voir ci-après *Emancipation*.)

Toute *diminutio capitis* détruit la parenté civile (*agnatio*) ; — la *maxima diminutio* est la seule qui détruise la parenté naturelle (*cognatio*).

L'esclave n'a point d'état, *caput nullum habet ;* — on ne peut en aucun cas dire de lui *capite minuitur*.

Si la langue romaine avait admis cette locution, on dirait : *manumissione servus caput adquirit*.

Hors le cas de condamnation, le citoyen romain ne peut être dépouillé du droit de cité.

HOSTES — HOSPITES CIVITATIS (1).

« L'hospitalité est la forme primitive et simple de » la protection. Si haut qu'on remonte dans les âges, » on la rencontre d'une façon certaine.

» L'*hospitium* n'est pas de mise entre habitants » de la même cité. Le mot originaire *hostis* le dit » assez.

» Il n'est praticable qu'entre cités indépendantes. » On tiendra toujours pour impossible et contraire » au bon sens un contrat d'amitié entre une colonie » ou un municipe.

» L'*hospitium* est un pacte international, mais à

---

(1) Mommsen, t. IV, *Appendice*.

» la différence de *fœdus*, il n'est pas un *contrat sacré*;
» aucun serment n'y est nécessairement joint.

» Pour assurer la preuve du pacte d'hospitalité,
» on échange des symboles (1).

» Les contrats d'hospitalité publique sont gravés
» en double sur des tables de bronze, chacune des
» parties ayant son original. — L'exemplaire appar-
» tenant à Rome est déposé dans le temple de la
» bonne foi romaine. »

Quels sont les droits compris dans l'*hospitium publicum?*

L'hôte a droit à un logement gratuit, au mobilier nécessaire et à des prestations en denrées ou en argent (*locus et œdes libera — lautia — munus*).

L'*hospitium publicum* assure à la cité amie et à chacun de ses membres la protection et l'exercice de ses droits (*hospes suis legibus utitur*).

L'hôte vend, achète, fait avec les romains tous les contrats consensuels; il porte ses procès devant le tribunal des récupérateurs; c'est par lui que le *jus gentium* a commencé de se développer à côté du *jus civile quiritium*.

---

(1) Deum hospitalem ac tesseram mecum fero (Plaute).

QUATRIÈME ÉTUDE.

DE NUPTIIS, DE DIVORTIIS, DE DOTIBUS, DE JUSTIS NUPTIIS (1).

(G. I. 56 et s. — Ulp. Frag. v. 2. — J. t. 10.)

DÉFINITIONS.

J. 9, 1. — Le mariage est l'union de l'homme et de la femme, union qui contient en elle la communauté de la vie.

L. 1. D. 24, 2. — Le mariage est la conjonction de l'homme et de la femme, l'union de la vie en toutes choses, la mise en commun du droit divin et du droit humain (2).

---

(1) Le droit romain considère le mariage surtout comme principe de la puissance paternelle.

Gaius et *Ulpien* en traitent à cette occasion, et ce qu'en dit *Justinien* est placé sous la rubrique *de nuptiis*, ce qui ne s'entend que des *nuptiis justis*, c'est-à-dire du mariage exclusivement propre aux citoyens romains.

Mais le mariage fournit matière à des développements étendus ; il a une importance si particulière que nous avons cru devoir en faire l'objet d'une étude indépendante de celle où il sera traité de la puissance paternelle.

(2) Nuptiæ sunt conjunctio maris et fœminæ et consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio.

Le mariage (*nuptiæ*) est *justum* lorsqu'il est contracté entre citoyens romains selon les règles du droit exclusivement propre aux citoyens romains (*secundum præcepta legum*).

Les *justæ nuptiæ* étant du droit civil et non point du droit des gens, le droit de contracter de *justes noces* est une prérogative des citoyens romains.

DES CONDITIONS REQUISES POUR QU'IL Y AIT JUSTES NOCES.

Pour le *justum matrimonium*, le droit quiritaire exige quatre conditions (1).

Il faut que :

1° Les époux soient pubères ;

2° Que tous deux consentent à se prendre pour époux ;

3° Si les futurs époux ne sont pas *sui juris*, que ceux sous la puissance desquels ils sont consentent au mariage ;

4° Que ceux qui contractent mariage aient entre eux le *jus connubii*, autrement dit *connubium*.

---

(1) Ulp., Fr. v, 2.

Première condition.

L'homme doit être pubère et la femme nubile.

Dans l'origine, on considérait le *fait même* de la puberté, sans avoir égard à l'âge.

Plus tard, l'âge fut la preuve légale de la puberté. Cet âge est : quatorze ans pour les mâles, douze ans pour les filles.

Deuxième condition.

Consentement des futurs époux : le mariage est une convention (1).

Suivant l'intention de ceux qui s'unissent, il y a ou mariage ou concubinat (2).

Le consentement est nécessaire, mais il ne suffit pas, il doit être suivi de la tradition de la femme au mari.

Paul, 2, 20, 7. — L'homme *absent* peut contracter mariage ; la femme *absente* ne peut contracter mariage.

Si la femme absente ne peut contracter mariage, ce n'est pas qu'un absent ne puisse consentir, puisque

---

(1) D. 23, 2, l. 21. — Non cogitur filius familias uxorem duxere.

(2) Voir *infra* : de concubinatu.

le mari, quoique absent, donne un consentement valable pour son propre mariage.

Si la femme absente ne peut contracter mariage, c'est que, *absente*, elle ne peut être *livrée* au mari. Le mari, au contraire, quoique absent, peut recevoir la tradition de la femme; il suffit pour cela que la femme soit conduite chez lui.

Il faut donc que la tradition de la femme au mari s'ajoute au consentement réciproque pour que le mariage soit. De là vient l'expression *uxorem ducere*, prendre femme, se marier.

Si la tradition est nécessaire pour qu'il y ait mariage, la cohabitation ne l'est pas. Le mariage est fait *statim atque ducta est uxor quamvis cubiculum mariti non venerit* (1).

Troisième condition.

J. t. 10. pr. — Celui qui n'est pas *sui juris* ne peut se marier qu'avec le consentement de la personne sous la puissance duquel il est.

Ce consentement doit précéder le mariage.

S'il s'agit d'un petit-fils, il faut, outre le consente-

(1) D. 15-1, l. 35. — Nuptias non concubitus sed consensus facit. — D. 24-1, l. 66. — Priusquam virgo ad maritum transeat et priusquam aqua et ignis acquirentur, id est nuptiæ celebrentur.

ment du grand-père, chef de la famille, le consentement du père sous la puissance duquel ce futur époux tombera un jour.

Il en est autrement s'il s'agit d'une petite fille (*neptis*).

Voici la raison de cette différence : les enfants du petit-fils viendront, à la mort de l'aïeul, sous la puissance du père, devenu à son tour chef de la famille. Ils seront ses héritiers *siens*.

Les enfants de la petite-fille, au contraire, ne seront point héritiers *siens* du père de l'épouse. Ils feront partie de la famille du mari et non de la famille du père de la femme.

Par la même raison, quand le père est fou (*furiosus*), le fils ne peut contracter mariage ; la fille, au contraire, peut se marier, quoique son père ne puisse consentir au mariage.

Tout cela dérive de la règle de droit : *nemini invito hæres suus agnascitur*.

Quatrième condition.

Les époux doivent avoir, l'un relativement à l'autre, le *jus connubii*.

Ulp. 5. 3. — On entend par *connubium* la faculté d'épouser selon le droit (*jure*) la femme que l'on prend pour épouse.

Le défaut du *jus connubii* constitue donc une incapacité de se marier avec telle personne, une incapacité *relative*, et non une incapacité *absolue*.

L'obstacle au *connubium* vient : 1° De la nationalité ; 2° De la parenté et de l'alliance.

I.

Ulp. 5, 4. — Le *connubium* existe entre les citoyens et les citoyennes romaines.

Il existe entre les citoyens romains et les latines et les pérégrines, dans le cas seulement où cela est concédé.

Ulp. 5. — Avec les esclaves, il n'y a point de *connubium*.

II.

J. 10, 1 et 6. — En ligne directe, la parenté et l'alliance font, à tout degré, obstacle au *connubium*.

En ligne directe, la parenté adoptive fait, même après l'émancipation, obstacle au *connubium*.

En lignes collatérales, le *connubium* n'existe ni entre frère et sœur, ni entre oncle et nièce (1), ni

---

(1) Claude ayant épousé Agrippine, fille de son frère, on admit le *connubium* entre l'oncle et la nièce fille d'un frère, mais non entre l'oncle et la nièce fille d'une sœur.

G. 62. — Justinien rétablit la prohibition primitive.

entre grand-oncle et petite-nièce, quoique entre eux la parenté soit au quatrième degré.

J. 10. 3. — Mais, entre cousins au quatrième degré, le *connubium* existe.

Ces règles peuvent se résumer ainsi :

En lignes collatérales, la parenté au troisième degré fait toujours obstacle au *connubium*.

La parenté collatérale au quatrième degré ne fait obstacle au *connubium* que dans le cas où l'un des parents est, au premier degré, de l'auteur commun.

L'accomplissement de toutes ces conditions est nécessaire, mais il suffit pour que le mariage soit. Les *justes noces romaines* ne sont donc point, comme le mariage chez les peuples modernes, l'œuvre d'une autorité supérieure. A Rome, les époux se marient ; en France, l'officier public les marie.

DE LA PARENTÉ ET DE L'ALLIANCE.

Ce qui vient d'être dit de la parenté et de l'alliance doit être complété.

La parenté (*cognatio*) est le rapport qui existe entre personnes qui descendent les unes des autres (parenté en ligne directe), — ou qui, sans descendre les unes des autres, ont un auteur commun (parenté en lignes collatérales).

Cognatio, c'est le lien du sang.

Ulp. 11. 4. — Quand le lien de *cognation* s'établit par les mâles, il est dit *agnation*.

***Agnati sunt a patre cognati, virilis sexus, per virilem sexum descendentes* (1).**

L'alliance (*adfinitas*) est le lien qui existe : 1° entre un époux et les parents de son conjoint ; 2° entre un parent et le conjoint de ses parents.

DES DEGRÉS DE COGNATION.

J. 3. t. 6 (2). — La parenté directe est figurée par une ligne : sur cette ligne, chaque parent prend place suivant l'ordre de sa filiation : l'aïeul au sommet de la ligne, le dernier petit-fils à l'autre extrémité.

La parenté en lignes collatérales est figurée par des lignes qui se rencontrent en un même point. Au point de rencontre (au sommet), l'on place l'auteur commun, et sur chaque ligne vient se ranger la série des parents qui descendent les uns des autres, chacun suivant l'ordre de sa filiation.

---

(1) Cette distinction entre les agnats et les cognats ne touche point au *jus connubii*. Mais elle est capitale quant à la tutelle et au droit de succession.

(2) Le t 6, l. 3, J. ne contient qu'une énumération qui déjà se trouve pour partie dans le t. 10, l. 1, J. C'est pourquoi nous lui donnons place ici.

Le degré, c'est l'intervalle qui existe entre un parent et le parent qui sur la ligne occupe la place la plus proche.

J. pr. — En ligne directe, la cognation ascendante ou descendante commence du premier degré.

En lignes collatérales, la cognation ne peut commencer qu'au second degré. En d'autres termes, entre parents collatéraux, il ne peut y avoir cognation au premier degré. Les frères collatéraux les plus proches sont cognats au deuxième degré (1).

Les degrés de l'alliance se comptent comme les degrés de parenté.

Entre le fils du premier lit du mari et la fille de l'épouse si cette fille est née d'un autre lit, il n'y a point d'alliance. Cela résulte de la définition même que nous avons donnée de l'alliance (J. § 8).

L'alliance fait comme la parenté obstacle au *connubium* — mais il faut observer qu'il ne peut être

---

(1) La cognation en ligne directe se divise en cognation ascendante ou en cognation descendante.

Au premier degré ascendant, le père et la mère. — Au premier degré descendant, le fils et la fille.

Au deuxième degré ascendant, l'aïeul et l'aïeule. — Au deuxième degré descendant, le petit-fils et la petite-fille. — Au deuxième degré collatéral, le frère et la sœur, — et ainsi de suite. Voir au surplus J. l. 3, t. 6.

Nous faisons remarquer que la langue latine a des mots particuliers pour désigner les collatéraux de la ligne paternelle (*patruus*, *amita*, *fratres patrueles* — oncle, tante, cousins- fils de frère), et les collatéraux de la ligne maternelle (*avunculus*, *matertera*, *consobrini*), etc.

question que de l'alliance *dissoute*. Tant que l'alliance existe, l'obstacle au *connubium* tient à une autre cause : la prohibition de la polygamie. Quand on dit que, pour cause d'alliance, le beau-père ne peut épouser sa bru, cela s'entend non de la femme qui *est*, mais de la femme qui *fut* sa bru (J. t. 10, § 6).

Pareillement, les *cognations serviles* ne font obstacle au *connubium* qu'entre ceux qui *furent* esclaves ; ceux qui *sont* esclaves n'ont point le *connubium* par une autre cause plus générale. Les esclaves ne sont point des personnes : tout mariage leur est interdit.

DE L'EFFET DES JUSTES NOCES QUANT AUX ENFANTS.

« L'obligation naturelle qu'a le père de nourrir ses » enfants a fait établir le mariage qui déclare celui » qui doit remplir cette obligation.

» L'on juge que tout enfant conçu pendant le ma- » riage est légitime : la loi a confiance en la mère » comme si elle était la pudicité même (1). »

L'enfant *issu ex justis nuptiis* est soumis à la puissance paternelle (2).

---

(1) *Esprit des lois*, l. VI, ch. VII, et l. XXIII, ch. XI.
(2) Voir étude suivante.

EFFET DES JUSTES NOCES QUANT A L'ÉPOUSE.

Les justes noces associent l'épouse aux honneurs du mari. C'est pour cette raison que le *connubium* n'existait pas entre les dignitaires de l'empire et les affranchies ou les comédiennes (1).

L'épouse, selon les justes noces, porte le titre d'*uxor*.

L'épouse *uxor ex justis nuptiis* a le privilége de tomber *in manu mariti* et de devenir ainsi *loco filiæ*.

DE IIIS QUI IN MANU SUNT.

G. 1. 109. — Le mot *manus* désigne le pouvoir du mari sur l'épouse qui place la femme à l'égard de son mari *loco filiæ*.

Manus, c'est la puissance paternelle acquise au mari sur la personne de sa femme.

La femme *in manu mariti* est réputée fille de son mari, sœur de ses enfants placés comme elle sous la puissance du père.

Le *justum matrimonium* ne donne point de plein droit (*ipso jure*) au mari la *manus* sur sa femme.

---

(1) D. 23-2, l. 43. — Justinien supprima cette prohibition. Il le fallait bien puisqu'il épousa Theodora.

G. 110. — La femme vient *in manu mariti* par un fait qui s'ajoute aux justes noces : *usu*, *farreo*, *coemptione*.

USUS.

Ce qui fait le mariage, c'est le consentement des futurs époux accompagné de la *tradition* de la femme au mari.

La cohabitation n'est pas nécessaire pour que le mariage existe, mais c'est la cohabitation continue qui donne au mari la *manus* sur la femme.

Pour produire cet effet, la cohabitation doit durer un an sans interruption.

Le droit romain applique au pouvoir marital le même principe qu'au droit de propriété. La possession ou l'usage continué pendant un an fait acquérir la propriété.— Appliquée aux choses, cette possession continue s'appelle *usucapion ;* appliquée à la femme, elle s'appelle *usus*.

FARREUM.

G. 112. — *Farreum* désigne un genre de sacrifice dans lequel on employait un pain de froment, d'où vient le nom de *confarréation*. La cérémonie s'accomplit avec des paroles solennelles et en présence de dix témoins.

Les noces avec confarréation (*confarreatæ nuptiæ*) donnent au mari la *manus* sur l'épouse (1).

COEMPTIO.

G. 113. — *Coemptio* veut dire achat.

La femme tombe *coemptione in manu mariti* lorsqu'elle se vend à son mari par mancipation.

Cette coemption, qui n'est que fictive, se fait en présence de cinq citoyens romains, d'un libripens, de la femme et du mari. Elle est dite *matrimonii causa*.

Il y a une autre coemption *fiduciæ causa* dont il sera parlé au chapitre de la tutelle des femmes.

G. 122. — La femme qui fait la coemption ne tombe point dans une condition servile (*non deducitur in servilem conditionem*).

En dehors de ces trois cas (usus, farreum, coemptio) l'épouse n'est point sous le pouvoir de son mari.

Si au moment du mariage la femme est sous la puissance paternelle, elle continue d'y être soumise; elle reste dans sa famille d'origine.

---

(1) Ceux-là seulement qui sont nés du mariage accompagné de confarréation (*confarreatis nuptiis*), peuvent remplir les fonctions de *flamines supérieurs*, c'est-à-dire de prêtres de Jupiter, de Mars, de Quirinus.

Si la femme est *sui juris* au jour du mariage, elle continue d'être *sui juris* tant qu'elle n'est pas tombée *in manu mariti*.

Nous devons dire que les femmes *sui juris* sont en tutelle, ce qui sera vu plus loin.

DISSOLUTION DU MARIAGE.

Le mariage est dissous par la mort, par la captivité, par la servitude, par le divorce et la répudiation (1).

Par la mort. Le mari peut contracter immédiatement un nouveau mariage; — la femme doit laisser passer un délai de dix mois, sous peine d'être notée d'infamie.

Cette prohibition a pour effet d'empêcher la confusion de part (*turbatio sanguinis*), — elle n'a pour cause que le respect du deuil, car, au cas de divorce, aucun délai ne retarde le nouveau mariage de la femme (2).

Par la servitude. Celui qui tombe en servitude est retranché du nombre des personnes : avec un esclave, il n'y a point de mariage.

---

(1) D. 24-2, l. 1.
(2) D. 3-1, l. 1 et 9. — Les empereurs portèrent à douze mois le délai pour nouveau mariage au cas de divorce.

Par la captivité. Tant que dure la captivité, le captif est réputé mort (1) ; le mariage est dissous.

Exemple : Le mari et la femme sont tous deux pris par les ennemis, la femme devient grosse de l'œuvre du mari ; la mère *seule* revient de captivité, les enfants *quasi sine marito nati spurii habebuntur* (2).

La captivité cessant, et le captif étant de retour, les effets qu'elle a produits sont effacés *rétroactivement.* Le mari recouvre son épouse *jure postliminii* (3).

Dans l'exemple ci-dessus cité, si les *deux* époux reviennent de captivité, les enfants sont *justi liberi.*

La fin de la *servitude* ne produit point cet effet rétroactif. Le bénéfice du *jus postliminii* est aussi refusé au captif qui, vaincu par les armes, s'est rendu à l'ennemi (4).

Dans ces deux cas, le mariage ne renaît que s'il est à nouveau contracté (5).

Quoi de plus caractéristique que le *jus captivitatis* et le *jus postliminii* appliqués même au mariage !

---

(1) D. 49-19, l. 18. — *In omnibus partibus juris*, is qui reversus non est ab hostibus quasi tunc decessisse videtur quum captus est.

(2) L. 25, D. 49-19.— *Spurii*, synonyme *vulgo concepti.*

(3) L. 14, D. ibid. — Uxorem maritus jure postliminii recepit. L. 16. Retro creditur in civitate fuisse, qui ab hostibus advenit.

(4) L. 17, D ibid. — Postliminio carent qui armis victi hostibus se dederunt.

(5) L. 14, D. ibid.— Consensu redintegratur matrimonium.

L'honneur des armes vaut plus que les liens de la famille.

PAR LE DIVORCE ET LA RÉPUDIATION (1).

« Il y a cette différence entre le divorce et la » répudiation, que le divorce se fait par un consen- » tement mutuel à l'occasion d'une incompatibilité » mutuelle ; au lieu que la répudiation se fait par la » volonté et pour l'avantage d'une des parties, indé- » pendamment de la volonté et de l'avantage de » l'autre (2). »

DIVORCE.

Divortium vel a diversitate mentium dictum est, — vel quia in diversas partes eunt qui distrahunt matrimonium (3).

Le mariage antique est libre : tout pacte contraire à la liberté du mariage ne vaut (4).

Cette liberté dérive de la nature même du mariage

---

(1) D. 24-2.
(2) *Esprit des lois*, l. XVI, c. XV.
(3) D. 24-2, l. 2.
(4) C. de inutilibus stipulationibus, l. 2.—Libera matrimonia esse antiquitus placuit ; ideoque pacta, ne liceret divertere, non valere.

romain : le seul consentement le fait, le seul consentement le défait.

Il arrive souvent que le mariage ne peut commodément durer, *propter sacerdotium, vel sterilitatem, vel senectutem, aut valetudinem, aut militiam ;* à cause de cela, le mariage est dissous, *bona gratia.*

Il ne paraît pas que, dans l'origine, le divorce ait été soumis à l'accomplissement de formalités certaines.

La loi *Julia de adulteriis* exige un acte de répudiation (*libellum repudii*) et l'intervention de sept témoins, citoyens romains (1).

Le divorce semble être affaire de conseil ; la répudiation semble plutôt tenir à la promptitude de l'esprit et à quelque passion de l'âme (2).

« Cicéron dit que les causes de répudiation venaient » de la loi des XII Tables. La loi ne demandait point » qu'on donnât des causes pour le divorce. Par la » nature de la chose, il faut des causes pour la répu-

---

(1) D. 24-2, l. 7, 9, 60 et 61.

(2) D. 24-2, l. 3. — Divortium non est, nisi verum, quod animo perpetuam dissensionem fit. Ideoque per calorem misso repudio si brevi reversa uxor est nec revertisse videtur.

» diation ; il n'en faut point pour le divorce, parce » que là où la loi établit des causes qui peuvent » rompre le mariage, l'incompatibilité mutuelle est » la plus forte de toutes (1).

En un mot, la répudiation vient d'un côté ; le divorce des deux côtés ; il est l'effet d'un éloignement commun.

Voici les formules de répudiation : *tuas res tibi habeto ;* item hæc : *tuas res tibi agito.*

DE NUPTIIS NON JUSTIS.

Par opposition au *justum matrimonium* (mariage entre citoyens romains, contracté selon le droit quiritaire), le droit reconnaît *matrimonium injustum.* Cela doit être, car il n'y a pas que les citoyens romains qui se marient.

Pour qu'il y ait mariage, le *jus connubii* doit exister.

G. 66. — La loi *OElia Sentia* reconnaît *jus connubii :*

1° Entre un latin et une citoyenne romaine ;

2° Entre un latin et une femme latine ;

3° Un pérégrin et une femme pérégrine.

L'enfant issu de ce mariage suit la condition de la mère : latin, si la mère est latine ; citoyen romain, si la mère est citoyenne romaine.

---

(1) *Esprit des lois*, l. XVI.

Mais la paternité est certaine selon la loi, et l'enfant n'est point *vulgo conceptus*.

Ce mariage conduit, *causæ probatione*, les époux à l'acquisition du droit de cité romaine et à la puissance paternelle.

DE CONCUBINIIS.

(Paul, S., 2-20).

Concubina ab uxore solo dilectu separatur.

Au point de vue légal, l'affection est moindre : en effet l'homme n'associe point sa concubine aux honneurs de sa condition, et le concubinat ne contient point comme les noces (*justæ*) *totam vitæ consuetudinem.*

Le lien est aussi moins solide : pour le rompre, il n'est besoin de divorce ou de répudiation ; la séparation de fait suffit.

Mais le concubinat romain est bien un mariage, quoique d'ordre inférieur : il indique la paternité.

L'enfant issu du concubinat est tenu pour enfant naturel du père (*liber naturalis, non vulgo conceptus*).

— L'enfant, il est vrai, suit la condition de la mère; il n'entre point dans la famille du père; il n'exerce sur le patrimoine paternel aucun droit de succession.

— Cela ne nuit point à ce qui est le principal, la filiation paternelle.

La maxime fameuse : *is pater est quem nuptiæ demonstrant*, que nous avons empruntée aux Romains, n'est point chez eux limitative. La preuve de la paternité n'est pas dans le mariage seulement.

DE DOTIBUS.

(Ulp., Frag. VI.)

La dot (dos) *est le bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage* (art. 1540, C. civ.).

Point de mariage, point de dot (1).

A Rome, *la dot* est un des signes qui servent à distinguer le *mariage* du *concubinat* (2). La constitution de dot ne peut manquer d'être une manifestation de la volonté d'être uni par mariage, puisque, s'il ne devait y avoir que concubinat, la constitution de dot ne vaudrait pas (3).

---

(1) L. 3, D. 23-3. — Ubicumque matrimonii nomen non est, nec dos est.

(2) J. x-12. — Si adversus ea quæ diximus aliqui coierint, nec vir, nec uxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligitur.

(3) C'est donc avec raison que dans les fragments d'Ulpien le titre de *Dotibus* suit immédiatement les textes de *Nuptiis*. Les notions générales relatives à la dot se rattachent à l'étude des justes noces.

A Rome, la dot peut ou précéder ou suivre le mariage.

Si elle le précède, l'effet de la constitution de dot est suspendu jusqu'à l'événement des noces (1).

Ulp., frag. 1.— *Dos aut datur*, *aut dicitur*, *aut promittitur*.

Dos datur. — *Dare* signifie transférer la propriété (2). La propriété de la dot est transférée au mari. Le texte suivant ne permet aucun doute.

G. 2, 63. — Le mari ne peut aliéner le fonds dotal, *quamvis ipsus sit*, *vel mancipatum ei dotis causa vel in jure cessum*, *vel usucaptum* (3).

Mais le mari, bien que propriétaire, n'a pas sur la dot un droit complet.

L'inaliénabilité du fonds dotal, l'obligation de restituer la dot, la destination même de la dot (*ibi dos esse debet ubi onera matrimonii sunt* (4), altèrent et dénaturent le *dominium*.

De là vient que sans contredire le principe que pour le mari la dot est *res ipsius*, il est écrit au

---

(1) Paul, sent. 2, 21.

(2) L'idée de gratuité n'est point contenue dans le mot *dare*. Donner, dans le sens de faire une libéralité, est dit *dono dare*.

(3) Ces modes ordinaires d'acquisition font le mari propriétaire.

(4) D. 23-3, l. 56.

Digeste : *quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est* (1).

Dos promittitur, — *dos datur*. De ces deux expressions la différence se montre d'elle-même.

Quand la dot est *donnée*, le mari est propriétaire de la dot; quand la dot est *promise*, le mari a une créance à l'effet d'obtenir la dot.

La promesse ne produit, selon le droit romain, un lien juridique, que si elle est faite par réponse à une interrogation; l'interrogation est dite *stipulation*. La réponse et la demande doivent en être faites en employant des paroles correspondantes : *spondes? spondeo*, *promittis? promitto*, *fidejubes? fidejubeo*, *dabis? dabo*, etc.

Dans ce cas, il est dit que l'obligation est formée *verbis* (2).

Dos dicitur. — Ce mode de constituer la dot appartient à l'ancien droit. *Dictio dotis* est une déclaration faite par paroles solennelles.

La *dictio* diffère de la *promissio dotis* en ce qu'elle n'est point une réponse à une interrogation.

Elle diffère de la *datio dotis* en ce qu'elle n'est

---

(1) D. 23-3, l. 5, pr.

(2) La *stipulation* comme source des obligations a la plus grande importance en droit romain ; mais cette matière appartient à la théorie des contrats. — Il n'est pas sans intérêt toutefois de rencontrer ici l'occasion de donner une idée du mode de contracter qui est de tous le plus usité.

point une manière ordinaire de transférer la propriété, telle que la mancipation ou la *cessio in jure*.

Elle diffère à la fois de la *datio* et de la *promissio dotis* en ce que tous peuvent *dare vel promittere dotem*, tandis que la *dictio dotis* n'appartient qu'à quelques personnes. Ces quelques personnes sont : — la future épouse, — le débiteur de la future épouse, si par l'ordre de cette femme et pour la dette dont il est tenu *dicit dotem*, — enfin les *ascendants* paternels de la future épouse, tels que le père et l'aïeul paternel.

Ulp. 3. — La dot est *profectice*, ou *adventice*, ou *réceptice* : *profectice*, celle que le père a donnée; *adventice*, celle qui a été donnée par tout autre que le père; *réceptice*, celle qui a été donnée avec clause de retour au donateur.

Ulp. 4. — La femme étant morte dans le mariage (non divorcée), la dot *profectice* retourne au père, déduction faite d'autant de cinquièmes que d'enfants du mariage. — Ces cinquièmes, qui peuvent comprendre toute la dot, restent au mari. Si le père est mort, le mari garde tout.

Ulp. 5.—La dot *adventice* reste toujours au mari, à moins qu'elle n'ait été donnée avec stipulation du droit de retour; mais dans ce cas la dot est dite *réceptice*.

Ulp. 6. — Le divorce étant fait, la femme, si elle

est *sui juris*, a seule l'action en répétition de dot (1).

Quand la femme est sous la puissance du père de famille, l'*action* appartient au père, *adjuncta filiæ persona* (2). Il importe peu que la dot soit *adventice* ou *profectice*.

Ulp. 7. — Si la femme meurt après le divorce, son héritier n'a d'action contre le mari qu'après avoir mis le mari en demeure de restituer.

La *mise en demeure* est l'avertissement donné par le créancier au débiteur qu'il veut être payé; elle constitue le débiteur en état de retard et de faute, s'il n'exécute son obligation.

Ulp. 8. — La dot qui consiste en un *corps certain* doit être restituée aussitôt après la dissolution du mariage.

La dot qui consiste en choses se consommant par l'usage doit être restituée après certains délais (3).

L'estimation des choses dotales qui ne se consom-

---

(1) La femme est *sui juris* si elle n'est pas demeurée, quoique mariée, sous la puissance du père de famille.

(2) Cela est très-remarquable. Le père de famille est maître des actions des filles de famille. Il est fait exception pour la dot : le mariage donc, même rompu, donne, quant à la dot, quelque droit à la fille de famille.

(3) Art. 1564, 1565 C. civ. — *Res qui pondere, numero, mensura constant,* sont dites *fongibles*, ce qui signifie que restitution peut en être faite au moyen de choses de même nature, en même quantité, poids ou mesure. Cela ne s'applique qu'aux choses dont on ne peut se servir sans les consommer.

ment point par l'usage *vaut vente* de ces choses : on les restitue par équivalent (1).

Ulp. 9. — La restitution de dot est sujette à retenues : — *propter liberos* — *aut propter mores* — *aut propter impensas* — *aut propter res donatas* — *aut propter res amotas.*

Ulp. 10. — *Propter liberos.* — Au cas de divorce par la faute de la femme ou par la faute du père de famille sous la puissance duquel elle est placée, le mari retient un sixième par chaque enfant, sans pouvoir retenir plus de trois sixièmes.

Le mari retient; mais, après avoir restitué, il ne peut répéter ce qu'il a versé : *sexta in retentione sunt, non in petitione* (2).

Ulp. 12. — *Propter mores graviores.* — Peine de l'adultère; *propter leviores mores*, peine de toute autre faute contre les mœurs. La retenue est moins considérable.

Ulp. 14. — *Propter impensas.* — Les impenses

---

(1) L. 10, § 4, D. 23-3, C. civ., art. 1565.

(2) Cette règle est importante. On a le droit de retenir ce qu'on ne pourrait demander. Notre jurisprudence admet le droit de *rétention,* avec pareille réserve. Exemple : l'ouvrier qui a réparé une chose a le droit de la retenir jusqu'au paiement; ce droit est l'équivalent d'un privilége spécial sur la chose. — La chose étant rendue, le privilége est éteint; une demande en justice ne le ferait pas renaître. Le droit de l'ouvrier est *in retentione,* non *in petitione.*

sont de trois sortes : nécessaires, utiles ou voluptuaires.

Impenses nécessaires, celles sans lesquelles la dot aurait été détériorée.

Impenses utiles, celles qui rendent la dot plus fructueuse.

Impenses voluptuaires, celles qui ne rendent point la dot plus fructueuse, et dont l'omission n'aurait point détérioré la dot (1).

Ulp. 7, 2. — *Propter res amotas.* — Si la femme divorcée commet des détournements au préjudice de son mari, ils sont retenus sur sa dot.

CONCLUSION.

Notre régime dotal dérive du droit de Rome. Mais tel que la jurisprudence l'a fait, il est l'exagération des principes romains.

Plus rapproché du régime matrimonial romain est notre régime d'exclusion de communauté (art. 1530 et suiv.).

La communauté de biens entre époux n'était pas compatible avec la constitution de la famille chez les Romains. — Même chez nous, la communauté entre

(1) Art. 1433 et s. Code civ.

époux est bien loin du contrat de société. *Pothier* a écrit de la femme commune : *non est prope socia, sed speratur fore.* Pendant la communauté, la femme n'est point associée ; elle espère le devenir après. Cette formule est exacte.

Le mari est seigneur et maître, tant que dure la communauté ; quand elle finit, droits, prérogatives et préférences s'ouvrent pour la femme. Voilà la communauté des coutumes. Les droits de chaque époux y sont de formation successive et non con-commitlants.

Le Code civil a tenté d'innover en édictant que le mari est *administrateur* et non point *seigneur* (art. 1421), posant ainsi le droit de la femme comme co-existant avec le droit du mari. La tentative a été vaine; on n'a pas voulu reconnaître les conséquences de la rédaction nouvelle.

Pour le régime de communauté connue pour le régime dotal, la jurisprudence s'est affranchie des textes, allant au-delà, restant en-deca : — Ici, pour supprimer le droit d'aliéner la dot mobilière, — là, pour donner au mari des pouvoirs allant jusqu'à l'abus des choses de la communauté dont il n'est que l'administrateur.

CINQUIÈME ÉTUDE.

CITOYENS ROMAINS SUI JURIS — CITOYENS ROMAINS ALIENI JURIS.

FAMILLE ROMAINE. — PUISSANCE PATERNELLE.

(G. 48 à 108, 124 à 143. — Ulp. frag. VII et VIII. J. t. 9, 11, 12.)

La famille romaine est une hiérarchie. Le chef (*paterfamilias*) SEUL est *sui juris*. Tous les autres membres de la famille sont *alieni juris*.

Pour être chef de famille, il n'est besoin d'avoir d'autres personnes sous sa puissance ; il suffit de n'être sous la puissance de personne.

Pour cette raison, *paterfamilias* et *sui juris* sont synonymes, et, par conséquent, quiconque *nascitur sui juris*, *nascitur paterfamilias*.

Mais le *paterfamilias*, s'il est SEUL de sa famille, n'a point la puissance paternelle ; car la puissance paternelle ne saurait exister qu'à la condition qu'il y ait des fils ou des filles de famille auxquels elle s'applique.

Si l'on pose cette question : *Titius* est-il père de famille ? Regardez *au-dessus* de lui et voyez s'il a un père de famille.

Si l'on pose cette question : *Titius* a-t-il la puissance paternelle ?

Regardez *au-dessous* de lui et voyez s'il a un fils ou une fille, ou un des petits-fils de famille.

Dans notre sujet deux points doivent donc être distingués :

1° Quels citoyens romains sont pères de famille ?

2° Quels événements font acquérir aux pères de famille la puissance paternelle.

I.

QUELS CITOYENS ROMAINS SONT PÈRES DE FAMILLE ?

Quels citoyens romains ? — Nous disons *romains*, parce que le titre *paterfamilias* est propre au droit *quiritaire* et que la puissance paternelle n'existe qu'entre *quirites*.

Patresfamilias nascuntur aut fiunt.

Nascitur paterfamilias : 1° le citoyen romain conçu et né *extra justum matrimonium*. En effet, le *justum matrimonium* seul crée la puissance paternelle du père sur le fils ;

2° Le citoyen romain *posthume* (1) conçu *ex justis nuptiis* d'un père qui meurt *sui juris*.

En effet, quand le père meurt *sui juris*, il est impossible que le posthume, naissant, ne soit pas au sommet de la hiérarchie familiale.

Quibus modis fit paterfamilias? — Cette question se pose à l'égard (a) soit d'un citoyen romain — (b) soit d'un latin ou d'un pérégrin — (c) soit d'un esclave.

(a) Le citoyen romain fils ou petit-fils de famille *fit paterfamilias* par tous les événements *extinctifs* de la puissance paternelle (2). Nous disons *extinctifs*, par opposition à *translatifs*.

Titius est soumis à la puissance paternelle de Seius.

Le fait qui met à néant la puissance paternelle de Scius, confère nécessairement à Titius la qualité de père de famille.

(b) Tout latin ou pérégrin qui *seul de sa famille* acquiert la qualité de citoyen romain, devient père de famille — car la famille romaine commence en sa personne.

Quand plusieurs latins ou pérégrins, issus l'un de l'autre, acquièrent par le même événement la qualité

---

(1) *Posthume*, enfant venu au monde après le décès de son père.

(2) Voir ci-après, où il est traité de ces événements.

de citoyen romain, le chef de la lignée devient *paterfamilias*.

(c) Un esclave est, par affranchissement, fait citoyen romain. Cet affranchi est *paterfamilias*, car la famille romaine commence en sa personne.

La qualité de père de famille est perdue :

1° *Maxima capitis diminutione*, perte de la liberté;

2° *Media capitis diminutione*, perte de la cité.

3° *Minima capitis diminutione*, par tout événement qui fait qu'un citoyen *sui juris*, devient citoyen *alieni juris* (1).

II.

PUISSANCE PATERNELLE.

Quibus modis jus patruæ potestatis adquiritur (J., t. 9), *translatur* (J., t. 11), *solvitur* (J., t. 12).

Les faits d'où naît la puissance paternelle sont :

1° La naissance d'un enfant *ex justis nuptiis ;*

2° *Causæ probatio ;*

3° *Erroris causæ probatio ;*

4° *Legitimatio.*

---

(1) Voir ci-après comment on devient fils de famille.

1° NAISSANCE D'UN ENFANT EX JUSTIS NUPTIIS.

J., t. 9, § 3. — Est sous ta puissance :

L'enfant qui naît de toi et de ton épouse (*uxore ex justis nuptiis*) ;

L'enfant qui naît de ton fils sous ta puissance et de son épouse (*uxore ex justis nuptiis*), et pareillement ton arrière-petit-fils ou arrière-petite-fille.

L'enfant qui naît de ta fille n'est point sous ta puissance ; il fait partie de la famille de son père.

G. 57. — Dans le cas où un citoyen romain a le *connubium* avec une femme latine ou pérégrine (cela a été accordé aux vétérans) (1), l'enfant né suit la condition du père, à cause du *connubium*.

Père et fils étant citoyens romains, le père a la puissance paternelle.

2° CAUSÆ PROBATIO.

G. 1-66. — Un latin a épousé une femme latine; un enfant est issu de ce mariage ; l'enfant est âgé d'un an. — *Causâ probata apud præsidem*, le père, la mère, l'enfant, deviennent citoyens romains — et le père acquiert la puissance paternelle (2).

(1) Par les constitutions impériales.
(2) G. 29 à 32. — Ulp., frag. III, § 3 ; VIII, § 4.

3° ERRORIS CAUSÆ PROBATIO.

G. 67. — Un citoyen romain épouse une femme latine ou pérégrine, croyant qu'elle est citoyenne romaine; — l'enfant ne naît pas citoyen romain, parce qu'entre son père et sa mère il n'y a pas *connubium*.

G. 68. — Une citoyenne romaine épouse un pérégrin, croyant qu'il est citoyen romain : l'enfant naît pérégrin.

G. 71. — Un citoyen romain croit qu'il est latin (son erreur porte sur sa qualité personnelle); il épouse une latine : l'enfant naît latin.

Dans ces cas, et dans d'autres semblables, *erroris causa apud præsidem probata*, le père ou l'enfant qui n'a pas la qualité de citoyen romain, acquiert cette qualité, et la puissance paternelle est créée.

Ces exemples rappellent notre mariage putatif (art. 201, C. c.), mais avec cette différence:

Suivant le droit français, le mariage putatif produit effet, *quoique annulé ;*

Suivant le droit romain, *erroris causæ probatio* valide le mariage et l'élève au rang des justes noces.

4° LÉGITIMATION.

L'ancien droit ne connaissait pas la légitimation.

Le droit impérial admet trois modes de légitima-

tion : 1° Oblation à la curie; 2° Mariage subséquent; 3° Rescrit du prince.

La légitimation est une manière d'acquérir la puissance paternelle sur des enfants qui ne sont point nés de justes noces.

La légitimation ne produit aucun effet quant à la mère.

Oblation à la curie. — On sait que la curie est un corps municipal; que, sous les empereurs, des charges très-graves pesaient sur les membres de la curie (1).

Pour aider au recrutement de la curie, les empereurs imaginèrent de légitimer l'enfant naturel qui serait inscrit par son père sur la liste des curiales, et de donner ainsi au père légitimant la puissance paternelle sur l'enfant légitimé.

Ce mode de légitimation ne donne à l'enfant légitimé aucun droit de successibilité vis-à-vis des parents de son père.

Mariage subséquent. — L'enfant né d'une mère libre est légitimé par le mariage de cette femme avec l'homme qui a vécu avec elle (2); mais à cette condition qu'au temps de la conception de l'enfant entre le père et la mère *matrimonium minime legibus interdictum fuisset.*

---

(1) Voir *supra*, p. 81.
(2) J. 10, § 13. — Ad quam pater consuetudinem habuerat.

Pour qu'il ne soit point douteux que le mariage a succédé au concubinat, les époux doivent constituer *instrumentum dotale*.

L'existence d'enfants légitimes, nés d'un mariage antérieur, ne fait pas obstacle à la légitimation. C'est une innovation de Justinien (1).

La condition de l'enfant légitimé par mariage subséquent, est meilleure que celle de l'enfant légitimé par oblation à la curie.

Le mariage subséquent donne à l'enfant légitimé place dans la famille et droit de succéder comme s'il était né *ex justis nuptiis* (2).

Rescrit du prince. — Justinien, dans ses *novelles*, décide que le père qui ne peut légitimer ses enfants, parce que leur mère est morte, doit s'adresser à l'empereur. Il obtiendra, s'il y a lieu, un rescrit opérant légitimation.

Ce bénéfice ne sera accordé qu'à celui qui n'a point d'enfants légitimes.

---

(1) La légitimation par mariage subséquent, introduite comme règle générale par Anastase, n'était permise qu'à défaut d'enfants issus d'un précédent mariage.

(2) J. § 13. — Ce texte finit ainsi : Quod si alii liberi ex eodem matrimonio postea procreati fuerint, si militer nostra constitutio præbuit. — Il nous paraît que ce texte exprime cette idée très-simple : si du mariage qui a fait la légitimation il naît des enfants, cela ne nuit point à la légitimation.

ADOPTION.

Définition.

L'*adoption* est un fait juridique par lequel un citoyen acquiert la puissance paternelle sur un citoyen qui n'est point issu de lui.

L'adoption crée un lien de famille *purement civil* entre des personnes naturellement étrangères l'une à l'autre.

L'adoption d'un citoyen *sui juris* est dite *adrogation.*

L'adoption d'un citoyen *alieni juris* est spécialement dite *adoption.*

L'adoption et l'adrogation donnent à l'adopté la qualité ou de fils de famille ou de petit-fils de famille, suivant la volonté des parties.

Quand l'adopté reçoit la qualité de petit-fils, l'adoption ne peut avoir lieu qu'avec le consentement du fils de l'adoptant, *ne ei invito suus hæres agnoscatur.*

Qui peut adopter?

L'adoption donnant la puissance paternelle, les citoyens romains *sui juris* seuls peuvent adopter.

Les femmes ne peuvent adopter. Toutefois Justinien (§ 10) décide que les femmes pourront, avec la

permission du prince, adopter *in solationem liberorum amissorum*.

Cette adoption ne donne pas la puissance paternelle; — elle crée un droit de succession.

J. § 4. — L'adoption imite la nature; par conséquent 1° un castrat ne peut adopter, 2° un impubère ne peut adopter, 3° il faut que l'adoptant ait plus que l'adopté la puberté pleine.

Qui peut être adopté?

L'adoption donnant la puissance paternelle, les citoyens romains seuls peuvent être adoptés.

Les femmes et les impubères peuvent être adoptés.

ADROGATION.

G. 1, 99. — L'*adrogation* est l'adoption d'un citoyen *sui juris*, en d'autres termes l'*adoption d'un père de famille*.

Adrogatio : ce mot vient de *rogare ad*, parce que ce mode d'adoption se fait par demandes et réponses.

L'adoptant par *adrogation* est dit *adrogeant*, l'adopté par *adrogation* est dit *adrogé*.

L'adrogation est faite *auctoritate populi* (1).

Les choses se passent comme suit : devant le

(1) J. 11-1. — Imperatoris auctoritate.

peuple assemblé, l'adoptant est interrogé : veut-il que celui qui doit être adopté *sit sibi justus filius?*

L'adopté est interrogé : veut-il souffrir que cela soit, *an id fieri patiatur?*

Le peuple est interrogé : ordonne-t-il que cela soit, *an id fieri jubeat* (1)?

L'adrogation opérant l'extinction d'une famille romaine, l'intervention de la puissance publique est nécessaire. — Voilà la raison de cette solennité.

G. 107. — Passent dans la famille de l'adrogeant l'adrogé, sa maison, ses biens.

La famille de l'adrogé est absorbée par la famille de l'adrogeant.

L'adrogé obtient soit le rang d'enfant du premier degré, tel est le fils et la fille; soit d'un degré inférieur, tel est le petit-fils et l'arrière-petit-fils.

Si l'adrogé est adopté comme fils, il devient *sui juris* au décès de l'adrogeant. S'il est adopté comme petit-fils, il se trouve, à la mort de l'adrogeant, sous la puissance du fils.

L'adrogeant doit être citoyen romain, père de famille, car l'adrogation a pour effet de donner la puissance paternelle.

L'adrogé doit aussi être citoyen romain, puisque l'adrogation est l'adoption d'un père de famille.

---

(1) L'adrogation est dans les provinces faite *apud præsidem provinciæ.*

ADROGATION DES IMPUBÈRES.

G. 102. — L'empereur Antonin, par un rescrit adressé aux pontifes, a permis l'adrogation des pères de famille impubères.

L'adrogation des impubères ne peut avoir lieu que *causa cognita*, c'est-à-dire examen fait si la cause de l'adoption (*honesta sit expedialque pupillo*) est honnête et utile.

J. 11-3. — L'adrogeant doit en outre donner caution à un *esclave public* (ce qui l'oblige vis-à-vis de la cité); que si l'adrogé vient à mourir avant d'être pubère, l'adrogeant restituera aux héritiers de l'adrogé les biens qu'ils auraient recueillis si l'adrogation n'avait eu lieu.

L'adrogeant ne peut émanciper l'adrogé (*nisi causa cognita*), s'il n'est vérifié que l'adrogé est digne d'émancipation. Dans ce cas il doit lui rendre ses biens.

Si l'adrogeant émancipe l'adrogé sans juste cause, ou s'il l'exhérède, il doit restituer à l'adrogé ce qu'il a apporté. De plus, le quart des biens de l'adrogeant passe à l'adrogé. C'est ce qu'on appelle *quarte antonine*.

FORMES DE L'ADOPTION DES FILS DE FAMILLE.

Droit ancien.

G. 134. — L'adoption s'accomplit en deux actes : le premier détruit la puissance du père naturel ; le second donne la puissance paternelle à l'adoptant :

1° La destruction de la puissance paternelle résulte de trois *mancipations* du fils par le père (1).

Si pater filium ter venum duit a patre liber esto. L. XII Tables.

Après la troisième mancipation, l'acheteur *mancipe* le fils à son père naturel.

2° Ensuite celui qui veut adopter revendique le fils ; le père ne contredit pas ; *prætor addicit :* la puissance paternelle est adjugée à l'adoptant ; s'il s'agit d'une fille, au lieu de trois mancipations, une seule suffit.

Droit de Justinien.

J. t. 12, § 8.— Le père de famille qui veut donner son fils en adoption se présente devant le magistrat avec celui qui veut adopter et le fils qui doit être adopté ; il fait sa déclaration de vouloir donner en

(1) Voir *supra*, p. 132, et *infra*, p. 212.

adoption ; l'adoptant et l'adopté ne contredisent pas ; acte est dressé ; l'adoption est accomplie.

L'adopté entre dans la famille adoptive, il doit par conséquent sortir de sa famille naturelle.

J. § 2. — Justinien modifie cette règle pour le cas où l'adoption est faite par un autre qu'un ascendant.

L'adopté reste dans sa famille naturelle – mais il vient à la succession *ab intestat* de l'adoptant.

ÉVÉNEMENTS EXTINCTIFS DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

1° Au point de vue du père : la mort, la grande, la moyenne ou la petite diminution de tête, la captivité, sauf l'effet du *postliminium ;*

2° Au point de vue du fils : les mêmes événements et en outre l'obtention de certaines dignités.

J. § 4. — Dans l'ancien droit, le fils si élevé qu'il fût en dignité, demeurait sous la puissance paternelle.

Le consul dans ses fonctions commandait à son père ; à la maison le père avait la puissance sur son fils consul.

Certaines fonctions religieuses seules faisaient cesser la puissance paternelle : les flamines, les

vestales étaient quittes de cette puissance. Justinien y ajoute la dignité de patrice.

La petite diminution de tête du fils consiste dans l'émancipation.

DE L'ÉMANCIPATION.

G. 122. — *Emancipation.* — Les antiques lois n'avaient point prévu l'émancipation. On rusa avec elles.

La loi des XII Tables permettait au père de vendre son fils par mancipation. Elle disait : si le père vend son fils trois fois, que le fils soit libre de la puissance paternelle.

Il advint ceci : le père de famille qui voulait faire de son fils une personne *sui juris*, mancipait pour la forme et avec *fiducie* (c'est-à-dire avec entente préalable) son fils à quelqu'un. Ce quelqu'un affranchissait le fils *vindicta*. Le fils affranchi retombait sous la puissance du père de famille.

Cela se répétait une seconde fois, puis une troisième fois. Le père vendait son fils par mancipation. Alors le fils était libéré de la puissance paternelle.

Cet acheteur l'affranchissait *vindicta*. Le fils devenait *sui juris*, et il conservait son ingénuité. En effet, l'homme libre, tombé *in mancipio*, puis en étant sorti, n'était point au nombre des affranchis.

Dans l'usage, ces trois mancipations étaient faites à la même personne. Elles pouvaient être faites à des personnes différentes.

Pour émanciper le fils il fallait trois émancipations, pour émanciper la fille et les petits-fils une seule suffisait.

J. 6. — Justinien a supprimé toutes ces formalités qui n'étaient que des fictions. Il a permis l'émancipation directe faite par la déclaration du père de famille devant le magistrat.

D'après le droit du préteur, le père émancipateur a sur les biens de l'émancipé les mêmes droits que le patron sur les biens de l'affranchi, et il est assimilé au patron quant aux droits de tutelle sur l'impubère émancipé.

G. 133. — Le père peut émanciper son fils et retenir sous sa puissance les petits-fils issus de ce fils. — Il peut retenir son fils sous sa puissance et émanciper ses petits-fils.

J. 9. — Ni les enfants naturels, ni les enfants adoptifs ne peuvent forcer leur père à les émanciper (1).

---

(1) Les textes suivants font une application remarquable du principe que l'enfant conçu dans le mariage suit la condition que le père avait au moment de sa conception.

G. 136. — « L'enfant conçu du fils lors de la première ou de la seconde mancipation de ce fils, est sous la puissance de son aïeul, quoiqu'il naisse après la troisième mancipation. En

EFFETS DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

La puissance paternelle s'applique aux personnes et aux biens.

Sur la personne du fils, le pouvoir du père va jusqu'au droit de vie et de mort (1).

Paul, 5, 1. — Le père a le droit de donner son fils *in mancipio* (de le vendre par mancipation), au cas d'extrême pauvreté.

G. 4, 79. — Quand le fils de famille a commis un délit, le père est responsable du préjudice éprouvé. Il peut se libérer en *mancipant* au créancier le fils auteur du préjudice.

---

effet, jusqu'à la troisième mancipation, le pouvoir paternel de l'aïeul n'est pas détruit. »

Si l'enfant est conçu après la troisième mancipation, Labeo pense que l'enfant aussi bien que le père est sous le *mancipium* de l'acheteur. Gaius est d'avis que tant que le père est *in mancipio*, ce *mancipium* étant *fiduciæ causa*, la condition de l'enfant est en suspens. Elle doit suivre celle du père. — Si le père meurt, l'enfant devient *sui juris*.

J. t. 12, 9. — Ta bru a conçu de ton fils, tu émancipes ton fils, ton petit-fils naît en ta puissance. — Si ce petit-fils est conçu après l'émancipation de ton fils, il est sous la puissance de ton fils.

(1) Au temps de la plus grande corruption, Aulus Fulvius s'était mis en chemin pour aller trouver Catilina; son père le rappela et le fit mourir (Salluste).

Le fils est un instrument d'acquisition ; il n'a point de patrimoine propre ; ce qu'il acquiert, il l'acquiert pour le père. Voilà la règle.

Vinrent des exceptions. Il fut accordé que les fils de famille eussent un *pécule*. — Le butin fait à la guerre fut l'origine des *pécules*.

TABLEAU DE LA FAMILLE ROMAINE.

« La famille romaine composée de l'homme libre, que la mort a fait maître de ses droits; de son épouse, que le prêtre lui a unie par la communauté du feu et de l'eau, par le rit sacré du gâteau (*confarreatio*); nous ajoutons : ou par l'*usucapion* ou par la *coemption* (l'acquisition par l'usage ou l'achat suivant les modes du droit civil) ; de ses fils; des fils de ses fils avec leurs femmes légitimes; de ses filles non mariées et des filles de ses fils, avec tout le bien que chacun d'eux possède ; telle est l'unité domestique, base de l'ordre social à Rome. Les enfants de la fille en sont exclus, bien entendu, dès qu'elle est passée, par le mariage, dans la maison d'un autre homme ; ou quand procréés en dehors du légitime mariage, ils n'appartiennent à aucune famille. Une maison, des enfants, voilà, pour le citoyen romain, le but et l'essence de

la vie. La mort n'est point un mal, puisqu'elle est nécessaire; mais que la maison ou la descendance périsse, voilà le vrai malheur. On l'empêchera à tout prix, dès les premiers temps, en donnant à l'homme sans enfants le moyen d'en aller solennellement chercher dans le sein d'une famille étrangère et de les faire *siens* en présence du peuple. La famille romaine, ainsi constituée, portait en elle-même, grâce à cette subordination puissante de tous ses membres, les germes d'une civilisation féconde dans l'avenir. Un homme seul peut en être le chef : la femme, sans doute, peut aussi bien que lui acquérir et posséder la terre et l'argent : la fille a dans l'héritage une part égale à celle de son frère; la mère aussi hérite sur le même pied que les enfants. Mais cette femme ne cesse jamais d'appartenir à la maison : elle n'appartient point à la cité; et dans sa maison elle a toujours un maître, le père, quand elle est fille; le mari, quand elle est l'épouse (1); son plus proche *agnat* mâle, quand elle n'a plus son père et qu'elle n'est point mariée. Eux seuls, et non le prince, ont le droit de justice sur elle.

---

(1) Quand la puissance conjugale du mari sur la femme n'était point acquise, la femme n'était point épouse (uxor); elle était seulement *tenue pour telle* (pro uxore), absolument comme au cas de la *causæ probatio* sous la loi *Ælia Sentia*. Gaius, 1, 29, 66.

» Le père dirige et conduit la famille (*paterfamilias*) selon la loi de sa volonté suprême. En face de lui, tout ce qui vit dans la maison est absolument sans aucun droit : le bœuf comme l'esclave, la femme comme l'enfant. La vierge devenue épouse par le libre choix de l'époux a cessé d'être libre ; l'enfant qu'elle lui donne et qu'il s'agit d'élever n'aura pas davantage son libre arbitre.

» Le père, maître absolu chez lui, tenait les *siens* assujettis à la règle d'une discipline sévère, il avait le droit et le devoir d'exercer la justice parmi eux; il prononçait même, s'il le jugeait à propos, la peine capitale...

» Tant que le père est vivant, nul de ses subordonnés ne peut être propriétaire de ce qu'il possède; nul ne peut aliéner ou hériter sans son assentiment. Sous ce rapport, la femme et l'enfant sont sur la même ligne que l'esclave. Bien plus, comme il transfère la propriété de son esclave à un tiers, le père peut en agir de même à l'égard de son fils : l'acheteur est-il un étranger, le fils devient son esclave; le fils est-il cédé à un Romain, comme il est Romain lui-même et ne peut être asservi à un concitoyen, *il tient seulement lieu d'esclave*. On le voit donc, la puissance paternelle est absolue, la loi ne la limite point.....

» Chez les Romains, ni l'âge du père, ni les infir-

mités mentales, ni même la volonté expresse ne peuvent affranchir sa famille (1).

» La fille seule sort de sa dépendance quand elle passe par les *justes noces*, sous *la main de son mari ;* elle quitte alors la famille et les pénates paternels pour entrer dans la famille de celui-ci sous la protection de ses dieux domestiques. Elle lui devient assujettie comme elle l'était à son père.

» La loi permet plus facilement l'affranchissement de l'esclave que celui du fils. De bonne heure, celui-là a été libéré au moyen des formalités les plus simples. L'émancipation de celui-ci au contraire n'a lieu que plus tard et par des voies détournées.

» Le père a-t-il vendu à la fois son fils et son esclave, et l'acquéreur les a-t-il affranchis tous les deux ?

» L'esclave est libre ; le fils, lui, retombe sous la puissance paternelle.... La puissance paternelle et conjugale constituait à Rome une véritable *propriété*. Mais si la femme et l'enfant étaient la chose du père, s'ils étaient traités comme l'esclave et le bétail, sous d'autres rapports ils étaient loin de se confondre avec le patrimoine. En fait et en droit, leur position est

---

(1) Inst. J. t. 10 pr. — Quæsitum est, an furiosi filia nubere possit, aut furiosi uxorem ducere possit ?

Cumque super filio variebatur nostra processit decisio qua perissum est ad exemplum filiæ furiosi, filium quoque posse sene patris interventu, matrimonium sibi copulare.

bien tranchée. La puissance du père de famille ne s'exerce qu'à l'intérieur de sa maison ; elle est une fonction viagère, elle est une fonction personnelle en quelque sorte. La femme et l'enfant ne sont point là pour le seul bon plaisir du père, comme la propriété pour le bon plaisir du propriétaire, comme le sujet pour celui du prince dans un royaume absolu. Ils sont aussi des choses juridiques ; mieux que cela, ils sont des *personnes*. Ces droits actifs, ils ne peuvent les exercer, parce que la famille est une et a besoin d'un pouvoir unique qui la gouverne. Mais vienne la mort du chef, aussitôt les fils sont *pères de famille* à leur tour, et ils ont dès lors sur leurs femmes et leurs enfants et leurs biens, la puissance à laquelle ils étaient soumis tout à l'heure. Pour les esclaves, au contraire, rien n'est changé ; ils restent esclaves comme devant.

» D'un autre côté, telle est la force d'unité de la famille que la mort de son chef n'en dénoue pas les liens. Ses descendants devenus libres continuent sous beaucoup de rapports l'unité ancienne pour le règlement des droits de succession et autres, et surtout en ce qui touche le sort de la veuve et des filles non mariées....

» On peut dire que la famille dure immuable, jusqu'à l'extinction de la descendance masculine de son fondateur. » (Mommsen, t. I, ch. 5.)

SIXIÈME ÉTUDE.

DE TUTELIS.

Gaius, 1, 142 à 199. — Ulp. frag. XI et XII. — Just. 1, t. 13 à 26.

Ulp. Frag. XI. — On donne des tuteurs aux mâles impubères à cause de la faiblesse de leur âge.

On donne des tuteurs aux femmes même pubères à cause de la faiblesse de leur sexe.

Il y a donc deux sortes de tutelles : tutelle des impubères, tutelle des femmes pubères.

I.

TUTELLE DES IMPUBÈRES.

DÉFINITION.

J. t. 13, 1. — *Servius* définit ainsi la tutelle : Le pouvoir (vis ac potestas) institué (data ac permissa) par le droit civil sur une personne *sui juris* (in capite

libero), à l'effet de protéger celui qui, à cause de son âge, ne peut se défendre (1).

Vis ac potestas, on dispute sur le sens particulier de chacun de ces deux mots : *force et pouvoir*. Les distinctions ne peuvent être que subtiles.

Ensemble ou séparément, ils désignent le pouvoir du tuteur. Remarquez que *vis ac potestas* se rapportent à *data et permissa*. L'adjectif au singulier se rapporte à deux substantifs : donc ces substantifs se confondent, n'exprimant qu'une seule et même idée.

Data ac permissa, ces mots s'appliquent-ils, comme on l'a prétendu, le premier à la tutelle *légale*, le second à la tutelle *dative ?* Non, car ces deux mots, pareillement régis par l'expression *jure civili*, n'expriment qu'une idée : que la tutelle dérive du droit civil, et qu'elle est propre aux citoyens romains.

In capite libero a fait aussi difficulté. On a dit : cette expression désigne l'homme libre, par opposition à l'homme esclave. Cela serait fort inutile, car l'esclave n'est point une personne.

Parmi les personnes libres, celles qui sont soumises au pouvoir d'autrui sont protégées par ce pouvoir. Les citoyens *sui juris* seuls, s'ils sont impubères, ont besoin d'une protection spéciale. C'est à eux seuls que la définition peut s'appliquer.

---

(1) *Tutores* vient de *tueri*.

DIVISION DES TUTELLES CONSIDÉRÉES AU POINT DE VUE DE LEURS SOURCES.

Ulp. Frag. XI. — La tutelle est constituée ou par les lois, ou par les sénatus-consultes, ou par les mœurs.

Au premier rang est la tutelle testamentaire. Ce n'est, en effet, qu'à défaut de tutelle testamentaire, que toute autre tutelle peut avoir lieu.

A défaut de tutelle testamentaire, viennent les tutelles légitimes, qui ont lieu par la seule volonté de la loi.

On dit que la tutelle est légitime, soit lorsqu'elle est expressément et explicitement établie par la loi des XII Tables (comme la tutelle des agnats), soit lorsqu'elle est établie par la loi, mais par voie de conséquence (comme la tutelle du patron).

Quand la tutelle dérive de la loi, mais par voie d'assimilation seulement, elle est dite *fiduciaire* (comme la tutelle du frère sur son frère émancipé).

Ulp. 6 et 7. — La tutelle légitime a ceci de particulier, que les tuteurs peuvent la céder *in jure*.

Le tuteur qui, au moyen de la *cessio in jure*, prend la place du tuteur légitime, est dit *tutor cessicius*.

Si ce tuteur dit *cessicius* vient à mourir, ou si, pour toute autre cause, il perd la tutelle, cette tutelle retourne au tuteur légitime.

Si le tuteur légitime vient à mourir ou à être diminué de tête, la tutelle *cessicia* prend fin.

Ulp. 18 et 19. — Proviennent aussi de la loi : 1° La tutelle attilienne ou dative, établie pour Rome par la loi *Attilia*, et pour les provinces par les lois *Julia* et *Tilia*.

2° La tutelle attribuée par la loi *Junia* au patron sur les latins ou latines impubères, quand, avant la manumission, le patron avait le *dominium ex jure quiritium*.

Ulp. 21, 22, 23. — La tutelle est déférée par les sénatus-consultes, lorsque le tuteur, étant devenu muet ou fou, il s'agit de donner un autre tuteur à l'effet de constituer la dot.

De même, lorsqu'il s'agit d'une femme dont le tuteur est absent.

Exception : Si le tuteur absent est patron.

De même encore, si le tuteur est écarté comme suspect ou excusé, et s'il est nécessaire de donner un autre tuteur.

Ulp. 24. — Un tuteur est donné, en vertu de l'usage (*moribus*, droit non écrit), à la femme ou au pupille qui veut agir *contre* son tuteur primitif. Ce tuteur spécial (tuteur *ad hoc*) est nécessaire. En effet, nul tuteur ne peut, quand il s'agit d'une action contre lui-même, être valablement *auctor* de son pupille. De là cette maxime : *Ipse enim tutor in rem suam auctor fieri potest.*

TUTELLE TESTAMENTAIRE.

Ulp. XI, 14. — La tutelle testamentaire est instituée par la loi des XII Tables dans ces termes : Uti legassit super pecunia *tutelave sua rei, ita jus esto.*

J. 13, 3 et 4. — Le tuteur peut donner par testament des tuteurs aux fils et filles qui sont sous sa puissance, pareillement, à ses petits-fils et autres descendants qui, à la mort du testateur, doivent se trouver *sui juris*, de même aux posthumes *siens*, c'est-à-dire à ceux qui, s'ils étaient nés du vivant du testateur, eussent été sous sa puissance (1).

QUELLES PERSONNES PEUVENT ÊTRE NOMMÉES TUTEURS TESTAMENTAIRES ?

Ulp. XI, 15. — Peuvent être nommés tuteurs testamentaires tous ceux avec lesquels on a faction de testament, c'est-à-dire ceux qui peuvent être institués héritiers.

---

(1) Justinien permet au père de donner un tuteur au fils émancipé ; mais cette tutelle doit être confirmée par le magistrat dans tous les cas, c'est-à-dire sans enquête. (J., § 5.)

Il faut excepter les latins juniens, avec lesquels cependant on a faction de testament. Mais la loi Junia contient à cet égard une prohibition.

J. 14, 1. — Peut être nommé tuteur non-seulement un père de famille, mais encore un fils de famille.

Un esclave peut être nommé tuteur, lorsqu'en même temps le testament lui donne la liberté; il en est de même quand la liberté ne lui est pas donnée; car, dans ce cas, le don de la liberté est sous-entendu.

Il en est autrement, si par erreur le testateur nomme tuteur celui qu'il croyait libre.

On peut nommer tuteur, *cum liber erit*, l'esclave d'autrui, mais non le sien.

J. 2. — On peut nommer tuteur *un fou*, pour le cas où il reviendrait à la raison; un mineur de vingt-cinq ans, pour le temps où il aura atteint cet âge.

J. 3. — Il n'est pas douteux qu'on ne puisse nommer un tuteur jusqu'à une époque déterminée (ad certum tempus), depuis une époque déterminée (ex certo tempore).

La nomination du tuteur peut précéder l'institution d'héritier.

J. 4. — Le tuteur est donné à la personne et non aux choses. C'est pourquoi son pouvoir ne peut être limité à certaines affaires déterminées : le pouvoir du tuteur est général.

TUTELLES LÉGITIMES.

Les tutelles légitimes sont :

1° Tutelle des agnats ;

2° Tutelle du patron ;

3° Tutelle du père de famille émancipateur.

I.

Tutelle légitime des agnats (1).

J. 15 pr. — A défaut de tutelle testamentaire, la tutelle appartient aux agnats (2).

Ulp. XI, 3. — Sont dits *éminemment légitimes*, les tuteurs introduits par la loi des XII Tables, soit explicitement, tels sont les agnats ; soit par voie de conséquence, tel est le patron.

J. 14, 7. — La tutelle appartient non à tous les agnats, mais à l'agnat le plus proche. Si plusieurs

---

(1) Nous rappelons que l'agnation dérive de la puissance paternelle. Sont agnats tous ceux qui, conjoints entre eux par les mâles, appartiennent à la même famille civile. (G. I, 156. Sunt autem agnati per viriles sexus personas conjuncti quasi a patre conjuncti.)

(2) J. 15, 2. — *A défaut de tutelle testamentaire*, ne signifie pas si aucun testament n'a été fait. Cela veut dire si le testateur meurt intestat, quant à la tutelle.

agnats sont au même degré le plus proche, la tutelle appartient à tous (1).

II.

Tutelle légitime du patron et des enfants du patron.

J. t. 17. — La tutelle du patron et des enfants du patron sur l'affranchi impubère dérive de la loi des XII Tables par voie de conséquence.

En effet, cette loi donne aux agnats le bénéfice de l'hérédité. Les anciens jurisconsultes en ont conclu que le patron et ses enfants étant appelés à l'hérédité doivent aussi supporter la charge de la tutelle.

(Quia *plerumque* ubi successionis est emolumentum, ibi et tutelæ onus esse debet.)

Le texte dit *plerumque*, parce que cette règle reçoit exception quand c'est une femme qui est appelée à l'hérédité, une femme ne pouvant être investie de la tutelle.

Ulp. XI, 19. — La tutelle des latins et des latines

---

(1) Il n'est parlé en ce titre que des agnats et non des *agnates*, parce que les femmes ne peuvent être investies de la tutelle.

Nous faisons remarquer que les femmes ne peuvent prendre place qu'à l'extrémité des lignes des agnats. Elles les terminent nécessairement, parce que les agnats sont conjoints par les mâles.

impubères n'appartient point, dans tous les cas, à celui qui les a affranchis. Elle appartient à celui qui, avant l'affranchissement, avait sur l'esclave le *dominium ex jure quiritium*, car c'est à lui que reviennent les droits et l'honneur du patronat.

G. 167.— Une esclave est à toi, *ex jure quiritium;* elle est à moi, *in bonis*.— J'affranchis cette esclave; tu ne l'affranchis pas : cette esclave devient *libre* et *latine*. Sa succession est à moi, sa tutelle est à moi.

Ainsi le veut la loi Junia.

Ce qui précède montre bien le caractère du *dominium ex jure quiritium*, opposé à l'*in bonis*.

Le maître qui a sur l'esclave ce droit de propriété, dit *in bonis*, est investi du pouvoir *immédiatement* utile. C'est à lui qu'appartiennent les produits du travail; c'est lui qui dispose de la personne de l'esclave. Un autre, si l'esclave devient libre, a l'honneur du patronat, la succession et la tutelle; c'est le maître *ex jure quiritium*.

TUTELLE LÉGITIME DES PARENTS ÉMANCIPATEURS.

J. t. 18. — Le père de famille (*manumissor*) émancipateur a la tutelle légitime des enfants qu'il a émancipés, à l'exemple du patron qui a la tutelle de ceux qu'il a affranchis.

G. 172. — Ce tuteur est appelé légitime, *quia non*

minus huic quam patroni honor præstandus est. La tutelle est *légitime*, par assimilation à la tutelle du patron.

TUTELLE FIDUCIAIRE.

G. 166. — Le *manumissor extraneus*, c'est-à-dire autre que le père de famille, est investi de la tutelle de l'impubère par lui émancipé. Cette tutelle est dite *fiduciaire ;* et avec raison. En effet, le *mancipium*, pouvoir que la *manumission* détruit, était *fiduciæ causa datum.*

Le *mancipium* étant *fiduciaire*, la tutelle, conséquence de l'émancipation, était *fiduciaire.*

J. t. 19. — La tutelle fiduciaire, suivant les *Institutes,* est toute autre chose.

La tutelle, dont il s'agit dans ce texte, est celle attribuée aux enfants du père de famille *émancipateur* sur l'impubère émancipé.

Pourquoi cette tutelle est-elle dite fiduciaire ?

Le texte procède par comparaison avec la tutelle des enfants du patron. Il dit :

« Les enfants du patron ont la tutelle de l'affranchi. Cette tutelle est dite légitime, parce que, par voie de conséquence, elle dérive de la loi des XII Tables (1). »

Cette prémisse est vraie.

---

(1) J. t. 16.

Or, si l'esclave n'avait pas été affranchi, les enfants du maître auraient eu, après la mort de leur père, le *dominium* sur l'esclave.

Cela est encore vrai. Mais de ces deux propositions, on ne peut tirer aucune conséquence qui ait trait à la tutelle exercée sur l'émancipé par les enfants du père de famille émancipateur.

L'empereur, il faut donc le reconnaître, se perd dans son raisonnement. Tout au moins, l'on doit chercher une explication plus simple et plus claire.

Selon nous, la voici :

La tutelle des enfants du père de famille émancipateur sur la personne de l'émancipé n'est point sans analogie avec la tutelle des enfants du patron sur la personne de l'affranchi.

Or, si la tutelle des enfants du patron peut être dite légitime, c'est qu'elle est la conséquence de leur droit à la succession de l'affranchi, suivant la loi des XII Tables, et qu'ainsi cette tutelle dérive de la loi.

Les enfants du père de famille émancipateur n'ont point droit à la succession de leur frère émancipé. Leur droit à la tutelle ne se rattachant pas à la loi, cette tutelle ne peut être dite légitime.

Quel nom lui donner ? On l'appellera fiduciaire, de même que la tutelle du *manumissor extraneus*, parce que son origine est dans une mancipation faite *fiduciæ causa*.

TUTELLE EX LEGE ATTILIA OU DATIVE.

J. t. 20 pr. — A défaut de toute autre tutelle, il y a lieu à la tutelle dative ; à Rome, la tutelle dative est déférée par le préteur et la majorité des tribuns du peuple : cela, en vertu de la loi Attilia.

En vertu de la loi Julia, la tutelle dative, dans les provinces, est déférée par le président de la province.

J. 1. — Il y a pareillement lieu à la tutelle dative, d'après les lois susdites : 1° quand le tuteur testamentaire a été donné sous condition suspensive, ou à partir d'un terme, et que la condition ou le terme ne sont point arrivés ; 2° quand le terme ou la condition qui met fin à la tutelle testamentaire est arrivé ; 3° quand la tutelle testamentaire est tenue en suspens à défaut d'adition d'hérédité.

J. 2. — Pareillement encore, quand le tuteur testamentaire est captif chez l'ennemi (1).

---

(1) J. 3.— La tutelle cessant d'être déférée en vertu des lois susdites, les tuteurs furent nommés par les consuls après enquête ; ensuite, ils furent nommés par le préteur, d'après les constitutions ; puis, par le préfet de la ville ; enfin, quand la fortune du pupille est moins de 500 solides, ils furent nommés par les *defensores civitatum*. Telles furent les innovations successives.

DE AUCTORITATE TUTORUM.

(G. 184 et suiv. — Ulp. XI, 25 et 28. — J. 21.)

Ulp. XI, 25. — Les tuteurs des impubères ont une double fonction :

1° Ils gèrent les affaires du pupille ;

2° *Auctoritatem interponunt.*

I.

G. 3, 109. — Le temps de l'impuberté se divise en deux parts : l'*enfance* (*infantia*) et l'âge au-delà de l'enfance.

L'enfant (*infans*, qui ne peut parler) ne peut rien faire par lui-même, l'intelligence aussi bien que la parole lui manquent.

Le tuteur gère seul les affaires du pupille *enfant*.

L'âge au-delà de l'enfance et en deçà de la puberté se divise aussi en deux parts : le pupille qui peut parler est ou *infantiæ* proximus ou *pubertati* proximus.

L'âge de sept ans marque le point de séparation de ces deux âges. Au-dessous de sept ans, l'enfant, au point de vue de ses intérêts et de ses affaires, *non multum a furioso differt*. Au-dessus de sept ans, le pupille a quelque intelligence, *aliquem intellectum habet*.

Tant que le pupille est *infans* ou *proximus infantiæ*, le tuteur gère ses affaires (negotia gerit), le tuteur est un *negotiorum gestor*. Au-delà de cet âge, la personne du pupille *est partie* dans les actes qui le concernent ; il y figure personnellement. A côté de lui le tutor *(auctoritatem interponit)* ; en d'autres termes, *tutor auctor est pupillo*.

II.

Auctor esse, cette expression du droit romain n'a point de termes exactement correspondants en français. Ce qui se rapprocherait le plus du droit auquel elle s'applique, c'est l'*autorisation* maritale (art. 217, C. civ.).

Le pupille, dès qu'il peut parler et qu'il a quelque intelligence, devient une personne devant agir elle-même, et le tuteur cesse d'être un *negotiorum gestor*.

Le pupille doit agir *personnellement*, même lorsqu'il s'agit d'actes à raison desquels il est incapable ; comment faire ? Le tuteur s'adjoint au pupille, *fit auctor pupillo*. Dire que le tuteur *assiste* le pupille, ainsi que le curateur, suivant notre Code civil, assiste le mineur émancipé, ne serait pas exact. Le tuteur fait plus que de guider l'inexpérience ; sa personnalité civile augmente et complète la personne

civile de l'impubère, *auget pupillum*. Cette métaphysique peut nous paraître ou étrange ou subtile, mais elle est vraie selon le droit *quiritaire*.

J. § 2. — Le tuteur doit *auctor fieri* à l'instant même où l'acte se fait ; il doit être présent *in ipso negotio*. Ce serait inutilement qu'il se porterait *auctor* après coup. — La raison en est évidente : le pupille n'est point tenu à raison de ce qu'il a fait *seul ;* et, d'autre part, ce que le tuteur fait *seul* ne peut changer la condition du pupille et la rendre pire (1).

J. pr. — L'*auctoritas* du tuteur est nécessaire pour certaines affaires, non nécessaire pour certaines autres.

Elle n'est point nécessaire, quand le pupille fait sa *condition meilleure*, elle est nécessaire quand il fait sa *condition pire*. Faire sa condition *meilleure*, signifie acquérir ou devenir créancier ; faire sa condition *pire*, signifie aliéner ou s'obliger.

J. § 1. — Le pupille ne peut faire adition d'hérédité, ni demander la possession de biens (2), ni accepter une hérédité fidéi-commissaire, sans l'autorisation du tuteur. Voici pourquoi : Toute hérédité

---

(1) Cette raison vaut en droit français : une femme s'oblige sans l'autorisation de son mari. Dans ce cas la femme a contre l'acte qu'elle a consenti une action en rescision. — L'approbation postérieure du mari est inutile : elle ne saurait enlever à la femme le bénéfice du droit de rescision.

(2) Voir *infra*, livre II, 5e étude.

est une universalité active et passive. Si riche qu'elle soit, elle contient l'obligation de payer les dettes dont elle est ou pourrait être grevée. L'adition d'hérédité fait donc *pire* la *condition* du pupille, quoique le pupille soit enrichi (1).

Ulp. Frag. XXVI. — Quand il y a plusieurs tuteurs, tous doivent *autoriser* (auctoritatem accommodare); il en est autrement quand il s'agit de tuteurs donnés par testament; il suffit qu'un seul soit *auctor*.

G. 184.—J. § 3.—Le tuteur ne saurait être *auctor in rem suam*. Ce n'est pas seulement parce que la contrariété possible des intérêts ne le permet pas; la théorie même s'y oppose. Le pupille et le tuteur, son *auctor*, confondent leur personnalité civile : le tuteur *auctor in rem suam* contracterait donc avec lui-même ? Cela serait absurde.

DE QUELLE MANIÈRE LA TUTELLE FINIT-ELLE?

La tutelle finit :

1° Quand le pupille devient pubère; quand il subit une diminution de tête, même la petite; quand il meurt.

---

(1) Quid? Si le pupille agit tutore non auctore. — Renvoi IIe livre, troisième étude.

2° Quand le tuteur subit la grande ou la moyenne diminution de tête; — s'il s'agit de la tutelle légitime, la *minima capitis diminutio* met fin à la tutelle, parce que le lien de famille qui est le principe de la tutelle est rompu (1); — quand le tuteur est excusé, destitué, ou qu'il meurt.

La tutelle donnée à terme finit à l'échéance du terme ou à l'arrivée de la condition.

Quand la tutelle finit à cause du tuteur, il y a lieu à une nouvelle tutelle.

COMPTE DE TUTELLE.

Le tuteur doit à la fin de sa gestion rendre compte.

S'il ne le fait pas, il y est contraint par l'action *tutelæ directa.*

S'il détourne des valeurs, il sera condamné au double (2).

Pour être indemnisé de ses dépenses, le tuteur a l'action *tutelæ contraria* (3).

---

(1) Voir *supra*, p. 225.
(2) J., t. 20, § 7. — D. 27, t. 3, l. 2.
(3) L. 4, §§ 3 et 16.

DES CURATEURS.

(J. t. 23. — Ulp. Fr. t. 12.)

Les curateurs sont ou légitimes, ou honoraires, institués par la loi des XII Tables ou par le droit prétorien.

La loi des XII Tables veut que le fou (*furiosus*) et le prodigue (*cui bonis interdictum est*) soient sous la curatelle de ses agnats.

La curatelle a été étendue aux idiots, aux sourds, aux muets, à ceux qui affligés d'une maladie perpétuelle ne peuvent gérer leurs affaires.

J. § 5 et 6. — Quand le tuteur est empêché temporairement, on nomme un agent qui administre au risque du tuteur.

Mais si le tuteur est excusé pour un temps, ou s'il est inhabile sans cependant mériter d'être destitué, on ne peut nommer un autre tuteur, mais on adjoint un curateur au tuteur.

RESTITUTIO IN INTEGRUM. — CURATEURS DES MINEURS DE VINGT-CINQ ANS.

Le préteur, se mettant ouvertement en opposition avec le droit civil, accorde aux mineurs de vingt-

cinq ans la restitution contre certains actes valables selon le droit civil.

La restitution n'est accordée qu'au cas de lésion résultant de l'acte lui-même (1).

Elle n'est accordée qu'à défaut de tout autre moyen de droit (2).

La restitution place les parties dans le même état où elles seraient si les actes mis à néant n'avaient jamais existé.

Un rescrit de Marc-Aurèle permet aux mineurs de vingt-cinq ans de se faire donner un curateur, afin qu'on puisse traiter sûrement avec eux.

Quid? s'il s'agit d'un acte forcé, du compte de tutelle, d'un paiement à faire au mineur, d'un procès à soutenir contre lui.

L'adversaire du mineur peut exiger qu'il lui soit donné un curateur.

Les empereurs accordent à certains adolescents *veniam ætatis*. Cette faveur est analogue à notre émancipation (3).

---

(1) D. 4-4, l. 49. — Si res adolescentis distracta fuerit, quam lex distrahi non prohibet, si grande damnum adolescenti versatur etiam si collusio non intervenit, distractio per in integrum revocatur.

(2) *Id.*, l. 16 pr.

(3) C. l. 2, t. 45.

DE SATISDATIONE TUTORUM VEL CURATORUM.

(G. 199. — J. t. 25.)

La *satisdatio* consiste en ceci :

Un fidéjusseur s'oblige par contrat *verbis* à payer pour le tuteur et, à son défaut, dans le cas où celui-ci sera obligé à cause de son administration (1).

Le pupille, s'il n'est plus *infans*, stipule lui-même.

Si le pupille est *infans*, son esclave stipule pour lui; l'esclave, en effet, acquiert pour son maître.

Si le pupille n'a point d'esclave, la stipulation est faite par un esclave public.

J. § 2 et 4. — Le pupille a une action subsidiaire contre ceux qui ont reçu la satisdation, ou qui, tenus de l'exiger, ont omis de le faire.

Cette action, bien qu'elle soit pénale, atteint les héritiers.

J. § 3. — Les Constitutions impériales ordonnent que les biens du tuteur ou du curateur qui ne donnent point caution seront saisis comme gage de sa gestion.

Satisdatio n'est due ni par les tuteurs testamentaires, ni par les tuteurs ou curateurs donnés *ex inquisitione*. L'enquête est une garantie suffisante.

Les empereurs ont ajouté à ces garanties l'hypo-

---

(1) Voir *supra*, p. 231.

thèque; elle frappe tous les biens du tuteur ou des curateurs (1).

J. § 1. — Quand deux ou plusieurs tuteurs ont été nommés par testament ou après enquête, un des tuteurs peut, en offrant *satisdation*, se faire attribuer le droit d'administrer.

Les choses se passent comme suit :

Un co-tuteur ne peut contraindre son co-tuteur à donner caution; mais il met son co-tuteur dans l'alternative ou de donner caution, afin d'avoir l'administration — ou de recevoir caution et d'abandonner l'administration.

L'autre co-tuteur doit opter.

Dans le cas où il y a plusieurs tuteurs, l'administration appartient à celui qui est désigné par le testateur. Si aucun n'a été désigné, les tuteurs choisissent à la majorité celui qui doit administrer; à défaut d'autre moyen d'élection, le préteur choisit celui qui doit gérer.

DES EXCUSES DES TUTEURS ET DES CURATEURS (2).

(J. t. 25.)

Les tuteurs ou curateurs sont excusés :

1° A raison de leurs fonctions : — gens du fisc

---

(1) C. 5-37, l. 20.

(2) Ce titre et le suivant ne contenant qu'une énumération, nous les présentons sous forme de résumé.

(J. § 1), fonctionnaires exerçant une autorité quelconque (J. § 4), absents pour cause de la république (J. § 2), soldats (J. § 14), grammairiens, rhéteurs, médecins (J. § 15);

2° A raison des charges qu'ils supportent : — ceux qui ont trois enfants (J. pr.), ceux qui ont charge de trois tutelles (J. § 5);

3° A raison de certaines impossibilités : — l'âge, soixante-dix ans (J. § 12), la pauvreté (J. § 6), la mauvaise santé (J. § 7), l'ignorance (J. § 8);

4° A raison de certains empêchements moraux : — l'inimitié (J. § 11), les procès (J. § 12), etc.

Certaines de ces excuses permettent de se décharger de la tutelle acceptée, certaines autres ne peuvent être mises en avant que par ceux qui ne l'ont pas acceptée.

J. § 16. — Les excuses ne peuvent être présentées que dans certains délais fixés par la loi.

Au cas de plusieurs excuses on doit les présenter toutes à la fois et non successivement.

DES TUTEURS ET DES CURATEURS SUSPECTS.

(J. t. 26.)

J. § 1. — Le préteur à Rome, le président dans les provinces connaît des cas de suspicion.

J. § 2. — Tout tuteur ou testamentaire, ou légitime,

même le patron, peut être repoussé comme suspect, mais il importe de ne point offenser la réputation du patron (1).

J. pr. et § 3. — L'action pour faire écarter les tuteurs suspects, vient de la loi des XII Tables. Elle est *quasi publica*, toute personne peut l'introduire, même une femme, pourvu qu'elle agisse *pietatis causa*.

J. § 5. — Est suspect le tuteur qui agit de mauvaise foi, quoiqu'il soit solvable.

J. § 7. — L'introduction de l'action suspend les pouvoirs du tuteur; la mort du tuteur éteint l'action.

J. § 8. — Doit être écarté comme suspect le tuteur qui ne fournit point des aliments à son pupille. Dans ce cas, le pupille peut se faire envoyer en possession des biens du tuteur.

J. § 12. — Doit être écarté comme suspect l'homme de mauvaises mœurs.

J. § 12. — Enfin il faut savoir que le tuteur qui administre frauduleusement doit être écarté, quoiqu'il offre de donner caution. — Donner caution ne fait point cesser l'intention mauvaise.

Tutelle testamentaire, tutelle des ascendants, tutelle dative, dispenses et exclusions de la tutelle, toutes ces institutions sont en France imitées du droit

---

(1) Mieux que tout autre texte, celui-ci donne la mesure de la déférence due au patron.

romain. Les divisions du titre X du Code civil et leurs *rubriques* ne sont que la traduction des textes latins.

Ce qui est différent, c'est le pouvoir du tuteur. L'idée d'un impubère *sui juris* aussi bien que celle d'un *tutor auctor pupilli*, nous sont demeurées étrangères. Le tuteur français est un *negotiorum gestor*, rien de plus. Une innovation heureuse, celle du conseil de famille, constitue un pouvoir de surveillance, lequel, pour les choses graves, est subordonné au contrôle de la justice qui accorde ou refuse l'homologation.

A côté du bien, voici le mal. En matière judiciaire tout est sujet à l'impôt. La protection judiciaire se paie suivant le même tarif que les mauvais procès. Et chose pire encore, le fisc atteint pareillement les petits et les gros patrimoines. Pupilles riches, pupilles pauvres, vous payez du même prix la protection forcée que vous subissez.

TUTELLE DES FEMMES.

(Gaius, 144 à 195. — Ulpien, 11, 1, 24, 27, 28.)

G. 144. — Les anciens ont voulu que les femmes fussent perpétuellement en tutelle à cause de la légèreté de leur esprit.

Ulp. 11. 1. — On donne des tuteurs aux femmes tant pubères qu'impubères à cause de la faiblesse de leur sexe et de leur ignorance des choses juridiques.

« Dans les idées des anciens, la femme n'est pas capable d'avoir la puissance sur autrui et sur elle-même. Il fallut donc que cette puissance, ou, pour parler en termes moins rigoureux, cette tutelle soit donnée à la maison à laquelle la femme appartient. Dès lors elle est exercée à la place du père de famille défunt par tous les hommes membres de la famille et les plus proches *agnats ;* par les fils sur la mère ; par les frères sur la sœur (1). »

G. 146. — Le père de famille peut par testament donner un tuteur à ses filles même pubères ; pareillement à ses petites filles qui à sa mort doivent être *sui juris.*

G. 148. — L'époux, père de famille, peut par testament donner un tuteur à sa femme *in manu,* sa femme étant dans le cas *loco filiæ ;* il peut aussi donner un tuteur à sa bru *(nurui)* qui est *in manu filii.*

G. 150. — La tutelle testamentaire sur la femme *in manu* peut être donnée avec droit pour la femme de choisir un tuteur.

Cette option est donnée en ces termes : *uxori meæ*

---

(1) Mommsen, 1-84.

tutoris optionem do. Dans ce cas, la femme peut se choisir un tuteur pour toutes ses affaires ou pour quelques-unes seulement.

Le droit d'option au lieu d'être plein peut être restreint, par la formule suivante : *uxori meæ tutoris optionem duntaxat semel do*, ou bien *duntaxat bis do*.

Les tuteurs désignés nominativement dans le testament sont dits *dativi ;* ceux qui sont pris par option sont dits *optivi*.

G. 157. — La loi des XII Tables soumettait les femmes à la tutelle des *agnats* et du patron.

G. 168. — Les agnats et les patrons (ils sont dits tuteurs légitimes) peuvent céder à autrui la tutelle des femmes au moyen de la *cessio in jure*. Cela est particulier à la tutelle des femmes. La tutelle des mâles ne pourrait être cédée, parce qu'elle n'est pas réputée onéreuse et qu'elle finit avec le temps de l'impuberté.

Celui à qui la tutelle est cédée est dit *tutor cessicius*.

Si le tuteur *cessicius* vient à perdre la tutelle, la tutelle retourne à celui qui l'a cédée, ou à celui qui, à défaut du cédant, aurait dû en être chargé.

Toutefois, au temps de Gaius, il n'est plus, quant aux agnats, question de la *cessicia tutela*, parce que une loi Claudia a supprimé la tutelle des agnats.

G. 171. — Le tuteur fiduciaire ne peut céder la tutelle, car il s'est volontairement soumis à cette charge.

Cette règle toutefois ne s'applique point au père qui, après avoir donné sa fille *in mancipio*, l'a émancipée. En effet, dans ce cas le père est tuteur légitime comme le patron.

Ulp. 18. — A défaut de tuteur ou testamentaire, ou légitime, ou fiduciaire, la loi *Attilia* pourvoit à la tutelle des femmes comme à la tutelle des impubères.

Ulp. 25. — Les tuteurs des impubères gèrent les affaires des pupilles et interposent leur autorité (*auctoritatem interponunt*). — Les tuteurs des femmes interposent seulement leur autorité.

Ulp. 26. — S'il y a plusieurs tuteurs, tous et dans toute chose doivent interposer leur autorité, à moins qu'ils ne soient donnés par testament.

Dans ce cas, l'autorité d'un seul suffit.

Ulp. 27. — L'*auctoritas tutoris* est nécessaire aux femmes pour les actes suivants :

Si elles agissent *lege aut legitimo judicio* (1); — si elles s'obligent ; — si elles permettent à leur affranchie de vivre *in contubernio servi alieni ;* — si elles aliènent une chose *mancipi*.

Quant aux pupilles, ils ont besoin de l'*auctoritas tutoris*, même pour aliéner les choses, *nec mancipi*.

G. 190. — La tutelle des femmes pubères repose sur des motifs plutôt spécieux que vrais.

---

(1) *Legitimi judicium* désigne une procédure propre aux citoyens romains.

C'est pourquoi l'*auctoritas tutoris* n'est souvent qu'une formalité (1); souvent aussi le tuteur, contraint par le préteur, *fit auctor invitus*.

G. 191. — Il suit de là que la femme n'a point contre son tuteur l'action en compte de tutelle.

G. 192. — Toutefois, il n'en est point ainsi, quand il s'agit de la tutelle légitime des ascendants ou des patrons. La tutelle, en effet, dans ce cas, dérive du droit de succéder.

Ces tuteurs ne sont jamais forcés de donner leur autorisation pour l'accomplissement d'actes qui diminueraient la succession qu'ils doivent recueillir.

G. 194. — Les femmes ingénues sont libérées de la tutelle *jure liberorum*, si elles ont trois enfants. Les affranchies ne sont libérées de la tutelle du patron et des enfants du patron que si elles ont quatre enfants; de toute autre tutelle, elles sont libérées par trois enfants.

CHANGEMENT DE TUTEUR.

G. 114. — Nous avons vu que la femme, au moyen de la *coemptio* avec son mari, peut se placer *in manu mariti* (2).

---

(1) G. 190. — *Dicis gratia tutor interposuit auctoritatem suam.*

(2) Voir *supra*, p. 182.

La femme peut, au moyen de la *coemptio* avec un étranger, changer de tuteur. Voici comment :

La femme, avec l'autorité du tuteur qu'elle a et qu'elle veut changer, se vend (*coemptionem facit*). Celui qui a acheté la femme par mancipation, la mancipe de nouveau à celui que la femme veut avoir pour tuteur.

G. 195. — Celui-ci affranchit la femme *vindicta ;* il obtient ainsi le droit de tutelle qui appartient à l'émancipateur sur l'émancipé et devient tuteur fiduciaire de la femme.

G. 173 et suiv. — Lorsque le tuteur est absent, il est permis à la femme de demander un autre tuteur. Le nouveau tuteur conserve ses fonctions quand même le premier tuteur cesserait d'être absent.

Il est fait exception à cette règle, quant à la femme affranchie qui a pour tuteur son patron absent.

Est assimilé au patron, le père émancipateur, ainsi que les enfants de l'émancipateur, qui sont tuteurs fiduciaires.

Toutefois, l'exception cesse dans quelques cas particuliers ; par exemple, lorsqu'il s'agit de faire adition d'hérédité ou de contracter mariage.

Si le tuteur est fou ou muet, s'il est destitué ou excusé, le S. C. permet de faire nommer un autre tuteur, *ad dotem dandam aut dicendam* (1).

(1) Voir *supra, Dot*, p. 190.

G. 195.— Le patron qui se donne en adoption doit faire nommer un nouveau tuteur à la femme dont il est le patron.

La femme affranchie par une femme doit demander un tuteur, en vertu soit de la loi Attilia, soit des lois Julia et Titia.

Il en est de même dans le cas où le patron tuteur vient à mourir, et ne laisse dans sa famille aucun enfant mâle.

Chez nous comme à Rome, les filles mineures sont soumises à la même tutelle que les garçons mineurs. Mais les filles majeures et les femmes veuves ont le plein exercice de leurs droits. Nos lois ne reconnaissent, en effet, ni la légèreté d'esprit, ni la faiblesse du sexe, ni l'ignorance des affaires qui, selon Gaius et Ulpien, sont la cause de la tutelle des femmes.

La femme mariée n'est point, comme l'*uxor in manu*, réputée fille de son mari, et l'on serait révolté à l'idée qu'une mère fût sous la tutelle de son fils. Loin de là, la mère, devenue veuve, est tutrice de ses enfants (art. 389 C. civ.), et la veuve peut, par testament, leur donner un tuteur (art. 397).

Par un contraste remarquable, la loi de l'autorisation maritale (art. 227) met la femme mariée dans un état de dépendance absolue, quant à la disposition de ses biens. Il n'est accordée à l'épouse d'autre faculté que celle d'administrer, et seulement dans le

cas exceptionnel de séparation de biens ou lorsqu'elle a des paraphernaux (art. 1574 C. civ.).

Quelle est la raison de cette dépendance si grande? Il n'y en a qu'une : la loi a voulu que dans les choses du mariage il y eut *unité* de direction. Tout est réglé en vue de ce but : la femme est liée (art. 217), afin qu'elle soit *obéissante* (art. 212 C. civ.).

Mais quand le mariage est dissous, quelle revanche contre le mari ! Ses enfants, armés des droits dont leur mère prédécédée n'a jamais eu l'exercice, viennent au partage, font valoir récompenses et reprises, actions révocatoires et indemnités, hypothèques légales et restitutions dotales. Devenir veuf et débiteur de ses enfants, c'est tout un, et quelle complication dans le règlement des droits ! Les liquidations devant notaire sont l'expiation du pouvoir marital.

La sagesse de nos lois conjugales ne ressemble en rien à la sagesse romaine.

LIVRE DEUXIÈME.

—00—

DOMINIUM

DÉMEMBREMENTS DU DOMINIUM.

MODES D'ACQUISITION.

PREMIÈRE ÉTUDE.

DOMINIUM. — DIVISION DES CHOSES. POSSESSION.

I.

DOMINIUM.

ORIGINE DU DOMINIUM ROMAIN.

« Les terres étant restées longtemps communes » entre les Romains, et le partage ne s'en étant effec- » tué qu'à une date relativement récente, la propriété » procède de cette idée, que le sol, que tout do- » maine en général a été concédé par la cité au ci- » toyen pour en avoir la possession et l'usage exclu- » sifs.

» Aussi le citoyen ou celui que la loi traite à son » égal, sont-ils seuls capables du droit de pro- » priété (1). »

---

(1) Mommsen, t. I, p. 206.

La conquête fait le domaine de la cité ; la cité fait le domaine des citoyens. Entre les citoyens, le *dominium* n'a point pour fondement le droit du plus fort.

A Rome, la puissance publique est à la fois créatrice et garante du droit de propriété privée (1).

ÉLÉMENTS DU DOMINIUM.

Le *dominium* est un droit complexe ; on groupe sous trois chefs les droits élémentaires dont il se compose : *uti — frui — abuti.*

Quand ces trois éléments sont réunis, on dit que le *dominium* est *plenum.*

Quand ces éléments, séparables, sont attribués à des personnes distinctes, *uti* signifie se servir de la chose sans avoir droit aux fruits ; *frui*, contient *uti ;* — ce mot signifie droit aux fruits et à l'usage de la chose.

Abuti est l'expression d'un pouvoir sans limites : — consommer, détruire, aliéner.

Le *dominium* contient en outre *jus possidendi :*

« La liaison de la propriété à la possession n'a pas » seulement pour effet que la propriété renferme » toujours le droit de posséder, mais aussi il a ce

---

(1) D. 41-1, l. 52. — Rem in bonis habere intelligimus, quoties, *possidentes*, *exceptionem* , — aut *amittentes actionem*, ad recuperandam eam habemus.

» second effet que la possession donne souvent la
» propriété.

» L'effet naturel de la possession est de mettre en
» usage la propriété, et de donner au propriétaire
» l'exercice actuel de son droit en jouissant de la
» chose ou en disposant. L'usage de la possession
» est tel que sans elle la propriété serait inutile, car
» ce n'est que par la possession qu'on a les choses
» en sa puissance et qu'on en jouit (1). »

Le *dominium* survit à la possession perdue ; à ce point de vue il peut être séparé de la possession, mais la séparation ne saurait être perpétuelle : — par la *revendication*, le *dominium* ramène vers soi la possession qui en est séparée (2) ; — par l'*usucapion*, la possession prolongée attire à soi le *dominium* et le fixe sur la tête du possesseur (3).

DOMINIUM EX JURE QUIRITIUM — IN BONIS.

G. 11, 40. — Chez les pérégrins, il n'y a qu'un seul domaine : ou l'on est propriétaire, ou on ne l'est pas.

A l'origine (*olim*) le droit était pareil à Rome : ou

---

(1) Domat., l. 3, t. 7, s. 2 et 3.
(2) Voir *Introduction*, quatrième partie.
(3) Voir *infra*, deuxième étude.

l'on est propriétaire *ex jure quiritium*, ou on ne l'est pas.

Plus tard, le *dominium* romain est divisé. *Tel* peut avoir le *dominium ex jure quiritium* sur une chose et *tel autre* avoir cette chose *in bonis*. De sorte que l'on distingue : 1° *plenum dominium ex jure quiritium ;* 2° *nudum dominium ex jure quiritium ;* 3° un droit appelé *in bonis*.

Cette division du *dominium* se produit dans le cas où, un mode du droit civil étant nécessaire pour l'acquisition du *dominium*, l'on a employé un mode du droit des gens.

Exemple : — le *dominium* des choses *mancipi* (1) ne peut être transféré par tradition ; on a fait tradition d'une chose *mancipi ;* le *tradens* (celui qui a voulu aliéner) reste propriétaire *ex jure quiritium ;* il a le *nudum dominium ;* celui à qui la chose a été livrée, a cette chose *in bonis*.

G. 11, 88. — Au droit dit *in bonis* sont attachés tous les gains et toute l'utilité de la propriété : *ex omnibus causis adquiritur ei soli cujus in bonis est.*

Les prérogatives honorifiques sont inhérentes au *nudum dominium ex jure quiritium*. Exemple :

G. 1, 167. — Une femme esclave est à toi *ex jure quiritium*, à moi *in bonis ;* elle est affranchie par moi

(1) Voir ci-après, deuxième étude.

seul, non par toi. Elle devient latine, ses biens sont à moi, sa tutelle est à toi.

Où l'on voit la supériorité du *dominium ex jure quiritium* sur l'*in bonis,* c'est lorsque la propriété est perdue.

Celui qui a la chose *in bonis* ne peut la revendiquer, car la formule de la revendication (*hunc hominem meum esse aio ex jure quiritium*) tourne contre lui.

Au cas même où l'*in bonis* est joint à la possession, ce droit succombe devant la revendication du propriétaire *ex jure quiritium* (1).

En résumé, l'*in bonis* a presque tous les avantages de la propriété, tant qu'il n'est pas contesté ; — mais, contre le revendiquant, il n'est protégé que par le droit prétorien (2).

DE LA PROPRIÉTÉ DES FONDS PROVINCIAUX.

Le *dominium ex jure quiritium* est une prérogative des citoyens romains et un privilége attaché au sol.

L'*ager romanus* d'abord, — après la guerre sociale le *sol italique* sont seuls capables du *dominium ex jure quiritium.*

Par droit de conquête le *dominium ex jure quiri-*

---

(1) G. 4–36. — J. 4–4.
(2) Par l'action publicienne notamment. (J. 4, t. 1, § 4.)

tium du sol provincial appartient au peuple romain ou à ce César (1).

Ce domaine éminent ne permet pas que le droit qui lui est subordonné ait aucune communication du droit de Rome, civil ou prétorien (2).

En cela, le droit sur les fonds provinciaux diffère de l'*in bonis* qui est créé et protégé par le préteur.

La propriété des fonds provinciaux est de fait plutôt que de droit, eu égard au peuple romain.

II.

DE LA DIVISION DES CHOSES ET DE LEUR QUALITÉ.

Res : tout ce qui dans la nature n'est pas une personne est une chose. L'esclave est une chose.

Première (summa) *division des choses.*

CHOSES INTRA PATRIMONIUM. — CHOSES EXTRA PATRIMONIUM NOSTRUM.

Patrimonium : ce mot éveille l'idée de père et de famille ; il enseigne que la propriété romaine est *familiale.*

---

(1) Le sol provincial doit un tribut, *vectigal.*

(2) G. 10. — Certaines différences entre le sol italique et le sol provincial ne sont que théoriques : un fonds provincial ne peut être fait ni *sacer*, ni *religiosus*, mais il sera tenu *pro sacro, pro religioso.*

Patrimonium : ce mot comprend *familia* (les esclaves), *pecudes* (les troupeaux), *pecunia* (toutes les choses mobilières), *fundus et ea quæ fundo cedunt* (toutes les choses immobilières).

Patrimonium : ce mot ne s'applique qu'aux biens propres à un citoyen *sui juris ;* les biens propres à un fils de famille, ou laissés à un esclave, sont dits *Peculium.*

Les choses sont : — (a) ou communes, — (b) ou publiques, — (c) ou *res universitatis*, — (d) ou *res singulorum*, — (e) ou *res nullius.*

(a) *Choses communes :* « les cieux, les astres, la » lumière et la mer sont des biens tellement com- » muns à toute la société des hommes, qu'aucun » ne peut s'en rendre maître ni en priver les » autres (1). »

L'eau qui coule, le rivage de la mer aussi sont choses communes. Mais l'eau que j'ai puisée, la partie du rivage sur laquelle j'ai bâti sont à moi tant que je les possède (2).

(b) *Choses publiques :* sont publiques les choses qui appartiennent au peuple romain *et dont l'usage est commun à tous.* Celles dont l'usage n'est pas commun constituent le domaine privé de l'Etat.

---

(1) Domat., l. 2, t. 3 pr.

(2) Le rivage de la mer s'étend jusqu'où monte le plus grand flot d'hiver.

Les rivages des fleuves appartiennent aux riverains, mais l'usage en est public.

(c) *Res universitatis* : au-dessous et à l'exemple de cette grande collectivité qui constitue le peuple romain, le droit reconnaît des corporations moindres, ayant une individualité propre et pouvant être propriétaires (1).

Les corporations ayant un patrimoine sont nombreuses à Rome : au premier rang, *la plèbe*, qui, eu égard au *populus*, est une corporation particulière ; après elle, les curies, les colléges sacerdotaux, *pistores, navicularii, aurifodinarii, confrumentales, qui ad negotionem aut ad quid aliud proficiscuntur*, etc.

Les membres de ces corporations sont dits *sodales ;* à cette liste, il faut ajouter les *civitates* et *municipia* (2).

Les biens d'une corporation (*sodalium*) sont dits spécialement *res universitatis*, quand l'usage est en commun (*stades*, *theatres*, etc.).

Dans le cas contraire, ces biens sont dits *res in singulari patrimonio universitatis.*

---

(1) D. 3-4, l. 1, § 1.— Quibus autem permissum est corpus habere collegii, societatis, proprium ad exemplum reipublicæ habere res communes, arcam communem, et actorem sive syndicum per quem tanquam in republica quod communiter agi fierique oporteat, agatur, fiat.

D. 48-22, l. 4.— His autem potestatem fecit *lex* pactionem quam velint sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant.

(2) D. 3-4.— D. 50-8, l. 4 (Gaius, ad legem XII Tabularum).

(e) *Res singulorum :* choses qui sont dans le patrimoine d'un individu.

Une collectivité d'individus, considérée comme *unité*, est propriétaire *jure singulari ;* les choses qui sont dans son patrimoine *privé* (en ce sens que l'usage n'en est pas public) sont traitées comme *res singulorum.*

(e) *Res nullius :* sont *res nullius :* 1° *res sacræ ;* 2° *res religiosæ ;* 3° *res sanctæ.*

G. 11, 4. — *Sacræ :* choses consacrées aux divinités supérieures.

Religiosæ : choses consacrées aux dieux mânes.

G. 5. — Un terrain ne peut être fait *sacer* que par la volonté du peuple romain, une loi ou un sénatus-consulte (1).

Religiosæ : notre terrain est fait religieux par notre volonté lorsque nous y enterrons un mort, pourvu toutefois que le soin des funérailles nous incombe.

J. § 9. — Nul autre que le propriétaire ne peut faire un lieu religieux. — Dans le cas où l'usufruit est séparé de la propriété, le consentement de l'usufruitier est nécessaire.

G. 8. — *Res sanctæ :* les murs et les portes des villes. De leur nature ces choses sont *humani juris ;* mais comme les choses *divini juris,* elles sont protégées par des peines contre le dommage des hommes. C'est pourquoi on les assimile aux choses *divini juris.*

---

(1) D. 1-8, l. 6, §§ 2 et 5. — Un édifice *sacer* est détruit, le sol continue d'être *sacer.*

Autre combinaison de la même division.

G. 3. — *Gaius* pose comme principale (*summa*) la division des choses *divini juris* et des choses *humani juris*. Cela le conduit à subdiviser les choses *humani juris* en *res nullius*, — *res publicæ*, — *res privatæ*. — Les choses *universitatis* sont comprises parmi les choses *singulorum*.

Parmi les choses *humani juris*, les suivantes sont *res nullius* : 1° les choses communes ; 2° les animaux à l'état sauvage, les cailloux du rivage, le trésor ; en un mot celles dont on peut acquérir la propriété par occupation ; 3° les choses héréditaires tant qu'il n'existe point d'héritier.

Ces deux dernières catégories de choses dites *nullius* sont distinguées des choses *divini juris* et des *choses communes*, en ce que celles-ci ne peuvent — et que celles-là peuvent devenir *res singulorum*.

Autre division.

CHOSES CORPORELLES. — CHOSES INCORPORELLES (1).

Res corporales quæ tangi possunt ;
Res incorporales quæ in jure consistunt.

(1) G. 12 et s. — J. t. 2.

D'une part, les *droits : relations entre les hommes ;* — d'autre part, les *choses : objet des droits.*

Les choses sont l'objet des droits et les droits sont des choses.

Ces formules bizarres, mais passées en usage, signifient que des droits, l'on fait deux classes : d'une part, le *plenum dominium* seul (*res corporalis*) ; — d'autre part, tous les autres droits (*res incorporales*).

Comment cette distinction s'est-elle établie ?

Chose corporelle : comme le *plenum dominium* a pour *sujet passif* la généralité des hommes et non tel ou tel des hommes, notre esprit est accoutumé à considérer ce droit, abstraction faite du *sujet passif*, et comme si le *dominium* était une relation entre *le sujet actif* et *l'objet* de ce droit (1).

« Il faut se garder, dit Kant, de l'illusion si an-
» cienne et si répandue qui consiste à personnifier
» les choses et à se croire *un droit immédiat* à leur
» égard, comme si quelqu'un pouvait les obliger à
» ne reconnaître d'autres maîtres que lui (2). »

Le langage favorise cette illusion de notre esprit, s'il ne l'a créée.

La langue latine et la nôtre permettent que le

---

(1) C'est l'éminent professeur Accolas qui a mis en lumière la distinction entre le sujet actif et le sujet passif des droits et en a tiré les conséquences.

(2) Kant, *Doctrine du droit*, p. 100.

dominium soit exprimé adjectivement et que le même mot appliqué comme adjectif à l'objet tienne lieu du sujet actif du droit.

Une partie du discours (disent les grammairiens) a été créée pour cette double fonction. En effet, *meus*, *tuus*, *suus*, sont *pronoms* eu égard au *sujet actif* dont ils prennent la place ; — ils sont *adjectifs* eu égard à l'*objet* du droit ; ils désignent le *dominium* par la seule qualification de son objet : *ma maison*.

Le sujet passif étant sous-entendu, — le *dominium* n'étant point *substantivement* exprimé, — le sujet actif, sous sa forme pronominale, et l'objet qualifié restent seuls en présence.

L'objet (chose corporelle) l'emporte sur sa qualification (qualité incorporelle) ; l'on ne voit que l'objet et l'on dit : le *dominium* est une chose *corporelle*.

Choses incorporelles : il est impossible que les droits autres que le *dominium* ne soient pas substantivement exprimés. En effet, quand il s'agit de tous droits réels autres que le *dominium* (de l'usufruit des servitudes, du gage, etc.), les langues ne fournissent aucun qualificatif qui s'appliquant à l'objet donne une idée de ces droits sans les nommer.

Quand il s'agit de droits personnels, on ne peut écarter l'idée du sujet passif, et le rapport de droit entre le sujet actif et le sujet passif se dégage de soi-même comme distinct de l'objet : ce rapport de droit est une chose *incorporelle*.

RESUMÉ.

Choses corporelles : *dominium ;* l'objet du droit est pris pour le droit.

Chose incorporelle : tous les autres droits ; ils sont considérés comme distincts de leur objet.

Cette distinction domine la théorie de l'acquisition des droits.

Autre division.

CHOSES MANCIPI. — CHOSES NEC MANCIPI.

Mancipatio : fait de prendre avec la main, *manu-capere.* Ce fait ne s'applique naturellement qu'aux choses mobilières, mais on l'étend aux choses immobilières. (G. 4.)

La *mancipatio* est la forme générale de l'achat dans ce temps où les mots *familia pecuniaque* suffisent pour désigner tout ce qui est contenu dans le patrimoine.

La mancipation doit être faite en présence de témoins et d'un *libripens.*

Après la réforme de Servius, les témoins sont choisis, *un* dans chaque *classe*, comme pour représenter tout le peuple romain (*testes classici*), — ils sont donc cinq.

Déjà à la place des brebis et des bœufs, le cuivre est employé comme moyen de paiement. La tradition dit que cette fonction de *libripens* fut créée par Servius.

A une époque qui nous est inconnue, l'emploi de la *mancipation* cesse d'être exigé pour la vente de toutes choses; il n'y a plus que le sol italique, les esclaves, les quadrupèdes *qui collo dorsove domantur* (1) qui soient incapables d'être transférés par tradition.

C'est dans ce sens que ces choses sont appelées *res mancipi*

Ne dites point : les choses *nec mancipi* sont celles qui ne peuvent être acquises par mancipation. Car le *dominium* des choses *nec mancipi* est acquis par mancipation.

Ne dites point les choses *mancipi* sont celles dont le *dominium* n'est acquis que par mancipation ; car ces choses sont acquises par *usucapio*, *cessio in jure*, *adjudicatio*, *occupatio*.

La vraie définition est celle-ci : *res corporales mancipi sunt*, *quæ traditionem non recipiunt* (celles dont le *dominium* n'est pas transféré par tradition).

---

(1) Les éléphants, les chameaux, les bêtes importées en Italie et qui ne s'y reproduisent pas, sont *res nec mancipi*.

Un ancien jurisconsulte, *Nerva*, dit que les petits des animaux sont *nec mancipi* tant qu'ils ne sont pas dressés au travail, ou en âge d'y être dressés.

La distinction des choses *mancipi* et *nec mancipi* ne s'applique point aux choses incorporelles. Ces choses ne sont point susceptibles de mancipation, à l'exception des *servitutes rusticæ*. (G. 115.)

Autre division.

MEUBLES ET IMMEUBLES.

Sont immeubles : le sol et les choses inhérentes au sol (*solo, quæ cedunt vel coalescunt*). Le droit romain ne reconnaît d'autres immeubles que ceux-là.

La distinction entre les meubles et les immeubles est loin d'avoir à Rome la même importance que dans nos coutumes et dans le Code civil. La possession foncière romaine est soumise à quelques règles spéciales (usucapion ou interdits) ; mais à part cette exception, et quelques autres peut-être d'ordre secondaire, le même droit régit les meubles ou les immeubles.

Autre division.

CORPS CERTAIN. — CORPS INCERTAIN.

Stichus que voici est *un corps certain ;* celui d'*entre ces* esclaves que je dois choisir pour qu'il devienne mien, est jusqu'au choix *un corps incertain.*

Cette distinction a deux conséquences : 1° Le *dominium singularum rerum* ne peut avoir pour objet

que des *corps certains*. La raison en est évidente. Comment pourrai-je dire : *cette chose est à moi ;* comment pourrai-je la revendiquer, si elle n'est individuellement spécifiée ?

Le droit qui s'applique à un corps incertain ne saurait donc être qu'un droit de créance.

2° Le corps certain périt pour l'ayant droit, propriétaire ou créancier ; mais la perte d'un corps incertain ne libère point le débiteur.

Exemple : — Stichus est légué à Titius, Stichus meurt, la perte est pour Titius.

Le testateur a légué un de ses esclaves à choisir. Stichus, l'un d'eux, meurt avant que le choix ne soit fait. — Le legs portera sur un autre des esclaves du testateur.

S'il arrive qu'un seul survive avant le choix, le legs se fixe sur ce dernier, la perte est pour l'héritier.

Si tous meurent, le legs devient sans effet : la perte du dernier mourant est pour le légataire.

Autre division.

ANIMAUX DOMESTIQUES. — ANIMAUX SAUVAGES.

Cette distinction se réfère à la perte de la propriété par la perte de la possession.

Le propre du *dominium* est de survivre à la possession perdue, si ce n'est lorsqu'il s'applique aux

animaux restés à l'état sauvage, ou aux animaux domestiqués, mais libres par nature.

Les ours et les lions sont tenus pour toujours sauvages ; les abeilles, les pigeons, les paons, quoique domestiqués, sont réputés libres par nature, de même que les hommes faits captifs.

La propriété des animaux sauvages est éteinte quand on cesse de les détenir.

La propriété des bêtes domestiquées, mais libres par nature, est éteinte, quand ces bêtes ont perdu l'esprit de retour.

III.

POSSESSION.

ÉLÉMENTS DE LA POSSESSION.

D. 41-2, l. 1, § 1. — *Possessionem adipiscimur animo et corpore — neque per se animo — aut per se corpore.*

Corpus : fait d'avoir une chose en son pouvoir.

Animus : prétention d'en être propriétaire.

Le fait et la prétention réunis font le possesseur.

Le fait sans la prétention, — la prétention sans le fait, — ne constituent point la possession juridique.

Exemple : Titius trouve dans l'hérédité de son son père une chose qui y a été mise en dépôt ; il prétend que cette chose est à lui ; — c'est à tort, il n'importe. Cet état de fait et de prétention constitue la possession juridique, — possession qui est l'image de la propriété.

DEGRÉS DE LA POSSESSION.

1er *Degré.* — *Détention protégée par une exception* (1).

Droit de rétention, jusqu'au paiement d'une dette à laquelle la chose est affectée.

Droit de séquestre : détenir une chose dans l'intérêt commun de diverses personnes.

Dans ces cas et autres analogues, la *détention* est dite *possession naturelle.* Le détenteur est *in possessione ;* il n'est pas *possesseur.*

2e *Degré.* — *Possession ad interdicta.*

Les interdits sont des formules (*formulæ verborum et conceptiones*) par lesquelles le préteur met fin à des contestations. (G. 4-139.)

Certains interdits ont spécialement trait à la possession. On les appelle *interdits possessoires.*

Les interdits possessoires sont classés ainsi : 1° *re-*

---

(1) D. 9-6, l. 1.

tinendæ, 2° *adipiscendæ*, 3° *recuperandæ possessionis*.

Il y a deux interdits possessoires principaux : l'un, dit interdit *uti possidetis*, est appliqué à la possession des immeubles ; l'autre, *utrubi*, est appliqué à la possession des *meubles*.

Par le premier de ces interdits, le préteur maintient celui qui a la possession actuelle, pourvu, toutefois, qu'il ne possède *nec vi*, *nec clam*, *nec precario* vis-à-vis de son adversaire (1).

L'interdit *utrubi* fait prévaloir la possession qui a duré le plus longtemps pendant l'année qui a précédé le litige (2).

Le propre des interdits possessoires est de faire que le droit du propriétaire soit tenu en échec par le droit du possesseur.

Il suffit au possesseur de posséder (*sufficit ut possideat*) ; le propriétaire doit prendre l'offensive ; c'en est fait de son droit, s'il n'en fait la preuve et ne le gagne à nouveau par revendication (3).

« L'effet de la possession *ad interdicta* est que le » possesseur est considéré comme maître, quoiqu'il » ne le soit point (4). »

---

(1) D. 43-17, l. 1. — Formule de cet interdit : *Uti eas ædes de quibus agitur nec vi, nec clam, nec precario possideatis vim fieri veto.*

(2) D. 43-31, l. 1. — Formule de cet interdit : *Utrubi hic homo de quo agitur majore parte hujusce anni fuit, quominus is eum ducat vim fieri veto.*

(3) G. 4, § 41.

(4) Domat., l. 11, t. 7, s. 3.

3e *Degré. — Possession ad usucapionem.*

La possession *ad usucapionem* montre, — d'une part, un propriétaire sans possession, — d'autre part, un possesseur sans droit de propriété, mais qui, cependant, de bonne foi, *ex justa causa*, prétend avoir acquis le *dominium*.

Dès que la durée légale de la possession est accomplie, ce qui est séparé se réunit et se fond en un droit unique et complet, *plenum dominium*. Le temps, la bonne foi, la possession, substituent un propriétaire nouveau à l'ancien.

CAUSE DE LA POSSESSION.

Titius puise de l'eau à la rivière; il ramasse une pierre sur le rivage; il vole une pièce d'or; il usurpe le fonds d'autrui : le voilà possesseur.

Demandez à Titius pourquoi il possède,— il répondra : *Possideo quia possideo.* Il ne saurait faire d'autre réponse : la possession de Titius ne procède que de la volonté de Titius. Cette possession n'a d'autre cause qu'elle-même ; plus exactement, elle est sans cause.

Une chose est abandonnée (*res derelicta*); une hérédité est ouverte, point d'adition (*hæreditas jacens*) ; Titius prend possession de la chose qu'il sait avoir été abandonnée, ou de la chose qu'il sait être héréditaire.

Demandez à Titius pourquoi il possède, — il répondra : *Possideo pro derelicto ; — possideo pro hærede.* Cette possession se lie donc à un fait antérieur : *le délaissement.* Ce fait caractérise la possession : cela suffit pour qu'on répute qu'il en est la cause.

On distingue autant de genres de possession qu'il y a de causes de possession (1).

Au Digeste, un titre séparé est consacré à chaque genre de possession, suivant sa cause (2).

Les différences de chaque genre de possession touchent surtout l'usucapion. C'est au titre de l'usucapion que nous les verrons.

Il suffit de noter ici la possession *pro suo* et la possession *pro possessore.*

Pro suo (3) : cette formule désigne toute possession acquise *ex causa dominii.*

Pro possessore (4) : cette formule est le contraire de la possession *pro suo ;* elle désigne toute possession *ex causa possessionis naturalis tantum non civilis.*

Le colon, le dépositaire, ont la possession *pro possessore ;* par eux, celui qui leur a livré la chose à titre de louage ou de dépôt possède *pro suo.*

---

(1) D. 41–2, l. 3, § 21.
(2) D. 41, t. 4 et suiv.
(3) D. 41-11, l. 1.
(4) D. 41-5, l. 2, § 1.

Titius devient possesseur d'une chose à lui léguée, donnée, due, vendue, louée ou prêtée : le legs, le don, le paiement, la vente, le louage ou le prêt, est la cause de la possession de Titius.

La cause de cette possession consiste dans l'obligation ou dans la libéralité en exécution de laquelle Titius est devenu possesseur.

On peut donc définir ainsi la cause de la possession : « Fait en exécution ou à raison duquel la possession » est ou prise, ou reçue, ou transférée. »

Eu égard à la prise de possession, la cause de la possession est ou préexistante, ou concomitante. — En tout cas, la cause de la possession est distincte de la possession, en ce qu'elle consiste ou dans un contrat, ou dans le fait d'autrui.

Tous peuvent se constituer possesseurs; — nul ne peut créer *seul et pour lui-même* (*ipse sibi*) une cause juridique de sa possession.

COMMENT ET PAR QUELLES PERSONNES LA POSSESSION NOUS EST ACQUISE.

Paul, s. 5, 2, § 1. — Nous acquérons la possession — *animo utique nostro*, — *vel corpore nostro*, — *vel alieno*.

1° *Animo utique nostro*. — Nul n'acquiert la possession sans le savoir et sans le vouloir : *ignoranti possessio non acquiritur*.

Un fou, un pupille en bas âge, une hérédité, une corporation ne peuvent donc acquérir la possession ; ces personnes sont incapables de volonté (1).

Toutefois et par exception, l'on admet que le pupille, si jeune qu'il soit, peut acquérir la possession *tutore auctore ;* que les *municipes* peuvent acquérir la possession par leurs esclaves, ou par des personnes libres (2).

2° *Vel corpore nostro.* — Ce n'est pas avec le toucher seulement que l'on prend possession, — *non enim corpore et tactu, sed etiam oculis et affectu.*

S'agit-il d'un fonds de terre, il n'est pas nécessaire de le parcourir en entier ; il suffit d'entrer dans quelques parties avec l'intention de prendre possession du tout (3).

Du haut de ma tour, le propriétaire du fonds voisin me montre ce fonds et me dit qu'il m'en livre la possession, aussitôt je commence de posséder comme si j'avais mis le pied sur le fonds (4).

S'agit-il de colonnes d'un grand poids, difficiles à déplacer, de tonnes de vin déposées dans des caves, — la réception des clefs des caves, l'accord du ven-

---

(1) D. 41-2, l. 1, §§ 3 et 4. — Quia affectionem tenendi non habent, *sicut si quis dormienti aliquid in manum ponat.*
(2) D. 41-2, l. 1, § 22 et l. 22.
(3) D. 41-2, l. 3 pr., § 1.
(4) D. 41-2, l. 1, § 21.

deur et de l'acheteur en présence des colonnes constituent la prise de possession.

3° *Vel corpore alieno* (1). — Nous acquérons la possession :

1° Par les personnes que nous avons, *in dominio, potestateve, manuve, mancipiove ;*

2° Par les esclaves dont nous avons l'usufruit, ou que nous possédons de bonne foi ;

3° *Per liberam personam quæ nobis bonâ fide servit ;*

4° *Per extraneas personas* : per tutorem, per procuratorem, colonumve.

C'est une maxime de droit : *per extraneam personam, nihil acquiritur excepta possessione* (2).

Pour que la possession nous soit acquise *corpore alieno*, trois conditions sont nécessaires :

1° Celui qui possède doit vouloir posséder pour nous (3) ;

2° Nous devons *vouloir* posséder par lui ;

3° Nous devons savoir qu'il possède pour nous.

---

(1) G. 89, 90, 95. — J. t. 9, § 5.

(2) D. 41-1, l. 1, § 20. — Quant aux *extranei* et à l'esclave dont nous n'avons que l'usufruit, cela fit difficulté parce que nous ne possédons pas ces personnes.

Mais on répondit : nous ne possédons pas notre fils *in potestate*, et cependant nous acquérons par lui.

Cette réponse prévalut sur l'objection.

(3) D. 41-2, l. 1, § 19. — Si ton esclave entre en possession avec la volonté de posséder non pour toi, mais pour *Titius*, tu n'auras pas acquis la possession.

En effet, *possessio non nobis ignorantibus aut non volentibus acquiritur*.

Cette règle n'est point infirmée par ce qui suit :

Mon *procurator* a reçu l'ordre d'acheter une chose; il l'achète et en prend livraison. A l'instant de la livraison, et avant que je sache que la chose a été livrée, la possession m'est acquise.

Il en serait autrement, si mon *procurator* avait acheté sans ordre et spontanément. Pourquoi cette différence?

Jussus domini implique que le maître a l'*animus possidendi ;* quand le *procurator* achète sans ordre, cet *animus possidendi* de la part du maître n'est pas préexistant.

Mais voici une dérogation au principe.

Ex peculia causa ignorantibus dominis possessio acquiritur (1).

Tout ce qui est ajouté au pécule de l'esclave, le maître le possède même sans le savoir, — cela est admis *utilitatis causa, jure singulari*, afin que les maîtres ne soient pas obligés de surveiller constamment le pécule de leurs esclaves.

On dit qu'en certains cas la possession nous est acquise *solo animo*.

Exemple : Tu m'as confié une chose en dépôt ; je la détiens, et ne la possède pas.

---

(1) D. 41-2, l. 44, § 1.

Cette même chose tu me la vends ; aussitôt j'en deviens possesseur.

L'*animus possidendi* paraît être séparé de la détention, parce que la détention est préexistante. Mais en réalité, *animus et corpus* sont réunis : c'est leur réunion qui fait la possession (1).

COMMENT ET PAR QUELLES PERSONNES NOUS PERDONS LA POSSESSION.

Corpus, — *animus* : ces deux éléments sont nécessaires pour constituer la possession ; par conséquent, dès que l'un deux cesse d'exister, la possession est perdue (2).

Pour l'application de cette règle, l'on doit examiner séparément le cas où nous possédons *corpore nostro*, — et le cas où nous possédons *corpore alieno*. Il faut en outre distinguer le cas où la chose que nous possédons vient à être ou volée ou usurpée.

Première hypothèse. — *Corpore nostro possidemus*.

Nous perdons la possession — (a) *vel animo et corpore nostro*, — (b) *vel animo solo nostro*, — (c) *vel corpore solo nostro*.

---

(1) D. 41-2, l. 3.
(2) D. 50-17, l. 53.

(a) *Amittitur possessio animo et corpore nostro*, lorsque :

1° Nous détruisons volontairement la chose possédée ;

2° Nous la rendons volontairement incapable d'être possédée *juridiquement :* dans le fonds que nous possédons, nous enterrons un mort; en ce qui nous concerne, *locus pro religioso habetur* (1);

3° Nous abandonnons la chose possédée (2);

4° Nous transférons à autrui notre possession.

Dans tous ces cas, *amittitur possessio corpore et animo nostro.*

(b) *Amittitur possessio solo animo nostro.* — Dès que nous voulons ne plus posséder, nous ne possédons plus (3).

La maison que je possède, je te la vends, et j'en deviens locataire ; je ne possède plus cette maison, tu la possèdes.— La détention n'étant point déplacée, j'ai perdu la possession *solo animo* (4).

---

(1) D. 41-2, l. 30, § 1. — Et si contemnamus religionem et pro privato eum teneamus.

(2) D. 41-2, l. 3. — Le propriétaire apprend que sa maison vient d'être occupée par des voleurs ; effrayé, il ne veut y revenir : il perd la possession *animo et corpore.*

(3) D. 41-2, l. 3, § 1, l. 17, § 1.— La perte comme l'acquisition de la propriété ne résulte que de certains événements décrits et définis par le droit. La *seule* volonté de cesser d'être propriétaire ne fait pas perdre la propriété ; la seule volonté de ne plus posséder met fin à la possession. Tel est le sens de la maxime : *Proprietas juris est, possessio facti.*

(4) D. 41-2, l. 18 pr.— Nec muto causam possessionis, sed desino possidere.

(c) *Amittitur possessio corpore nostro solo.* — Dès que, contrairement à notre volonté, la chose cesse d'être en notre pouvoir, nous ne possédons plus (1).

La possession est perdue par notre fait involontaire. — Je détruis ou laisse périr sans le vouloir la chose par moi possédée; je la perds de sorte que j'ignore où elle est : *amittitur possessio corpore nostro.*

La possession est perdue sans le fait de personne : je possède un fonds, il est envahi par la mer; — un édifice, il vient à menacer ruine, le péril est imminent (2); — un animal sauvage, il s'enfuit; — un esclave, il fait comme *Spartacus*, il agit en homme libre (3).

Dans tous ces cas, cessant de détenir, je cesse de posséder.

Deuxième hypothèse. — *Corpore alieno possidemus.*

Non amittitur possessio animo alieno solo. — Mon dépositaire cesse de vouloir posséder pour moi; il

---

(1) *Exception :* Par nécessité, au cas de naufrage imminent, nous jetons une chose à la mer. Dans ce cas, la possession *perdue corpore nostro* est conservée *animo tantum.* L'épave n'est point capable d'être possédée *pro derelicto.*

(2) D. 41-2, l. 30, § 4. — Pour cause de ruine imminente, le préteur dépossède le propriétaire.

(3) D. 41-2, l. 14 et 15. — *Spartacus* était libre *corpore et animo; il se possédait lui-même* de fait, sinon de droit. — Il en est autrement de mon esclave fugitif; il est possédé par moi tant qu'il n'est pas possédé par un autre que moi.

veut posséder pour lui-même ou pour un autre. Ce changement de volonté ne nuit point à ma possession. *Nemo enim ipse sibi causam possessionis mutare potest* (1).

Amittitur possessio corpore alieno. — Celui qui possède pour nous perd la détention : — la possession est perdue pour nous, *quasi corpore nostro possideremus.*

Tout ce qui est dit ci-dessus du cas (c) où nous possédons *nostro corpore* est applicable ici.

Troisième hypothèse. — *La chose que nous possédons vient à être ou volée, ou usurpée.*

Le vol s'applique aux meubles, l'usurpation aux fonds.

Le fonds que je possède est usurpé; aussitôt, usant du droit naturel de défense, je repousse l'usurpateur (2); ma possession n'a pas cessé et je ne serai pas réputé posséder par violence (3).

Mais si je laisse l'usurpation s'accomplir, et que,

---

(1) D. 41-2, l. 3, §§ 18 et 19.— *Nerva* enseigne que si nous possédons *per extraneum*, l'extraneus cessant de vouloir posséder pour nous, nous cessons de posséder : un extraneus peut faire notre condition pire, au lieu que celui qui est sous notre puissance ne peut faire notre condition pire.

Cette distinction n'a pas prévalu.

(2) D. 43-16, l. 17. — Ideoque si te vi dejicero, — illico tu me, — deinde ego te : unde vi interdictum tibi utile erit.

(3) D. 41-2, l. 6. — In pristinam causam reverti, potius quam vi possidere intelligemus.

d'ailleurs, l'usurpateur ne possède vis-à-vis de moi *nec vi, nec clam, nec precario*, la possession qu'il a acquise est incompatible avec la mienne : elle l'exclut.

La possession est perdue, *etiam nobis ignorantibus*, sans qu'il y ait lieu de distinguer si nous possédons *corpore nostro*, — *vel alieno corpore* (1).

Du fonds que nous possédons *corpore alieno*, nous ne pouvons perdre la possession ni par l'intention, ni par le fait de celui par qui nous possédons; la possession n'est perdue que par l'usurpation d'un tiers (2).

Le vol nous fait perdre la possession des choses volées.

Toutefois, dans le cas où le vol est commis, soit par une personne en notre puissance, soit par celui par qui nous possédons, notre possession n'est pas perdue tant que la chose est détenue par le voleur (3).

Quand la chose est passée dans d'autres mains, notre possession est évidemment perdue.

QUASI-POSSESSIO JURIS.

La possession est le fait correspondant au *dominium*.

---

(1) D. 43-16, l. 1, § 22.

(2) D. 41-2, l. 44, § 2. — Ejus vero quod servi vel coloni corpore possidetur, non aliter amitti possessionem quam si eam alius ingressus fuerit; eamque amitti etiam ignorantibus.

(3) D. 41-2, l. 15, 18.

Suivant les idées romaines, et à cause de la distinction des choses corporelles et incorporelles (1), le fait correspondant à un droit réel, autre que le *dominium*, ne saurait constituer la possession : *Fructuarius in prædio est, non possidet* (2).

Toutefois, comme le fait correspondant à un droit réel autre que le *dominium*, n'est pas dépourvu de conséquences juridiques, ce fait est assimilé à la possession; on le nomme *quasi-possessio juris*.

Ces conséquences sont de droit prétorien : l'usufruitier est protégé par l'action *publicienne* (3) et par les *interdits* (4). Le créancier gagiste a la *quasi-possessio ad interdicta* (5). La quasi-possession des servitudes prédiales produit des effets de droit : ils devront être séparément étudiés.

L'acquisition ou la perte de la *quasi-possessio juris* est régie par les mêmes principes que la possession proprement dite.

---

(1) Voir *supra*, p. 262.
(2) D. 43-26, l. 6, § 1.
(3) D. 6-2, l. 11, § 1. — Action publicienne analogue à la revendication.
(4) Frag. vat., § 90 et suiv.
(5) D. 41-3, l. 16.— Qui pignori dedit ad usucapionem tantum possidet; quod ad reliquas causas pertinet, qui accepit possidet.

DEUXIÈME ÉTUDE.

QUEMADMODUM SINGULÆ RES NOBIS ADQUIRUNTUR.

DIVISION.

J. t. 9, § 16. — *Videamus quemadmodum res singulæ nobis adquiruntur ; — videamus quibus modis per universitatem adquiruntur.*

Cette division est nécessaire : les règles de l'acquisition des choses considérées individuellement sont de tout point différentes des règles de l'acquisition d'une universalité de biens et de dettes.

Nos textes traitent d'abord de l'acquisition *rerum singularum* : nous suivons l'ordre des textes.

MODES D'ACQUISITION. — CAUSES D'ACQUISITION.

Le droit romain n'admet point que le *dominium* soit transféré par le seul consentement : *mancipationibus et traditionibus non pactis et stipulationibus dominia nobis transferuntur.*

L'acquisition du *dominium* (et de tout droit réel) n'est opérée que par des actes matériels décrits et définis par le droit : ces actes sont dits *modes d'acquisition*.

Les modes d'acquisition (de même que la prise de possession) (1), sont accomplis en exécution ou à raison d'autres faits auxquels ils sont liés, comme l'effet est lié à la cause, — *res siquidem* EX CAUSA *emptionis aut dotis traduntur sine dubio transferuntur* (2).

La tradition qui a la vente *pour cause* transfère la propriété ; la tradition qui a le *commodat* pour cause ne transfère pas la propriété.

La mancipation *dotis causa* n'a point les mêmes conséquences que la mancipation *donationis causa*.

L'usucapion *pro hærede* n'est point régie comme l'usucapion *pro legato*. Le mode d'acquisition est un procédé ; — la cause est une impulsion, une raison d'agir.

DIVISION DES MODES D'ACQUISITION.

G. 65. — Certains modes d'acquisition sont exclusivement propres aux citoyens romains : on les ap-

---

(1) Voir *supra*, Causes de la possession.
(2) J. 1, § 40. — D. 41-1, l. 31 pr. — Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita sit si venditio aut *aliqua justa causa* præcesserit propter quam traditio sequeretur.

pelle modes d'acquisition *jure civili ;* — tous autres sont modes d'acquisition *jure naturali*, *quod appellatur jus gentium.*

J. § 11. — *Palam est vetustius esse jus naturale.* Il convient de commencer par le droit le plus ancien.

PREMIÈRE PARTIE

MODES D'ACQUISITION. — JURE GENTIUM.

DIVISION PRINCIPALE.

Le droit des gens, droit de la raison naturelle (1) n'est point un droit fermé : les contrats qu'il reconnaît sont presqu'innombrables, de même les événements les plus variés sont par lui sanctionnés comme moyens d'acquérir le *dominium.*

Dans le dessein de lier toutes les conséquences d'un principe commun et de mieux distinguer les principes divers, nous groupons ces modes d'acquisitions, ainsi qu'il suit :

Modes d'acquisition : — 1° acquisitions *vi ipsa dominii* (extension du *dominium* préexistant) ;

---

(1) D. 41-1 , l. 1. — Quod naturali ratione inter omnes homines peræque servatur.

2° modes originaires (création du *dominium*); 3° modes dérivés (translation *volontaire* du *dominium*); 4° Obstacles à la revendication (déplacement *forcé* du *dominium*).

I. — ACQUISITIONS VI IPSA DOMINII.

(*Fructus, partus, usuræ, mora, pensiones, accessiones.*)

C'est à peine si ces acquisitions (conséquences immédiates du *dominium* préexistant) constituent un mode d'acquisition. L'exposé qui les concerne aurait pu trouver place à la suite de la définition du *dominium*. Mais l'ordre des textes et de l'enseignement ne les sépare point des modes d'acquisition proprement dits.

(a) FRUCTUS. — PARTUS.

Fructus : — produits de la terre.
Partus : — croît des animaux.

J. § 31 et 32. — Le sol nourrit la plante ; la plante est une partie du sol ; le fruit est une partie de la plante tant qu'il n'en est pas détaché, *omnis fructus, non jure seminis, sed jure soli percipitur* (1).

(1) D. 22 1, l. 25 pr.

Le croît est une partie de la mère ; le lait, la laine sont une partie de la bête tant qu'ils n'en sont pas séparés (1).

J. § 37. — La femme esclave est la propriété du maître; l'enfant de la femme esclave est une partie de la mère; donc..... — *non*, disent les jurisconsultes, la femme esclave n'est point comme la bête destinée à procréer : son enfant n'est point *un croît*, un *fruit*, c'est un produit extraordinaire (2).

Ce scrupule est inconséquent ; on l'oppose à l'usufruitier, au possesseur, au colon, mais non pas au maître : l'enfant de l'esclave appartient, dans tous les cas, à celui qui a sur la mère le *plenum dominium*.

Le gibier n'est pas un fruit du fonds sur lequel il vit, à moins que ce fonds ne soit consacré à l'entretien du gibier (3).

J'ai le *plenum dominium* et la possession; la séparation du croît et des fruits n'ajoute rien à mon droit et n'en retranche rien. Ce serait un contre-sens de dire du propriétaire : il fait la moisson, donc il acquiert les fruits.

Les fruits, le croît, sont donc au propriétaire *vi ipsa dominii*.

---

(1) D. 22 1, l. 28 pr.

(2) D. 22-1, l. 28. — *Absurdum* enim videtur, hominem in fructu esse, quum omnes fructus rerum naturæ hominem gratia comparaverit.

(3) D. 22-1, l. 26. — Venationem fructus fundi negavit esse, nisi fructus fundi ex venatione consistit.

(b) PENSIONES, MORA, USURÆ.

Les loyers des maisons (*pensiones*) sont considérés comme fruits (1).

Les intérêts des créances sont considérés comme fruits (2).

Les intérêts courent à *lite contestata ;* on dirait chez nous à partir des conclusions posées (3).

Dans les contrats de bonne foi, les intérêts sont dus *ex mora* (4).

Mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona.

La mise en demeure résulte non de l'échéance du terme, mais de l'interpellation à la personne du débiteur.

Il est difficile de définir ce qui constitue l'interpellation, car elle est de fait plus que de droit (5).

Au cas de prêt, les intérêts ne sont dus que si le taux en a été fixé par la convention (6).

« Les premiers Romains n'eurent point de lois » pour règler le taux de l'usure. Dans les démêlés » qui se formèrent là-dessus entre les plébéiens et

---

(1) D. 22-1, l. 34 et 36.
(2) *Idem.*
(3) L. 10 et 35.
(4) L. 32 pr. et § 2.
(5) *Idem.*
(6) D. 22-1, l. 41, § 2.

» les patriciens, dans la sédition même du Mont-
» Sacré, on n'allégua d'un côté que la foi, et de
» l'autre que la dureté des contrats (1).

La lutte contre l'excès de l'usure remplit tout le temps de la république; on vint à fixer un intérêt légal (2). A certaine époque, il fut de douze pour cent.

« Celui-là paie moins, dit Ulpien (3), qui paie
» plus tard. C'est ce principe qui conduisit les légis-
» lateurs après la destruction de la république ro-
» maine (4). »

(c) ACCESSIONES.

1° Alluvion, — accroissement latent (*incrementum latens*), lent (*paulatim adjectum*) que l'œil ne saisit point (*oculos fallit*), ajouté par les eaux aux terres riveraines d'un cours d'eau (5).

Ce qui, par alluvion, s'ajoute à ton fonds est à toi.

Les molécules solides que l'eau charrie n'appartiennent à personne; elles s'attachent au rivage et deviennent inhérentes au lit du fleuve qui est à moi,

---

(1) *Esprit des lois*, l. XXIV, ch. XXII.
(2) D. 22-1, l. 44.
(3) D. 50-16, l. 22.
(4) *Esprit des lois*, l. XXIV, ch. XXII.
(5) G. 70. — J. 9-20.

riverain; ma propriété en est accrue, mais il n'y a ni acquisition d'une chose distincte du sol qui déjà était à moi, ni mode particulier d'acquisition.

Ma prairie est submergée chaque année; chaque année le limon déposé par les eaux en exhausse le sol, dira-t-on que ce fait constitue un mode particulier d'acquisition ? — Non, ce n'est que la conséquence du principe que la propriété du sol s'augmente de tout ce qui vient à faire partie du sol.

Agri limitati : concession de terre, faite à l'état, aux particuliers, avec limitation de mesure.

L'accroissement par alluvion ne profite point aux *agri limitati.*

La raison de cette exception confirme la règle : — La propriété du rivage — si ce rivage est *ager limitatus* — reste distincte de la propriété du lit du fleuve; donc, elle ne saurait s'étendre ni au lit du fleuve, ni aux alluvions qu'il supporte.

G. 71. — On doit se garder de confondre l'alluvion avec le fait suivant : si, par la force du fleuve, quelque partie de ton fonds détachée, entraînée, adhère à mon fonds, cette partie continue d'être la tienne, pourvu qu'elle reste chose distincte (1).

2° *Iles.* — J. § 22. — Une île se forme dans la

(1) J. § 21. — Justinien ajoute que si les arbres qui sont sur cette partie détachée de ton fonds venaient à pousser leurs racines dans le mien, ces arbres seront à moi. — L'art. 559 Code civ. paraît s'être inspiré de cette idée.

mer ; le fond de la mer n'appartient à personne ; l'île, comme le fond de la mer, est *res nullius*.

Une île se forme dans un fleuve ; le lit du fleuve est aux riverains ; l'île, comme le lit du fleuve, appartient aux riverains.

Cela ne constitue point mode d'acquisition particulier ; ce n'est que l'application du principe que le propriétaire du sol est propriétaire de toute l'épaisseur du sol.

Le lit du fleuve appartient à chacun des riverains pour la moitié de sa largeur. Le partage de l'île est fait suivant la ligne qui divise le lit du fleuve en deux parties égales (1).

J. §§ 23 et 24. — L'inondation ne détruit point le droit de propriété, car elle est temporaire.

Mais si un fleuve quitte son ancien lit pour s'en creuser un nouveau, l'ancien lit appartient aux anciens riverains comme suite de leurs fonds. — Le nouveau lit suit la condition du fleuve.

Si le fleuve reprend son ancien lit, le sol qu'il abandonne continue d'être la suite des héritages riverains.

De sorte que le propriétaire dont le fonds *tout*

---

(1) Opération géométrique : si les rives ne sont pas parallèles, tirer d'une rive à l'autre une série de lignes droites, diviser chacune d'elles par la moitié ; la ligne qui unira les points de division marquera la moitié du lit du fleuve.

entier a été occupé par le fleuve, ne recouvre point la propriété de son fonds (1).

II. — MODES D'ACQUISITION ORIGINAIRES. — CRÉATION DU DOMINIUM.

« Il faut bien, dit Kant, qu'il y ait eu quelque ac-
» quisition originaire des choses extérieures ; toute
» acquisition ne saurait être dérivée (2). »

OCCUPATION.

L'occupation est le type des modes d'acquisitions *originaires* appliqués *aux choses extérieures* (3).

Elle consiste dans une prise de possession *animo domini :* — « Ce chien est à moi, disaient ces pauvres
» enfants ; c'est là ma place au soleil ; voilà le com-
» mencement et l'image de l'usurpation sur toute la
» terre (4). » — « Le premier qui, ayant enclos un

---

(1) D. 41-1, l. 7, § 3.— *Gaius* dit que la stricte raison veut qu'il en soit ainsi, « quia et ille ager qui fuerat, desiit esse, amissa propria forma ; et qui vicinum prædium nullum habet, non potest ratione vicinitatis ullam partem in alveo habere.»
Mais cette opinion a prévalu avec peine. *Pomponius* est d'avis contraire (l. 30, § 3).

(2) Kant, *Doctrine du droit*, p. 57.

(3) Le droit romain ne voit que les choses extérieures : le produit du travail et de l'art, non le travail et l'art. — Renvoi : *Infra*, *Spécification et adjonction.*

(4) Pascal, *Pensées.*

» terrain, s'avisa de dire : *ceci est à moi*, et trouva » des gens assez simples pour le croire, fut le vrai » fondateur de la société civile (1). »

Le propre de l'occupation est de ne s'appliquer qu'aux choses qui n'ont jamais appartenu ou qui ont cessé d'appartenir à quelqu'un.

J. § 17. — Les cailloux du rivage, les perles du fond des mers deviendront la propriété du premier occupant.

J. § 47. — La chose que je délaisse volontairement, voulant qu'elle ne soit plus la mienne, deviendra la propriété du premier occupant.

J. § 48. — Dans la tempête une chose est jetée à la mer pour soulager le navire ;

Une chose tombe d'un chariot sans que le maître s'en aperçoive ;

Dans l'un et l'autre cas, le propriétaire n'a perdu que la détention de la chose : il veut en conserver la propriété et il la conserve.

C'est pourquoi celui qui, ayant trouvé ces choses, les emporte et les garde, commet un vol.

VARIÉTÉS DE L'OCCUPATION.

(a) *Chasse* : les bêtes sauvages, en liberté, sont *res nullius*. Captives, elles appartiennent à qui les possède.

---

(1) Jean-Jacques, *Discours*.

J. § 12. — J'entre sur ton fonds, j'y prends un animal sauvage. Cet animal est à moi : je l'ai acquis par occupation.

Tu avais le droit de m'empêcher d'entrer dans ton fonds. Pour y être entré, je te dois une indemnité, cela est étranger à la question de propriété ; l'animal que j'ai pris est à moi, et je le garde.

J. § 13. — L'animal est blessé ; je suis sur le point de pouvoir le prendre : dès cet instant l'animal est-il à moi ?

La question est débattue. Les uns pensent que le gibier blessé est au chasseur qui le poursuit ; d'autres, qu'il n'appartient qu'à celui qui a mis la main dessus. Ce dernier avis est le vrai.

L'animal sauvage n'est acquis que sous condition : s'il recouvre sa liberté naturelle, la propriété est perdue en même temps que la possession ; la liberté naturelle est recouvrée quand le maître a perdu de vue la bête, ou quoiqu'il la voie quand la poursuite en est difficile.

L'animal appartiendra à celui qui le prendra de nouveau.

(b) J. § 17. — *Guerre* : chasse aux hommes ; — le guerrier est comme l'animal sauvage que l'on tue ou que l'on fait captif.

Le captif, chose animée dont nous sommes propriétaire, s'enfuit et retourne vers les siens ; aussitôt, il rentre dans la liberté naturelle, et notre droit sur lui est définitivement éteint.

Revenu volontairement sur le territoire romain, celui qui fut captif y vivra comme homme libre ; fait une seconde fois captif de guerre, il appartiendra à un nouveau maître.

Durant la guerre, le territoire de l'ennemi, les choses appartenant à l'ennemi, sont réputées *res nullius*.

Le territoire conquis appartient à la cité conquérante par droit d'occupation.

Ce territoire est en tout ou en partie retrocédé à la cité vaincue, si elle devient *socia*. Il n'est laissée qu'à titre précaire à la cité *déditice ;* la part que Rome s'approprie devient le fonds que l'on partage en *assignations* privées.

Les choses de l'ennemi, lorsqu'on les trouve sur le territoire romain, sont au premier occupant (1).

(c) J. § 39. — *Trésor :* amas d'or, d'argent ou de matières précieuses, mis en réserve ; si le souvenir de l'existence de ces choses, ou du lieu où elles ont été cachées est perdu, le trésor appartient à l'inventeur.

Un principe d'équité naturelle est consacré par rescrit d'Adrien.

L'inventeur n'est pas dans tous les cas premier occupant : il peut arriver qu'il ne s'empare pas du trésor à l'instant où il le découvre, et qu'un autre s'en saisisse avant lui.

---

(1) D. 41-1, l. 51.— Res hostiles apud nos occupantium fiunt.

L'invention est donc un fait distinct de l'occupation, quoiqu'il s'en rapproche.

Si le trésor est trouvé sur le fonds d'autrui et par hasard, il appartient pour moitié au propriétaire du fonds, pour moitié à l'inventeur.

Si le propriétaire du fonds a commandé les recherches, le trésor lui appartient pour le tout.

Si le trésor est trouvé dans un lieu hors du commerce (*locus aut sacer aut religiosus*), il appartient tout entier à l'inventeur ; trouvé dans un lieu public, le trésor est partagé entre l'inventeur pour une moitié, ou César, ou le fisc, ou la cité pour l'autre moitié.

III. — MODES D'ACQUISITION DÉRIVÉS.

TRADITION.

J. § 40. — *Tradere*, livrer, mettre une chose aux mains d'autrui.

La chose que je détiens, je la mets en ta puissance; tu en deviens détenteur : voilà le fait matériel de la tradition (1).

Je veux et tu veux que la translation du *dominium*

(1) J. §§ 42 et 43. — Il n'importe que la tradition soit faite par le propriétaire lui-même, ou par un autre qui exécute sa volonté, v. g., par celui à qui le propriétaire a confié la libre administration de ses biens.

soit attachée à cette translation de la détention ; il est conforme à l'équité naturelle que notre volonté soit faite.

DÉFINITION.

La tradition doit donc être ainsi définie : un mode de transférer le *dominium* qui consiste dans la translation de la possession faite *animo transferendi*, reçue *animo adquirendi dominii*.

DÉVELOPPEMENTS.

Le concours des volontés de celui qui aliène et de celui qui acquiert par tradition ne peut manquer d'être lié à un autre fait préexistant comme l'effet est lié à la cause.

Une vente, une donation, d'autres faits constitutifs d'obligations sont la juste cause de la tradition (1).

On ne saurait négliger la cause de la tradition, pour deux raisons :

1° Si la cause de la tradition est contraire aux lois, la tradition ne transfère point le *dominium*.

Exemple : La tradition *ex causa injustæ donationis*

---

(1) D. 41-1, l. 31 pr. — Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut aliqua justa causa præcesserit propter quam traditio sequeretur.

(donation prohibée) ne fait point que le donataire devienne propriétaire.

La tradition faite *ex causa testamenti* (si le légataire n'a point le *jus capiundi)* ne fait point que le légataire devienne propriétaire.

2° J. § 4. — La tradition *ex causa venditionis* est soumise à des règles particulières.

Il faut distinguer si la vente a été faite à crédit ou au comptant.

Dans le premier cas, la vente est *justa causa traditionis.*

Dans le second cas, la vente ne suffit pas ; le paiement du prix est nécessaire pour que la tradition opère translation du *dominium.*

En résumé, pour que la tradition transfère le *dominium ex jure quiritium*, il faut :

1° Que la chose soit susceptible de propriété privée et *nec mancipi* (1) ;

2° Que l'*accipiens* et le *tradens* soient capables d'avoir le *dominium ex jure quiritium* et qu'ils aient la volonté, l'un d'aliéner, l'autre d'acquérir ;

3° Que la tradition procède *ex justa causa dominii adquirendi.*

La translation du *dominium* par tradition peut être faite sous condition. Dans ce cas, le *dominium* n'est

---

(1) Si la chose est *mancipi*, l'*accipiens* aura la chose *in bonis.*

acquis que par l'accomplissement de la condition (1).

J. §§ 44 et 47. — La tradition peut être faite à des personnes incertaines. Exemple : le préteur jette à la foule des pièces de monnaie, ne sachant qui les aura.

Dans ce cas, il est plus exact de voir l'*occupation* d'une chose abandonnée (*possessio pro derelicto*) (2).

NUDA TRADITIO. — TRADITIO NUDA VOLUNTATE.

Nuda traditio, translation de la détention seulement : *Ex causa depositi*, *locati*, *commodati*, *nuda traditio*.

Toute opposée est la tradition *nuda voluntate*.

Je mets ma chose en dépôt chez toi : *nuda traditio*. — Cette chose, que déjà tu tiens en dépôt, je te la vends : *traditio nuda voluntate*.

Dans ce cas, la tradition *nuda voluntate* suffit pour transférer le *dominium*, parce que la détention préexiste.

J. § 40. — La tradition étant du droit des gens, toutes les choses corporelles (nous ne disons pas le *Dominium ex jure quiritium*) peuvent être acquises par tradition ; les fonds provinciaux comme les fonds

---

(1) D. 41-2, l. 38, § 1. — Neque aliter res tradita accipientis fit, quam conditio exstiterit.

(2) D. 41-7, l. 5, § 1.

italiques ; les fonds provinciaux stipendiaires comme les tributaires.

Les choses incorporelles (les droits autres que le *dominium*) ne peuvent être acquises par tradition.

QUASI-TRADITION.

L'on admet que les servitudes prédiales, choses incorporelles, soient l'objet d'une *quasi-tradition*.

Cette quasi-tradition résulte de la tolérance, *traditio plane et patientia servitutum induxit officium prætoris*.

Suivant le droit civil, la servitude d'usufruit ne peut être constituée par tradition ; *civili actione ususfructus constitui potest, non traditione, quæ juris gentium est*. — Mais le préteur donne les interdits et l'action *publicienne* au possesseur de l'usufruit (1).

La quasi-tradition de l'usufruit est protégée par les interdits possessoires (2), elle fait gagner les fruits (3).

Dans l'ancien droit, les servitudes prédiales étaient acquises par une *quasi-tradition*, suivie d'une possession prolongée durant le temps légal de l'usucapion (4).

---

(1) Frag. vat., §§ 61 et 90. — D. 6-2, l. 11, § 1.
(2) D. 43-16, l. 3, § 17.
(3) D. 4-7, l. 23, § 2.
(4) D. 41-1, l. 43, § 1. — Eam usucapionem sustulit lex Scribonia quæ servitutem constituebat.

IV. — OBSTACLE A LA REVENDICATION.

(Spécification, confusion, mélange, adjonction.)

REVENDICATION.

Titius s'empare de la chose de *Seius* : cette mainmise ne déplace point par elle-même le *dominium* ; *Seius* a l'action en revendication.

Mais si de la chose dont il s'est emparé, *Titius* fait un emploi tel, que la revendication par *Seius* soit impossible, l'impossibilité de la revendication aura pour conséquence d'exproprier *Seius*, d'approprier *Titius*.

De là deux questions :

1° Pour qu'une chose soit capable d'être revendiquée, que faut-il ?

2° Comment une chose devient-elle incapable d'être revendiquée.

Hunc hominem meum esse aio est jure quiritium : cette formule est celle de la revendication (1).

Elle contient : — 1° une désignation ; 2° une affirmation.

---

(1) D. 5-1, l. 23. — In rem actio competit ei qui aut jure quiritium, aut jure civili dominium acquisivit.

Il ne faudrait pas croire que la revendication ne s'applique qu'aux choses acquises *ex jure civili*.

1° *Désignation* d'une chose présente, — que l'on voit, que l'on touche actuellement, — qui tombe sous les sens des personnes qui figurent au procès : *Prætor*, *actor*, *reus* (1).

La chose présente désignée, doit être une individualité (*species*) : *vindicatio* (*rerum singularum petitio*) (2) *appellatione* REI *non genus*, *sed* SPECIEM *significat* (3).

Rei vindicatio est donc synonyme de *specici vindicatio*.

2° *Affirmation* que l'individualité présente *in jure* est la même individualité dont le revendiquant a été dépossédé : *affirmation d'identité*.

Les choses sans individualité (*extinctæ res*) et les individualités créées par un autre que le revendiquant (*novæ species*) sont incapables d'être revendiquées (4).

LIAISON DE LA REVENDICATION ET DE L'ACTION AD EXHIBENDUM.

Exhibere : montrer en public l'individualité (*rem singulam*) que le défendeur détient et dont le demandeur se prétend propriétaire.

---

(1) G. 4-24. — Si la chose revendiquée est de telle nature qu'elle ne puisse être présentée *in jure*, on la représente fictivement par l'apport d'une de ses parties.
(2) D. 6-1, l. 1 pr., l. 5, § 5.
(3) D. 6-1, l. 6.
(4) J. § 26.

La montrer dans un état tel que le demandeur, lui appliquant la formule de la revendication, puisse dire : *cette chose* est à moi (1).

L'action *ad exhibendum* est le préliminaire obligé de l'action en revendication, dans le cas où le défendeur ne représente pas l'individualité (*proprium speciem*) que le demandeur prétend revendiquer (2).

Exemple (3) : J'ai des raisins ; — sans que je le veuille, tu les prends et tu en fais du vin.

Le vin étant apporté devant le préteur, il est impossible que je dise : voici des raisins, ils sont à moi : tu es propriétaire du vin et débiteur du prix du raisin.

J'ai une gerbe de blé ; — sans que je le veuille, tu prends cette gerbe et tu fais sortir le grain de l'épi.

Le grain, étant apporté devant le préteur, je puis dire : *ces grains sont à moi*, je les revendique.

Je n'aurai rien perdu, tu n'auras rien acquis.

Voici la raison de ces décisions contraires :

Uvæ *species extinctæ fiunt.*

---

(1) D. 10-4, l. 12. — Exhibere est facere in publico potestatem ut ei qui agat experiundi sit copia.

D. 41-1, l. 7, § 7. — L'action *ad exhibendum* est d'ailleurs une action personnelle. Si l'exhibition ordonnée n'a pas lieu, l'action aboutit à une condamnation au double.

(2) D. 10-4, l. 1. — Actio ad exhibendum per quam necessaria est, ut vis ejus quotidiana est et maxime propter vindicationem inducta est.

(3) D. 41-1, l. 7, § 7.

VINUM *ad pristinam speciem reduci non potest.*

GRANA *habent suam speciem propriam.*

SPICAS QUI EXCUDIT, *non novam speciem facit, sed eam quæ est delegit.*

En résumé :

1° SPECIES PROPRIA ET EADEM A DOMINO *vindicari potest.*

2° SPECIES EXTINCTA VEL NOVA *a domino* PRISTINÆ SPECIEI *vindicari non potest.*

LIAISON DE LA REVENDICATION ET DE L'EXCEPTION DE DOL.

Le préteur ne souffre pas qu'au moyen de l'action qu'il donne on puisse s'enrichir aux dépens d'autrui : de là, l'exception de dol.

L'*exception de dol* est une clause insérée dans la formule de l'action à l'effet de permettre au *judex* de ne pas condamner le défendeur, quoique la revendication soit fondée selon le droit.

Les exceptions sont toutes conçues négativement. Voici le texte de l'exception de dol : *nisi in ea re dolo malo factum sit.*

Cette exception fait que le possesseur ne sera point dépossédé sans une préalable indemnité, dans le cas où le revendiquant s'enrichirait injustement.

COMMENT UNE CHOSE DEVIENT-ELLE INCAPABLE D'ÊTRE REVENDIQUÉE.

L'individualité (*species propria*), — l'identité (*species eadem*) de la chose revendiquée décident du succès de la revendication.

— Qu'est-ce que l'individualité ?

Chaque individualité a des parties, et chaque partie est une individualité (1).

Qu'est-ce que l'identité ?

Rien dans l'organisme n'est stable (2); — les choses sans vie sont ou peu à peu détruites ou transformées, ou consommées par le premier usage : c'est à ces conditions qu'elles deviennent utiles ; — à chaque instant, chaque corps devient nouveau.

L'identité et l'individualité des choses matérielles ne sont donc que des vues de notre raison et non des qualités propres à ces choses.

Nous décidons que les choses extérieures ont ou

---

(1) Pascal, p. 1, art. 4. — Qui n'admirera que notre corps imperceptible dans le sein *du tout*, soit un monde ou plutôt *un tout*, à l'égard de la dernière petitesse où nous pouvons arriver !

(2) Vogt, *Quatrième lettre physiologique*. — Ni les muscles, ni les autres éléments du corps ne sont destinés à demeurer tels quels ; leurs molécules se détruisent et se réforment continuellement.

conservé ou perdu soit leur individualité, soit leur identité, suivant que notre esprit se fixe sur tel ou tel point de leur synthèse ou de leur analyse.

Quel est ce point, quand il s'agit de la revendication? En d'autres termes, par quels événements les corps deviennent-ils incapables d'être revendiqués?

Ces événements vont être décrits et définis.

1° SPÉCIFICATION.

J. § 25. — *Speciem facere* (spécification) : — *species extincta* — *species nova.*

Si avec des planches tu fais un navire, — si avec de la laine tu fais un vêtement, *speciem facis* (1): la matière première *non manet*, en d'autres termes *species fit extincta.*

Le nom de la matière *consommée* devient le qualificatif de l'objet nouveau : *lana aut cupressus laneum aut cupresseum corpus fit* (2).

Avec une matière première appartenant à autrui, je fais *speciem aliquam.* — Exemples : Avec tes olives, je fais de l'huile; — avec ton airain, je fais un vase; — avec tes planches, je fais un navire ou un escabeau.

---

(1) D. 30-3, l. 88, § 1. — Materia legata, navis ex ea facta, non vindicetur, § 2, nave autem dissoluta, neque materia, neque navis debetur.

(2) D. 41-1, l. 26.

Quel est le propriétaire de la chose que j'ai faite : est-ce toi, est-ce moi ?

Sabinus et Cassius disent : Sans la matière première, rien ne peut être fait.

Or, *necesse est rei ei esse cedi quod sine illa esse non potest.*

Donc, dans tous les cas, l'œuvre appartient au maître de la matière première.

Nerva et Proculus disent : l'œuvre est *species nova ;* par conséquent sans maître.

Or, l'ouvrier est premier occupant.

Donc, dans tous les cas, l'œuvre appartient à l'ouvrier.

Sabinus ne tient aucun compte de la spécification.

Proculus ne voit dans la spécification qu'un acte d'occupation.

Justinien, et *Paul* avant lui, disent : Il faut distinguer.

Dans le cas où la matière première peut être reconstituée (*si species ad materiam pristinam reduci potest*), l'œuvre appartient au maître de la matière.

Dans le cas contraire, l'œuvre appartient à l'ouvrier.

L'huile est à l'huilier; le vase d'or n'est point à l'orfèvre; — la statue de marbre est au statuaire, la statue de bronze est au maître du métal.

Cette solution paraît bizarre, mais elle est la con-

séquence du principe de l'action *ad exhibendum* (1).

J. § 25 *in fine*. — Avec *mon* vin et *ton* miel, je fais ce qu'on appelle *mulsum ;* avec ta laine et la mienne, je fais un vêtement. Le *mulsum* et le vêtement sont à moi; cela ne saurait faire difficulté, car j'ai mis dans ces produits mon industrie et une partie de la matière.

J. § 26. — Dans le tissu de mon vêtement, j'ai fait entrer avec ma laine certaine quantité de fils de pourpre appartenant à autrui. Le tissu est à moi, car j'ai mis mon industrie et fourni une partie de la matière; — il n'importe que la pourpre soit plus précieuse que le reste du tissu.

2° CONFUSION.

J. § 27. — Si des matières liquides ou liquéfiées appartenant à des propriétaires différents viennent à être confondues (*veluti si quis vina confunderunt aut massas argenti vel auri conflaverunt*), il faut distinguer :

1° Ou la confusion a eu lieu par la volonté des deux propriétaires : — cette volonté commune fait la

---

(1) Elle n'a rien qui doive étonner dans le système romain. Mais, dans le Code civil, en l'absence de tout contrat, où trouverait-on un principe ferme pour trancher cette question ?

co-propriété ; l'action en partage (*communi dividundo*) est la conséquence de cet état de co-propriété.

2° Ou la confusion a eu lieu soit par accident, soit par la volonté d'un seul des propriétaires : — dans ces cas, si la séparation des matières est possible, chacun reprend son bien.

La séparation est possible si chacun des liquides peut être ramené à son état primitif.

La séparation étant possible, — les matières mélangées étant de même nature : — alors, chacun des propriétaires reprendra dans le volume total la part qu'il y a mise.

Si la confusion a fait un corps nouveau (*species nova*) irréductible, ce corps nouveau appartient à celui qui l'a fait.

3° MÉLANGE.

J. § 28. — *Mélange* : le mélange est fait de corps solides (*ex distantibus corporibus fit*) (1). Nos sens ne percevant point la distance qui existe entre les molécules des corps liquides, une distinction a pu être posée, à ce point de vue, entre le *mélange* et la *confusion*.

---

(1) D. 6-1, l. 23, § 5.

Le mélange diffère de l'adjonction en ce que les corps mélangés ne sont point adhérents entre eux (1).

Il consiste dans un rapprochement de corps, dont chacun conserve son individualité, sans qu'il soit possible de la distinguer.

Mon troupeau se mêle au tien, les bêtes de chacun peuvent être reconnues : chacun reprend les siennes, ce n'est point un mélange.

Mon blé est mélangé avec le tien : les règles de la confusion des liquides sont-elles applicables ?

Non, par cette raison, que chaque grain conserve son individualité (*constat singulas partes retinere propriam speciem* (2).

La masse ne sera commune que dans le cas où le mélange aurait été fait du commun vouloir des deux propriétaires.

L'idée de co-propriété étant écartée, il n'y a lieu de donner l'action *de communi dividundo*.

L'on devra recourir à une action *in factum : actio in rem pro modo frumenti*. Chacun obtiendra une part proportionnelle à sa mise dans le mélange.

ACTION IN FACTUM.

L'action *ad exhibendum* suppose une prétention de

---

(1) D. 4-1, l. 23, § 5.
(2) *Idem*.

la propriété. Elle ne peut être donnée à l'ouvrier qui n'a droit qu'au prix de son travail.

Le préteur donne à l'ouvrier une action *in factum*. Cette action n'inspire au juge que la simple vérification d'un fait ; — et sur ce fait vérifié, la condamnation est assise (1).

ACTIO FURTI.

J. § 26. — Dans le cas où la matière a été volée par celui qui en fait emploi, le propriétaire a contre le voleur l'action *furti*, laquelle donne lieu à une condamnation au double ou au quadruple.

Il a aussi l'action en indemnité (*condictio*) contre le voleur et aussi contre les possesseurs qui ont profité de la chose volée.

ADJONCTION.

On dit de deux choses qu'elles sont jointes, quand entre elles il y a cohésion, et que, cependant, chacune d'elle est reconnaissable.

---

(1) Ce que nous exposons ici n'est que la simple indication d'une théorie qui trouve son développement au IVe livre de Justinien et de Gaius.

Règle (1) : Si ta chose est jointe à la mienne, j'agirai *ad exhibendum*, afin que les choses soient séparées et que je puisse revendiquer celle qui est à moi.

Suivent six exceptions à cette règle :

1re Exception. — *Les choses sont matériellement inséparables* : j'écris sur ton papier avec mon encre ; je peins sur ta toile avec mes couleurs.

J. § 33 et 34. — Le propriétaire du papier ou de la toile est propriétaire de l'écrit et du tableau : *quia ei rei cedi quæ sine illa esse non potest.*

Toutefois cela faisait controverse puisque Gaius (§ 78) écrit : *Cujus diversitatis vix idonea ratio redditur.*

J. § 34. — Justinien prend parti pour le peintre, mais non pour le scribe.

Il est le premier qui dise que l'art l'emporte sur la matière qu'il emploie.

2e Exception. — Les choses sont séparables, *sed alia res per prævalentiam alienam rem trahit* (2).

A ma statue j'ajoute un bras, à mon vase un fond, à mon navire une planche, à ma table un pied.

Ce bras, ce fond, cette plante, ce pied, sont choses

---

(1) D. 6-1, l. 23, § 5.— Quæcumque aliis juncta sive adjecta accessionis loco cedunt, ea quamdiu cohærent dominus vindicare non potest, sed ad exhibendum agere potest ut separentur et tunc vindicentur.

(2) D. 6-1, l. 23, §§ 2 et 4.

t'appartenant ; — l'action *ad exhibendum* ne te sera pas accordée et la séparation ne sera pas faite ; le tout est à moi.

Le tout est à moi, parce que ma chose est la *principale*, et la tienne, l'*accessoire*.

A quel signe reconnaît-on que de deux choses l'une est principale.

Le texte donne deux formules.

Non potest brachium dici tuum esse quia statua UNO SPIRITU CONTINETUR — UNITATE *majoris partis, pars minor consumetur*.

Ces deux formules expriment l'idée d'unité — et la posent comme *point* de distinction entre le principal et l'accessoire.

L'*unité de droit* est jugée au point de vue de la destination des choses : on ne fait point une statue sans bras, un vase sans fond, une table boîteuse. — Mais on fait un bras pour compléter la statue, un pied pour que la table soit d'aplomb, un fond pour qu'on puisse se servir du vase.

3e EXCEPTION. — *Ferruminatio* (1), action d'unir deux morceaux de métal par le feu et le marteau.

La matière des métaux est confondue à l'endroit de la jonction des métaux.

Sur ce fait, un ancien jurisconsulte, *Cassius*, a fondé la théorie suivante qui paraît avoir été maintenue.

(1) D. 6-1. l. 23, § 5. — D. 41-1, l. 27, § 2.

Deux métaux forgés ensemble sont réputés inséparables. L'action *ad exhibendum* n'est point accordée pour qu'ils soient séparés.

4e Exception. — J. § 29. *Ædificium solo cedit.* Sur mon terrain, avec tes matériaux, je construis un édifice.

Deux hypothèses : l'édifice est debout ; — l'édifice est démoli.

Première hypothèse. — *L'édifice est debout.*

Principe. — *Ædificium soli cedit, ne urbs ruinis deformetur* (L. des XII Tables); donc, aucun des intéressés (propriétaire des matériaux ou constructeur) ne peut demander la démolition.

Deux cas doivent être prévus : (a) la possession est au propriétaire du sol; — (b) elle est au propriétaire des matériaux ?

(a) *Le propriétaire du sol a la possession.*

L'action en revendication et l'action *ad exhibendum* sont refusées au propriétaire des matériaux, *ne ruinis urbs deformetur.*

C'est un empêchement *temporaire* à l'exercice du *dominium*, mais non la destruction de ce droit. — En effet, cet empêchement cessera si l'édifice vient à être démoli (1).

---

(1) D. 6-1, l. 23, § 5. — Nec is qui materiæ dominus fuerat desinit dominus esse, sed *tantisper* neque vindicare potest, nec ad exhibendum de ea re agere.

Mais la loi des XII Tables donne au propriétaire des matériaux l'action de *tigno juncto* (1).

Tignum désigne toute matière employée dans la construction d'un édifice.

L'actio de *tigno* est personnelle ; elle est au double.

Le propriétaire des matériaux qui l'exerce épuise son droit de propriété, puisqu'il touche le prix de ses matériaux.

(b) *Le propriétaire des matériaux a la possession de l'édifice.*

L'action en revendication sera donnée contre lui, mais il opposera au propriétaire du sol l'exception de dol, afin de n'être point dépossédé sans indemnité.

Deuxième hypothèse. — *L'édifice est démoli.*

Le propriétaire des matériaux rentre dans le libre exercice de son droit de propriété.

5e Exception. — *Sur le terrain d'autrui, avec mes matériaux, j'ai construit un édifice* (cas inverse du précédent).

Deux hypothèses : 1° l'édifice est debout ; 2° l'édifice est démoli.

Première hypothèse. — *L'édifice est debout.*

Principe. — *Ædificium solo cedit, ne ruinis urbs deformetur.*

---

(1) D. 47-3, l. 1 et 2.

Donc, aucun des intéressés (propriétaire ou constructeur) ne peut forcer l'autre à démolir.

Si le constructeur a perdu la possession, nulle action ne lui est accordée. L'action en indemnité à son profit ne saurait naître de ce qu'il a fait dans son propre intérêt.

La condition *indebiti* est exclue, car ce que le propriétaire du sol a recouvré est à lui : sol et édifice (1).

Si le constructeur a conservé la possession, quelles exceptions lui seront accordées pour sa défense ?

Il faut distinguer si le constructeur est de bonne foi ou s'il est de mauvaise foi.

Possesseur de bonne foi. — J'ai construit *de bonne foi (existimans fundum meum esse)*. Le préteur m'accorde l'exception de dol, afin que le revendiquant ne s'enrichisse pas à mes dépens.

Le propriétaire ne s'enrichit pas à mes dépens, si prenant le sol et l'édifice il me rembourse le prix des matériaux et de la main-d'œuvre, car je reçois tout ce que j'ai dépensé.

Il ne s'enrichit pas à mes dépens, s'il ne me rend que la plus-value, car il restitue tout ce qu'il a gagné (2).

---

(1) D. 12-6, l. 35.
(2) Combiner Inst., § 30, avec D. 6-1, l. 38.

Les effets de l'exception de dol consistent donc dans une alternative au choix du demandeur.

L'efficacité de l'exception est d'ailleurs garantie par le droit de rétention accordé au possesseur (1).

Possesseur de mauvaise foi. — J'ai construit sur le sol d'autrui, sachant que le sol est à autrui, je n'ai point droit à l'exception de dol; *quia scienti alienum solum esse, potest objici quod temere ædificavero* (2).

Deuxième hypothèse. — *L'édifice vient à être démoli.* Gaius enseigne que le constructeur de bonne foi est resté propriétaire de ses matériaux (3). Il peut donc les revendiquer.

D'où l'on conclut *a contrario* que celui qui construit sur le sol d'autrui, *sciemment*, perd la propriété de ses matériaux ; il est réputé les avoir aliénés volontairement.

Une constitution de Caracalla pose la présomption contraire. Le constructeur reste propriétaire des matériaux, l'action en revendication lui est donc accordée. — Elle réussira à moins qu'on ne prouve qu'il a voulu en faire don au propriétaire du sol.

Notre texte confirme la doctrine de Gaius.

---

(1) D. 12-6, 1, 33.
(2) D. 6-1, 1. 37.
(3) D. 41-1, 1. 7, § 12.

(a) Je suis acheteur de bonne foi, mais je viens à apprendre que j'ai acheté le terrain d'autrui ; malgré cela je construis.

En considération de ma bonne foi primitive, il m'est accordé, avant de restituer le fonds, de démolir et d'enlever mes matériaux, à charge de remettre les lieux dans leur état primitif (1).

(b) Je suis locataire d'un fonds, sur ce fonds j'ai fait une construction.

En considération du contrat entre le propriétaire du sol et moi, il m'est accordé, avant de restituer le fonds, d'enlever mes matériaux à charge de remettre les lieux dans leur état primitif (2).

Un rescrit de l'empereur Gordien étend à tous ceux qui ont construit sur le sol d'autrui, sachant qu'il était à autrui, le droit de démolir avant de restituer le fonds (3).

6e Exception. — *Plantæ quæ solo coalescunt, solo cedunt.*

---

(1) D. 6-1, l. 37.
(2) D. 19-2, l. 55, § 1.
(3) C. 3-32, l. 5. — C'est le système de l'art. 555 Code civ.

J. § 31. — La plante nourrit les fruits ; le sol nourrit la plante : la plante fait partie du sol, les fruits font partie de la plante, tant qu'ils sont pendants par branches ou tiges.

Arracher la plante, c'est le plus souvent la faire périr. L'utilité publique veut que les plantes ne soient point arrachées à contre-temps.

Ces deux raisons justifient les décisions suivantes : Titius plante dans son terrain l'arbre de Mœvius ; — Titius plante son arbre dans le terrain de Mœvius. Dans ces deux cas, l'arbre dès qu'il a pris racine est au maître du terrain.

Titius sème son blé dans le champ de Mœvius, le blé est à Mœvius.

Le possesseur de bonne foi opposera au revendiquant l'exception de dol s'il ne l'indemnise de ses dépenses.

APPENDICE : PERCEPTION OU CONSOMMATION DES FRUITS D'AUTRUI PAR LE POSSESSEUR DE LA CHOSE QUI LES PRODUIT.

Possesseur de mauvaise foi : il ne fait point les fruits siens.

Le propriétaire revendique les fruits *non consommés ;* — mais il perd les fruits *consommés ;* « le pos-

» sesseur ne les acquiert pas : la chose est anéantie.
» La destruction n'est pas un moyen d'acquérir (1). »
La consommation des fruits ne laisse qu'un droit de créance : le propriétaire agira de *fructibus consumptis*, afin d'être payé de leur prix. De ce prix on déduira les frais de production et de récolte (2).

Le possesseur ne doit s'enrichir aux dépens du propriétaire ; — le propriétaire ne doit s'enrichir aux dépens du possesseur, même de mauvaise foi.

Possesseur de bonne foi. — Le propriétaire ne peut agir *de fructibus consumptis*. Le prix de ces fruits n'est pas dû : en cela la condition du possesseur de bonne foi est différente de la condition du possesseur de mauvaise foi.

Quid ? Si les fruits, détachés du sol, ne sont pas consommés, le propriétaire du sol peut-il les revendiquer ?

Il paraît que cette question divisait les jurisconsultes romains ; on dit que les textes transcrits au Digeste sont altérés : cela peut être vrai. Quoiqu'il en soit, nous devons accepter les textes tels qu'ils sont (3).

J. § 35. — *Placet fructus quos percepit ejus esse*

---

(1) Demolombe, *De la propriété*, nº 574.
(2) D. 41-1, l. 46.
(3) Quand le droit romain était appliqué, il pouvait y avoir intérêt à corriger les textes ; cet intérêt n'existe plus aujourd'hui que ces textes sont morts.

pro cultura et cura. ET IDEO, *si dominus fundum vindicet de fructibus consumptis agere non potest.*

La seconde partie de ce texte est en contradiction avec la première, quoiqu'elle y soit liée par *et ideo ;* la conséquence logique est l'opposé de celle qui est déduite. — Si les fruits sont le prix de la culture, ce n'est point la consommation qui les fait acquérir ; — si l'on peut agir *de fructibus non consumptis*, les fruits ne sont pas le prix de la culture.

Cette contradiction étant vue, il serait vain de tenter de mettre ce texte d'accord avec lui-même.

D. 41-1, l. 48 pr. — *Bonæ fidei emptor non dubio percipiendo fructus etiam in aliena re suos* INTERIM *facit ; quia quod ad fructus attinet* LOCO DOMINI PENE EST.

Le possesseur de bonne foi fait les fruits siens *par interim*, il est *presque au lieu du propriétaire.*

Exactement, cela veut dire que le possesseur de bonne foi n'est pas propriétaire des fruits, car le *dominium* n'est point *intérimaire*, c'est là son caractère propre. — D'ailleurs, cette formule « *est presque au lieu d'un propriétaire* » ne saurait signifier *est propriétaire.* On l'interpréterait mieux ainsi : le possesseur de bonne foi est presque au lieu du propriétaire, quant aux fruits perçus ; car s'il les a consommés, on n'a point à lui en demander le prix.

D'autre part, la deuxième partie du § 35 précité, prise *a contrario*, enseigne que le propriétaire peut

revendiquer avec le fonds les fruits non consommés.

Il semble donc qu'on doive tenir pour vrai, selon la doctrine romaine, que le possesseur de bonne foi ne fait point les fruits siens par la perception.

Entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi, la différence ne touche que l'action personnelle : contre celui-ci on peut, contre celui-là on ne peut pas agir *de fructibus consumptis*.

Si ces observations sont justes, la possession de bonne foi doit être mise hors du catalogue des modes d'acquisition du *dominium*.

La bonne foi est jugée en fait et non en droit ; elle doit être continue, surtout à l'instant où les fruits sont consommés (*magis est ut singula momenta spectemus*) (1). Au lieu que, lorsqu'il s'agit d'acquérir le *dominium* par usucapion (2), la bonne foi n'est exigée qu'au commencement de la possession, sans qu'il soit tenu compte de l'erreur de droit.

De là vient cette maxime, *bona fides ad fructus, res facti ; bona fides ad capionem, res juris* (3).

---

(1) D. 41-1, l. 23, § 1.

(2) Usucapion : acquisition du *dominium* par une possession de bonne foi *ex justa causa* continue pendant le temps légal.

(3) D. 41-1, l. 48, § 1. — Verendum, ne non sit bonæ fidei possessor quamvis capiat ; hoc enim ad jus id est capionem, illud ad factum pertinere ut quis bona aut mala fide possideat.

DEUXIÈME PARTIE.

MODES D'ACQUISITION JURE CIVILI (1).

Ces modes d'acquisition sont limitativement fixés. En voici le catalogue :

Ulp. Fr. XIX, § 2. — *Singula rerum dominia nobis adquiruntur.*

1° *Lege ;* 2° *Mancipatione ;* 3° *Traditione ;* 4° *In jure cessione ;* 5° *Adjudicatione ;* 6° *Usucapione.*

1° LEX.

Tous les modes d'acquérir *ex jure civili* viennent de la loi, en ce sens qu'ils n'existeraient pas si le droit civil ne les avait constitués.

Acquisition lege, dans le sens *spécial* de cette locution, signifie translation de propriété opérée par la seule force de la loi, sans que celui qui acquiert ait besoin d'employer l'un des procédés ordinaires d'acquisition.

---

(1) *Jus civile*, droit exclusivement propre aux citoyens romains.

Ulpien, § 17, cite deux exemples :

1° Acquisition *ex lege Pappia Poppœa* de ce qui, dans les testaments, est *vel caducum* (1), *vel ereptorium* (2).

2° Acquisition *ex legato per vindicationem;* ce mode d'acquérir vient de la loi des XII Tables. Ce legs transfère directement et par lui-même le *dominium ex jure quiritium* sans que le légataire ait rien à faire.

2° MANCIPATION.

G. 119. — Les formalités de la mancipation ont déjà été décrites (3).

Ce mode d'acquisition est exclusivement propre aux citoyens romains. Toutefois, l'usage en a été accordé aux latins et à ceux des pérégrins qui ont obtenu *jus commercii* (4).

Les choses mobilières ne peuvent être mancipées que si elles sont présentes; on ne peut en manciper à la fois plus qu'on ne peut en toucher avec la main (5).

---

(1) *Caducum*, legs fait aux célibataires ou aux veufs sans enfants.

(2) *Ereptorium*, legs fait à des personnes indignes de le recueillir.

(3) Voir *supra*, p. 132.

(4) Ulp., frag. XIX, § 5. — Commercium est emendi vendendique *invicem* jus : droit de commercer avec les Romains.

(5) Le mot *mancipatio* est l'expression même de cette règle.

On peut manciper plusieurs immeubles à la fois, en quelque lieu qu'ils soient (1).

3° TRADITION.

Par elle-même, la tradition n'est que la translation de la possession. Mais si elle est faite *ex justa causa dominii transferendi*, elle transfère le *dominium* (2).

La tradition *causa mutui* (prêt de consommation) transfère le *dominium ;* la tradition *causa legati* transfère le *dominium*, si le legs *est jure factum ;* la tradition *causa commodati* (prêt à usage) ne transfère point le *dominium*.

Appliquée aux choses *nec mancipi*, la tradition transfère le *dominium ex jure quiritium ;* appliquée aux choses *mancipi*, elle ne donne que l'*in bonis*.

Gaius (§ 65) ne met point, Ulpien (19 § 2) met la tradition au rang des modes d'acquérir *jure civili*.

Au point de vue absolu, Gaius a raison : les modes d'acquisition *jure civili* sont *exclusivement* propres aux citoyens romains. Or, il n'est pas douteux que les pérégrins, même dans leurs rapports avec les

---

(1) Voir *supra*, *Des choses mancipi*, p. 265.

(2) D. 41-1, l. 31 pr. — Numquam *nuda* traditio transfert dominium, sed ita fit, si venditio aut aliqua *justa causa* præceperit propter quam traditio sequeretur. Cette expression *nuda traditio* doit être remarquée, voir p. 300.

citoyens romains, ne puissent aliéner ou acquérir par tradition.

Au point de vue relatif, en ce qui concerne les choses *nec mancipi*, Ulpien n'a point tort. En effet, la tradition comme tous les autres modes de droit civil transfère le *dominium ex jure quiritium*.

4° CESSIO IN JURE.

G. 24. — Ulp., fr. XIX, 10. — *Cessio in jure*. La *cessio in jure* est un mode d'aliéner commun aux choses *mancipi et nec mancipi ;* aux choses corporelles et aux choses incorporelles ; à l'usufruit, à l'hérédité, à la tutelle légitime de la femme affranchie.

La *cessio in jure* consiste en un procès fictif. Trois personnes y concourent : *in jure cedentis, vindicantis addicentis : in jure cedit dominus , vindicat is qui ceditur, addicit prætor.*

Les choses se passent ainsi : — devant le magistrat du peuple romain , celui qui veut acquérir tient la chose, et dit : *Hunc ego hominem* (esclave) *ex jure quiritium meum esse aio.* — Ensuite le préteur interroge le propriétaire qui veut aliéner. Celui-ci avoue ou se tait, et le préteur dit que la chose est à celui qui l'a revendiquée (*addicit*) (1).

---

(1) Si le procès n'était pas fictif, l'*addictio Prætoris* serait *déclarative* du droit du revendiquant. Elle est *translative*, par cette raison que le procès est fictif.

5° ADJUDICATIO.

L'adjudication, comme la *cessio in jure*, procède de la loi des XII Tables.

La *cessio* s'accomplit *in jure;* l'adjudication s'accomplit *in judicio*.

Prætor jus addicit ; — judex rem adjudicat : l'adjudication fait cesser la co-propriété et lui substitue le *plenum dominium*, en faisant la part de chacun.

La translation du *dominium* par adjudication n'a lieu que dans trois cas : — partage entre co-héritiers (*per formulam familiæ erciscundæ*), — partage entre co-propriétaires, non co-héritiers (*per formulam communi dividundo*), — bornage entre voisins (*per formulam finium regundorum*).

6° USUCAPION.

Définition.

Ulp. § 8. — *Usucapio est dominii adeptio per continuationem possessionis anni vel biennii* (1).

G. 54. — *Lex XII Tabularum soli quidem res biennio usucapi jussit, cæteras res vero anno.*

---

(1) D. 41-3, l. 3. — Usucapio est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti.

G. 44. — L'usucapion a été introduite *ne rerum dominia diutius in incerto essent*.

L'usucapion fait qu'après un certain temps de possession, le droit du propriétaire vaut par lui-même, indépendamment du droit de ses prédécesseurs. Elle rend inutile contre lui la règle que le droit de l'acquéreur est subordonné à l'existence du droit de son auteur.

DIVISION.

On distingue :

1° *Usucapio* d'une chose *tradita vel mancipata a* NON DOMINO : par elle, la *possession* devient *dominium ex jure quiritium*.

2° *Usucapio* d'une chose *mancipi tradita* NON *mancipata :* par elle, l'*In bonis* devient *dominium ex jure quiritium*.

3° *Usureceptio* d'une chose FIDUCIÆ CAUSA *mancipata :* par elle, l'ancien propriétaire recouvre le *dominium* qui aurait dû lui être rétrocédé.

Chaque genre de possession fait un genre d'usucapion (1).

Certains genres d'usucapion ont des règles, en quelques points, particulières.

---

(1) D. 41, titres 4 à 10.

Les principaux genres d'usucapion exceptionnels, sont : 1° *pro emptore ;* 2° *pro donato ;* 3° *pro legato ;* 4° toute une suite d'usucapions, sans bonne foi : (a) *pro hærede*, (b) *pro noxali causa*, (c) *usureceptio ex prædiatura*, (d) *usureceptio libertatis prædiorum urbanorum.*

La prescription complète ce sujet.

I. — RES TRADITA VEL MANCIPATA A NON DOMINO. — RÈGLES GÉNÉRALES DE L'USUCAPION.

QUELLES CHOSES SONT CAPABLES D'ÊTRE USUCAPÉES.

G. 48. — L'effet de l'usucapion étant de donner le *dominium ex jure quiritium*, — ne sont capables d'usucapion ni les choses qui ne comportent pas le *dominium ex jure quiritium* (fonds provinciaux), ni, à plus forte raison, les choses *extra patrimonium nostrum* (choses sacrées, religieuses ou saintes). Cela va de soi.

NE SONT PAS CAPABLES D'ÊTRE USUCAPÉES.

(a) J. § 10. — Les choses du fisc.
(b) Le fonds dotal : *alienationis verbum etiam usu-*

capionem continet ; vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi (1).

(c) G. 47. — Les choses *mancipi* de la femme sous la tutelle de ses agnats, à moins qu'elles ne soient livrées *tutore auctore.*

(d) *Prædia pupilli*, à moins qu'ils ne soient livrés en vertu d'un décret du magistrat (2).

(e) La chose livrée au mépris de la loi Julia *repetundarum* (3). Le vice est inhérent à la chose et la suit même dans les mains de l'acheteur de bonne foi.

(f) G. 49. — Les choses volées (*res furtivæ*) (4), les fonds possédés par violence (*vi possessi*) ne peuvent être usucapés par qui que ce soit. Le vice

---

(1) D. 50-16, l. 28. — Voir étude suivante, *De l'aliénation du fonds dotal.*

(2) C. 2-36, l. unique. — D. 8-6, l. 10 pr. — A cause de la *restitutio in integrum.* — Voir ci-après, troisième étude.

(3) D. 48-9, l. 1 et 4. — Cette loi des répétitions s'applique aux choses que, « quis in magistratu, potestate, curatione, » legatione vel quo alio officio, munere, ministeriove publico » cepit, vel quo magis aut minus quid ex officio faceret. »

L. 6. — Eadem lege tenentur qui, ob denuntiandum, vel denuntiandum testimonium quidquam acceperint.

(4) G. 50. — Celui qui vend et livre la chose d'autrui commet un vol. Comment peut-on s'emparer de la chose d'autrui sans que cette chose devienne *furtive ?* — Dans l'hérédité, on trouve une chose *louée* au défunt ; l'héritier croit que cette chose fait partie de l'hérédité, il la vend : la chose n'est point furtive.— L'usufruitier d'une femme esclave croit que le *part* de l'esclave est à l'usufruitier ; il donne l'enfant dont l'esclave est accouchée : l'enfant n'est pas *res furtiva ; furtum enim non sine animo furandi committitur.*

est inhérent à la chose elle-même et la suit même dans les mains de l'acheteur de bonne foi.

J. § 8. — Ce vice n'est purgé que par le retour de la chose aux mains de son propriétaire.

QUALITÉS DE LA POSSESSION AD USUCAPIONEM.

L'usucapion est accordée au possesseur qui, de *bonne foi* — mais *à tort*, croit qu'il est devenu propriétaire.

La bonne foi qui ne repose sur rien (croyance purement imaginaire) ne sert de rien (1).

La bonne foi qui vient d'une erreur de droit ne sert de rien (2).

L'erreur de fait ne nuit pas, pourvu que d'ailleurs la possession procède *ex justa causa dominii acquirendi* (3).

---

(1) D. 41-4, l. 1 pr. — Nec sufficit in ea opinione esse eum putet, se pro emptore possidere, sed *debet etiam subesse causa emptionis.*

(2) D. 41-3, l. 31.— Nunquam in usucapionibus juris error prodest.

(3) Voir ci-dessus, *Causes de la possession*, *causes d'acquisition*, p. 272.

D. 41-4, l. 2, § 15.— Si a pupillo emero sine tutoris auctoritate, quem puberem esse putem (*erreur de fait*); dicimus usucapionem sequi.

Quod si scias, pupillum esse, putes tamen pupillis licere res suas sine tutoris auctoritate administrare (*erreur de droit*), non capies usu.

Separata est causa possessionis et usucapionis (1). — La juste cause de la possession et la bonne foi du possesseur peuvent exister l'une sans l'autre : *qui sciens alienam rem emit pro emptore possidet, licet usu non capiat* (2).

La liaison de la juste cause avec la bonne foi donne à la possession cette qualité : *possessio ad usucapionem.*

La juste cause doit être prouvée par le possesseur; le possesseur n'a point à prouver sa bonne foi : la bonne foi est présumée.

La bonne foi doit exister quand la possession commence d'exister; il n'importe qu'elle vienne à se changer en mauvaise foi.

La possession est liée à sa cause ; si la cause change, une nouvelle possession commence, indépendante de celle qui est éteinte (3).

Nul ne crée soi-même, pour soi-même, une *juste cause* de possession. La *juste cause* de la possession ne peut, en effet, consister que dans un contrat ou dans le fait d'un tiers (4).

---

(1) D. 41-4, l. 2, § 1.
(2) *Idem*.
(3) La chose que j'ai reçue à titre de prêt de consommation, je l'achète : la possession *pro mutuo* cesse d'exister ; la possession *pro emplore* commence ; ces possessions sont complétement distinctes l'une de l'autre.
(4) Voir ci-dessus, p. 274.

A plus forte raison, nul ne peut changer soi-même, pour soi-même, la cause de sa possession : *ipse sibi causam possessionis nemo mutare potest* (1).

DURÉE DE LA POSSESSION.

Pour conduire à l'usucapion des immeubles, la possession doit durer deux ans ; un an suffit pour l'usucapion des autres choses.

Le temps de la possession peut s'accomplir en des personnes différentes, soit par la continuation de la possession, soit par la jonction des possessions (2).

CONTINUATION DE LA POSSESSION.

J. § 12. — L'héritier continue la possession commencée par le défunt.

La possession continuée est caractérisée par la bonne ou par la mauvaise foi de celui qui a commencé de posséder, car elle n'est qu'une seule et même possession. La bonne ou la mauvaise foi de l'héritier est donc indifférente (3).

---

(1) D. 41-3, l. 33, § 1.
(2) D. 41-4, l. 2, § 19.
(3) D. 44-1, l. 11.

JONCTION DES POSSESSIONS.

J. § 13. — Un rescrit d'Alexandre Sévère permet aux successeurs *jure singulari* (à titre particulier) de joindre à leur possession celle de leur auteur.

Exemple : l'acheteur ne continue pas la personne du vendeur ; il peut, à son gré, ou joindre ou ne pas joindre la possession du vendeur à la sienne (1).

Comme il s'agit de possessions distinctes, la jonction ne saurait être utile que si chacune des possessions a commencé de bonne foi.

USURPATIO.

D. 41-3, l. 2. — *Usurpatio* : interruption de l'usucapion.

La possession est un fait ; elle est interrompue par le fait contraire : la dépossession. *Naturaliter interrumpitur possessio, quum quis depossessione vi dejicitur, vel alicui res eripitur* (2).

La possession est interrompue quand le possesseur l'abandonne, *vel corpore, vel animo.*

L'emploi des moyens de droit ne suffit point pour

---

(1) D. 41-4, l. 2, § 17.

(2) D. 41-3, l. 5. — Quo casu non adversus eum tantum qui eripit, interrumpitur possessio, sed adversus omnes.

interrompre la possession ; l'action en revendication intentée n'interrompt point l'usucapion (1).

RÉSUMÉ.

Si aucun vice n'est inhérent à la chose ;

Si la possession procède *ex justa causa dominii adquirendi ;*

Si elle a commencé de bonne foi ;

Si, pour un fonds, elle a duré deux ans, un an pour toute autre chose :

Ces conditions étant remplies, le possesseur devient *dominus ex jure quiritium.*

II. — RES MANCIPI TRADITA NON MANCIPATA.

G. 41. — Je te fais tradition d'une chose *mancipi ;* tu as cette chose *in bonis ;* je continue d'avoir sur cette chose *dominium ex jure quiritium.*

Dès que le temps de l'usucapion est accompli, la chose que tu as eue *in bonis* t'appartient *ex jure quiritium ;* moi, j'ai perdu le *dominium ex jure quiritium.*

Cette usucapion supplée au défaut de *mancipation ;*

---

(1) Voir *supra, Perte de la possession*, p. 278.

celui qui en profite est plus qu'un possesseur ; il ne saurait être question ni de juste cause, ni de bonne foi, ni de mauvaise foi.

III. — USURECEPTIO.

G. 59. — Je mets ma chose en dépôt chez mon ami ; pour qu'elle y soit mieux en sûreté, je la lui mancipe *fiduciæ causa ;* — je mancipe ma chose à mon créancier afin qu'il l'ait en gage.

Mon ami ne restitue point la chose que je lui ai confiée ; — mon créancier, quoique ma dette soit payée, ne restitue point la chose que je lui ai mancipée *pignoris causa.*

Je reprends la chose qui m'a appartenu : au point de vue du droit, ma possession manque d'une *juste cause ;* mais en fait, celui contre qui je possède détenait ma chose au mépris ou du droit ou de la *fiducie.*

Dans ce cas, j'acquiers ou plutôt je recouvre le mien par un an de possession, même s'il s'agit *d'un fonds.*

Ce mode d'acquisition est dit *usureceptio.*

L'*usureceptio* peut donc être définie : une sorte d'usucapion qui, par une possession d'un an, sans *juste cause*, fait recouvrer à l'ancien propriétaire le *dominium* qui aurait dû lui être rétrocédé.

IV. — DIVERS GENRES D'USUCAPION DE LA CHOSE TRADITA VEL MANCIPATA A NON DOMINO.

1° *Usucapio pro emptore.* — La bonne foi doit exister au moment même du contrat, même avant la tradition de la chose vendue. Par conséquent, la bonne foi doit *précéder* et accompagner la prise de possession par l'acheteur (1).

En outre, s'il s'agit de vente au comptant, la possession ne peut commencer qu'après paiement du prix, et la bonne foi doit exister au moment du paiement.

Par conséquent, dans le cas où contrat de vente au comptant, tradition de la chose vendue et paiement du prix n'ont pas lieu simultanément; — la bonne foi doit précéder, accompagner et suivre la prise de possession (2).

---

(1) D. 41-4, l. 2 pr. — Scilicet in cæteris contractibus sufficit traditionis tempus ; at in emptione et illud tempus inspicitur quo contrahitur — igitur et bona fide emisse debet et possessionem bona fide adeptus esse.

(2) J. t. 1, § 41. — Y voir la raison de cette règle.

D. 6-2, l. 2, § 11. — D. 41-3, l. 46, l. 48. — Comparaison de l'usucapion *Pro emptore* et de l'usucapion *Pro soluto*.

Pensant que je te dois, je te livre une chose en paiement ; tu l'usucaperas, pourvu que, au moment du paiement, tu croies que cette chose devient la tienne. Cela ne suffirait pas au cas de vente.

Pourquoi cette différence ? Il importe que je n'achète pas

2° *Usucapio pro donato.* — Celui-là *usucape pro donato*, à qui une chose a été livrée *donationis causa*. Si la donation est ou nulle ou prohibée, point d'usucapion. En effet, la cause de la possession n'est point *justa ad usucapionem* (1).

L. 6. — Une donation étant déguisée sous l'apparence d'une vente, — l'usucapion sera *non pro emptore, sed pro donato*.

3° *Usucapio pro legato.* — Celui-là seul peut usucaper *legatorum nomine*, qui a faction de testament, car l'usucapion *pro legato*, *ex jure testamenti proficiscitur* (2).

A défaut de testament et de legs, cette usucapion n'a lieu.

Quid si le legs est *non jure factum, vel codicillis ademptum ?*

Après beaucoup de controverses on a décidé qu'un tel legs est *justa causa usucapionis* (3).

4° *Usucapions sans bonne foi.*

(a) G. 52. — Usucapion *pro herede.* — L'héritier

---

sciemment chose d'autrui, *nam prætor ait : qui bona fide emit ;* — au lieu que, quand je stipule, il importe peu que je sache que l'objet de ma stipulation n'appartient pas à mon débiteur.

(1) D. 41-6, l. 1, § 1 et § 2. — Un père donne à son fils *in potestate :* le fils n'usucapera point *pro donato, quoniam nulla donatio fuit.* — Une donation est faite *inter virum et uxorem,* point d'usucapion.

(2) D. 41-8, l. 7.

(3) D. 41-8, l. 1 et l. 9.

n'a pas encore pris possession de *telle chose* héréditaire ; je prends possession de cette chose; j'acquiers par usucapion, *etsi sciam possidere res alienam* (1).

Cette usucapion est la seule qui fasse acquérir les fonds par un an de possession (2).

G. 55. — *Quare autem tam improba possessio et usucapio concessa sit ?*

Les anciens ont voulu hâter l'adition d'hérédité pour deux raisons : — afin que le culte domestique ne soit point interrompu; — afin que les créanciers aient un débiteur contre qui ils puissent poursuivre leur dû.

G. 56, 57. — Cette usucapion est dite *lucrative, nam sciens quisque rem alienam, lucrifacit.* Un sénatus-consulte, fait sous Adrien, l'a supprimée.

(b) D. 9-4, l. 1. — *Usucapio noxali causa* : un esclave cause du dommage à autrui. La responsabilité de ce dommage atteint *le possesseur* de l'esclave.

Ce possesseur dégage sa responsabilité par l'*abandon noxal : nobis licet deditione ipsius corporis, quod deliquerit, evitare litis estimationem* (3).

---

(1) G. 58. — L'usucapion *pro hærede* s'accomplit même contre l'héritier nécessaire.

(2) C'est la conséquence de la loi des XII Tables. Cette loi dit : *res soli biennio capiuntur, cæteræ res anno.* — L'hérédité est comprise *inter cæteras res.* On vint à ne plus admettre l'usucapion de l'universalité héréditaire; mais la règle resta pour chaque chose héréditaire, même pour *res soli.*

(3) D. 9-1, l. 1. — Ce qui est dit de l'esclave est vrai de l'animal qui cause un dommage.

L. 28. — Quoique je sache que l'esclave n'appartient pas à celui qui m'en fait l'abandon noxal, l'usucapion s'accomplit pour moi. L'esclave m'est dû ; il me serait dû par le propriétaire, s'il en eût été possesseur ; nulle usucapion n'est mieux justifiée que celle-là.

(c) G. 61. — *Usureceptio ex prædiatura.* — L'état vend un fonds (*prædium*) qui lui est hypothéqué (*obligatum*). L'acheteur (*prædiator*) laisse l'ancien propriétaire en possession.

Ce propriétaire recouvrera son immeuble par deux ans de possession, même de mauvaise foi.

La raison de cette *usureceptio* ne nous est pas connue.

(d) D. 8-2, l. 6. — *Usureceptio libertatis prædiorum urbanorum.* — Les fonds *urbains* acquièrent par *usuréception* la libération des *servitutes* dont ils sont grevés (1).

Ta maison est grevée au profit de la mienne de la servitude de ne pas élever ton mur pour ne pas nuire aux jours (*non altius tollendi, ne luminibus meis officiatur*).

Je bouche mes fenêtres pendant deux ans, tu n'es pas libéré de la servitude. — Mais si pendant ce temps

---

(1) Nous disons *usureceptio*, parce que les *servitutes* sont un retranchement opéré sur le *plenum dominium* préexistant.

tu as surexhaussé ton mur, tu as acquis par usucapion la liberté de ton fonds.

L'*usureceptio* de la liberté du fonds grevé est la conséquence de l'œuvre nouvelle faite par le propriétaire, — non du fonds *dominant*, — mais du fonds *servant*.

Elle s'accomplit sans bonne foi. Cette faveur est due à la liberté des fonds.

V. — PRESCRIPTION.

Prescription : mot emprunté à la procédure, *quod ante formulam scribitur*.

Il est de règle, sous les empereurs, que l'action doit être intentée dans un délai déterminé. Ce déla est de dix ou vingt ans (1). S'il arrive que le défendeur vienne à prétendre que le délai utile est expiré, le préteur inscrit en tête de sa formule : *ea res agatur, nisi tempus venerit*.

Cette prescription déduite du temps (*præscriptio longi temporis*) fut d'abord un moyen de défense; elle vint à être considérée comme une manière d'acquérir.

Elle profite aux pérégrins à qui l'usucapion n'est

---

(1) Dix ans entre personnes présentes, vingt ans entre absents.

point accordée. — Elle s'applique aux fonds provinciaux qui ne sont point capables d'usucapion.

La prescription, moyen d'acquérir, produit les mêmes effets que l'usucapion, sauf deux différences :

1° Le possesseur qui acquiert par usucapion est réputé tenir ses droits du véritable propriétaire, la chose vient à lui avec toutes ses charges ; au lieu que le moyen préjudiciel de prescription prévaut contre tous ceux qui prétendent un droit sur la chose (1).

2° La possession *ad usucapionem* n'est interrompue que par la dépossession (2), au lieu que le moyen de prescription n'est accordé (*in formulam præscribitur*) que si *déjà* le temps de la prescription est complet quand l'action en revendication est intentée.

L'acquisition par prescription ressemble à l'acquisition par usucapion en ce qu'elle est fondée sur la possession *ex justa causa, bona fide*, continuée pendant un temps légal.

Théodose invente la *prescription longissimi temporis* (de trente ans, c'est la nôtre), elle n'exige ni juste cause, ni bonne foi.

Justinien fond ensemble l'usucapion et la prescription *ex justa causa, bona fide*. Le temps de la possession reste fixé à dix et vingt ans pour les immeubles ; il est réduit à trois ans pour les meubles.

---

(1) D. 44-3, l. 9.
(2) D. 6-1, l. 18.

TROISIÈME ÉTUDE.

DONATIONES. — QUIBUS ALIENARE LICET. — PER QUAS PERSONAS NOBIS ADQUIRITUR.

(J., titres 7, 8, 9.)

I.

DONATIONS.

(Just., t. 7. — D. 39-5.)

Définition et division principale. Donatio dicta est a dono, quasi a dono datio (1).

« Les donations sont des libéralités naturelles dans » l'ordre de la société; les manières de donner et de » faire du bien sont de diverses sortes; mais on » n'appelle donation que cette espèce de libéralité » par laquelle on se dépouille des choses; et on ne » donne pas ce nom aux services et aux offices qu'on » rend à ceux qu'on veut obliger (2). »

---

(1) D. 39-6, l. 35, § 1.

(2) Domat. l. 1, t. 10. — Labeo scribit : extra causam donationum esse talium officiorum mercedes, ut puta si tibi adfuero; si qualibet in re opera vel gratia mea usus fueris.

On distingue deux genres de donations : -- Donations *mortis causa*, — donations *non mortis causa*.

Les donations *mortis causa* tiennent des legs (*ad exemplum legatorum redactæ sunt*); il n'en sera traité qu'à la suite des legs. Il s'agit ici des donations *non mortis causa*.

DONATIO NON MORTIS CAUSA.

Just. 7 pr. — *Est aliud genus adquisitionis donatio.*

Titius déclare qu'il *vend* à Seius l'esclave Stichus : — cette déclaration est une offre, rien de plus.

Titius déclare qu'il *donne* à Seius l'esclave Stichus : — cette déclaration est une offre, rien de plus.

Ni l'une ni l'autre de ces déclarations ne transfère le *dominium ;* ni l'une ni l'autre de ces déclarations n'est un contrat.

L'offre de donner serait transcrite dans un acte public qu'elle n'aurait d'autre effet que celui-là (1).

Pour que le *dominium* soit transféré, il faut que l'offre soit suivie de mancipation, de tradition ou de

---

(1) Frag. vat. §§ 266, 268, 297, 310, 311, 313, 315.
§ 266. — Professio donationis apud acta facta, cum neque mancipationem, neque traditionem subsecutam esse dicas, destinationem potius liberalitatis quam effectum rei continet.

l'accomplissement de tout autre procédé translatif du *dominium*.

Si l'offre de vendre est acceptée par un acheteur, le contrat est formé ; — car la vente est un contrat reconnu par le droit.

Si l'offre de donner est acceptée par un donataire, aucun contrat n'est formé ; — car la donation n'est point au nombre des contrats reconnus par le droit.

La donation, même acceptée, n'est point un mode d'acquisition ; elle n'est point un contrat. Qu'est-elle donc ?

Elle est un accord de volontés, en d'autres termes un pacte ; et ce pacte est *une cause* d'acquisition.

Titius mancipe à Seius l'esclave Stichus qu'il lui a vendu. — Le contrat de vente est *la cause* de la translation du *dominium*.

Titius mancipe à Seius l'esclave Stichus qu'il lui a donné. — Le pacte de donation est la *cause* de la translation du *dominium*.

Que Titius reçoive ou ne reçoive pas de Seius l'équivalent de l'esclave Stichus, dont il transfère la propriété par mancipation, cela est chose indifférente au point de vue du mode d'acquisition.

Justinien dit que la donation est *un genre* (non *un mode* d'acquisition), parce que de son temps la donation est un pacte légitime impliquant nécessité de la tradition. Mais l'ancien droit romain définit la donation *une cause* d'acquisition ; cette définition était la seule exacte, avant les innovations impériales.

INNOVATIONS IMPÉRIALES.

Antonin le Pieux innove en deux points :

1° Entre descendants et ascendants (entre eux seulement) la donation constitue un pacte légitime, sanctionné par une action — *actio nova ex promissione donationis causa* (1);

2° Si un acte de donation a été dressé par le père donateur (2), la lecture de cet acte suffit pour mettre le donateur en possession.

Constantin fait de la donation un mode d'acquisition distincte de tous les autres.

En effet il décide :

1° Que la tradition *donationis causa* ne transférera point la propriété comme autrefois ;

2° Que la déclaration de donner, suivie de tradition accomplie en présence de témoins (*advocata vicinitate*), et de plus suivie de la constatation de ces faits *apud acta judicis*, transférera la propriété (3). Cette constitution de Constantin ne s'applique qu'aux donations excédant 200 solides.

Just. § 2. — Justinien innove en trois points :

1° De l'exception d'*Antonin* il fait une règle géné-

---

(1) Frag. vat. § 267.
(2) Patre donationum conscriptis instrumentis.
(3) L'art. 939 C. civ. a imité la constitution de Constantin.

rale. Entre toutes personnes, la donation est un *pacte légitime*. La donation de même que la vente contient en soi la nécessité de la tradition.

En vertu de cette règle, la donation prend rang à côté des contrats, mais non parmi les modes d'acquérir la propriété. Elle donne l'action personnelle dite *conditio ex lege* (1).

2° Quant aux donations qui n'excèdent point 500 *solides*, Justinien revient à l'ancien droit. La tradition *donationis causa* suffit pour transférer la propriété, sans que l'insinuation soit nécessaire.

3° Quant aux donations qui excèdent 500 *solides*, elles restent soumises à la nécessité de l'insinuation. — Le défaut d'insinuation ne rend point la donation nulle pour le tout, mais seulement pour ce qui excède le chiffre de 500 *solides*.

Le donateur a une action pour répéter ce qu'il a payé au-delà du chiffre susdit.

LOI CINCIA.

(Frag. Vatic., § 298 et suiv.)

La loi *Cincia* prohibe les donations excédant *certum modum*.

---

(1) D. 13-23, l. unique.

Certum modum, quelle était cette limite ? On suppose que c'était 200 solides ; la valeur du solide n'étant pas connue, ce chiffre ne précise rien.

La loi *Cincia* pose trois exceptions à la prohibition. Elles ont trait :

1° Aux donations entre proches parents ;

2° Aux personnes unies par le lien du patronat ;

3° Aux donations faites par un cognat à la fille qui se marie.

Le donateur qui a exécuté une donation prohibée n'a point l'action en répétition. — On accorde au donateur qui n'a point exécuté une donation prohibée, une exception *ex lege Cincia* pour repousser l'action du donataire.

DONATION SANS CONDITION. — DONATION SOUS CONDITION.

« Il faut faire beaucoup de différences dans les donations entre les motifs que les donateurs expriment comme étant les causes de leur libéralité et les conditions qu'ils y imposent : car, au lieu que le défaut d'une condition annule la donation conditionnelle, elle ne laisse pas de subsister quoique les motifs qui y sont exprimés ne se trouvent pas être véritables. En effet, il reste toujours la volonté absolue de celui

qui a donné et qui a pu avoir d'autres motifs que ceux qu'il a exprimés (1).

Quelqu'un donne avec l'intention que la chose donnée appartienne aussitôt à l'acceptant, de sorte que le dessaisissement est actuel et définitif. — Cet acte de libéralité sans restriction *propria donatio appellatur*.

Quelqu'un donne avec l'intention que la chose donnée ne commence d'appartenir à l'acceptant qu'après certain événement. — La donation est conditionnelle.

Quelqu'un donne avec l'intention que la chose donnée appartienne aussitôt à l'acceptant, mais que, si tel événement vient ou ne vient pas, la chose donnée fasse retour au donateur. — Cette clause de retour fait résoluble la donation *inter vivos*, *qualis et mortis causa donatio*.

La clause de retour au donateur est une condition résolutoire.

J. § 2. — Dès qu'elle est acceptée (2), la donation, quoiqu'elle soit une libéralité, est irrévocable (3).

L'irrévocabilité est tenue pour essentielle, non pas seulement en ce que, la donation étant acceptée, aucune condition ne peut y être ajoutée après coup (4);

---

(1) Domat. l. 1, t. 10, § 12.
(2) D. 50-17, l. 69.
(3) Exception *donatio inter virum et uxorem*,
(4) Perfecta donatio conditionem postea non capit.

mais en ce sens que toute condition insérée dans la donation, si elle permet au donateur de reprendre à sa volonté ce qu'il a donné, rend la donation nulle : *donner et retenir ne vaut.*

La gratuité du contrat produit en outre cet effet particulier d'empêcher que le donataire évincé ait contre le donateur un recours en garantie (1).

RÉVOCATION DES DONATIONS.

Au code de Justinien sont posés trois cas de révocation des donations (2).

1° *Inexécution des charges.* — La donation pourra être révoquée suivant les circonstances appréciées par le juge.

Le donateur peut, s'il l'aime mieux, poursuivre le donataire afin qu'il exécute les charges.

2° *Ingratitude.* — A l'origine, la donation faite par le patron à son affranchi est révocable, de sorte que cette donation ne devient définitive qu'à la mort du patron.

Justinien restreint le droit de révocation au cas où l'affranchi serait ingrat ; il étend la révocation

---

(1) Paul, s., l. 5, t. 11, § 5. — Quia lucrativæ rei possessor actione ipsa juris ratione depellitur.

(2) C. 8-55. — De revoc. donat.

pour ingratitude aux donations faites par un ascendant à son descendant (1). — Enfin l'ingratitude devient une cause de révocation des donations entre toutes personnes, mais les faits d'ingratitude sont limitativement déterminés :—injures graves, violences contre la personne, attentat contre la vie du donateur, préjudice considérable à ses biens.

3° *Survenance d'enfants*. — Cette cause de révocation ne s'applique qu'aux donations du patron à l'affranchi.

DIVERS GENRES DE DONATION — NON MORTIS CAUSA.

1° SPONSALITIA DONATIO.

Entre fiancés, la donation est ou actuelle et définitive, — ou suspendue par la condition du futur mariage, mais définitive si le mariage la suit, — ou actuelle, mais résoluble si le mariage n'a pas lieu (2).

De sa nature cette donation est sans condition. Justinien, innovant, décide que cette donation est faite sous la condition suspensive que le mariage suivra.

---

(1) Frag. vat. § 272 et s.
(2) D. 39-5, l. 1.

2° DONATION PAR LE PÈRE, LA MÈRE OU DES ÉTRANGERS EN VUE DU MARIAGE.

Paul, s. 5, t. 11, § 3. — Il est évident que le père ne peut faire une donation au fils de famille qui est sous sa puissance. Mais si le père meurt en persévérant dans sa volonté, la donation est réputée faite à cause de mort : elle vaut comme telle.

§ 1. — La mère peut, en présence de sa fille, faire une donation extra-dotale, *honore nuptiarum*. Cette donation devient parfaite par la tradition que la mère fait au gendre.

Ces donations peuvent, comme les donations entre fiancés, être actuelles — ou sous la condition suspensive que le mariage aura lieu; — définitives, — ou sous condition résolutoire si le mariage n'a pas lieu.

Ces mêmes donations peuvent être faites par des étrangers en vue du mariage.

3° DONATION ANTE NUPTIAS FAITE A LA FIANCÉE.

La donation faite à la fiancée a des conséquences qui ne sont point attachées à la donation faite au fiancé.

La donation faite à la future épouse, soit par son

fiancé, soit par des étrangers, est comme la dot destinée à subvenir aux charges du mariage.

A la dissolution du mariage, elle est restituée au fiancé donateur.

Le mari qui donne lieu au divorce perd ses droits à la restitution de la donation qu'il a faite à sa future épouse.

Justinien a décidé que cette donation *ante nuptias* pourrait être augmentée et même constituée après le mariage ; à cause de cela, il l'appelle *donatio propter nuptias*.

4° DONATION ENTRE ÉPOUX.

(D. 24-1.)

La loi Cincia qui avait prohibé les donations, avait excepté les époux de la prohibition.

Cette exception fut abrogée *moribus* (1).

« L'union si étroite du mari et de la femme étant » une occasion d'exercer entre eux des libéralités » selon leur affection et selon leurs biens, l'usage de » ces sortes de donations fut suivi de si grands incon- » vénients qu'il fut aboli dans le droit romain. Car on » reconnut que la facilité ou du mari ou de la femme

---

(1) D. 24-1, ll. 1. — Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent.

» en dépouillait l'un pour enrichir l'autre ; que l'un
» résistant au désir de l'autre et ne donnant point,
» ils se divisaient : et on jugea enfin que l'amour
» conjugal devait subsister et s'entretenir plus hon-
» nêtement que par l'intérêt (1). »

Par ces raisons, les donations *inter virum et uxorem*, exceptées d'abord des prohibitions de la loi *Cincia*, y devinrent soumises, si ce n'est en ce qui concerne les revenus — et les donations *exilii*, *vel divortii causa* (l. 43 et l. 11).

La prohibition fut radicale : *ipso enim jure, quæ inter virum et uxorem donationis causa geruntur, nullius momenti sunt* (2).

Mais un sénatus-consulte, du temps d'Antonin, tempère la prohibition : ces donations deviennent révocables et, comme la donation *mortis causa*, soumises à la condition que le donataire survivra au donateur (3).

Ce sénatus-consulte ne s'applique qu'à la donation des choses corporelles (c'est-à-dire à la translation du *dominium*). Quant aux stipulations entre époux, aux créances et obligations, elles continuent d'être frappées de nullité (l. 23).

---

(1) Domat. l. 1, t. 10.
(2) D. 24-1, l. 3, § 10. — Si stipulanti promissum sit, nihil valet; si corpus sit quod donatur, nec traditio quidquam valet.
(3) D. 24-1, l. 32, § 2 et § 14, art. 1096 Code civil.

II.

QUIBUS ALIENARE LICET VEL NON.

(J. t. 8.)

J. pr. — Il arrive quelquefois que celui qui est propriétaire ne peut aliéner, et que celui qui n'est pas propriétaire peut aliéner.

Le droit d'aliéner est une partie essentielle du droit de propriété : en principe il ne peut en être séparé.

Le texte pose trois cas exceptionnels.

Première exception.

FONDS DOTAL (1).

G. 63. — Le mari est propriétaire du fonds dotal. — Donc le mari a le droit d'aliéner le fonds dotal.

J. § 1. — Vint la loi Julia qui défendit au mari d'aliéner le fonds dotal (*quamvis ipsius sit*), si la femme s'y oppose (*invita muliere*).

L'obligation imposée au mari de restituer la dot, contenait en germe cette prohibition de la loi *Julia*.—

---

(1) Voir ci-dessus, p. 190.

Ce n'est pas, en effet, un *dominium* complet que celui qui n'existe qu'à charge de restitution.

La prohibition de la loi Julia fait obstacle même au démembrement du *dominium* de la dot. — Le mari ne peut grever le fonds dotal d'une servitude (1).

La loi Julia ne s'applique qu'aux fonds italiques.

Aliéner, c'est se dépouiller *actuellement ;* hypothéquer, c'est préparer l'aliénation. La loi *Julia* qui permet d'aliéner le fonds dotal avec le consentement de la femme, défend d'aliéner même avec le consentement de la femme.

Le droit présume que la femme, se faisant illusion sur les conséquences de l'hypothèque, consentira plus facilement à l'hypothèque qu'à l'aliénation.

Justinien met l'aliénation sur le même rang que l'hypothèque : l'aliénation du fonds dotal est absolument prohibée. D'ailleurs, toute distinction entre les fonds italiques et les fonds non-italiques est supprimée.

Toute aliénation contraire à ces prohibitions est nulle au regard de la femme, à moins qu'à la dissolution du mariage, la femme n'ait perdu son droit à la restitution de la dot (2).

C'est donc après la dissolution du mariage que la qualité *dotale* du fonds produit ses effets, et que la revendication de la femme peut l'atteindre.

---

(1) D. 23-5, l. 5 et 6.
(2) L. 3, § 1 et l. 17.

L'action de la femme passe à ses héritiers.

Ce qui précède ne s'applique point au cas où le fonds dotal a été transféré au mari avec estimation. En effet, l'estimation transforme la chose dotale, le prix du fonds prenant la place du fonds. Donc, en ce cas, la dot consiste dans une créance contre le mari (1).

Deuxième exception.

CHOSE DONNÉE EN GAGE. — RENVOI (2).

Troisième exception.

BIENS D'UN PUPILLE.

(J., liv. 1, t. 21, pr. — L. 2, t. 7).

J. 23 pr. — *Placuit* MELIOREM *suam conditionem licere pupillis facere etiam sine tutoris auctoritate,* DETERIOREM *non aliter quam cum tutoris auctoritate.*

Faire sa condition meilleure, signifie acquérir.

Faire sa condition pire, signifie aliéner.

Tutore non auctore, le pupille fait une promesse sans réciprocité, un don, une remise de dette à son débiteur : — ces actes sont nuls.

---

(1) D. 23-5, l. 11.
(2) Voir, ci-après, droits réels — *Du gage.*

Tutore non auctore, le pupille fait une stipulation sans s'obliger lui-même, son créancier lui fait une remise de dette : — ces actes sont valables.

Cela ne saurait faire difficulté.

Quid si le pupille débiteur fait, *tutore non auctore*, un paiement à son créancier ?

Le pupille peut se faire restituer ce qu'il a donné en paiement, mais la restitution fait renaître la dette.

Quid si le pupille créancier reçoit, *tutore non auctore*, le paiement de ce qui lui est dû ? Le pupille devient propriétaire des écus qui lui sont livrés, — mais sa créance n'est pas éteinte.

Donc, le débiteur est tenu de payer une seconde fois.

Mais le préteur ne souffre pas qu'on s'enrichisse aux dépens d'autrui ; le débiteur poursuivi, afin de payer une seconde fois, sera protégé par une exception : *quatenus pupillus locupletior factus est*.

Le paiement, quoiqu'il soit fait au pupille *tutore auctore*, ne donne pas au débiteur qui a payé une sécurité complète. — En effet, dans le cas où le paiement n'a pas profité au pupille et que le tuteur est insolvable, il peut arriver que le pupille obtienne contre son débiteur la *restitutio in integrum*, et que le paiement soit réputé non avenu.

Justinien, innovant, décide que le débiteur sera définitivement libéré s'il paie au tuteur *ex sententia*

judiciali. La permission du juge fait disparaître tout risque (1).

J. l. 1, t. 21 pr. — *Quid* si le pupille fait un contrat synallagmatique? Ce contrat doit engendrer des obligations réciproques ; et, cependant, le pupille n'est point obligé. — Cet état de droit implique contradiction.

Voici comment la contradiction est résolue.

Première hypothèse. — Le contrat n'a pas été exécuté :

Le pupille a le droit de se refuser à l'exécution.

L'autre partie n'a pas le droit de se refuser à l'exécution ; mais à cette condition toutefois que le pupille offrira d'exécuter le contrat, *tutore auctore*.

Deuxième hypothèse. — Le contrat a été exécuté par le pupille seul :

Le pupille peut se faire rendre ce qu'il a fourni, mais l'autre partie, qui restitue, cesse d'être obligée.

Troisième hypothèse. — Le contrat a été exécuté par l'autre partie seule :

Ou la *dation* a été faite au pupille *tutore auctore* : dans ce cas tout est ratifié, le pupille est tenu d'exécuter son obligation.

Ou la *dation* a été faite au pupille *tutore non auc-*

---

(1) Ce qui est dit du pupille s'applique aux individus pourvu d'un curateur.

tore. Le pupille est obligé ou d'exécuter, ou de restituer *qualenus locupletior factus est* (1).

Quatrième hypothèse. — Le contrat a été exécuté de part et d'autre :

Ou le pupille a exécuté *tutore auctore*, dans ce cas tout est ratifié.

Ou le pupille a exécuté *tutore non auctore*, dans ce cas il peut se faire rendre ce qu'il a fourni, mais à la charge de restituer *qualenus locupletior factus est*, ce que l'autre partie lui a fourni.

J. t. 8, § 2. — Un pupille *tutore non auctore* fait à Titius la tradition de *centum nummos*, MUTUI CAUSA (2). Cette tradition est sans effet, elle ne transfère pas le *dominium* des écus ; le pupille les revendiquera *sicubi exstent*. Si les écus ont été employés par l'emprunteur, ou si leur identité ne peut être reconnue, le pupille aura contre l'emprunteur une action personnelle (3).

---

(1) D. 26-8, l. 5, § 1.

(2) *Mutuum*, prêt de consommation. Ce contrat n'est formé que si la propriété est transférée à l'emprunteur.

(3) Dans le cas où l'emprunteur aura été de bonne foi (qu'il aura ignoré la qualité du pupille), le pupille agira contre lui par la *condictio certi*.

Dans le cas où l'emprunteur aura dépensé les écus, sachant que le prêteur était pupille, — l'action *ad exhibendum* est donnée contre lui, quoique l'exhibition soit impossible. Cette action est pénale.

III.

PER QUAS PERSONAS NOBIS ACQUIRITUR.

(J. t. 9.)

« La constitution de la famille romaine était une » application exacte et rigoureuse du principe de » l'unité : il n'y avait dans chaque famille qu'un chef, » un seul propriétaire, un seul patrimoine. Simples » instruments d'acquisition pour celui qui était en » même temps leur père et leur maître, les fils de » famille soit du premier degré, soit des degrés » ultérieurs, ne pouvaient avoir rien en propre : non » qu'ils fussent incapables des actes de la vie civile » (ils avaient au contraire, presque sous tous les rap- » ports, la même capacité que les pères de famille) ; » mais parce que les acquisitions qu'ils pouvaient » faire ne s'arrêtaient pas sur leur tête et profitaient » immédiatement au chef de la famille; par une con- » séquence forcée, les fils de famille ne pouvaient » jamais se prétendre ni propriétaires, ni créanciers.

» Mais tout cela fut bien changé par l'introduction » des pécules (1). »

---

(1) Bonjean, t. 2, § 269.

G. 95. — Par les hommes libres qui ne sont point *nostro juri subjecti* ou que nous ne possédons point de bonne foi, — de même, par les esclaves d'autrui dont nous n'avons ni l'usufruit, ni la possession *justa*, — nous ne pouvons rien acquérir, *excepté la possession* (1).

Hoc est quod dicitur per extraneam personam nihil adquiri posse, excepta possessione (G. 95).

Nous acquérons le *dominium* ou les servitudes : — (a) par nos fils de famille *in potestate ;* (b) par notre épouse *in manu ;* (c) par l'homme libre *in mancipio nostro ;* (d) par nos esclaves.

Par l'esclave dont j'ai l'usufruit, j'acquiers *quidquid ex re mea vel ex operis suis venit.*

Par l'esclave dont j'ai l'usage, j'acquiers *quidquid ex re mea venit* (2).

Par l'esclave d'autrui que je possède de bonne foi, pareillement par l'homme libre que, de bonne foi, je possède comme esclave, j'acquiers *quidquid ex re mea vel operis suis venit.*

Si l'esclave appartient à plusieurs maîtres, ce qu'il acquiert pour ses maîtres appartient à chacun d'eux dans la proportion de son droit.

Si l'esclave n'agit que par l'ordre d'un seul de ses

---

(1) Voir ci-dessus, *acquisition de la possession.*

(2) L'usager n'a droit qu'aux services qui touchent sa personne et non aux gains que l'esclave obtient par son travail.

maîtres ; — si celui qui transfère le *dominium* n'entend le transférer qu'à un seul des maîtres ; — dans ces cas l'esclave acquiert pour ce seul maître.

Les personnes *alieni juris* peuvent figurer dans tous les modes d'acquisition, deux seuls exceptés : *cessio in jure* et *l'adjudicatio* qui s'accomplissent, l'un *in jure*, l'autre *in judicio* (1).

PÉCULES.

Le pécule est le patrimoine de celui qui est *alieni juris*.

L'individu *alieni juris* est, quant à son pécule, *quasi paterfamilias*.

Peculium nascitur, crescit, decrescit, moritur, et ideo elegantur Papinianus dicebat : Peculium simile esse homini (2).

Si l'esclave acquiert ce qui lui est absolument nécessaire (une tunique par exemple), ce n'est pas un pécule, — mais s'il acquiert quelque chose, sans quoi l'on peut vivre, *nascitur peculium*. — Quand par l'épargne quelque chose y est ajouté, *crescit pe-*

---

(1) G. 111-167. — Quand l'esclave figure dans une mancipation comme acquéreur, voici la formule : *hanc rem ex jure quiritium Lucii Titii domini mei esse aio*, etc.

(2) D. 15-1, l. 39.

culium ; — quand les esclaves *vicaires* meurent, ou que les choses du pécule périssent, *decrescit peculium;* — quand le maître s'en empare, *moritur peculium.*

Pécule des esclaves. — L'esclave a un pécule, si son maître y consent ; le pécule de l'esclave se compose des dons qu'il reçoit, des gains qu'on lui laisse faire, des économies qu'il fait.

Le pécule n'existe que dans les rapports du maître et de l'esclave. Vis-à-vis des personnes étrangères, l'esclave n'a de son chef ni droits, ni obligations.

En droit, un esclave ne peut être ni débiteur, ni créancier, car il n'est pas une *personne.*

Ce qui, en fait, est dû à l'esclave, le maître le demandera; ce que l'esclave doit, sera demandé au maître par l'action *de peculio, vel de in rem verso* (1).

Pécules du fils de famille. — 1° Pécule *castrense.* On croit que ce premier des pécules du fils de famille remonte au temps de Jules César (2). Le fils de famille a la propriété pleine et indépendante de ce qu'il a acquis à la guerre. Il peut en disposer par testament.

S'il meurt *intestat*, ce pécule sera dévolu à ses enfants, ou à ses frères, ou à son père, suivant le droit commun (J. t. 12 pr.).

2° Pécule *quasi castrense.* — Sous les empires

---

(1) D. 15-1, l. 41.
(2) D. 49-17.

d'Orient, les charges de cour et certaines fonctions sont traitées comme les services à la guerre. Le gain qu'on y fait constitue un pécule assimilé au pécule *castrense*.

3° Pécule *profectice*. — Le père de famille concède à son fils d'administrer librement une partie du patrimoine, — ces biens constituent le pécule *profectice ;* ce pécule n'existe que provisoirement. Le père peut à chaque instant le reprendre. Au décès du père, il rentre dans l'hérédité.

4° Pécule *adventice*. — Constantin décide que les biens recueillis par le fils dans l'hérédité de sa mère restent propres au fils : ce fut l'origine de ce pécule.

Les empereurs, successeurs de Constantin, y firent entrer divers dons faits au fils. — Enfin, Justinien décida que toutes les libéralités qui ne viennent pas du père constituent le pécule adventice.

Le père a l'usufruit de ce pécule, le fils en a la nue propriété.

Le père qui émancipe son fils, retient la moitié du pécule adventice, en usufruit.

QUATRIÈME ÉTUDE.

DROITS RÉELS AUTRES QUE LE DOMINIUM.

CARACTÈRES DISTINCTIFS DES DROITS RÉELS AUTRES QUE LE DOMINIUM.

Comme le *dominium*, les autres droits réels sont opposables à la généralité des hommes.

En cela, ils diffèrent des droits personnels, les droits personnels ayant pour sujet passif un ou plusieurs individus spécialement déterminés.

Entre le *dominium* et les autres droits réels, voici les différences caractéristiques :

1° Le *dominium* ne souffre pas la solidarité ; le concours des ayants-droit le démembre : *duorum in solidum dominium esse non potest* (1).

2° Le *dominium* est l'unité, dont les autres droits réels sont les fractions ; tout démembrement du

(1) D. 13-6, l. 5, § 15.

dominium réuni au démembrement correspondant reconstitue le *plenum dominium*.

3° Le *dominium* ne souffre pas qu'un terme préfixé limite sa durée. On peut être propriétaire sous condition ; on n'est point propriétaire *ad tempus*.

DIVISION DES DROITS RÉELS.

Les droits réels, autres que le *dominium*, peuvent être groupés comme suit :

1° Servitudes prédiales ;

2° Servitudes personnelles : usufruit, usage, habitation ;

3° Droits réels autres que ceux-là.

Cette étude sera donc divisée en trois parties :

Première partie.

SERVITUDES PRÉDIALES.

DÉFINITION DES SERVITUDES PRÉDIALES.

Les servitudes prédiales sont un rapport de droit entre propriétaires fonciers (1), à cause *seulement* du fonds de chacun d'eux.

---

(1) D. 50-16, l. 211. — Fundi appellatione omne ædificium et omne ager continetur.

Abstraction est faite des personnes (1); de sorte que ce rapport de droit est considéré comme s'il n'existait qu'entre les fonds (2). D'où il suit que les servitudes sont une qualité des fonds (3).

Ces fonds étant respectivement, l'un *servant (is* QUI *servit*), l'autre *dominant* (*is* CUI *servit*), à toute servitude active correspond une servitude passive; d'un côté, il y a diminution; de l'autre côté, il y a augmentation du *dominium* (4).

D'où il suit en outre que :

1° Les charges dont un fonds est grevé en vue des personnes ne sont point servitudes prédiales (5).

---

(1) J. t. 3, § 3. — Nemo potest servitutem adquirere prædii, nisi qui habet prædium ; nec quisquam debere nisi qui habet prædium.

(2) D. 8-3, l. 4. — Servitus prædii magis quam personæ videtur.

(3) D. 50-16, l. 86.— Quid aliud sunt jura prædiorum quam prædia qualiter se habentia ut salubritas et amplitudo.

(4) D. 39-1, l. 5, § 9. — Qui jus suum diminuit, alterum auxit ; hoc est quum servitutem imposuit, contra servitutem facit.

Ces expressions *is qui servit*, — *is cui servit*, propres à la servitude des hommes, suffisent, lorsqu'on les applique aux fonds, pour montrer que les servitudes prédiales constituent une dérogation à la liberté du *dominium*.

C'est pourquoi le droit romain ne donne aucune définition des servitudes.

(5) D. 8-1, l. 8 pr. — Ut pomum decerpere liceat, et ut spatrari et cœnare in alieno possimus, servitus imponi non potest.

2° Les servitudes sont transférées avec le fonds, *etiam si nihil dictum sit* (1).

3° Si le fonds dominant vient à être divisé et aliéné par lots, la servitude active est attachée à chaque lot (2).

Il n'importe que la division du fonds soit le résultat d'une vente ou l'effet d'un partage entre co-propriétaires (3).

Réciproquement, la servitude passive est la qualité de la totalité du fonds servant. Ce fonds étant divisé, les portions de ce fonds sont, après la division, grevées de la servitude, comme elles l'étaient avant d'être divisées (4).

En vertu du même principe et par cette raison qu'une qualité par elle-même, et indépendamment de son sujet, n'est qu'une abstraction, le droit romain décide qu'une servitude personnelle d'une servitude prédiale, n'est point chose possible, et qu'une telle conception ne serait ni *ex bonis*, ni *extra bona* (5).

---

(1) D. 41-3, l. 36. — Suivant cette doctrine, la clause insérée dans les actes de vente : l'acquéreur souffrira les servitudes passives et profitera des servitudes actives, est une clause surabondante : elle n'ajoute rien au droit.

(2) D. 8-3, l. 23, § 3.

(3) D. 8-6, l. 6, § 1.

(4) D. 8-6, l. 6.

(5) D. 33-2, l 1. — Nec usus, nec usufructus itineris, actus, viæ, etc., legari potest, quia *servitus servitutis esse non potest*.

Nec utile erit ex consulto quo cavetur, ut omnium, quæ in bonis sunt ususfructus legari potest, *quia id neque ex bonis, neque extra bona sit.*

DIVISION.

SERVITUTES PRÆDIORUM URBANORUM (1). — SERVITUTES PRÆDIORUM RUSTICORUM (2).

Les maisons comme les fonds de terres sont dites *prædia*.

Prædia urbana : édifices, à la campagne ou à la ville ; — *prædia rustica :* fonds de terres non bâtis, à la ville ou à la campagne.

Le droit énumère d'une part les *servitutes urbanorum prædiorum* ; — d'autre part, les *servitutes prædiorum rusticorum*.

Cette énumération laisse voir que si le fonds ou dominant, ou servant, consiste dans un édifice, la servitude est *urbana ;* que, dans le cas contraire, elle est *rustica*.

Les conséquences de cette distinction touchent à l'acquisition et à l'extinction des servitudes.

Justinien a abrogé cette distinction.

Le droit romain n'accorda point d'abord qu'on peut créer toutes sortes de servitudes. Les plus nécessaires furent les premières admises, limitative-

---

(1) D. 8, t. 2.
(2) D. 8, t. 3.

ment. Le nombre s'en accrut peu à peu, et Justinien dit que les servitudes sont innombrables.

La constitution d'un droit *général* de servitude serait inutile ; une servitude ne peut exister qu'à la condition d'être spécialisée (1).

J. t. 3 pr. — Les principales servitudes des fonds ruraux sont :

1° *Iter*, *actus*, *via*.

Iter, droit de passage à pied seulement ; *actus*, droit de passage avec chevaux et voitures ; — *actus continet iter*, le droit de passage avec chevaux et voitures, contient le droit de passer seul et à pied.

Via in se continet iter et actus : entre *via* et *actus*, quelle est donc la différence ?

Quand la largeur du passage n'a pas été fixée par l'acte constitutif de la servitude, la largeur de *actus vel iter* est déterminée *arbitrio judicis*.

Quand, au contraire, il s'agit de *via*, on doit donner au chemin la largeur déterminée par la loi des XII Tables (2).

2° *Aquæductus*, — droit de faire passer un cours d'eau à travers le fonds d'autrui.

3° J. § 2. — *Aquæ haustus*, droit de puiser de l'eau sur le fonds d'autrui, pour le service de mon fonds.

---

(1) D. 8-4, l. 7 pr.
(2) D. 8-3, l. 8, 13 et 23. — *Via*, in porrectum octo pedes in anfractum sedecim.

4° *Pecoris ad aquam adpulsum*, — droit de conduire à l'abreuvoir d'autrui le troupeau attaché à mon fonds.

5° *Jus pascendi*, — droit de faire paître ce troupeau sur le fonds d'autrui.

6° *Jus calcis coquendæ*, — *arenæ fodiendæ*, — droit de cuire la chaux, droit d'extraire du sable sur le fonds d'autrui pour le service de mon fonds.

Les servitudes des fonds urbains sont :

1° *Vicini onera sustinendi*, — servitude de soutenir par mon mur le poids des constructions d'autrui.

2° *Jus tigni immittendi*, — droit de faire entrer la poutre de ma maison dans le mur du voisin.

Ces deux servitudes obligent le fonds servant à laisser faire ; elles ne l'obligent à rien de plus.

3° Servitude *ne luminibus officiatur vel ne prospectus offendatur* (1). De ces deux servitudes, la seconde, celle de *prospect*, s'étend sur tous les lieux inférieurs ; — la première, celle de *jour*, donne droit seulement à la lumière d'en haut (2).

Tous ces exemples font voir en quoi les servitudes consistent activement et passivement.

Activement. Les servitudes consistent *in habendo*, — *in faciendo*, — *in prohibendo*.

---

(1) D. 8-2, l. 14.

(2) D. 8-2, l. 15. — Lumen id est ut cœlum videatur, et interes inter lumen et prospectum ; nam prospectus ex inferioribus locis est, lumen ex inferiore loco esse non potest.

Exemples : *In habendo*, j'ai la servitude active d'avancer mon toit sur ton fonds.

In faciendo, j'ai la servitude de passer sur ton fonds.

In prohibendo, j'ai la servitude de t'empêcher d'élever ton mur, *ne prospectu meo officiat.*

Les servitudes actives *in habendo*, *in faciendo*, sont positives.

Les servitudes *in prohibendo* sont négatives.

Passivement. Les servitudes consistent *in patiendo*, *in non faciendo.*

Exemples : *In patiendo*, le fonds A doit souffrir la saillie du fonds urbain B.

In non faciendo, le fonds A est grevé de la prohibition de ne pas élever son mur.

Les servitudes passives sont donc nécessairement négatives (1). La servitude *oneris ferendi*, *seule*, consiste *in faciendo.*

SERVITUDE ONERIS FERENDI.

Paul écrit (2) : *In lege ædium ita scriptum est : paries oneri ferundo, uti nunc, ita sic.*

« Que le mur soit entretenu dans l'état où il est » au moment de la création de la servitude. »

---

(1) D. 8-1, l. 15, § 1.
(2) D. 8-2, l. 33.

Comme tout ce qui se rapporte à la conservation des édifices, cette règle est d'ordre public.

Comment doit-elle être appliquée (1) ?

Gallus pense que, suivant le droit commun, le fonds servant n'est point forcé de faire ; — qu'il doit seulement ne point empêcher que le fonds dominant fasse.

Servius est d'avis contraire ; son avis a prévalu. L'exception d'*une* servitude *passive in faciendo* prit place dans le droit. L'obligation de faire est attachée au fonds et non à la personne *in rem magis est quam in personam*. En effet, l'action n'est intentée que contre le propriétaire actuel du fonds servant.

Labeo enseigne que, par l'abandon du mur *servant*, le propriétaire est libéré ; ce qui est le propre des servitudes.

SERVITUDES CONTRAIRES.

Comme exemples de servitudes *contraires*, le texte cite les servitudes : *altius tollendi — altius non tollendi, fluminis vel stillicidii recipiendi — fluminis vel stillicidii non recipiendi.*

Comment concevoir que *flumen recipere* soit une servitude, et que *flumen non recipere* soit une servitude ?

Recevoir les eaux du fonds voisin est dans certains

---

(1) D. 8-5, l. 6, § 2.

cas une charge et un désavantage ; dans d'autres cas un droit et un profit.

En d'autres termes, la servitude *fluminis recipiendi* peut, suivant les circonstances, être ou une servitude passive ou une servitude active.

Le fonds A a *le droit* (servitude active) de recevoir l'eau des gouttières du fonds B. Le fonds B est grevé de la servitude corrélative *fluminis non recipiendi*. Elle consiste en ce que le fonds B doit souffrir les travaux nécessaires pour que l'eau de ses gouttières, au lieu d'être reçue par lui, soit conduite sur le fonds A.

Supposez qu'au lieu d'être un droit, recevoir les eaux soit une charge (servitude passive). — Les qualités des fonds sont interverties. A est fonds servant, B est fonds dominant, et ce qui vient d'être dit de l'un sera dit de l'autre.

Les mêmes raisons expliquent les servitudes contraires relatives au *stillicidium* et les servitudes *altius tollendi* et *non altius tollendi*.

La servitude passive *altius non tollendi* diminue le *dominium* du fonds servant, en ce que ce fonds est privé du droit de construire aussi haut que le propriétaire le veut.

La servitude active correspondante ajoute au *dominium* du fonds dominant le droit d'empêcher le fonds servant d'élever ses constructions.

La servitude passive *altius tollendi* diminue le

dominium du fonds servant, en ce que le fonds servant doit souffrir que ses constructions soient surélevées par le propriétaire du fonds dominant.

La servitude active correspondante ajoute au *dominium* du fonds dominant le droit de surélever le mur du fonds servant.

Pour rendre raison de ces servitudes, il n'est donc besoin de supposer que ces servitudes sont constituées en vue de déroger à des règlements locaux.

QUIBUS MODIS SERVITUS CONSTITUITUR.

Les servitudes sont constituées ou par translation, ou par déduction.

Translation : lorsque je grève mon fonds d'une servitude au profit du fonds voisin.

Déduction : lorsque, aliénant un de mes fonds, je réserve sur ce fonds une servitude au profit d'un autre fonds qui m'appartient.

TRANSLATION.

La translation peut être faite par :

G. 29. — 1° *Cessio in jure ;*

2° Mancipation, si la servitude est *rusticorum prædiorum ;*

3° *Adjudicatio*, au cas de partage ;

4° Legs ;

5° *Traditio et patientia*. L'ancien droit admettait que les servitudes fussent acquises par usucapion. — La loi *Scribonia* supprime ce mode d'acquisition (1), néanmoins le préteur protége, par des interdits et par des actions utiles, la possession des servitudes, principalement des servitudes urbaines (2), de sorte que la *quasi* possession et la *quasi* tradition des servitudes ne cessent point d'être un mode d'acquisition prétorien (3).

Justinien décide que les servitudes pourront être acquises pour la prescription *longi temporis* (4).

6° Paul, s. 1-17, § 2. — *Usureceptio*. Elle fut con-

---

(1) D. 41-3, l. 29, § 4.

(2) D. 8-2, l. 20.

(3) D. 8-3, l. 1, § 2. — Traditio et patientia inducet officium prætoris.

(4) On débat la question de savoir si Justinien exige *bona fides et justa causa*.

Nulle part ailleurs on ne rencontre autant de diversité : le droit civil romain n'est point d'accord avec le prétorien ; nos coutumes sont divisées à l'infini ; et, sous le Code civil, la prescription des servitudes fournit de questions l'école et le palais.

« On pourrait classer les coutumes en quatre catégories : » les unes admettent la prescription pour toutes les servi- » tudes ; les autres ne l'admettent que pour certaines ; il y en » a qui la rejettent absolument ; il y en a qui sont muettes. » — Telles coutumes exigent une possession immémoriale ; » telles autres une possession temporaire. — Ici l'on demande » dix ou vingt ans ; là trente ou quarante ; ailleurs cent ans. » (*Précis de droit féodal*, Malécot et Blin, p. 188.)

servée, quant aux servitudes *hauriendæ aquæ, vel ducendæ.*

D. 8-2, l. 28. — *Omnes servitutes prædiorum perpetuas causas habere debent.*

Qu'est-ce à dire ? Cette maxime s'applique-t-elle aux servitudes *actives* et signifie-t-elle que toutes les servitudes sont *continues ?*

Non, car les textes énumèrent un grand nombre de servitudes actives discontinues.

S'applique-t-elle aux servitudes passives, et signifie-t-elle que toutes ces servitudes sont continues ?

Ainsi comprise, cette maxime ne serait que l'inutile répétition de la règle que toute servitude passive consiste *vel in patiendo, vel in non faciendo.*

Il nous semble qu'on doit l'interpréter dans un sens spécial, et ne point la séparer du sujet auquel elle est liée.

De quoi s'agit-il dans la loi citée ? D'acquisition *tempore* et de l'écoulement des eaux ménagères : *id neque flumen neque tempore acquiritur.*

Le texte ajoute que cette servitude qui a pour objet les eaux ménagères est discontinue *quia manu fit ;* que si cette servitude avait pour objet l'écoulement des eaux du ciel, elle serait continue *quia naturalis, etsi non assidua.* Cela prouve que le texte, et par conséquent la maxime *perpetuas causas* se réfèrent exclusivement aux servitudes *aquæ hauriendæ, vel ducendæ, vel arcendæ.* Ce n'est, en effet, qu'à la con-

dition d'être *continues* que ces servitudes sont capables de *quasi-possession*, protégée par les interdits ou conduisant à l'usucapion. (D. 39-3, l. 1, § 2. — D. 43-22, l. uniq., § 4.)

Cette interprétation n'est pas celle qu'on a coutume de donner; nous croyons qu'elle est la vraie.

DÉDUCTION.

Les servitudes sont acquises par *déduction*.

Un propriétaire a deux fonds, il aliène l'un et retient l'autre. Ou bien, d'un seul fonds il aliène une partie, et retient l'autre partie. Dans ce cas, il lui est loisible de grever le fonds qu'il aliène d'une servitude au profit du fonds qu'il retient. Ce qui se fait au moyen de la mancipation ou de la *cessio in jure* en transmettant à l'acquéreur le *dominium deducta servitute* (1).

Mais cette déduction ne peut être faite par le propriétaire qu'au profit du fonds qu'il n'aliène pas.

Elle ne serait pas possible au cas où chacun des deux fonds serait à la fois transmis à deux propriétaires différents (2).

---

(1) D. 8-4, l. 3.
(2) D. 8-4, l. 6 pr.

G. 11-31. — Les fonds provinciaux ne peuvent être grevés de véritables servitudes, puisque sur ces fonds le *dominium ex jure quiritium* n'existe pas et que les modes d'acquérir *ex jure civili* ne leur sont pas applicables.

Mais, par pactes et stipulations, on constitue presque l'équivalent des servitudes (*quasi servitutes*).

J. 111-4. — Ce procédé vint à être appliqué aux fonds romains.

Un pacte est consenti ; par ce pacte le propriétaire du fonds servant prend l'obligation de souffrir l'exercice d'une servitude. Ce pacte n'est point obligatoire par lui-même, mais il le devient au moyen d'une stipulation qui lui attache une sanction pénale pécuniaire.

Le droit ainsi constitué est un droit personnel et non un droit réel, — mais il tient lieu de droit réel. En effet, pour ne pas encourir la peine pécuniaire, le maître du fonds servant doit respecter l'exercice de la *quasi*-servitude.

C'est dans ce sens que le texte dit que les servitudes sont constituées par des pactes et des stipulations.

DESTINATION DU PÈRE DE FAMILLE.

Deux fonds séparés et grevés de servitudes respectives viennent à être réunis ; — les servitudes sont éteintes.

Ces fonds sont de nouveau séparés ; — les servitudes ne renaissent pas (1).

Deux fonds sont dans la même main ; — l'un d'eux vient à être vendu ou légué ; — quelle qu'ait été la destination respective de ces fonds, aucune servitude n'est attachée à leur séparation, *nisi nominatim servitus imposita sit, ut ita : labernam meam, uti nunc est do lego* (2).

L'établissement des servitudes par destination du père de famille vient du droit coutumier (3), non du droit romain.

MODALITÉS.

Modalité. Manière d'être différente du droit commun.

---

(1) D. 8-4, l. 10.
(2) D. 33-3, l. 1.
(3) Les pays de coutume ne suivaient pas une règle uniforme. — Quelques-uns admettaient la destination du père de famille, pourvu qu'elle fût justifiée par écrit ; — d'autres la reconnaissaient seulement en cas de partage ; — d'autres, enfin, admettaient dans tous les cas la destination du père de famille et sans exiger de preuve par écrit. (*Précis de droit féodal*, p. 184.)

Les modalités affectent ou l'exercice de la servitude (1), — ou le droit de servitude lui-même (2).

L'exercice des servitudes (les jours, les heures, les moyens) est règlementé sans que la nature et la modalité du droit lui-même en soit touchée.

Mais le terme et la condition peuvent-ils affecter le droit lui-même ? En d'autres termes, les servitudes *prédiales* peuvent-elles être constituées *ex tempore*, *ad tempus*, *sub conditione*, *ad conditionem ?*

La loi 4 D. 7-1 répond : cela ne peut avoir lieu *ipso jure*.

La servitude active est un accroissement, la servitude passive est une restriction du *dominium ;* — comme le *dominium*, elle ne peut être constituée ni *ad tempus*, ni *ex certo tempore*.

La servitude est une qualité de fonds ; — un fonds ne peut être transféré *sub conditione* sans que la servitude y attachée soit transférée *sub eadem conditione ;* ce fonds ne pourrait être transféré *pure* et la servitude *sub conditione*, et réciproquement.

Le droit prétorien a corrigé cette rigueur. Celui qui revendiquera la servitude, au mépris de la modalité qui y est adjointe, sera repoussé par l'exception *pacti*, au cas d'acte *inter vivos*, — par l'exception *doli mali*, au cas de legs.

---

(1) D. 7-1, l. 4, §§ 1 et 2.
(2) *Idem*, § pr.

EXTINCTION DES SERVITUDES.

1° *Confusion :* réunion du fonds dominant et du fonds servant dans la main du même propriétaire (*nemini res sua servit*).

Si les fonds viennent à être séparés, la servitude ne renaît point (1).

2° *Cessio in jure :* par ce moyen, le propriétaire du fonds dominant fait au propriétaire du fonds servant remise de la servitude.

3° *Non utendo :* s'il s'agit de servitudes *rustiques*, et que le *non usage* dure deux ans (2).

Justinien remplace ce délai par la prescription *longi temporis*.

4° *Usucapio libertatis :* s'il s'agit de servitudes urbaines (3).

5° Destruction ou du fonds servant ou du fonds dominant.

Si l'édifice vient à être reconstruit, la servitude renaît (4).

---

(1) Voir *supra*, p. 382.
(2) Paul, s. 1-17.
(3) Voir *supra*, p. 341.
(4) D. 8-2, l. 20, § 2.

Deuxième partie.

SERVITUDES PERSONNELLES.

1° USUFRUIT.

Définition de l'usufruit.

J. t. 4 pr. : *Ususfructus est jus* ALIENIS *rebus fruendi, salva rerum substantia* (1).

Ut enim jus in corpore quo sublato et ipsum tolli necesse est (2).

Alienis rebus : l'usufruit n'est un droit spécial, ayant une existence propre, que lorsqu'il est séparé du *dominium*.

Après la séparation, le *dominium* est dit *proprietas*, nue propriété.

Salva rerum substantia. Le texte de Celsus donne cette raison : l'usufruit périt, quand son objet périt, — cela signifie que les choses qui se consomment par le premier usage ne sont pas capables d'usufruit : on ne peut en jouir sans se les approprier.

L'usufruit de ces choses est dit *quasi-usufruit*. Il en sera traité séparément.

---

(1) D. 7-1, l. 1 (Paul).
(2) D. 7-1. l. 2 (Celsus).

J. § 1. — L'usufruit est *essentiellement* temporaire, ce droit doit faire retour à la nue propriété.

Il est *essentiellement* personnel, non transmissible aux héritiers.

L'usufruit peut donc être ainsi défini : « Servitude » temporaire, personnelle, non transmissible aux hé- » ritiers, consistant dans le droit de jouir (*uti*, *frui*) » de la chose d'autrui, à charge de restituer cette » chose *elle-même*, quand le droit finit. »

DROITS DE L'USUFRUITIER.

Paul, s. 3, t. 6, § 4. — L'usufruit contient l'usage : *fructus enim sine usu esse non potest.*

J. t. 2, § 36. On entend par fruits *quod ex re nascitur*. — L'usufruitier acquiert ces fruits par la perception.

Outre ces fruits naturels, on considère comme fruits les loyers des fonds ruraux et urbains : le prix de la location d'un animal et d'un esclave, les intérêts d'une somme d'argent.

Ces fruits sont acquis jour par jour (1).

Toutefois le loyer des fonds ruraux n'est acquis à l'usufruitier qu'autant que la récolte à laquelle il

---

(1) D. 7-7, l. 3. — D. 7-1, l. 26.

correspond a été faite pendant la durée de l'usufruit. En effet, cette circonstance que l'usufruitier exerce son droit par un fermier, ne saurait nuire au propriétaire (1).

OBLIGATIONS DE L'USUFRUITIER.

L'obligation principale de l'usufruitier, celle dont toutes autres découlent, consiste à rendre la chose au nu-propriétaire quand l'usufruit finit.

Il doit user de son droit, *boni viri arbitratu, cætera quæ facere, quæ in re sua faceret* (2).

Ce qui laisse voir que d'une part l'usufruitier ne doit point abuser (3); et d'autre part qu'il doit l'en-

---

(1) D. 7-1, l. 58 pr.— Différence entre l'usufruit et le droit aux revenus.

Reditus : Le droit aux revenus ne constitue point une servitude; il est, non un droit réel, mais une créance dont l'importance est proportionnée aux produits du fonds. Le créancier des revenus n'a point la possession du fonds.

Les revenus sont perçus par celui qui les doit et non par celui à qui ils sont dus.

Le débiteur est obligé de pourvoir à l'entretien du fonds, sauf à imputer les dépenses sur les revenus.

Le débiteur des revenus peut vendre le fonds, sauf à continuer de compter au créancier une somme égale aux revenus (l. 38).

(2) D. 7-9, l. 1 pr., § 3.

(3) L. 8.— Quidquid in fundo nascitur, ipsius est sic tamen ut boni viri arbitratu fruatur.

tretien sans être tenu de refaire ce qui est péri par vétusté (1).

S'il s'agit d'une chose qui se détériore peu à peu, l'usufruitier (pourvu qu'il n'ait point abusé) est quitte en la restituant telle qu'elle est (2).

Quelle que soit la chose, le nu-propriétaire et l'usufruitier agiront prudemment s'ils font, au commencement de l'usufruit, un état qui permette de juger si l'usufruitier a détérioré la chose.

Cet état n'est point obligatoire (3).

GARANTIES DUES PAR L'USUFRUITIER.

L'usufruitier doit : 1° SATISDARE *ex officio judicis* (4) ; 2° CAVERE *apud prætorem* (5).

Satisdare : à l'usufruitier qui entreprend d'entrer en jouissance, le nu-propriétaire opposera la nécessité de fournir préalablement un *fidéjusseur* qui se portera garant des obligations attachées de droit à l'usufruit.

Contre l'usufruitier qui est entré en jouissance

---

(1) D. 7-1, l. 7, § 2.
(2) J. t. ?, § 38. — *Quid*, si l'usufruit s'applique à un troupeau ? — L'usufruitier dispose des bêtes, à charge de les remplacer par le croit. Au cas de mortalité, il doit par le croît reconstituer le troupeau.
(3) D. 7-9, l. 1, § 4.
(4) D. 7-1, l. 13.
(5) D. 7-9, l. 1.

sans avoir fourni *satisdation*, le nu-propriétaire agira en revendication.

Le nu-propriétaire peut renoncer à exiger *satisdation;* mais le testateur qui constitue un usufruit ne peut interdire au nu-propriétaire cette garantie. En effet, la *satisdation* est, *de droit*, corrélative à la nue propriété ; et le *jus civile* n'admet pas que les droits réels qu'il définit soient *dénaturés* par des volontés particulières.

Cavere (1) : Entre le nu-propriétaire et le légataire d'un usufruit, des stipulations doivent intervenir. Ces stipulations, exigées par le préteur, sont relatives à : 1° l'exercice de l'usufruit; 2° la restitution à la fin de l'usufruit.

L'usufruitier promet de ne point abuser, mais, de plus, *omnem curam rei suscipit ;* ce qui le fait responsable même de sa négligence.

L'infraction à cette dernière partie de la stipulation produit effet même avant la fin de l'usufruit.— L'effet de l'autre partie est ajournée à la fin de l'usufruit.

Ce n'est point la restitution de chose que le nu-propriétaire stipule ; cela serait surabondant et inutile. La stipulation fixe ce qui sera dû au nu-propriétaire au cas où la restitution ne pourrait avoir lieu. L'effet de cette stipulation s'applique à tous les cas où l'usufruit est perdu.

(1) D. 7-9, l. 1, § 3, s. l. 2 et 3.

QUIBUS MODIS USUSFRUCTUS CONSTITUITUR.

L'usufruit, de même que les servitudes prédiales, est constitué ou par translation ou par déduction.

Transfertur ususfructus : — 1° *Testamento*, — deux hypothèses : je lègue à *Titius* l'usufruit, la nue propriété restant à mon héritier ; — je lègue à *Titius* l'usufruit, à *Seius* la nue propriété ;

2° *Adjudicatione :* par l'effet d'un action en partage, le juge attribue l'usufruit à l'un des co-partageants (Frag. vat. § 45).

3° *In jure cedendo :* le propriétaire cède l'usufruit et retient la nue propriété (G. 30) ;

4° Par *quasi-tradition*, suivant le droit prétorien. Le préteur protége le possesseur de l'usufruit par des interdits et par l'action *Publicienne* (revendication prétorienne) (1).

5° L'usufruit, *en tant que droit réel*, ne peut être constitué par des pactes et des stipulations. Ces moyens ne créent qu'un droit personnel (2).

L'usufruitier peut-il transférer son droit ?

S'il cède son droit au nu-propriétaire, l'usufruit est éteint par *consolidation ;* s'il cède son droit à une

---

(1) D. 6-2, l. 11, § 1. — Frag. vat. § 90.
(2) Voir ci-dessus, *Des servitudes prédiales*, p. 381.

autre, *nihil agit* (G. 30). — Cela doit être expliqué : l'usufruitier ne peut se substituer une autre personne qui prenne sa place vis-à-vis du nu-propriétaire ou des tiers ; — mais il peut par contrat (vente, donation, louage) transférer à autrui l'*exercice* et les profits de son droit.

DÉDUCTION DE L'USUFRUIT.

1° *Par testament :* le testateur lègue à *Titius* le fonds A, *deducto usufructu ;* l'usufruit restant à l'héritier ; — le testateur lègue à *Titius* le fonds A, *deducto usufructu,* et à *Seius* l'usufruit de ce fonds ; — dans ces deux cas l'usufruit est par *déduction* séparé de la nue propriété.

2° Par *cessio in jure :* le propriétaire aliène son fonds et en retient l'usufruit (1);

3° *Per mancipationem deduci usufructus potest, non etiam transferri* (2). Le propriétaire peut manciper son fonds en retenant l'usufruit ; mais il ne pourrait manciper l'usufruit en retenant son fonds (*res incorporales mancipationem non recipiunt*).

---

(1) Formule : celui qui acquiert dit : *hunc fundum meum esse aio deducto usufructu.*

(2) Formule : celui qui acquiert dit : *sit emptus mihi pretio fundus deducto usufructu* (frag. vat. §§ 47 et 50).

MODALITÉS.

L'usufruit est *essentiellement* temporaire ; le temps normal de sa durée, c'est la durée de la vie de l'usufruitier. — Comme il ne peut être constitué que sur une ou plusieurs têtes *déjà existantes*, son temps ne saurait être plus long que la vie humaine.

L'usufruit peut être transféré pour un temps moindre. *Exemple :* jusqu'à ce que *Titius* ait atteint l'âge de 25 ans.

Titius étant l'usufruitier, l'usufruit finira avec la vie de *Titius ;* — l'usufruit étant au profit d'un autre que *Titius*, il durera jusqu'au terme préfixé, que *Titius* soit mort ou vivant.

L'usufruit ne peut durer plus de cent ans (1).

Outre l'abréviation du *dies ad quem* légal (durée de la vie), *la nature* de l'usufruit comporte les modalités *dies a quo et conditio.* — Mais ces modalités ne peuvent être créées par tous les modes d'acquisition.

Translation : par *cessio in jure vel adjudicatione* l'usufruit ne peut être transféré *ex certo tempore.* En effet, *cessio in jure et adjudicatio* sont des procé-

---

(1) D. 7-1, l. 56. — Placuit centum annos tuendos, quia is finis vitæ longævi hominis est. — Telle est la durée la plus longue de l'usufruit constitué au profit des corporations.

dures, et nulle action n'est donnée en vue de droits futurs (*nulla actio prodita est in futuro*) (1).

Déduction : par mancipation ou *cessio in jure*, l'usufruit peut-il être déduit *vel ad tempus, vel ex tempore, vel sub conditione ?*

Pomponius dit *non*, parce que les formules de la mancipation ou de la *cessio in jure* ne se prêtent point à ces déductions avec modalité.

Paul dit oui, mais seulement en ce qui touche la modalité *ad tempus*. Il invoque la loi des XII Tables(2).

EXTINCTION DE L'USUFRUIT.

L'usufruit est éteint, et le *plenum dominium* re-constitué de cinq manières (3) :

Amittitur ususfructus.

1° *Etiam minima capitis diminutione* (4).

Justinien corrige cela : la grande et la moyenne c. d. feront seules perdre l'usufruit.

2° *Non utendo.* — Si pendant deux ans à l'égard des immeubles, un an à l'égard des meubles, l'usufruitier s'abstient complétement d'exercer son droit,

---

(1) Frag. vat. § 47.
(2) Frag. vat. § 50.
(3) Paul, sent. III-6, §§ 28 à 33.
(4) Paul, §§ 29 et 30. — J. § 3.

ou s'il l'exerce autrement qu'à titre d'usufruitier, *non utendo per modum et tempus* (1).

Ce mode d'extinction procède de l'*abstention de l'usufruitier ;* il n'exige *de la part du propriétaire aucun fait ;* en cela, il diffère essentiellement de l'usucapion de la liberté du fonds (2).

3° *Rei mutatione.* — Quand l'édifice soumis à l'usufruit est détruit et reconstruit.

Si au lieu d'être constitué sur la maison, l'usufruit est constitué sur le sol, — l'usufruit revit par l'effet de la règle *ædificium solo cedit* (3).

4° *In jure cessione.* — Quand l'usufruit est cédé au nu-propriétaire ; quand, en sens inverse, la nue propriété est cédée à l'usufruitier.

5° Par l'arrivée du terme ou de la condition auxquels l'existence de l'usufruit est subordonnée.

QUASI-USUFRUIT.

1° *Des choses qui se consomment par le premier usage.* — La définition de l'usufruit prouve que, suivant le droit civil, l'usufruit ne peut être constitué que sur les choses qui ne consomment point par le

---

(1) Paul, §§ 29 et 30. — J. § 3.
(2) Voir ci-dessus, *Servitudes prédiales.*
(3) Paul, § 31. — Code civil.

premier usage. — Mais un sénatus-consulte, dont le nom et la date sont ignorés, fit innovation : ce sénatus-consulte décide que l'usufruit peut être constitué sur toutes les choses qui sont *in patrimonio nostro* (1).

Ce n'est pas que l'autorité d'un sénatus-consulte puisse changer la nature des choses, et faire que ce qui se consomme par le premier usage soit capable d'être l'objet d'un droit d'usufruit ; mais le sénatus-consulte a permis qu'on ait sur ces choses un droit analogue à l'usufruit : — *un quasi-usufruit.*

L'analogie consiste en ce que celui qui a le *quasi-usufruit* doit restituer l'équivalent de ce qu'il a reçu et, comme l'usufruitier, donner caution de la restitution.

S'agit-il d'une somme d'argent, le *quasi-usufruit* et l'usage se confondent — c'est toujours la somme reçue qui devra être restituée (2).

Le *quasi-usufruit* d'une somme d'argent n'est perdu que dans deux cas : la mort ou la diminution de tête.

---

(1) D. 7-5, l. 1-2-5, § 2-7 et 9.

(2) Entre le *mutuum* et le quasi-usufruit d'une somme d'argent, voici les différences : L'emprunteur n'est tenu de donner caution (*cavere*) que s'il s'y est obligé ; le quasi-usufruitier doit donner caution, à moins qu'il n'en soit dispensé.

Le quasi-usufruitier est, de droit, tenu de restituer à sa mort ; l'emprunteur rembourse son créancier à tout autre terme que celui-là.

L'usufruitier gagne les intérêts ; ordinairement le prêt est fait avec intérêts.

S'agit-il d'une chose autre que l'argent, du vin, de l'huile, du blé, la propriété doit en être transférée à celui qui a le droit de *quasi-usufruit*.

Si ces choses ont été estimées, on restituera le prix de l'estimation ; — si elles n'ont pas été estimées, on restituera même quantité de choses de même qualité (1).

2° *Quasi-usufruit des servitudes.* — Le sénatus-consulte précité ne s'applique point aux servitudes (2). Néanmoins, on constitue un droit équivalent à l'usufruit d'un usufruit, par le procédé suivant. — L'usufruitier s'engagera à souffrir que Titius exercera son usufruit, et Titius s'obligera et donnera caution de restituer la chose à sa mort.

Nous disons droit équivalent et non pas identique. — Car le droit ainsi constitué, est un droit personnel, non opposable aux tiers, tandis que de sa nature l'usufruit est un droit *réel*, opposable à tous.

3° *Quasi-usufruit d'une créance.* — On est d'accord qu'on peut léguer à un débiteur l'usufruit de sa dette (l. 3).

Ce legs a pour effet d'exonérer le débiteur du paiement des intérêts, et de lui accorder terme jusqu'à sa mort.

---

(1) Le droit romain se garde bien d'ajouter de même valeur, car ce n'est point la qualité qui fixe la valeur.

(2) D. 33-2, l. 1.

Mais ce legs diffère de la remise des intérêts et de la simple prorogation de délai, en ce que le débiteur, usufruitier de sa propre dette, doit donner caution au propriétaire de la créance afin d'en assurer le paiement.

Peut-on léguer à toute personne, autre que le débiteur, le *quasi-usufruit*.

Nerva répond non; — Proculus répond oui; — ce dernier avis a prévalu. — Tant que la créance n'est point échue, le quasi-usufruitier touche les intérêts; quand vient l'échéance, il touche le capital : l'objet du quasi-usufruit se transforme, il devient somme d'argent; — mais l'usufruitier doit donner caution.

SERVITUDE PERSONNELLE D'USAGE.

J. 5, § 1. — La servitude d'usufruit contient la servitude d'usage, mais l'usage ne contient point, en principe, le droit aux fruits : *usui fructus deest* (1).

Toutefois il a été admis que la servitude d'usage donne droit aux fruits pour les besoins de chaque jour.

L'usager a droit, en outre, de se promener dans le fonds affecté à son droit, pourvu que cela ne soit point un empêchement aux travaux rustiques.

J. § 3. — Celui qui a l'usage d'un esclave ou d'une

(1) D. 7-8, l. 14, § 1.

bête de travail peut l'employer à son service personnel, mais il n'a point le droit de louer à un autre.

J. § 4. — Celui qui a l'usage d'un troupeau n'a droit ni au lait, ni à la laine (*quia in fructu sunt*) ; — son droit se réduit à employer le troupeau *ad stercorandum agrum suum*.

J. § 5. — C'est d'ailleurs une règle générale, que non-seulement le droit, mais le profit du droit d'usage est attaché à la personne de l'usager, sans pouvoir être cédé (1).

La servitude d'usage est constituée et éteinte par les mêmes modes que l'usufruit.

SERVITUDE D'HABITATION.

J. § 5. — La servitude d'habitation consiste dans le droit d'habiter soi et sa famille dans la maison d'autrui.

Elle diffère du droit d'usage en deux points :

1° Celui qui a la servitude d'habitation peut ne pas l'exercer lui-même et la donner à loyer.

2° La servitude d'habitation est assimilée à une prestation quotidienne ; elle s'acquiert jour par jour. Par conséquent ce droit ne périt point par le non usage, ou par la petite diminution de tête.

---

(1) Contra-usuf., voir *supra*, p. 391.

La servitude d'habitation diffère-t-elle de l'usufruit d'une maison (1) ?

Jusqu'à Justinien, la servitude d'habitation diffère du droit d'usufruit en ce qu'elle est une prestation quotidienne, acquise jour par jour et qu'elle ne s'éteint ni par le non usage, ni par la petite diminution de tête.

Quand l'Empereur eût décidé que l'usufruit ne s'éteint pas par la petite diminution de tête, et que l'habitation n'est point acquise jour par jour, il n'y eût plus de différence entre la servitude d'habitation et l'usufruit d'une maison.

Il paraît toutefois que la servitude d'habitation put être constituée par donation à titre rémunératoire (2) ; cela lui serait particulier.

Troisième Partie.

AUTRES DROITS RÉELS.

1° CO-PROPRIÉTÉ.

Le droit de chacun des co-propriétaires a pour objet la chose toute entière et chacune de ses parties.

---

(1) D. 7-8, l. 10, § 2.
(2) D. 39-5, l. 28 et 32.

Ce qui est divisé, ce n'est pas la chose, c'est le droit (1).

Le *dominium* est démembré, car le droit de chacun des co-propriétaires tient le droit de l'autre en échec (2).

La prohibition de l'un d'eux suffit pour que rien ne puisse être fait (3).

Toutefois ce qui est fait sans opposition est fait avec droit (4).

Le concours de deux droits de propriété, à la fois rivaux et subordonnés, est contraire au *dominium*, qui de sa nature est exclusif.

Par conséquent, le droit au partage est inhérent à la co-propriété (5).

Toute exception au droit de partager est donc contraire au droit commun. Cette exception est une ser-

---

(1) D. 15-6, l. 5, § 15.— Celsus ait : nec quamquam partis corporis dominum esse ; — sed totius corporis pro indiviso, — pro parte dominium habere.

(2) D. 10-4, l. 28.— Sabinus ait : in re communi neminem dominorum jure facere quidquam invito altero facere potest. In re pari, potiorem causam esse prohibentes.

(3) D. 8-2, l. 26 et 27. — Invito socio in re communi non est jus ædificandi.

(4) D. 10, l. 28 , § 1. — Sed etsi in communis prohibere socius a socio ne quid facere potest, ut tamen factum opus tollat cogi non potest — si, cum prohibere poterat, prætermisit.

Le Code civil, chose étrange, est muet sur ces questions, que le droit romain résout explicitement.

(5) D. 10-3, l. 2 et 3.

vitude prédiale, car un fonds ou l'accessoire d'un fonds ne peut rester indivis que pour l'utilité d'un fonds.

Exemples de servitudes d'indivision : un vestibule doit rester commun pour l'usage de deux édifices (1), un aqueduc pour l'usage de deux fonds (2); un arbre planté, une pierre posée sur les limites de deux fonds doivent rester indivis tant qu'ils sont cohérents au sol, s'ils sont utiles aux deux fonds (3).

L'état de co-propriété, par cela même qu'en principe il est prohibitif de tous actes individuels, et qu'en même temps les actes individuels accomplis sont maintenus, donne naissance à des indemnités (*si quid damnum factum, vel si quid abest*) et à des récompenses (*si quid alicui sociorum pervenit ex re communi*).

Ce règlement des indemnités et des récompenses est inhérent à l'action en partage (4).

EMPHYTHÉOSE ET SUPERFICIE.

Superficiarius habet jus in superficie, — emphyteutica jus in solo (Cujas, sur la loi 74, D. 6-1).

---

(1) D. 10-3, l. 19 pr., §§ 1 et 4.
(2) *Idem.*
(3) *Idem.*
(4) D. 10-3, l. 14. — Si communi dividundo agitur, impendia æquitate judicis retineri possunt.

2° DROIT DE SUPERFICIE.

Superficies, — désigne toutes les choses (édifices ou plantes) qui, sans faire partie du sol, sont cohérentes au sol.

Superficiariæ ædes, — édifices construits sur un terrain pris à loyer : la propriété de ces édifices appartient au propriétaire du sol (1).

Superficiarius, celui qui a sur le sol d'autrui *superficiem*, à la charge de payer certaine redevance périodique (2).

Is qui superficiem in alieno solo habet, a contre le propriétaire du sol l'action *ex conducto*, s'il a pris à loyer l'édifice, l'action *ex empto*, s'il a acheté l'édifice.

Mais, contre les tiers, le *superficiarius* n'a point de droits qui lui soient propres ; s'il est troublé, le propriétaire du sol *præstare ei debet actiones suas* (3).

Tel est le droit de superficie *jure civili ;* évidemment il n'est qu'un droit personnel.

Mais le préteur créa au profit du superficiaire une action *in rem de superficie* (4).

---

(1) D. 43-18, l. 2.
(2) D. 6-1, l. 73.
(3) D. 43-18, l. 1, § 2.
(4) D. 43, l. 1 pr. et l. 3. — Si actio de superficie postulabitur causa cognita dabo.

Par cette action, le droit de superficie prit place parmi les droits réels; car l'action *in rem* fait le droit réel.

L'action dont il s'agit n'est donnée que *causa cognita*. Cette réserve signifie que l'action n'est accordée qu'à celui qui a loué la superficie pour un long temps (*non ad modicum tempus*) (1).

Quand l'édifice est détruit, le droit et les obligations du *superficiaire* sont éteints (2).

3° EMPHYTHÉOSE.

Les fonds appartenant à des *municipes*, à des colléges sacerdotaux (*agri vectigales*), sont loués à des particuliers, soit à perpétuité, soit pour un long temps, à charge d'une certaine redevance (*vectigal*) en argent ou en fruits.

Le colon a l'action *in rem adversus quemve possessorem, sed et adversus ipsos municipes* (3).

Le même contrat appliqué aux fonds des particuliers est dit *emphythéose*. L'empereur Zénon lui donna ce nom.

---

(1) Le droit de superficie, concédé pour un laps de temps qui n'excède point la durée ordinaire des baux, est assimilé au droit qui résulte du contrat de louage.
(2) D. 39-2, l. 39, § 2.
(3) D. 6-3, l. 1.

Celui qui touche la redevance *dominus dicitur*. La redevance n'est pas considérée comme loyer, elle est la reconnaissance du *dominium*.

L'emphythéote a le droit de *uti*, *frui*, *abuti*, sous la restriction suivante : il répond des dégradations arrivées par sa faute; au cas de vente, le propriétaire a le droit de préemption.

Le premier est tenu de la rente quoiqu'il ait aliéné le fonds ; — la perte partielle du fonds ne diminue point la rente, la perte totale la met à néant.

L'*emphythéose* n'est ni une vente, ni un louage; elle tient du louage et de la vente; elle constitue un contrat à part : *hoc jus tertium esse constituimus* (1).

Domat (2) définit ainsi l'emphythéose :

« L'emphythéose est distinguée des baux à ferme » par deux caractères essentiels : le premier est la » perpétuité, et le second, la translation d'une espèce » de propriété.

» La translation de propriété que fait l'emphythéose » est proportionnée à la nature de ce contrat où le » maître baille le fonds et retient la rente. Et par » cette convention, il se fait comme un partage des » droits de propriété.

» Celui qui baille, demeure le maître pour jouir » de la rente, comme fruit de son propre fonds, ce

(1) Inst. III, t. 24.
(2) L. 1, t. 4, s. 10.

» qui lui conserve le principal droit de propriété qui
» est celui de jouir à titre de maître.

» L'emphythéote, de sa part, acquiert le droit de
» transmettre l'héritage à ses successeurs à perpé-
» tuité, de le vendre, de le donner avec les charges et
» droits du bailleur, et d'y planter, bâtir, et y faire les
» autres changements qu'il avisera, pour le rendre
» meilleur, qui sont autant de droits de propriété (1).»

4° DROIT DE GAGE.

Pignus : ce mot désigne, soit le contrat de gage, soit l'objet du contrat, soit le droit résultant du con-

---

(1) Demolombe, t. IX, n° 486. — L'emphythéose ne pouvait manquer d'être la bienvenue dans notre ancienne jurisprudence française.

Cette combinaison s'adaptait alors merveilleusement à l'organisation politique et sociale de la France. Etrangère à la féodalité par son origine romaine et aussi par son caractère, elle n'en offrait pas moins une grande analogie avec les concessions féodales, dont le but était de rendre la terre accessible aux classes inférieures *sans bourse délier*, et de démembrer le droit de propriété de manière à l'accorder aux uns sans dépouiller les autres.

Ibid., n° 495. — Les droits réels étaient très-nombreux et très-compliqués dans l'ancienne jurisprudence française. Et pourtant, dans la variété même de leurs formes et de leurs espèces, il est facile de reconnaître un caractère général et commun qui les rattache presque tous à une même combinaison.

Cette combinaison consiste à décomposer le droit de propriété en deux parties, dont l'une forme le *domaine direct*, l'autre le *domaine utile* (Pothier, *De la propriété*, n° 2).

trat : *gage* (une chose), *contrat de gage, droit de gage.*

Le droit de gage a été trois fois transformé :

1° (G. 60) A l'origine, le droit de gage est constitué par la *mancipation* ou la *cessio in jure* faite *fiduciæ causa.*

Le créancier acquiert le *dominium* de la chose donnée en gage, mais après paiement ; il devrait rétrocéder au débiteur le *dominium.*

2° Le contrat de gage (*contractus pigneratitius*) introduit un autre système :

Le créancier prend possession de la chose donnée en gage. Cette possession est protégée par les interdits possessoires, elle dure jusqu'au paiement de la dette.

Mais le créancier n'a point le droit de vendre la chose qu'il a reçue en gage.

S'il la vend, contre la volonté du débiteur, *furtum facit* (1).

Le gage ne donne donc que la possession.

3° (G. 64). La coutume vint d'ajouter à la translation de la possession un pacte donnant au créancier non payé à l'échéance le pouvoir de vendre le gage.

Plus tard, le pouvoir de vendre (*jus distrahendi*) fut sous-entendu ; mais le créancier ne pouvait en user qu'après trois dénonciations faites au débiteur.

---

(1) D. 47-2, l. 73.

Toutefois la clause *ne pignus distraheretur* était un obstacle à la vente, même avec dénonciations préalables.

4° Enfin, le droit de vendre fut considéré comme inhérent au contrat de gage, à ce point que la clause *ne pignus distraheretur* ne dût produire d'autre effet que d'obliger le créancier à accomplir les trois dénonciations préalables.

Ce fut alors que le *droit de gage* devint un démembrement du *dominium :* le *droit* d'aliéner (*jus abutendi*) appartenant au créancier gagiste comme droit définitivement séparé du *dominium* et supérieur à la volonté contraire du propriétaire.

Si le créancier gagiste a le droit d'aliéner le gage, le débiteur aussi a le droit d'aliéner le gage, mais à la condition que le prix d'aliénation sera versé aux mains du créancier et qu'il sera suffisant pour le payer.

5° HYPOTHÈQUE.

L'hypothèque est d'origine prétorienne.

Le préteur admit d'abord que le fermier peut, au moyen d'un pacte, affecter au paiement de ses fermages ses ustensiles aratoires.

Ce système fut généralisé : le droit prétorien vint à reconnaître que le gage était constitué *non sola tra-*

ditione, sed etiam nuda conventione et si non traditum sit (1).

Cela étant admis, la conséquence fut que la même chose pût être hypothéquée à plusieurs créanciers, successivement : l'antériorité de la convention faisant la préférence, *prior tempore, prior jure* (2) ; le créancier hypothécaire a le droit de vendre la chose hypothéquée.

L'hypothèque est le seul droit réel qu'on puisse constituer *nuda conventione*.

6° ANTICHRÈSE.

D. 20-1, l. 11, § 1. — Un créancier, en vertu d'un contrat de *mutuum*, obtient pour sûreté de sa créance la détention et la possession d'un fonds ; s'il est en outre convenu que les fruits ou l'habitation du fonds tiendront lieu d'intérêts, ce contrat est dit *antichresis* (antichrèse).

Le créancier, s'il perd la possession, a une action *réelle in factum* afin de la recouvrer.

Donc, le droit d'antichrèse est un droit réel.

---

(1) D. 23-7, l. 1.

(2) D. 20-4, l. 12, § 10. — Licet posteriori res tradatur, adhuc potior qui prior convencrit.

Si l'on compare à l'usufruit tous ces droits auxquels l'*action in rem* est attachée, l'on voit que le droit de superficie et d'emphythéose sont un usufruit augmenté et prolongé; — que les autres : gage, hypothèque, antichrèse, sont un usufruit diminué et abrégé; abrégé, en ce sens que sa durée est subordonnée à l'existence de la créance dont ces droits sont l'accessoire.

L'action *in rem* est attachée à tous ces droits; elle les distingue absolument des droits purement personnels (1).

TRANSITION.

J. 9, § 6. — Pour compléter l'exposé des manières d'acquérir *singulas res*, l'on devrait traiter ici des legs et des fidéi-commis.

Mais les testaments font les legs et les fidéi-commis.

Les legs et les fidéi-commis ne sont valables que par l'institution d'un héritier testamentaire.

Or, l'institution d'héritier est une transmission *per universitatem*.

Il faut donc que l'ordre des matières soit ainsi établi : *testament — institution d'héritier — legs* et *fidéi-commis*.

---

(1) D. 20-1, l. 17.

CINQUIÈME ÉTUDE.

IDÉE ROMAINE DE L'HÉRÉDITÉ.

Titius meurt ; — à qui ses biens ? — Ce n'est point ainsi que le droit civil de Rome pose la question d'hérédité.

Titius meurt ; — qui continuera la personne de Titius ? — Cette question est romaine : *hæreditas personam defuncti sustinet.*

L'hérédité romaine, — même l'hérédité testamentaire, — est inhérente à la constitution de la famille. D'où vient, en effet, le testament ? De la puissance paternelle. — Et l'hérédité *intestato ?* Du lien entre consanguins.

HÆREDITAS INTESTATO.

Loi des XII Tables : *Si intestato moritur, cui* SUUS *hæres non erit,* AGNATUS *proximus familiam habeto.*
Si AGNATUS *nec escit,* GENTILIS *familiam nancitor.*

Trois qualités héréditaires, trois ordres d'héritiers *intestato* : (a) *hæres* SUUS, (b) *hæres* AGNATUS, (c) *hæres* GENTILIS.

(a) HÆRES SUUS. — *Hæres suus* : celui qui, à l'instant où le père de famille meurt, est sous sa puissance immédiate (*hæres qui in potestate morientis fuit* J. t. 19).

Deux textes fameux (L. 11. ; D. 28, 2. — L. 195 ; D. 50, 16) montrent la nature de l'hérédité et le principe de la continuation de la personne du défunt par les héritiers *siens*. — Nous devons nous attacher à ces *Lois*.

La famille romaine est une communauté comprenant personnes et choses (1). Le recrutement des personnes se fait par la consanguinité et l'adoption (2); il ne suit qu'une lignée (la masculine), par la raison que nul ne doit appartenir en même temps à deux familles (3).

Dans cette communauté familiale, tout appartient à tous, rien à quelqu'un. Chacun est un instrument de travail, de gain, d'acquisition pour le patrimoine dont chacun vit (4). Le supérieur (*princeps*) n'est

---

(1) D. 50-16, l. 195.— Familiæ appellatio in res et in personas deducitur.

(2) D. 50-16, l. 195. — *Aut natura*, *aut jure* fuerunt sub *unius* potestate subjecti qui in domo dominium habet.

(3) J. t. 9, § 2.

(4) J. t. 9.

point hors la corporation (1), on l'appelle *pater*, mot qui signifie *monarque* (2).

Le *pater* est monarque. *Unus*, il exerce sur les choses la libre administration, sur les personnes la justice, devant les dieux domestiques le sacerdoce; seul, il fait entrer dans la communauté des membres nouveaux, en fait sortir les anciens ou les y retient; il émancipe, adopte, s'oppose ou consent aux mariages. Il n'y a que lui qui ait des obligations extérieures et qui puisse appauvrir le patrimoine.

Unus in domo dominium habet (3) ; mais sous cette puissance unique et absolue subsiste le droit des enfants, *jus liberorum patriæ potestati subest* (4).

L'existence continue de la communauté implique, en effet, que le droit familial co-existe avec la puissance du supérieur à vie. La mort le fait bien voir : — Le fils *in potestate moricntis* devient père de famille, *jure proprio ;* il est héritier sui ipsius (5), ne percevant pas, à vrai dire, une hérédité, mais bien

---

(1) D. 50-16, l. 196.— Familiæ appellatione etiam *princeps* continetur.

(2) D. 50-16, l. 195. — Pater autem familias qui in domo dominium habet ; recte hoc nomine appellatur quamvis filium non habeat ; non enim personam, *sed jus* demonstramus.

(3) D. 50-16, l. 195.

(4) D. 28-2, l. 11. — Nec obstat quod licet eos exheredare quos et occidere licebat.

(5) *Hæres suus*, héritier de soi-même.

plutôt prenant la libre administration de ce qui *déjà était* à lui (1).

Dans les héritiers *siens* apparaît et la continuation du *dominium* (hérédité déclarative et non attributive), et la continuation des personnes : pour l'héritier sien, le mort est un autre soi-même (2).

Chose plus grave et plus significative ? Tout héritier *sien* devient héritier malgré lui (3), non pour lui : pour l'honneur du défunt (4), pour les Lares, le foyer, le sépulcre paternels et les mânes ensevelis (5).

« La religion veut que les biens et le culte de » chaque famille soient inséparables, et que celui qui » doit les sacrifices soit héritier (6). »

L'héritier sien est donc héritier nécessaire, *jure publico nec non jure sacro.*

(b) HÉRITIERS AGNATS. — Le père de famille meurt ;

---

(1) D. 28-2, l. 11. — Hæredes *sui* non hæreditatem percipere videntur, sed magis liberam administrationem.

(2) J. 19, § 2. — Sui hæredes vivo quodammodo, vivo patre domini existimantur.

D. 28-2, l. 11. — In suis hæredibus apparet continuationem dominii.

(3) J. 19, § 2. — Sive velit, sive nolit.

(4) J. 19 pr. — J. 3, t. 12.

(5) Lares patrii, Vesta viva, Manes sepulti, familiaria sepulcra, hereditaria sepulcra (D. 11-7, l. 5).

(6) Cicéron, *De leg.*, 11-12-20.

— la famille se fractionne ; — autant d'héritiers siens, autant de chefs de famille distinctes (1).

Quoique distinctes, ces familles restent unies par la communauté du droit et du devoir, c'est pourquoi l'on dit : *famille des agnats* (2).

Ils ont l'hérédité réciproque, parce qu'ils se doivent au même culte domestique, et que leurs mêmes ancêtres reposent dans le même tombeau : *mortuum extra gentem inferri fas negant* (3).

La femme, *familiæ suæ caput et finis* (4), les *cognats* (parents par les femmes), l'émancipé, l'exhérédé n'obtiennent rien du droit civil : ce qui leur est accordé, ils le doivent au préteur, *humanitatis gratia* (5).

La famille est donc constituée et perpétuée par les mâles : « cette loi qui fixe la famille dans une suite » de personnes du même sexe, contribue beaucoup à » la propagation de l'espèce humaine. La famille est » une sorte de propriété : un homme qui a des en- » fants du sexe qui ne la perpétue pas n'est jamais » content qu'il n'ait celui qui la perpétue (6). »

---

(1) D. 50-16, l. 195. — Quum paterfamilias moritur, quot-quot capita ei subjecta fuerint, singula singulas familias incipiunt habere.

(2) D. 50-16, l. 195. — Communi jure familiam dicimus omnium agnatorum. Rectè enim ejusdem familiæ appellabantur qui ex eadem domo et gente proditi sunt.

(3) Cic., *De leg.*, 2-22.

(4) D. 50-16, l. 195, §§ 4 et 196.

(5) D. 11-7, l. 5. — L. 6, *ad edictum*.

(6) *Esprit des lois*, l. XXIII, c. IV.

La supériorité de la parenté masculine est, chez les romains, plus qu'une institution, elle est une croyance inhérente à la race d'où ils sont sortis : la transmission de la vie est le fait du mâle, la consanguinité est la seule vraie parenté.

(c) HÆRES GENTILIS. — *Genus*, *gens*, *adgnatio*, ces dérivés de *genitor*, signifient : série d'hommes *ex eadem fonte proditi ;* la source commune, c'est l'ancêtre d'où la lignée est sortie.

Le groupe des *agnats* est une série (issue d'un même ancêtre) dont les degrés peuvent être comptés (*proximus agnatus familiam habeto*), chaque individu compris dans la série étant connu.

Le groupe des *gentiles* est une série procédant d'un ancêtre *connu*, sans que chaque anneau de la chaîne entre ces hommes de même origine soit distingué, et que le compte en puisse être fait.

Les hommes *ejusdem generis* ont un ancêtre commun dont le souvenir est légendaire (*quirites ex quirino*). La communauté d'origine est marquée par les signes de l'*atavisme* (ressemblances morales ou physiques), par les cultes, les coutumes et les langues, sans qu'il s'y joigne aucune généalogie certaine.

La *gens*, de même que la famille, est continuée par les mâles seulement ; au lieu que la race est continuée par les femmes aussi. La mère, en effet, autant que le père, met du sien dans les qualités de l'enfant.

La *gens*, constituée par les mâles, se fait reconnaître par les deux prérogatives de la filiation masculine : le culte domestique et le nom.

Quand le culte domestique fut moins en honneur, il ne resta pour signe distinctif de la *gens* que le nom : *le nom qui donne aux hommes l'idée d'une chose qui ne doit pas périr* (1).

De là vient que Cicéron écrit : *gentiles sunt qui inter se eodem nomine sunt* (2).

Il ajoute : *qui ab ingenuis oriundi sunt ; — quorum majorum nemo servitutem servivit ; — qui capite non sunt diminuti* (3).

---

(1) *Esprit des lois*, l. XXIII, c. IV. « Les noms qui donnent » aux hommes l'idée d'une chose qui ne doit pas périr, sont » très-propres à inspirer à chaque famille le désir d'étendre » sa durée. Il y a des peuples chez lesquels les noms distin- » guent les familles ; il y en a où ils ne distinguent que les » personnes, ce qui n'est pas si bien. »

Cité antique, c. X : « Au moyen-âge jusqu'au XII^e^ siècle, le vrai nom était le nom de baptême ou nom individuel, et les noms patronymiques ne vinrent assez tard comme noms de terre ou comme surnoms. Ce fut exactement le contraire chez les anciens. Cela tient à la différence des religions. Par la vieille religion domestique, la famille était le vrai corps, dont l'individu n'était qu'un membre ; la nouvelle religion, au contraire, reconnaissait à l'individu une vie propre et ne répugnait nullement à l'isoler de sa famille. » *F. de Coulanges.*

(2) G. 3-117. — Le texte de Gaius, en partie détruit, contient ou plutôt contenait une définition de la *gens*.

(3) *Cornélie*, épouse de *Sempronius Gracchus*, arrière-petite-fille de *Lucius Cornelius Scipio* (mort 250 ans avant J.-C.), mère des *Gracques ; — Cornélie*, avant d'être mariée, fait partie de la *gens Cornelia ;* mariée et tombée *in manu mariti*, elle sort de la *gens Cornelia*, entre dans la *gens*

Il est évident que les *diminutions de tête* (grande ou petite) rompent la *gentilité*, puisqu'elles rompent l'*agnation* : on ne peut être *gentilis* si le lien d'agnation est brisé.

RÉSUMÉ.

DÉFINITION : *gens*, collectivité d'*ingenus*, portant le même nom, descendants par les mâles d'un antique aïeul, sans que les ancêtres intermédiaires puissent être tous individuellement désignés et sans que les degrés d'agnation puissent être comptés.

La diminution de tête de l'un de ces agnats rompt, quant à lui et à sa descendance, le lien de gentilité.

Mommsen écrit : « Après plusieurs générations, le » lien qui attache la famille romaine devait se des- » serrer; la preuve de l'origine remontant à l'auteur » commun devait aussi s'évanouir. La famille ro- » maine se distingue en famille proprement dite, ou » race ou gens. Dans l'une sont compris les agnats » (*adnati*), dans l'autre les gentils (*gentiles*). Les uns

---

Sempronia. — Ses deux fils s'appellent *Sempronius (nomen gentis)*; ils s'appellent *Gracchus* (*cognomen familiæ*); l'aîné s'appelle *Tibérius*, le plus jeune *Gaius* (*agnomen*); ces prénoms les distinguent l'un de l'autre.

Ils sont cognats des *Cornelius Scipio*, mais ils ne font partie ni de leur *gens*, ni de leur famille.

» et les autres remontent à la source masculine com-
» mune ; mais tandis que la famille ne contient que
» les individus pouvant établir leur descendance, la
» *gens* comprend aussi ceux qui, tout en se réclamant
» d'un auteur commun, ne peuvent plus énumérer,
» ni les aïeux intermédiaires, ni leur degré par rap-
» port à lui.

» Les romains exprimaient clairement ces distinc-
» tions quand ils disaient Marcus, fils de Marcus,
» petit-fils de Marcus, les *marciens*.

» Les marciens, voilà la famille ; elle se continue
» tant que les ascendants peuvent être individuelle-
» ment désignés par le nom commun ; elle finit et se
» complète par la race ou *gens*, qui remonte elle
» aussi à l'antique aïeul, dont les descendants ont
» hérité du même nom d'enfants de *Marcus*. »

HÆREDITAS TESTATO.

Loi des XII Tables : *Uti testator legassit, ita jus esto.*

« O dieux ! n'est-il pas bien dur que je ne puisse
» disposer de mon bien comme je l'entends, et en
» faveur de qui me plaît, laissant plus à celui-ci,
» moins à celui-là, suivant l'attachement qu'ils m'ont
» fait voir.

» Platon répond à cet homme : toi qui ne peux te
» promettre plus d'un jour, toi qui ne fais que passer
» ici-bas, est-ce bien à toi de décider de telles
» affaires? Tu n'es le maître ni de tes biens ni de
» toi-même ; toi et tes biens, tout cela appartient à
» ta famille, c'est-à-dire à tes ancêtres et à ta pos-
» térité (1). »

A Rome, avant la loi des XII Tables, pareille réponse eût-elle été faite? — Le texte précité est-il l'expression du droit antérieur, ou une innovation ?

Montesquieu écrit : « Romulus partagea les terres
» de son petit état à ses citoyens ; il me semble que
» c'est de là que dérive la loi sur les successions.

» La loi de la division des terres demanda que les
» biens ne passassent pas d'une famille dans une
» autre.... L'ordre des successions ayant été établi,
» en conséquence d'une loi politique, un citoyen ne
» devait pas le troubler par une volonté particulière;
» c'est-à-dire que dans les premiers temps de Rome,
» il ne devait pas être permis de faire un testament.
» Cependant, il aurait été dur qu'on eût été privé dans
» ses derniers moments du commerce des bien-
» faits (2). »

---

(1) Fustel de Coulange. — *Cité antique*, c. x. L'ancien droit hindou ne connaissait pas le testament ; le droit athénien, jusqu'à Solon, ne l'admettait pas, et Solon ne l'a permis qu'à celui qui n'avait pas d'enfants. (Ouvrage couronné par l'Institut.)

(2) *Esprit des lois*, ch. XXVIII.

« Tout citoyen romain est, suivant la règle com-
» mune, maître de transférer sa propriété à qui il
» veut, à la condition d'une tradition immédiate. Si
» la propriété lui est demeurée de son vivant, elle ne
» peut à sa mort passer dans les mains d'un tiers, à
» moins que le peuple n'ait autorisé cette dérogation
» à la loi. Telle fut l'origine des testaments (1). »

TESTAMENT. — DÉFINITION.

G. 229. — *Testamenta vim ex institutione hæredis accipiunt ; et, ob id, caput et fundamentum intelligitur totius testamenti institutio.*

Nemo partim testatus ; partim intestatus decedere intelligitur.

Le testament ne vaut que par l'institution d'héritier; l'héritier *ab intestat* n'est pas tenu des legs.

L'hérédité testamentaire et l'hérédité *ab intestat* ne peuvent ni co-exister, ni exister successivement.

Nulles règles de droit ne sont plus absolues que celles-là : voici pourquoi.

L'héritier sien *(hæres suus)*, s'il vient *ab intestat*, ne fait que prendre ce qui déjà est à lui.

Tout autre héritier venant *ab intestat* prend, de

---

(1) Mommsen, t. I, p. 107.

par la loi, une hérédité qui, sans lui, serait *res nullius* (G. 29).

Ne tenant rien des volontés testamentaires, les uns et les autres continuent la personne du défunt, sans continuer ses volontés testamentaires.

Bien différente est la condition de l'héritier que le testateur s'est donné. Comment cet héritier pourrait-il ne pas continuer toute la volonté d'outre-tombe? C'est d'elle qu'il tient tout; c'est elle qui le fait ce qu'il est (1).

De là, la définition suivante :

« Le testament est l'*attestation* conforme à la loi (2) de l'ordre que nous donnons solennellement (3) en ces termes : *que Titius soit héritier* (4), — afin, qu'après notre mort, notre volonté soit faite (5). »

---

(1) Toullier, t. V, nº 342. — « Il implique contradiction » que l'homme puisse transférer un droit, non pas actuelle- » ment, mais pour un temps où il ne sera plus. »

Le droit romain aurait commis cette contradiction, s'il eût permis de grever l'hérédité *ab intestat;* il ne la commet pas en attachant des legs à l'hérédité testamentaire.

(2) Ulp. frag. 20-1. — Mentis nostræ justa *contestatio.*

(3) *Ibid.* Solemniter facta.

(4) G. 117. — Solemnis autem institutio hæc est : *Titius hæres esto, Titium hæredem esse jubeo.*

(5) D. 28-1, l. 1. — Justa sententia de eo quod post mortem suam fieri velit.

Justinien (t. 10) ne donne qu'une étymologie et non une définition : *testamentum , testatio mentis.* L'étymologie est un contre-sens grammatical ; la désinence *mentum* ne vient

CONFECTION DU TESTAMENT.

Le citoyen teste dans les comices par curies, spécialement convoquées pour recevoir les testaments ; cela arrive deux fois par an.

« Que Titius soit héritier de Seius, testateur ; — le peuple l'ordonne-t-il ? »

Le peuple interrogé dit par son vote *an fieri jubeat, nec ne.* — Le consentement peut être refusé et il l'a été souvent (1). — Le testament est fait comme les lois (*calatis comitiis*), car il déroge aux lois.

Testament in procinctu : « Les testaments étant » proprement une loi faite dans l'assemblée du peuple, » ceux qui étaient à l'armée se trouvaient privés de la » faculté de tester. Le peuple donna aux soldats le » pouvoir de faire, devant quelques-uns de leurs » compagnons, les dispositions qu'ils auraient faites » devant lui (2). »

---

point de *mens ;— testamentum* n'est point un mot composé.

Ulpien écrit : testamentum est mentis nostræ justa contestatio ut post mortem nostram valeat.

Modestin écrit : testamentum est voluntatis nostræ justa sententia de eo quod post mortem fieri velit.

Contestatio est plus exact que *sententia ; — de eo quod post mortem fieri velit* est plus complet que *ut post mortem nostram valeat.*

(1) Mommsen, t. I, p. 206.

(2) *Esprit des lois,* c. XXVII.

Sur le front des légions, le citoyen qui va combattre, interroge ses compagnons. « Ordonnez-vous que Titius soit mon héritier? » — L'armée tenant lieu du peuple, accorde ou refuse.

« Ce testament était différent de celui que l'on » appela militaire et qui ne fut établi que par les » empereurs; ce fut une de leurs cajoleries envers » les soldats (1). »

EXHÉRÉDATION.

Tout testament contient ou virtuellement ou expressément l'exhérédation des héritiers *ab intestat*.

S'il y a des héritiers *siens*, au moment de la confection du testament, le testament est inutile, et ne pourra valoir quoiqu'il arrive, à moins qu'il ne contienne une exhérédation expresse.

S'il n'y a pas d'héritiers *siens*, mais qu'il en survienne, le testament est rompu, à moins qu'il ne contienne une exhérédation expresse : *sui hæredes instituendi sunt, vel exheredandi* (2).

---

(1) *Esprit des lois*, c. XXVII.

(2) Ulp. frag. 22, § 14. — Tacite, *De morib. germ.*, § 20 : (*Apud Germanos*) hæredes successoresque sui liberi, — et nullum testamentum.

Les terres conquises et partagées entre les familles (*bona avitia*) sont inaliénables.

La propriété germanique perpétue l'inégalité entre les

De cela, quelle est la raison ?

On enseigne que l'exhérédation doit être expresse, afin que le droit des enfants soit moins en péril ; afin que *tel*, qui exhéréderait tacitement, n'ose pas exhéréder expressément. Si cette vue était juste, on ne pourrait se rendre compte de la règle : *silentium matris tantum facit, quantum exheredatio patris* (J. t. 8, § 7).

La vérité est que l'exhérédation est nécessaire, à cause du droit *intestato* qu'elle détruit.

Quant aux héritiers siens, l'exhérédation est une excommunication, car elle les exclut du sacerdoce domestique et du sépulcre héréditaire (1). Contraire au droit sacré, il faut qu'elle soit expresse et selon la formule sacramentelle. En outre, et quelle que soit la qualité des héritiers *intestato* (*agnati vel gentiles*), l'institution testamentaire trouve en face de soi la série familiale. Pour écarter ces héritiers, le silence ne suffit pas, des paroles quelconques ne suffisent pas. Ils viendront à l'hérédité, à moins que défense ne leur soit faite expressément et dans les termes de droit.

---

familles ; la propriété romaine la fait durer entre les membres d'une même famille ; la propriété nette et individuelle de notre temps fait l'inégalité entre les particuliers, mais cette inégalité est instable.

(1) D. 11-7, l. 6, *ad Edictum*. — Exheredatis, nisi specialiter testator justo odio commotus eos vetuerit humanitatis gratia tantum sepeliri licet.

« Pour se faire une idée vraie de l'hérédité chez » les anciens, il ne faut pas se figurer une fortune » qui passe d'une main dans une autre main. La » fortune est immobile, comme le foyer ou le tombeau » auquel elle est attachée. *C'est l'homme qui passe.* » C'est l'homme qui, à mesure que la famille déroule » ses générations, arrive à son heure marquée pour » continuer le culte et prendre soin du domaine (1). »

POSSESSIONS DE BIENS PRÉTORIENNES.

La préture n'est point une magistrature conservatrice. Les préteurs sont des novateurs sachant ruser et oser contre le vieux droit.

Il faut donner ici une idée de l'hérédité prétorienne, en ce qui touche les testaments.

Les *possessions de biens* sont ou *contra tabulas* ou *secundum tabulas testamenti.*

La B. P. *secundum tabulas testamenti* est donnée à l'héritier testamentaire au préjudice des héritiers *ab intestat* : elle est un remède contre la rigueur des formalités testamentaires. La B. B. *contra tabulas* est accordée au préjudice de l'héritier testamentaire. Elle

---

(1) *Cité antique*, c. VII. — Nulle part on n'a donné de l'hérédité romaine une idée plus vraie et rendue avec plus de vérité.

crée une sorte d'hérédité naturelle au profit des émancipés, des femmes, et de la parenté féminine.

On n'obtient la possession de biens qu'à la condition de la demander au préteur. Les ascendants et les descendants doivent former cette demande dans l'année, les autres dans les cent jours de l'ouverture de leurs droits.

Le *bonorum possessor* n'est point héritier; il est *loco hæredis*. Ses droits, fondés sur la possession seulement, ne sont protégés que par les interdits possessoires et les actions prétoriennes.

TRANSFORMATION DE L'IDÉE D'HÉRÉDITÉ.

Une époque vînt où la continuation du culte domestique, de la personne défunte et du *dominium* familial, cessa d'être le principe testamentaire. Quand le bénéfice d'inventaire fît de l'héritier un liquidateur gratifié; que le testament ne fût plus qu'un moyen d'enrichir les uns au préjudice des autres; que l'art des captateurs devînt la principale des industries romaines; — alors l'hérédité testamentaire fut perdue d'honneur.

Domat (L. 3, t. 2, s. 1) porte sur les hérédités testamentaires le jugement suivant :

« Trois réflexions doivent être faites sur les différences entre les successions légitimes ou testamentaires.

» La première de ces différences consiste en ce que l'ordre des successions est si juste et si naturel qu'il a été établi comme tel par la loi divine qui en a conféré l'usage ; — au lieu que celui du testament n'a d'autre origine que la volonté des hommes.

» La seconde différence consiste en ce que les successions des héritiers du sang sont d'une nécessité absolue dans l'ordre de la société, — au lieu que cet ordre de la société pourrait subsister sans l'usage des successions testamentaires par le simple usage des héritiers du sang, *et les coutumes ne reconnaissent pas d'autres héritiers*.

» La troisième différence consiste en ce qu'il y a plusieurs inconvénients qui arrivent de la liberté de choisir des héritiers. Car plusieurs, prévenus par leurs passions, font des choix injustes, et c'est à leur faute qu'on impute ces sortes d'inconvénients ; — au lieu qu'il en arrive moins des successions légitimes, et que ceux qui en arrivent ne peuvent être imputés à qui que ce soit, mais sont des effets de l'ordre divin et des suites naturelles d'une règle juste, telle qu'on voit arriver des règles les plus saintes. »

CE QU'UN TESTAMENT DOIT CONTENIR ET PEUT CONTENIR.

Le testament doit contenir une institution d'héritier, car il ne vaut que par elle.

Il doit, si les héritiers *ab intestat* sont *siens*, contenir une exhérédation expresse, car leur droit préexistant n'est détruit que par ce moyen.

Il peut contenir des substitutions vulgaire, pupillaire, quasi-pupillaire, afin que le défunt ne manque point d'héritier.

Il peut contenir des legs, des *fidéi-commis*, des affranchissements, des nominations de tuteur ; ce n'est que pour cette raison que l'héritier *ab intestat* est fait héritier testamentaire.

Le testateur peut adjoindre à ces dispositions, *aut demonstrationem, aut causam, aut modum*, — afin qu'elles soient plus claires et plus précises (1).

Il peut en outre inscrire dans son testament *aut diem certum, aut diem incertum, aut conditionem*, si sa volonté de gratifier est ou restreinte ou éventuelle (2).

Cette énumération pose la division de tout le sujet des hérédités testamentaires (3).

---

(1) D. 35-1.
(2) *Idem*.
(3) Quant aux affranchissements et aux tutelles testamentaires, voir deuxième et sixième études.

SIXIÈME ÉTUDE.

TESTAMENT. — HÉRÉDITÉ TESTAMENTAIRE.

Première Partie.

DE TESTAMENTIS ORDINANDIS.

(J. t. 10.)

TESTAMENT JURE CIVILI (G. 101). Il y eut d'abord deux genres de testaments : l'un fait *calatis comitiis*, l'autre fait *in procinctu* (1). Vint un troisième genre de testament dit *per æs et libram*, parce qu'il est fait par mancipation. Les deux premiers genres de testaments tombèrent en désuétude, et le troisième resta seul en usage.

Gaius enseigne que cette vente de l'hérédité est fictive ; elle le devint, mais au commencement elle ne l'était pas : OLIM, *emptor familiæ* (celui qui achetait l'universalité héréditaire) tenait lieu d'héritier, et à

(1) Voir ci-dessus, p. 422.

cause de cela, le testateur lui donnait l'ordre de remettre telle ou telle chose à telle ou telle personne qu'il désignait. NUNC, c'est un autre que l'*emptor familiæ* qui est institué héritier *testamento* et qui est chargé des legs ; l'*emptor familiæ* n'est employé que pour remplir fictivement (*dicis gratia*) son rôle, à l'imitation de l'ancien droit.

G. 104. — Les choses se passent ainsi : L'on fait venir (comme dans les autres mancipations) cinq témoins, citoyens romains, pubères et un *libripens*. Le testateur, après avoir écrit les *tables du testamenti*, mancipe fictivement l'universalité héréditaire. L'*emptor* prononce les paroles sacramentelles de la mancipation, ajoutant à la formule ces mots : *quo tu jure testamentum facere possis ;* il frappe la balance avec l'airain et donne l'airain au testateur, *pretii loco*. — Cela fait, le testateur, tenant les tables du testament dit : *hæc ita ut in tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos, quirites, mihi testimonium perhibetote*. — Ce prononcé à haute voix (*nuncupatio*) est la confirmation publique et générale des dispositions spéciales inscrites sur les tables testamentaires.

TESTAMENT PRÉTORIEN. Le préteur supprime la nécessité de la mancipation. L'*emptor familiæ* et le *libripens*, dont le rôle est inutile, sont ajoutés comme témoins : ce qui fait sept témoins.

La seule présence des témoins ne suffit plus ; le

préteur veut que les témoins apposent leur sceau sur les tables du testament ; tous peuvent se servir du même cachet.

Le préteur n'a point le pouvoir de faire des héritiers : en vertu du testament prétorien, l'institué obtient la *B. P. secundum tabulas testamenti.*

TESTAMENT IMPÉRIAL OU TRIPARTITE. Les constitutions impériales exigent en outre que le testament porte la signature de sept témoins ; pour cela Justinien appelle ce testament *tripartite* (civil, prétorien, impérial). La présence des témoins vient du droit civil ; le sceau des témoins vient du droit prétorien ; la signature vient du droit impérial.

J. § 4. — Pour prévenir la fraude, une constitution ajoute que le nom de l'héritier doit être écrit par le testateur ou par l'un des témoins.

TESTAMENT NUNCUPATIF. Le droit civil admet que l'héritier peut être verbalement désigné (1). Il n'est pas nécessaire que le nom de l'héritier soit proféré de façon que le public l'entende, mais il doit être dit assez haut pour être entendu des sept témoins.

J. § 14. — Cette manière de tester est celle des gens qui ne savent écrire. Les constitutions impériales l'ont confirmée.

TESTAMENT MILITAIRE. Les constitutions ont dis-

(1) D. 28-1, l. 21.

pensé les militaires d'observer les règles testamentaires. (G. 109.)

J. § 6.— Le privilége consiste en ceci : 1° la déclaration de volonté suffit, quelle que soit la forme de son expression ; 2° extension de la capacité de tester ; le soldat sourd, aveugle ou muet peut tester ; le fils de famille peut tester de son pécule *castrense ;* 3° droit de tester au profit d'incapables : pérégrin, latin, *orbus*, *cœlebs ;* 4° le militaire peut mourir *partim testatus*, *partim intestatus*, instituer un héritier *ex certo die*, *vel ad certum diem*, laisser plusieurs testaments.

J. § 3. — Ce privilége n'est attaché qu'aux testaments faits dans les camps, ou durant les missions militaires des vétérans. — Le testament privilégié cesse de valoir un an après le retour.

J. § 4. — Les dérogations qu'un soldat en expédition apporte à un testament antérieur valent aussi pendant un an, *quasi ex nova voluntate militis.*

FACTIO TESTAMENTI.

(J. t. 12.)

L'existence d'un testament implique qu'un testateur, des témoins, un héritier institué ont existé (1).

---

(1) D. 31-8, l. 4. — Si eo tempore quo cui legatum adscribatur, in rebus humanis non erat, pro non scripto habebitur.

Factio testamenti a des sens divers, selon qu'il s'applique au testateur, au témoin, à l'héritier institué.

Eu égard au testateur, FACTIO ACTIVA TESTAMENTI signifie : 1° capacité de droit et possibilité de fait d'accomplir les solennités du testament ; 2° capacité de laisser une hérédité testamentaire.

Factio testamenti doit exister au temps du testament, *quia quod ab initio vitiosum tractu temporis convalescere non potest* (1). Ce principe de droit est d'une application générale : le temps n'efface point le vice originel.

Au temps du décès, quand s'ouvrent les droits de l'hérédité testamentaire, et durant l'intervalle entre le testament et le décès, la capacité de laisser une hérédité testamentaire est exigée; mais la continuation de la possibilité de fait d'exprimer une volonté testamentaire est évidemment inutile.

Cela est ainsi résumé : au temps de la confection du testament, le testateur doit avoir *factio activa testamenti ;* — au temps du décès, et durant l'intervalle entre le décès et la confection du testament, il suffit que le testateur ait, *en droit*, la capacité d'avoir un héritier institué.

Le préteur accorde à l'héritier institué la *B.-P.*

(1) D. 50-17, l. 29. — D'ailleurs la forme des testaments primitifs (*calatis comitiis, vel per æs et libram*) ne souffre pas qu'un incapable puisse tester.

secundum tabulas testamenti, dans le cas où le testament devient inutile, à cause de la diminution de tête du testateur.

Eu égard aux témoins, FACTIO TESTAMENTI signifie capacité et possibilité (fait et droit) de faire un testament. Elle doit exister au temps de la confection du testament; mais le droit n'exige pas qu'elle continue d'exister après que le testament est fait.

Eu égard à l'héritier institué, FACTIO TESTAMENTI PASSIVA signifie : 1° capacité d'être institué héritier; 2° capacité d'être héritier : *Id duobus temporibus inspicitur ; — testamenti facti ut constiterit institutio et mortis tempore ut effectum habeat* (1).

Tout héritier institué, quelle que soit sa qualité, quelle que soit la modalité de l'institution, doit avoir *factio testamenti* au temps de la confection du testament (2), en ce sens qu'il ne doit point être incapable d'être institué. Tout héritier testamentaire doit avoir *factio testamenti* au temps où le testament a son effet, c'est-à-dire quand l'hérédité testamentaire vient à s'ouvrir. Or, quand l'institution est *præsens*, l'héritier testamentaire s'ouvre au décès ; quand l'institution est conditionnelle, l'hérédité testamentaire s'ouvre à l'événement de la condition. D'où vient la distinc-

---

(1) D. 28-5, l. 49, § 1.
(2) D. 50-17, l. 210. — Quod ab initio inutilis fuerit institutio ex post facto tractu temporis convalescere non potuit.

tion que voici : si l'institution est sans condition, l'institué doit avoir *factio testamenti* au temps du décès ; dans l'hypothèse contraire, l'institué doit avoir *factio testamenti* au temps de l'événement de la condition.

Durant l'intervalle entre le décès et l'ouverture de l'hérédité testamentaire (ou décès, ou événement de la condition), la capacité de fait ou même de droit peut être perdue par l'institué, sans que cela nuise à l'institution (1).

Quant à la qualité de l'institué, il faut distinguer : si l'héritier est *nécessaire*, l'hérédité est par lui acquise à l'instant où elle est ouverte. L'instant de l'ouverture du droit et de l'acquisition se confondant, il n'y a rien à ajouter à ce qui vient d'être dit.

Si l'institué est *externe* (*non nécessaire*), l'hérédité ne lui est acquise que par l'*adition* d'hérédité. L'institué doit dans cette hypothèse avoir *factio testamenti* au temps de l'ouverture, et pareillement au temps de l'acquisition de l'hérédité testamentaire.

Si, durant les intervalles de ces divers temps, l'institué perd *factio testamenti*, cela ne nuit point (2).

Quelles personnes ont *factio testamenti ?*

---

(1) D. 28-5, l. 59, §§ 4. — On a vu que le testateur doit, durant cet intervalle, conserver la capacité de droit.

(2) Les lois caducaires ont innové ; au lieu de l'instant de la mort, elles considèrent l'ouverture du testament. Cela sera vu en son lieu.

FACTIO TESTAMENTI ACTIVA. — Les citoyens romains *seuls* ont capacité d'avoir un testament ; — ni les pérégrins (1), ni les latins juniens, ni les déditices, ni les esclaves (2) n'ont capacité d'avoir un testament.

Les citoyens romains *sui juris* seuls ont capacité d'avoir un testament, car ceux qui sont *alieni juris* n'ont aucun bien *ut ab eo testari possint.* (J. 12 pr.)

Quand on admit le *pécule castrense et quasi castrense*, il fut permis aux fils de famille de tester *ab eis peculiis.*

J. § 2. — Par certaines condamnations, les citoyens romains *fiunt intestabiles.*

IMPOSSIBILITÉ DE TESTER. — Ne peuvent exercer leur droit de tester : « le sourd, le muet, le prodigue » (*cui bonis interdictum*) : le sourd, parce qu'il ne » peut pas entendre les paroles de l'acheteur de la » famille ; le muet, parce qu'il ne peut pas prononcer » les paroles de nomination (*nuncupatio*) ; le pro- » digue, parce que toute gestion d'affaires lui étant » interdite, il ne pouvait pas vendre sa famille (3). »

---

(1) Ulp. frag. 20, § 14.— Sont exceptés les pérégrins *certæ civitatis :* ceux dont la cité admet le droit de tester.

(2) Sont exceptés les esclaves du peuple romain. Ils peuvent tester de la moitié de leur pécule.

(3) *Esprit des lois*, liv. XXVII.—Certaines formalités furent inventées pour permettre au muet et au sourd de tester, s'ils sont lettrés.

Rien n'empêche l'aveugle de tester *calatis comitiis* ou *per æs et libram* (1). — L'empereur Justin permit à l'aveugle de faire le testament tripartite, en appelant un huitième témoin, qui écrira sous la dictée de l'aveugle.

L'impubère ne peut tester, parce qu'il n'a pas encore de jugement ; — la femme *sui juris* ne peut tester *nisi tutor sit auctor in testamento*. Mais le tuteur autre que l'ascendant ou le patron, *invitus auctor fieri cogitur*. (G. 121.)

Le captif ne peut tester, étant chez l'ennemi. Son testament fait avant la captivité vaut *jure postliminii*, si le captif revient ; si le captif ne revient pas, ce testament vaut *lege Cornelia*.

FACTIO TESTAMENTI, *quant aux témoins*. Les témoins doivent avoir *factio activa testamenti*, capacité de droit et possibilité de fait. Ce qui est dit du testateur est applicable aux témoins.

G. 106. — D'autres incapacités, exclusivement propres aux témoins, sont déduites du principe : *In ea reprobatum est domesticum testimonium.*

G. 104. — Dans le testament *per æs et libram*, tout se passe entre le testateur et l'*emptor familiæ*, l'héritier institué n'étant pour rien dans la mancipation. Ne peuvent donc être témoins ni ceux qui sont

---

(1) Paul, s. 3-4, § 6.

sous la puissance du testateur, ni ceux qui sont sous la puissance de l'*emptor familiæ*, ni ceux qui sont placés sous la même puissance que l'*emptor familiæ* (dans le cas où il serait *alieni juris*).

J. § 10. — Suivant le droit nouveau, l'héritier est directement intéressé dans le testament, et l'*emptor familiæ* ne figure au testament que pour la forme (*dicis gratia*). — Par conséquent, la capacité des témoins, au lieu d'être jugée, eu égard à l'*emptor familiæ*, est jugée eu égard à l'héritier.

J. § 11. — Les légataires et les fidéi-commissaires, ceux sous la puissance desquels ils sont, ceux qui sont sous leur puissance, peuvent être témoins ; car le testateur et l'héritier *seuls* sont parties au testament.

FACTIO TESTAMENTI PASSIVA. — Les citoyens romains *seuls* ont capacité de recevoir par testament.

N'ont point *faction passive* de testament : 1° le latin *junien*, parce que la loi *Junia* le défend ; 2° le pérégrin, *quia non concessum est ;* 3° le *déditice*, parce qu'il est au nombre des pérégrins.

G. 274. — Une femme ne peut, à cause de la loi *Voconia*, être instituée héritière par celui dont le patrimoine est inscrit sur les tables du cens comme supérieur à cent mille as (1).

---

(1) Montesquieu écrit : Dans les *Institutes* de Justinien, on parle d'un chapitre de la loi *Voconia* qui restreignait la faculté de léguer (*Inst.*, t. 22). — En lisant ce texte, il n'y a personne qui ne pense que ce chapitre fût fait pour éviter

Les citoyens romains *alieni juris*, les esclaves eux-mêmes, peuvent être *institués* héritiers, ou faits légataires. Comme ils n'acquièrent point pour eux-mêmes, c'est dans la personne du père de famille, sous la puissance duquel ils sont, que la *factio testamenti passive* est requise (1).

Mais les effets de la disposition testamentaire sont subordonnés aux changements qui surviendraient dans l'état de la personne *alieni juris*. C'est pourquoi, quand il s'agit d'un fils de famille ou d'un esclave, les textes ne manquent jamais d'ajouter *si in eadem causa manserit*. Exemple : *Titius* institue l'esclave de *Seius ;* cet esclave meurt avant *Titius*. L'institution est nulle, quoique *Seius* survive à *Titius* (2).

---

que la succession ne fût tellement épuisée par les legs que l'héritier refusât de l'accepter.

Mais ce n'était point là l'esprit de la loi *voconienne*..... Cette loi fut faite pour prévenir les trop grandes richesses des femmes. Ce fut donc des successions considérables dont il fallait les priver et non pas de celles qui ne pouvaient entretenir le luxe.

Le chapitre qui mettait des bornes à la faculté de léguer entrait dans cet objet ; car si on avait pu léguer autant que l'on aurait voulu, les femmes auraient pu recevoir comme legs ce qu'elles ne pouvaient recevoir par succession.

La loi *voconienne* était faite pour régler les richesses et non la pauvreté. (*Esprit des lois*, liv. XVII.)

(1) D. 31, 2° *De leg.*, l. 82, § 2. — Domini persona ad hoc tantum inspicitur ut sit cum eo testamenti factio. Cæterum ex persona servi consistit legatum (vel institutio).

(2) *Factio testamenti passiva* (capacité d'être institué héritier et capacité d'être héritier) est distincte du *jus capiundi hæreditatem*. Cette distinction a été créée par les lois caducaires et elle a fini avec elles (v. ci-après, *des lois caducaires*).

Deuxième Partie.

INSTITUTION D'HÉRITIER.

(J. t. 14, §§ 1 à 5.)

G. 129. — L'institution d'héritier doit être inscrite en tête du testament, *velut caput et fundamentum totius testamenti* (1).

Toutefois, l'exhérédation des héritiers *siens* peut ou précéder ou suivre l'institution (2).

L'institution d'héritier doit être conçue en termes sacramentels : le testateur (s'il n'a point d'héritiers devant être exhérédés) peut tester en cinq mots : *Lucius Titius mihi hæres esto*, ou plus brièvement en trois mots *Lucius hæres esto* (3).

Constantin a supprimé la nécessité d'une formule solennelle; Justinien a supprimé la nécessité d'inscrire en premier lieu l'institution d'héritier.

Nous ne pouvons instituer ni ceux qui n'ont pas la *faction passive de testament* (4), ni les personnes

---

(1) D. 28-5, l. 1 pr.
(2) G. 231. — La dation d'un tuteur peut-elle précéder l'institution ? Il y a controverse.
(3) D. 28-5, l. 1, § 3.
(4) Voir *supra*, p. 438.

incertaines (*quas incerta opinione animo suo testator subjicit* (1), ni les *postumes*, qui sont personnes *incertaines* (on fit exception pour le *postumus suus*) (2), ni les *municipes*, ni les municipaux (*quoniam incertum corpus est*) (3), ni les dieux, si ce n'est quelques-uns dont Ulpien donne la liste (4).

J. pr. — Nous pouvons instituer les personnes libres et les esclaves, — nos esclaves et les esclaves d'autrui.

Autrefois nous ne pouvions instituer *nos* esclaves sans les affranchir par une formule expresse (5); aujourd'hui l'institution de *notre* esclave, implique le don de la liberté et cela suffit.

Titius institue *Stichus*, qui est son esclave. — *Stichus*, s'il tient sa liberté du testament, sera héritier *nécessaire* de *Titius* (6). — *Stichus* reçoit la liberté de *Titius vivant*, il sera héritier; mais il ne sera point héritier nécessaire. — *Stichus*, aliéné par

---

(1) Celles dont l'individualité n'est pas présente à l'esprit du testateur, *v. g.* Le premier qui se présentera pour assister à mes funérailles. — Voir au surplus J. 20, §§ 25 et 26.

(2) G, 242. — Voir *infra*, *Exhérédation*.

(3) Ulp., frag. 22, § 5. — On accorda que les municipes pourraient être institués par leurs affranchis.

(4) Ulp., frag. 22, § 6.

(5) Gaius, 186 et 187. — Stichus servus meus *liber hæresque esto* vel *hæres liberque esto*.

A défaut de cette formule, *Stichus*, s'il vient à être affranchi, *inter vivos*, ne sera point héritier, *quia institutio in persona ejus non constitit*.

(6) Voir ci-après, p. 458.

Titius, perd le don de la liberté ; il fera adition d'hérédité pour son nouveau maître.

Titius a la nue propriété de *Stichus* ; il institue *Stichus;* l'institution est nulle (*non constitit*), car *Stichus* n'est point fait libre, il est *servus sine domino* (1).

Justinien corrige cela : *Stichus* deviendra libre et héritier nécessaire de *Titius*, *salvo jure fructuarii*. L'usufruitier devra être indemnisé.

Titius a l'usufruit de *Stichus* : il institue *Stichus*. L'esclave acquiert pour le nu-propriétaire, son maître.

Titius institue *Stichus* qui est l'esclave de *Seius*. — L'institution vaut si *Titius* a faction de testament avec *Seius*.

Stichus, s'il reste dans le même état jusqu'à la mort du testateur, fera adition d'hérédité, *jussu Seii;* — s'il est aliéné avant la mort du testateur, il fera adition d'hérédité, *jussu novi domini ;* — s'il est affranchi du vivant du testateur, il fera adition pour lui-même, si mieux il n'aime répudier l'hérédité.

INSTITUTION DE PLUSIEURS HÉRITIERS.

(J. 14, § 5 et suiv.)

Domat écrit (2) : « Dans les successions *ab intestat*, » le droit de l'héritier qui se trouve appelé à recueillir

---

(1) Ulp., frag. 1, § 19.
(2) L. 3, t. 1, s. 9.

» les portions qui vaquent, est un droit simple et na-
» turel de prendre le tout, parce qu'aucun des héri-
» tiers ne lui en fait le retranchement.

» Ainsi, on peut aussi bien dire, et avec autant et
» plus de raison, qu'il a le tout, parce que son droit
» au tout ne souffre aucune diminution par le con-
» cours d'autres héritiers, qu'on pourrait dire qu'il a
» le tout par accroissement des portions des autres.

» C'est à l'imitation de ce droit des héritiers *ab*
» *intestat*, que le droit romain a donné aux héritiers
» testamentaires le droit d'accroissement ; de sorte
» que le fondement de leur droit d'accroissement est
» leur liaison par la qualité de l'hérédité qui leur est
» commune et que l'on considère comme ne pouvant
» être divisée, si ce n'est entre eux.

» La *qualité d'héritier donne un droit universel à*
» *celui des héritiers qui se trouve seul ;* sur ce prin-
» cipe est fondé cette régle : *Jus nostrum non pati-*
» *tur eumdem et testato et intestato decessisse; earum-*
» *que rerum naturaliter inter se pugna est, testato*
» *intestato* (1). »

J. § 4 et 6. — Le testateur peut instituer plusieurs héritiers en aussi grand nombre qu'il voudra (2).

---

(1) D. 50-17, l. 7.

(2) J. § 3.— Un esclave ayant plusieurs maîtres est institué *ab extraneo ;* il acquiert l'hérédité pour ceux de ses maîtres, *quorum jussu adierit hæreditatem.* Il acquiert l'hérédité pour chacun d'eux *pro portione dominii.* Ses maîtres viennent à l'hérédité concurremment.

Ces héritiers viendront concurremment à l'hérédité : — (a) ou tous sans assignation de parts, (b) ou chacun avec assignation d'une part, (c) ou plusieurs avec assignation d'une part commune entre eux, les autres avec assignation de parts individuelles, (d) ou les uns avec assignation, les autres sans assignation de parts.

(a) Tous viennent sans assignation de parts : ils partageront par têtes également.

(b) Tous viennent avec des parts assignées : les fractions qui représentent ces parts seront ramenées à un dénominateur commun ; on additionnera les numérateurs et le total donnera le chiffre de chaque part. Chaque héritier prendra le nombre de parts représenté par le chiffre du numérateur de la fraction qui lui est attribuée (1).

(c) Plusieurs sont institués pour une part commune entre eux, les autres avec assignation de parts individuelles : on opérera comme il vient d'être dit. Ceux qui ont cette part commune seront, eu égard aux autres co-héritiers, considérés comme un co-héritier unique ; mais entre eux, la part commune sera

---

(1) Exemple : *Primus* est institué pour moitié, *Secundus* pour un tiers, *Tertius* pour un quart : dénominateur commun, 24.—*Primus* prendra 12 ; *Secundus*, 8 ; *Tertius*, 6 vingt-quatrièmes.

divisée, comme si elle était l'hérédité toute entière (1).

(d) Le testateur assigne aux uns des parts et laisse les autres sans assignation de parts.

Les romains appliquent à ce cas une arithmétique qui leur est particulière : la division de l'hérédité correspond à la division de la monnaie d'airain de la république ancienne (2).

As est à la fois l'unité monétaire et l'unité héréditaire ; — *as* est divisé en 12 onces, l'hérédité est divisée en 12 parts qu'on appelle *onces ;* — *semis*, 6 onces, moitié de l'as, moitié de l'hérédité ; — *triens*, 4 onces, tiers de l'as, tiers de l'hérédité ; — *quadrans*, 3 onces, quart de l'as, quart de l'hérédité ; — *sextans*, 2 onces, sixième de l'as, sixième de l'hérédité ; — *uncia*, une once, douzième de l'as, douzième de l'hérédité.

Cette division par douzième est réputée conforme à la volonté du testateur (*solemnis distributio*), à moins que le dénominateur de chaque part ne soit

---

(1) Exemple : *Primus* et *Secundus* sont institués pour une part, *Tertius* pour l'autre part. *Primus* et *Secundus* ont droit à la moitié, qu'ils se partageront entre eux. Si *Primus* fait défaut, *Secundus* prendra toute cette moitié *jure adcrescendi*, sans que *Tertius* y ait droit.

(2) *As*, face de Janus ; *Semis*, face de Jupiter ; *Triens*, face de Pallas, quatre points ; *Quadrans*, face d'Hercule, trois points ; *Sextans*, face de Mercure ; *Uncia*, face de Pallas.

autrement désigné par le testament ; chaque part égale a un douzième de l'hérédité (une once).

Si l'*as* n'est pas épuisé, les héritiers sans part prennent les douzièmes demeurés libres et se les partagent également.

Si plus de douze parts sont assignées, l'on suppose que le testateur a voulu que son hérédité soit représentée non par l'*as*, mais par le double as (*dupondius*) (1), et qu'ainsi l'hérédité soit divisée par vingt-quatrièmes.

Chaque part étant d'un 24e, ce qui restera libre appartiendra aux héritiers sans part.

On continuera de diviser l'hérédité par des multiples de douze, jusqu'à ce que l'on trouve des parts vacantes.

PASSIF HÉRÉDITAIRE.

L'universalité héréditaire est active et passive ; en regard des biens sont les charges. La division de l'hérédité partage dans la même proportion les dettes et les charges : héritier pour un quart, je prends le

---

(1) *Dupondius*, pièce d'argent, monnaie la plus courante, créée par les triumvirs après la mort de César. — Double *as*, contenant 24 onces.

quart des biens et je suis tenu du quart des dettes (1). L'acte qui fait un héritier est donc comme un contrat par lequel cet héritier prend les biens à condition d'acquitter les charges (2).

« Tous les engagements qui peuvent être compris » dans cette obligation générale, se distinguent en » deux espèces : la première est de ceux que la per- » sonne à qui l'héritier succède peut imposer, et la » seconde de tous ceux qui sont indépendants de la » volonté de cette personne. Ainsi les legs sont de la » première de ces deux espèces, et les dettes pas- » sives du défunt sont de la seconde (3). »

Chaque créance héréditaire se divise en autant de fractions qu'il y a de parts héréditaires, et chaque héritier ne peut être poursuivi que pour sa part (4). *Exception,* quand la créance est hypothécaire (5).

Entre co-héritiers, la dette hypothécaire se divise, de sorte que celui qui est poursuivi, ou qui a payé plus que sa part, a recours en garantie contre ses co-héritiers.

La division des dettes entre co-héritiers produit

---

(1) D. 29-2, l. 27. — Hæres in omne jus mortui succedit.
(2) D. 42-4, l. 4.— Is qui se miscuit hæreditati contrahere videtur.
(3) Domat, l. 1, t. 1, s. 6.
(4) *C. de hæred. act.*— Pro hæreditariis partibus hæredes onera hæreditaria agnoscere placuit.
(5) *C. de hæred. act.*— Si intercedat pignus vel hypotheca, tunc enim possessor obligatæ rei conveniendus est.

son effet, même quand l'un des co-héritiers est insolvable (1).

Comme les dettes, les legs et autres charges imposées par le défunt se divisent entre les co-héritiers, dans la proportion de leur part héréditaire : telle est la règle. — *Exception :* le legs mis à la charge d'un héritier particulièrement, doit être acquitté par cet héritier.

ACCROISSEMENT ENTRE CO-HÉRITIERS (2).

L'accroissement entre co-héritiers est la contre-partie de la division héréditaire résultant du concours des héritiers. On définit ainsi l'accroissement : adjonction des parts *vacantes* aux parts recueillies.

L'accroissement se fait de portion à portion, et comme conséquence d'un droit antérieur; d'où il suit : 1° qu'il est proportionnel aux parts accrues (3); 2° qu'il s'accomplit sans avoir égard à la capacité

---

(1) D. 30-2, l. 33.— Non pro his qui solvendo sunt onerari cohæredes oportet.

(2) *Selon le droit quiritaire;* il sera traité séparément de l'accroissement selon les lois caducaires.

(3) D. 28-2, l. 59. — Pars omnibus pro portionibus hæreditariis adcrescit. *Primus* a recueilli deux parts héréditaires, *Secundus* a recueilli une part, la part jacente sera divisée par tiers : deux tiers accroîtront la part de *Primus*, un tiers accroîtra la part de *Secundus*.

actuelle des personnes qui ont recueilli les parts accrues ; 3° qu'il est forcé (1).

L'accroissement produit des effets actifs et passifs. Il est grevé d'une part proportionnelle des dettes et charges qui affectent toute l'hérédité ; à ce point de vue, il se fait *cum onere*. Mais il n'est point grevé des charges *particulièrement* imposées à la part jacente ; à ce point de vue, il a lieu *sine onere :* v. g., si une part héréditaire, spécialement grevée d'un legs, est jacente, le legs périt malgré l'accroissement de cette part aux autres parts (2).

SUBSTITUTION VULGAIRE.

(J. t. 15.)

La substitution *vulgaire* peut être ainsi définie : — une institution d'héritier primée par une autre institution ; de sorte qu'elle ne produit effet que si l'institution de premier ordre n'en produit pas.

Toute substitution vulgaire est donc une institution conditionnelle ; la condition consiste en ceci : « Si » telle institution d'héritier est sans effet. »

G. 174. — La formule est : *Titius hæres esto ;* — *si Titius hæres non erit, Seius hæres esto*. Une série

---

(1) D. 29-2, l. 53.
(2) D. 30-2, l. 29, § 1.

d'institutions peut être continuée de la sorte, tant qu'il plaira au testateur d'y ajouter, et finir par l'institution de l'esclave héritier nécessaire (1).

J. § 1. — Le testateur peut, ou substituer plusieurs à un seul (2), ou substituer un seul à plusieurs (3), ou substituer réciproquement ceux qui sont institués (4).

Substitution réciproque. — « Cette substitution » n'est pas tant une espèce de substitution distinguée » des autres, qu'une manière propre à rendre com- » mune à deux ou plusieurs substitués la même » substitution ou les mêmes s'il y en a plusieurs (5).»

L'effet de la substitution réciproque consiste en ce que, entre co-institués ou co-substitués, l'hérédité, au lieu qu'elle soit dévolue *jure adscrescendi*, sera dévolue *jure substitutionis*.

---

(1) *Esprit des lois*, liv. XXIX, c. vii. — « La substitution » vulgaire, qui fut la première inventée et qui n'avait lieu » que dans le cas où l'héritier institué n'acceptait pas l'hé- » rédité, n'avait point pour objet de perpétuer l'héritage » dans une famille, mais de trouver quelqu'un qui acceptât » l'héritage. »

(2) Formule : Mævius hæres esto; si Mævius hæres non erit Titius et Seius hæredes sunto.

(3) Formule : Titius et Seius hæredes sunto; si hæredes non erunt, Mævius hæres esto.

(4) Formule : Titius et Seius hæredes sunto; si vel Titius, vel Seius hæres non erit, alter altero invicem substitutus esto.

(5) Domat, l. 5, t. 2 s.

On sait quels sont les effets de l'accroissement entre co-héritiers (1).

La substitution réciproque a pour effet: 1° d'empêcher l'accroissement, de sorte que la part *vacante* est prise par le substitué comme si elle lui était *directement* donnée. D'où cette conséquence, que le substitué n'acquiert la part *vacante* qu'autant qu'il a faction de testament au moment où la substitution vient à s'ouvrir ; — ce qui ne serait pas exigé, au cas d'accroissement (2) ; 2° sous le régime des lois caducaires, la substitution réciproque a pour effet de soustraire les parts vacantes aux conséquences de la caducité ; — c'est là sa grande utilité.

J. § 2.— Au cas de substitution réciproque, comme au cas d'accroissement, les héritiers se partagent la part vacante proportionnellement à la part qu'ils ont dans l'institution.

J. § 3. —SUBSTITUTION TACITE.—*Primus* et *Secundus hæredes sunto; Secundus Primo substitutus esto; Tertius Secundo substitutus esto.*

Un rescrit des *Divi fratres* décide que cette formule substitue *tacitement Tertius* à *Primus*.

---

(1) Voir p. 448.

(2) D. 29-2, l. 81. — D. 28-6, l. 45. — Secundus et Tertius font adition , Secundus meurt ; après quoi Primus renonce. A qui la part de Primus ? — *Jure adcrescendi*, la part de Primus accroît aux héritiers de Secundus et à Tertius. — *Jure substitutionis*, Tertius *seul* prend la part de Primus.

De l'innovation du rescrit impérial, voici la conséquence. *Primus* et *Secundus* étant défaillants, le rescrit fait que *Tertius* recueillera les deux moitiés de l'hérédité *jure substitutionis ;* au lieu que, suivant le droit antérieur au rescrit, *Tertius* aurait recueilli : *jure adcrescendi*, la part destinée à *Primus ; — jure substitutionis*, la part destinée à *Secundus*, auquel il est expressément substitué (1). L'effet du rescrit est exprimé par cette maxime : *substitutus substituto*, *tacite censetur substitutus instituto*.

On ne doit pas perdre de vue que cette substitution tacite se lie à une substitution réciproque entre cohéritiers, et qu'elle existe au profit d'une troisième personne.

La substitution tacite doit donc être ainsi définie : substitution du second degré, en vertu de laquelle, — au cas d'une substitution réciproque expresse, entre deux co-institués, — un troisième substitué recueille *jure substitutionis*, la part de celui des co-institués défaillants auxquels il n'est point expressément substitué.

J. § 4. — *Titius* croit que *Parthenius* est père de famille, il l'institue et il ajoute : *si Parthenius hæres non erit, Mævius hæres esto*. Mais Titius se trompe, l'institué n'est point père de famille, il est esclave

---

(1) Voir ci-dessus la différence entre *jus adcrescendi* et *jus substitutionis*, p. 448 et 451.

de Tibère César ; malgré l'erreur l'institution vaut, car lorsqu'il s'agit d'institution d'héritier, on s'en tient à ce qui est écrit : Tibère doit donc profiter de l'hérédité. Toutefois, comme on fit valoir que le résultat était contraire à ce que le testateur avait voulu, Tibère César se montra généreux et admit *Mœvius* au partage de l'hérédité.

Notre texte conte une anecdote ; il ne pose point un principe de droit.

SUBSTITUTION PUPILLAIRE.

(J. t. 16.)

DÉFINITION.

« La substitution pupillaire est une disposition que » fait un père qui, ayant un enfant impubère sous sa » puissance, l'institue son héritier ; — et lui substi- » tue une autre personne pour succéder au défaut de » cet enfant : 1° s'il n'était pas héritier de son père, » 2° ou s'il l'était pour succéder à cet enfant, en cas » qu'il meure avant l'âge de puberté.

» La substitution pupillaire renferme deux diffé- » rentes substitutions, et, par cette raison, on la » nomme double. La première appelle le substitué, » au cas que l'enfant ne succède pas à son père, *qui* » *est le cas de la substitution vulgaire*, et la seconde

» l'appelle en cas que l'enfant, ayant succédé, vienne
» à mourir avant l'âge de puberté.
» Cette seconde substitution fait passer au substitué
» non-seulement les biens du père si l'enfant lui a
» succédé (*ce qui est le cas de la substitution fidéi-*
» *commissaire*), mais aussi tous les biens qui
» pourraient d'ailleurs échoir à l'enfant (*ce qui est*
» *le cas de la substitution pupillaire*) (1). »

L'analyse de la substitution pupillaire montre un seul testateur, un seul institué, deux hérédités (2).

Ces deux hérédités sont distinctes; en effet, par l'une, la personne du père, par l'autre, la personne du fils est représentée. — Bien plus, le père peut, par le même testament, exhéréder son fils et tester pour lui (J. § 4).

Ces deux hérédités, quoique distinctes, sont liées en plusieurs points : — le père ne peut tester pour son fils que si, lui-même, il fait son testament; — si ce testament ne vaut en ce qui concerne le père, il ne vaudra en ce qui concerne le fils; — celui qui recueille l'hérédité du père, recueille l'hérédité du

---

(1) Domat, l. 5, t. 2, s. 1.

(2) Formule de la substitution pupillaire : G. 180.— Titius filius meus hæres esto (*institution*);
Si filius meus non erit Seius hæres esto (*substitution vulgaire*);
Sive hæres erit Titius ac prius moriatur quam in suam tutelam venerit, Seius hæres esto (*substitution pupillaire.— Seius recueillera l'hérédité du testateur et l'hérédité de son fils impubère.*

fils (*jure adcrescendi*) sans pouvoir séparer l'une de l'autre (1). — Si plusieurs sont institués, ils prennent dans l'hérédité du fils la même quotité que dans l'hérédité du père (J. § 7).

La clause *si filius non erit* fait sous-entendre la clause *si hæres erit ;* de sorte que celui qui est vulgairement substitué au fils impubère, lui est *de droit* substitué pupillairement. Ainsi le veut un rescrit de Marc-Aurèle (2).

La substitution pupillaire procède de la puissance paternelle étendue par les mœurs (*hoc moribus institutum*, J. § 1). Elle donne au pupille un héritier qui n'est pas de son choix ; au lieu que la substitution vulgaire procède du droit propre à chaque citoyen.

J. § 4. — Le père peut de la sorte faire le testament des enfants et des descendants, même *postumes* qui, à sa mort, seront *sui juris*.

J. § 6.— Le testateur qui a plusieurs enfants impubères peut — ou faire une substitution pupillaire pour chacun d'eux, afin qu'aucun ne meure *intestat*, — ou n'en faire une que pour celui qui mourra le dernier. Dans ce deuxième cas, les enfants se succéderont *jure legitimarum hæreditatum*, et le substitué trouvera l'hérédité de tous dans l'hérédité du dernier mourant.

---

(1) D. 29-2, l. 59.
(2) D. 28-6, l. 4.

J. § 8. — La substitution pupillaire s'évanouit : 1° si l'enfant atteint l'âge de la puberté, 2° s'il meurt avant son père, 3° s'il subit une diminution de tête, grande ou petite (1).

J. § 1. -- Justinien décide, par une constitution spéciale, que les pères peuvent faire le testament de ceux de leurs descendants atteints de folie, — et ce, *à l'exemple* des substitutions pupillaires. Cette substitution produira effet si le fou meurt avant d'avoir recouvré la raison.

Le substitué doit être choisi parmi les enfants de l'insensé, — à défaut d'enfants, parmi ses frères, — à défaut de frère, le choix est libre.

Cette substitution est appelée *quasi pupillaire* ou *exemplaire*.

J. § 9. — L'institué, s'il est *aut extraneus*, *aut filius puber*, ne peut être grevé d'une substitution *si intra aliquod tempus decesserit*. Mais il peut être chargé par le testateur de restituer *entre vifs*, tout ou partie de l'hérédité.

Cette obligation constitue le fidéi-commis.

SUBSTITUTION COMPENDIEUSE. — *Centurio filiis si*

---

(1) J. § 3. — Justinien indique, à ceux qui craindront que la substitution pupillaire mette la vie de l'enfant en danger, comment ils devront s'y prendre pour que l'écriture en soit tenue secrète.

intra XXV annum ætatis fine liberis vita decesserint directo Titium substituit (1).

Cette formule contient *virtuellement* (2) trois substitutions : substitution vulgaire : elle n'a d'effet que si l'enfant n'est pas héritier, et elle finit aussitôt qu'il a succédé ; — substitution pupillaire : elle n'a d'effet que si l'enfant meurt avant la puberté, et elle finit quand il est pubère ; — substitution fidéi-commissaire : elle ne commence d'avoir son usage qu'après que ce fils, étant arrivé à la puberté, meurt dans le temps réglé par cette substitution.

« La vulgaire fait passer au substitué les biens du » testateur si son fils ne lui succède point ; — la pu- » pillaire lui acquiert et ceux du testateur et ceux de » son fils, s'il lui a succédé ; — la fidéi-commissaire » est bornée aux biens que le fils succédant à son » père avait eus de son hérédité (3). »

Il n'est accordé qu'aux militaires de faire des substitutions fidéi-commissaires produisant effet au décès de l'institué pubère (J. § 9).

---

(1) D. 28-6, l. 15.

(2) De là vient sa qualification : *Compendieuse*, C. de Imp. subst., l. 8. -- *Vel compendio, vel expressa*, ces deux mots étant opposés l'un à l'autre.

(3) Domat, l. 5, t. 2, s. 1.

Troisième Partie.

QUALITÉ ET DIFFÉRENCE DES HÉRITIERS.

(J. t. 19.)

Les héritiers sont ou nécessaires, — ou siens et nécessaires, — ou externes.

Héritier nécessaire : esclave institué héritier par le testament qui le fait libre; il est héritier, *sive velit, sive nolit.*

Héritier sien et nécessaire : enfant que le décès du père fait *sui juris.*

Qu'il vienne *testato*, qu'il vienne *intestato*, l'héritier sien *fit hæres sive velit, sive nolit.*

Héritier externe : tout institué qui n'est pas soumis au pouvoir du testateur (*juri testatoris non subjectus*); il n'est héritier que s'il veut l'être (*si velit hæreditatem adire*).

Ces distinctions visent l'*exhérédation* et l'*adition d'hérédité.*

HÉRITIER NÉCESSAIRE.

C'est une honte pour le mort de ne pas avoir quelqu'un qui soit son héritier. A cause de cela, le maître institue son esclave, et cet esclave est héritier

nécessaire (1). L'institution d'un héritier nécessaire donne au testateur la certitude que les legs et toutes autres dispositions testamentaires ne seront pas desti-tuées d'effet, et que, s'il est insolvable, il sera exempt de l'ignominie de la *venditio bonorum*. En effet, ce sera contre l'héritier nécessaire que la vente des biens héréditaires sera poursuivie.

L'héritier *nécessaire* est saisi de l'hérédité sans qu'il le veuille ou qu'il le sache ; par conséquent, la continuation de la personne du défunt s'opère à l'instant même du décès, sans que l'hérédité puisse être un seul instant *jacente*.

L'esclave, que le testament fait libre, n'a point à se plaindre de supporter les charges de l'hérédité de son maître insolvable ; le don de la liberté est préférable à tout. Malgré cela, le préteur accorde à l'héritier nécessaire le bénéfice de séparation : ce que l'héritier viendra à acquérir, de son chef, ne sera point, de droit, confondu avec l'hérédité.

HÉRITIERS SIENS ET NÉCESSAIRES.

G. 3, 2 et 3. — Sont héritiers siens et nécessaires : 1° les fils et les filles *in potestate morientis*,

---

(1) G. 160. — L'homme libre, *in mancipio testatoris*, qui par testament est libéré du *mancipium* et institué héritier, est, comme l'esclave, héritier nécessaire.

issus du père ou adoptifs ; 2° les petits-fils et les petites-filles (*filiorum loco*), ayant pris la place de leur père libéré de la puissance paternelle ; 3° la femme *in manu viri* est héritière *sua* de son mari, parce qu'elle est *loco filiæ ;* 4° la bru *in manu filii* est *loco neptis*, quant au père de son mari. Elle sera *hæres sua* de son beau-père, si le fils n'est pas *in potestate morientis*. Dans ce cas, en effet, elle prend la place du mari, comme le petit-fils prend la place du fils sorti de la famille.

L'héritier sien, comme l'esclave institué, est *nécessaire* en ce sens qu'il devient héritier sans le vouloir et sans le savoir. Cette nécessité n'est pas la seule qui soit attachée à la qualité d'héritier *sien ;* — une autre nécessité s'y joint, mais elle grève le testateur : -- il est nécessaire que l'héritier sien soit ou institué ou exhérédé.

Selon le droit civil, l'institution de l'héritier *sien* produit les mêmes effets que l'institution de l'esclave, héritier *nécessaire*. — Mais le droit prétorien fait entre l'héritier *nécessaire* et l'héritier *sien et nécessaire*, cette différence : l'héritier nécessaire peut obtenir le bénéfice de séparation, l'héritier sien et nécessaire obtient le bénéfice d'abstention (1).

---

(1) Gaius, 11-158 et 159. — Voir ci-après en quoi consiste la différence entre l'abstention et la séparation.

La nécessité de l'exhérédation, à défaut d'institution, ne touche aucuns autres que les héritiers siens.

G. 3, 4 et 5. — La qualité d'héritiers *siens* et *nécessaires* appartient, par extension, à des personnes qui ne sont pas *in potestate morientis*.

Tels sont : 1° Les postumes ; 2° les enfants qui, après la mort de leur père, font la *causæ probatio* (1) ; 3° le fils qui, mancipé deux fois, est, après la mort du père, libéré du *mancipium* ; 4° le fils captif, au temps de la mort du père, s'il revient de captivité.

DE EXHEREDATIONE LIBERORUM.

(J. t. 13.)

Les formules d'exhérédation et les conséquences du défaut d'exhérédation, varient selon le sexe ou le degré de parenté entre l'héritier sien et le testateur.

Droit civil. — Le fils doit être exhérédé nominativement, selon cette formule : *Titius filius meus exhæres esto* (2).

---

(1) G. 11-142.— Anciennement, la *causæ probatio* pouvait être faite, même après le décès du père. Un sénatus-consulte *auctore Hadriano* a supprimé ce droit, *ne scilicet diligenter facta testamenta rescinderentur, eo tempore quo renovari non possint.*

(2) G. 127.— Ou sans l'addition du nom, si le testateur n'a qu'un fils. — Le fils adoptif doit être exhérédé nominativement, comme le fils naturel.

Le défaut d'exhérédation nominative fait le testament *inutile*. Le fils passé sous silence viendrait à mourir, que le testament ne vaudrait pas (*quia ab initio non constitit*).

Les filles et les petits-fils, héritiers siens, peuvent être exhérédés tous ensemble par cette formule : *cæteri ex hæredes sunto*.

Le défaut d'exhérédation des filles et des petits-fils ne rend point le testament inutile. Ces héritiers passés sous silence n'ont d'autre droit que de prendre *jure adcrescendi*, une part de l'hérédité. L'importance de cette part est fixée selon la qualité de l'*héritier testamentaire*.

Si l'héritier testamentaire est *suus* (qualité qui lui donne droit à l'hérédité *ab intestat*), les héritiers *præteriti* prennent une part virile (1).

Si, au contraire, l'institué est *extraneus*, la règle change : le droit civil donne aux héritiers *præteritis* la moitié de l'hérédité, quel que soit leur nombre; c'est un forfait.

Droit prétorien. — Les émancipés doivent être ou institués ou exhérédés, comme s'ils n'étaient pas sortis de la famille.

Les enfants donnés en adoption, doivent, s'ils sont

---

(1) Exemple : Le testateur institue ses trois fils, il omet sa fille ; la fille prend sa part virile, le quart.

sortis de la famille adoptive, être ou institués ou exhérédés par le père dont ils sont issus.

G. 129. — Les petits-fils, comme les fils, doivent être exhérédés *nominativement ;* les filles seules peuvent être exhérédées *inter cæteros*, mais à la condition que quelque chose leur soit laissé, *ne videantur præteritæ per oblivionem.*

Dans le cas où ces règles ne sont pas suivies, le préteur accorde aux héritiers omis la possession de biens *contra tabulas testamenti.*

Mais d'autre part, le préteur vient au secours de l'institué : il lui accorde la B. P. *secundum tabulas*, si l'héritier non exhérédé, qui rompt le testament, meurt avant le testateur.

Rescrit d'Antonin. — Ce rescrit décide que les filles et les petites-filles, non exhérédées, qui obtiendront du préteur la B. P. *contra tabulas*, ne prendront dans l'hérédité que la part qui leur serait revenue *jure civili.*

Droit de Justinien. — Justinien supprime la nécessité d'une formule sacramentelle pour l'exhérédation ; — il prohibe l'exhérédation *inter cæteros ;* — il décide que l'omission de la fille et des petits-fils *ex filio* entraînera la nullité du testament, dans tous les cas ; — il confirme le droit prétorien, quant aux émancipés ; — il ordonne que les enfants donnés en adoption seront ou exhérédés ou institués par leur père naturel, quoiqu'ils ne soient pas sortis de la fa-

mille de l'adoptant ; — que l'adoptant ne sera point tenu de les instituer ou de les exhéréder ; — que ces innovations sont inapplicables quand l'adoptant est un ascendant de l'adopté. (J. § 5.)

J. § 7. — Toutes ces règles du droit civil, prétorien, impérial ne s'appliquent ni à la mère, ni aux aïeux maternels, car ils n'ont point d'héritiers siens.

POSTUMES.

(G. 1-147. — Ulp., frag. 22. — D. 28, 2. — L. 29.)

Postumus (*Posterus*), — *qui in utero est quando pater moritur.*

Postumus hæres suus, — *qui in ea causa est ut si vivis nobis nascatur in potestate nostra fiat.*

Le vieux droit (*jus antiquum*) enseigne que l'enfant *in utero* est une personne incertaine, incapable d'aucune relation juridique ; car on ne sait s'il naîtra vivant (*incertum est an in rebus humanis erit*).

Qu'un fils naisse avant, qu'il naisse après la mort de son père, il est l'égal de ses aînés. Aussi, de tout temps, on tint que l'*agnation* d'un fils postume rompt le testament de même que l'existence d'un fils *in potestate morientis.*

Pour sauver le testament d'une rupture irréparable, les *prudents* introduisirent cette doctrine que le tes-

tateur peut instituer ou exhéréder ses fils ou filles *in utero ;* car, en les supposant nés, ils eussent été *in potestate morientis*. Cette doctrine ne touche point les petits-fils ; la qualité de postume, en effet, est particulière au premier degré de la filiation.

QUASI POSTUMES AQUILIENS. — *Aquilius Gallus*, contemporain de Cicéron, composa la formule suivante et la fit accepter comme règle de droit : *Si filius meus, me vivo morietur, tunc si quis ex eo* NEPOS, NEPTISVE, *post mortem meam natus erit natave, hæres esto.*

Cette formule suppose que trois faits arrivent dans l'ordre suivant : mort du fils, mort de l'aïeul, naissance du petit-fils. Dans ce cas, *nepos recte instituitur avo, etiam si in utero.*

Deux remarques sont à noter : 1° le texte ne donne point à ce *nepos, avo mortuo natus*, la qualification de postume ; 2° ce petit-fils *in utero* n'est capable d'être institué que par cette raison qu'il est réputé né au temps du décès, et que par cette fiction il est *in potestate morientis* (*extraneos enim postumos instituere permissum non est*, G. § 147).

Le droit des postumes et des quasi-postumes *in utero* est résumé en deux maximes : *Postumus* (*filius in utero*) *pro jam nato habetur ; — quasi postumus* (*nepos hæres suus*) *in utero pro jam nato habetur.*

Ces maximes sont spéciales ; la loi *Velleia* les a étendues.

LOI VELLEIA (1).

La loi *Velleia* est sans application à tous les cas où l'héritier *sien* naît après la mort du testateur : ces cas sont régis par le droit des postumes (2).

Elle veut que notre testament ne soit point rompu par ceux qui naissent NOBIS VIVIS. Pour atteindre ce but, elle procède par extension, créant des *quasi-postumes* et par assimilation traitant tous les cas, comme le cas de mort (3).

Le premier chef de la loi Velleia a trait au fils ou à la fille qui naît *vivo patre*.

Un fils (ou fille) *in utero* est institué ou exhérédé ; ce fils, s'il naît *vivo patre*, n'est point postume. — Or, comme le droit ne permet point d'instituer ou d'exhéréder un enfant *in utero*, à moins qu'il ne soit postume, — dans ce cas, le testament est rompu.

La loi *Velleia* ne veut point qu'il en soit ainsi : le fils institué ou exhérédé *in utero*, s'il naît *vivo patre*,

---

(1) An 763, Augusto imperatore.

(2) D. 29-2, l. 29, § 6. — Omnes casus ex quibus hæres *suus* post mortem avi nasceretur non pertinent ad legem Velleiam.

(3) D. 29-2, l. 29, § 11. — Lex Velleia voluit vivis nobis natos similiter non rumpere testamentum. — Ex sententia legis Velleiæ omnia admittenda sunt ut ad similitudinem mortis cæteri casus admittendi sint.

est réputé né *mortuo patre ;* et, par conséquent, le testament n'est point rompu.

D'où cette maxime : *filius in utero, recte instituitur vel exheredatur, etiam si non postumus.*

Le second chef de la loi Velleia est ainsi conçu : *Si quis ex* SUIS *hæredibus* SUUS *hæres esse desierit, liberi ejus* (*et cæteri in locum* SUORUM SUI *hæredes succedentes*), *testamentum non rumpant, dummodo exheredati sint* (1).

G. 133. — Si les petits-fils viennent à prendre la place du fils héritier *sien*, le testament est rompu. En effet, il n'est pas permis d'exhéréder, par prévoyance, ces petits-fils qui deviendront peut-être, mais qui ne sont pas encore héritiers siens. Le droit civil n'a point de garanties contre ce risque.

D'autre part, la formule d'*Aquilius Gallus* est insuffisante ; elle ne prévoit, en effet, qu'un seul cas : celui où le petit-fils naît, *mortuo avo testatore.*

G. 134. — Ce second chef de la loi *Velleia* pourvoit à tous les cas auxquels le texte de Gallus ne s'applique point (2), car il dit que *tous les enfants* (ce qui comprend tous ceux qui sont dans le cas de prendre, *vivo testatore*, la place d'un héritier sien qui cesse de l'être) — que tous les enfants, *recte exheredantur*,

---

(1) D. 28-2, l. 29, § 13.
(2) D. 28-2, l, 29, § 13. — Ad omnes casus supplendos in Galli sententia lex Velleia pertinet.

quasi postumi, et ce, afin que le testament ne soit point rompu.

Ce second chef n'a d'autre but que d'empêcher la rupture du testament : il ne permet point d'instituer. Le premier chef, au contraire, permet d'instituer l'enfant *in utero*, même en vue du cas où il ne naîtra pas postume (1).

G. 132. — Les postumes mâles doivent être exhérédés *nominatim* par cette formule : *quicumque filius mihi genitus fuerit, exhæres esto*. — Les filles et petites-filles postumes sont comprises dans l'exhérédation *inter cæteros*, pourvu qu'on leur lègue quelque chose de crainte qu'elles n'aient été oubliées.

L'omission d'un postume, quel que soit son sexe, rompt le testament. — Une fille *déjà née*, si elle est omise, ne rompt pas le testament; elle n'a qu'un droit de concours avec l'institué.

Résumé. — Postumus : — enfant qui naît après la mort de son père. — Quasi-postumi, *ex sententia Aquilii* : — *nepotesve*, *pronepotesve*, — *in utero*, au temps du testament qui les exhérède ou les institue, — nés *mortuo patre, mortuo avo testatore*. — Quasi-postumi *ex lege Velleia* : — (a) *filius in utero* au temps du testament qui l'exhérède ou l'institue, nés *vivo patre testatore*, — (b) *nepotesve*, *pronepotes-*

(1) D. 28-2, l. 29, § 15.

ve cæterique liberi, qui ont pris la place d'un héritier sien qui a cessé de l'être, — exhérédés quoiqu'ils ne soient pas encore devenus héritiers siens, — nés *vivo avo testatore* (1).

HÉRITIERS EXTERNES.

(J. t. 19, § 3 et s.)

J. § 3. — *Hæredes extranei :* ceux qui ne sont pas *in potestate morientis*. Le lien du sang n'empêche pas l'extranéité des héritiers.

Sont nos héritiers externes, nos enfants émancipés ou donnés en adoption, nos filles *in manu mariti,* notre esclave institué, si nous l'affranchissons avant notre mort; en un mot, sont héritiers externes, ceux qui ne sont ni héritiers nécessaires, ni héritiers siens et nécessaires. — Les institués externes ne sont héritiers que s'ils veulent le devenir.

La mère de famille ne peut avoir que des héritiers externes ou des héritiers nécessaires (ses esclaves), car elle n'a point la puissance paternelle.

---

(1) Ce qui est dit des *filii*, *nepotes*, *pronepotes*, — s'applique *filiabus*, *neptibusve*, *proneptibusve*.

CRETIO.

Le droit ancien veut que l'adition d'hérédité soit faite par paroles solennelles : *quod me Mævius instituit, hæreditatem* ADEO, CERNOQUE (1). — La crétion comprend deux actes : *cernere*, délibérer ; *adire*, aller vers l'hérédité, s'en saisir.

G. 170. — Il y a deux sortes de crétion : *cretio vulgaris* (2), *cretio continua* (3). La première ne fait courir le délai contre l'héritier que du jour où il sait qu'il est institué, et les jours utiles seuls sont comptés.

La seconde *(continua)* fait courir le délai dès le décès du testateur, et tous les jours (utiles ou non) sont comptés.

Le testateur impose à l'héritier qu'il institue tel de ces deux modes de crétion qui lui plaît. S'il ne dit rien, la crétion est *vulgaris*.

L'héritier institué avec crétion est exclu, *si intra diem non creverit ;* s'il renonce avant l'expiration du délai, il lui est loisible de se repentir et de devenir héritier *cernendo*, tant que le délai n'a pas pris fin (4).

---

(1) Ulp. frag. 22, § 28.

(2) *Cretio vulgaris*, formule : Titius hæres esto, cernitoque in centum diebus proximis quibus scieris, poterisque.

(3) *Cretio continua :* même formule, sauf retranchement des mots *quibus scieris, poterisque.*

(4) Ulp. frag. 22, § 30.

ADITION D'HÉRÉDITÉ.

La *crétion* étant tombée en désuétude, le délai pour délibérer cesse d'exister de droit ; il faut le demander, le préteur peut le refuser; en tous cas, le préteur en fixe la durée : *ait prætor, si tempus ad deliberandum petit, dabo* (1).

Il n'y a plus de formules solennelles d'acceptation : l'acceptation résulte (a) *aut re,* (b) *aut quibuscumque verbis.*

(a) *Aditio* RE, adition tacite ; conséquence d'un acte qui implique la volonté d'être héritier (*pro hærede gerere*).

Pro hærede gerit, celui qui, sachant 1° qu'il est institué, 2° que le testateur est mort, 3° que *tels* biens font partie de l'hérédité (2), dispose de ces biens *tanquam dominus.* Son action montre sa volonté, il ne peut répudier la conséquence de ce qu'il a fait.

(b) *Aditio* VERBIS, adition expresse : tu déclares que tu fais adition d'hérédité ; ta parole suffit ; te voilà héritier.

---

(1) D. 28-2, l. 1, § 1.
(2) D. 50-17, l. 76. — Quæ animi destinatione agenda sunt, non nisi vera et certa scientia perfici possunt.

L'adition *expresse* ne peut être faite que par l'institué lui-même. Ni l'*infans*, ni son tuteur, ne peut faire *adition* expresse : le tuteur fera adition *pro hærede gerendo* (1).

L'institué *alieni juris* fait adition *jussu domini*. L'ordre peut ou procéder ou suivre l'adition; s'il suit l'adition, il vaut comme ratification. Le maître de l'institué ne pourrait faire adition lui-même (2).

Qualités de l'adition. L'institution d'un héritier externe est une offre de l'hérédité ; l'adition est une acceptation de l'offre. Elle ne souffre ni terme, ni condition (3) ; elle ne souffre ni restriction, ni réserves : celui qui est institué pour deux parts héréditaires, ne peut faire adition pour une part (4), il ne peut se réserver de répudier les parts qui viendraient à accroître sa part (5).

L'adition d'hérédité est irrévocable (6).

G. 35. — Celui qui a fait adition d'hérédité, demeure toujours héritier; aussi, quoiqu'il vienne dans la suite à *céder* l'hérédité *in jure*, il ne laissera pas

---

(1) Les constitutions impériales permettent au tuteur de faire adition *verbis*.
(2) D. 29-2, l. 6 et 25. — D. 46-8, l. 12.
(3) D. 50-17, l. 77. — Aditio hæreditatis, actus legitimus qui non recipit diem vel conditionem.
(4) D. 29-2. l. 1.
(5) D. 50-17, l. 17.
(6) D. 4-4, l. 7, § 10. — Sine dubio hæres manebit qui semel hæres exstitit.

d'être considéré comme étant toujours héritier et tenu de toutes les charges héréditaires; mais les créances héréditaires périssent. En effet, on opposera au cédant que, par la cession qu'il a faite, il a perdu qualité; au cessionnaire, on opposera que, par la cession qui lui a été faite, il n'a pas acquis qualité d'héritier. De sorte que les débiteurs héréditaires *lucrum faciunt*.

G. 36. — L'institué qui, avant d'avoir fait adition d'hérédité, céderait l'hérédité *nihil agit*.

Le préteur accorde aux mineurs de 25 ans qui auraient accepté une hérédité onéreuse, la restitution *in integrum* (1).

Effets de l'adition. Après le décès, avant l'adition, l'institué (s'il n'est héritier nécessaire) a la faculté d'opter entre l'adition et la renonciation; — mais, suivant le droit *quiritaire*, la faculté d'opter, exclusivement attachée à la personne qui doit opter, est non transmissible à ses héritiers (2).

Le droit impérial corrige cela : l'institué qui meurt, dans les délais pour délibérer, transmet à ses héritiers le droit d'opter. Si ceux-ci font adition, ils acquièrent *jure transmissionis* une hérédité qui n'était pas encore dans le patrimoine de leur auteur (3).

---

(1) D. 29-2, l. 57, § 1.
(2) C. *de cad. toll.*, l. uniq. — Hæreditatem, nisi fuerit adita transmitti nec veteres concedebant.
(3) C. *de jure delib.*, l. 7. — Successionem ad hæredes suos transmittere.

A l'instant qui suit l'adition, *jam non est hæreditas, sed patrimonium hæredis;* l'hérédité (fiction de droit) disparaît ; la personne et le patrimoine du défunt se confondent avec la personne et le patrimoine de l'héritier. D'où il résulte ceci : — *Titius* héritier de *Seius* a fait adition d'hérédité; il meurt; l'hérédité de *Seius* est à nous, de même que celle de *Titius* (1). — Nous acquérons l'hérédité de *Seius* comme nous acquérons tout ce qui est dans le patrimoine que *Titius* a laissé. « Quelque longue suite qu'il y ait » d'héritiers les uns des autres, *ayant fait adition,* » le dernier se rend propres toutes ces hérédités (2). »

L'effet de l'adition est rétroactif : quelque intervalle qu'il y ait eu entre la mort et l'adition, les choses seront comme si l'adition avait été faite à l'instant de la mort (3).

RÉPUDIATION D'HÉRÉDITÉ.

Le droit *quiritaire* accorde aux héritiers un délai pour faire adition ou répudiation. — L'expiration du

---

(1) D. 5-3, l. 3.— Sed etsi Titio qui Seio hæres exstitit, nos hæredes facti sumus; sicut Titii hæreditatem nostram intendere possumus, ita et Seii.

(2) Domat, l. 1, t. 1, s. 16. — D. 50-17, l. 194. — Qui per successionem quamvis longissimam defuncto hæredes constiterunt, non minus hæredes intelliguntur, quam qui principaliter hæredes existunt.

(3) D. 29-2, l. 54. — Hæres quandoque adeundo hæreditatem, jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur.

délai, sans qu'un parti soit pris, fait perdre la faculté de faire adition. Justinien décide, au contraire, que l'expiration du délai fait perdre la faculté de renoncer. — Par conséquent, sous le droit impérial, la répudiation est un acte nécessaire pour se dégager de la qualité d'héritier.

Comme l'adition, la répudiation est rétroactive, indivisible (1), sans terme ni condition. Elle n'est point irrévocable, en ce sens que le renonçant peut se repentir tant qu'un autre n'a pas fait *adition*.

Qui peut faire adition, peut répudier (2); pour répudier, il faut pouvoir faire adition (3). Par conséquent, le renonçant doit connaître qu'il est institué et que le testateur est mort (4).

La répudiation d'hérédité est faite *aut verbis, aut alio quodam judicio voluntatis* (5).

BÉNÉFICE D'ABSTENTION.

Le bénéfice d'abstention laisse subsister la qualité d'héritier : en cela, il diffère de la répudiation d'hé-

---

(1) Vel omnia admittantur, vel repudiantur.
(2) D. 29-2, l. 18.— Is potest repudiare qui acquirere potest.
(3) D. 29-2, l. 4. — Nolle adire hæreditatem non videtur, qui non potest adire.
(4) D. 29-2, l. 23. — In repudienda hæreditate, certus esse debet de suo jure qui repudiat.
(5) Paul, s. 4-4. — D. 29-2, l. 95. — Recusari hæreditas non tantum verbis, sed etiam re potest.

rédité ; — le bénéfice d'abstention met l'héritier à l'abri des poursuites des créanciers ; en cela, il ressemble à la répudiation.

Le bénéfice d'abstention, créé par le préteur, est accordé aux héritiers *siens et nécessaires ;* il n'appartient pas à l'héritier nécessaire (1).

Pour acquérir ce bénéfice, il suffit que l'institué *dicat se hæreditatem nolle* (2) ; — pour que ce bénéfice soit perdu, il suffit que l'institué fasse acte d'immixtion (*se miscuerit hæreditati*) ; l'immixtion, en effet, est le contraire de l'abstention. Que l'institué ignore ou qu'il est institué, ou que l'hérédité est ouverte ; qu'il n'agisse point *tanquam dominus*, — s'il dispose des choses héréditaires, il y a immixtion.

DE SEPARATIONIBUS.

(D. 42-6.)

La séparation du patrimoine de l'héritier et du patrimoine du défunt est accordée — (a) soit au profit de l'héritier nécessaire contre les créanciers du

---

(1) Gaius, 160. — L'homme libre qui sort du *mancipium* par testament est héritier nécessaire *et non sien*. Malgré cela le bénéfice d'abstention lui est accordé.

(2) D. 29-2, l. 12 et 71, § 9.

défunt, — (b) soit au profit des créanciers du défunt contre l'héritier quel qu'il soit.

(a) *Séparation au profit de l'héritier nécessaire.* — Elle diffère de l'abstention, en ce qu'elle n'est pas de droit, à défaut d'immixtion ; elle doit être demandée et peut être refusée.

Elle diffère de l'abstention, en ce qu'elle ne fait pas obstacle à ce que les créanciers du défunt exercent des poursuites contre l'héritier nécessaire : elle préserve ainsi les biens, mais elle ne protége pas la personne de l'héritier contre la honte de la *venditio bonorum* de l'hérédité.

(b) *Séparation au profit des créanciers du défunt.* — Un créancier dit que les biens du défunt lui suffiront; mais que, d'autre part, les créanciers de l'héritier ne devront rien prendre de ces biens tant que sa créance ne sera pas payée : — le préteur accorde que le patrimoine du défunt soit séparé du patrimoine de l'héritier ; — et les créanciers de l'héritier ne pourront exercer leurs droits sur les biens du défunt qu'après paiement des dettes héréditaires (1).

Les légataires, comme les créanciers du défunt, peuvent obtenir la séparation ; car les biens du défunt sont aussi leur gage (L. 6).

La séparation des patrimoines ne profite et n'est

(1) L. 1, §§ 1, 2 et 15.

opposée qu'aux créanciers qui l'ont obtenue. — Les créanciers de l'héritier ne peuvent la demander contre les créanciers du défunt, car il est licite qu'un débiteur fasse pire la condition de ses créanciers (1).

Le délai pour demander la séparation est de cinq ans (L. 1, § 13).

S'il arrive que les biens de l'hérédité soient insuffisants, les créanciers qui ont obtenu la séparation des patrimoines, pourront-ils poursuivre l'héritier sur ces biens personnels ?

Paul dit *non,* absolument : *quia receperunt a persona hæredis.* — *Ulpien* dit *non*, mais avec cette réserve : s'ils prouvent qu'ils ont eu une juste cause d'ignorance, le préteur viendra à leur secours (2). — *Papinien* dit *oui :* toutefois, ils ne pourront se faire payer qu'après les créanciers personnels de l'héritier (3).

DU BÉNÉFICE D'INVENTAIRE ET DU DROIT DE DÉLIBÉRER.

(J. t. 19, §§ 5 et 6.)

Hæres manebit, qui semel exstitit (4).

Si l'héritier est mineur de 25 ans et que l'hérédité

---

(1) L. 1, § 14.
(2) D. 42-6, l. 1, § 17.
(3) D. 42-6, l. 3, § 2.
(4) D. 4-4, l. 7, § 10.

qu'il a acceptée soit ruineuse, le préteur vient à son secours en lui accordant le bénéfice d'abstention. Adrien accorde ce même bénéfice à l'héritier majeur, dans le cas spécial où, après l'adition, une dette considérable vient à être découverte. Enfin, Gordien accorde aux soldats, qui sont engagés dans une hérédité onéreuse, le privilége que leurs biens propres ne seront pas sujets aux charges de l'hérédité.

L'on ne doit pas perdre de vue que l'obtention de ces bénéfices ne fait point cesser la qualité d'héritier: « Cela conduisit Justinien à établir pour tous héri- » tiers testamentaires et *ab intestat*, de quelque qua- » lité et condition qu'ils soient, la liberté d'acquérir » sous bénéfice d'inventaire l'hérédité qui leur est » déférée, c'est-à-dire, à condition qu'ils ne seront » obligés aux charges que jusqu'à concurrence des » biens dont il doit être fait inventaire par un officier » public. Ce qui a cet effet, que les créanciers, les lé- » gataires et autres intéressés peuvent avoir con- » naissance des biens qui leur sont affectés et que » l'héritier n'engage pas les siens, mais s'oblige » seulement à compter du contenu dans cet inven- » taire : et par cette voie il est fait une pleine et » entière justice, et aux héritiers, et aux légataires, et » aux créanciers (1). »

(1) Domat, l. 1, t. 2 pr.

Si l'héritier bénéficiaire est de son chef créancier du défunt, il ne se fera pas confusion de sa qualité de créancier avec celle d'héritier qui le rend débiteur envers soi-même ; mais il conservera son droit entier de même que les autres créanciers (1). — Le bénéfice d'inventaire met donc à néant le principe de l'hérédité *quiritaire*, car il permet d'être héritier sans continuer la personne du défunt.

Justinien (§ 5) dit qu'à raison du bénéfice d'inventaire le droit de délibérer est inutile ; « ce qui ne » l'empêche pas de réserver le droit de délibérer » dans la même loi où il établit le bénéfice d'inven- » taire. Ceux qui douteront, s'il leur est plus avan- » tageux de n'accepter point du tout l'hérédité, que « de s'y engager, peuvent se déterminer en délibé- » rant, et ils peuvent aussi, sans délibérer, accepter » l'hérédité sous ce bénéfice ; qui met leurs intérêts » en sûreté. Ainsi, on doit distinguer dans cette ma- » tière le droit de délibérer et celui d'user du béné- » fice d'inventaire (2). »

Suivant le droit impérial, le délai est de neuf mois et peut être étendu au-delà d'un an. — L'héritier qui meurt durant le temps de délibérer transmet à ses héritiers le droit de délibérer, et par conséquent le droit de faire adition.

---

(1) C. *de jure del.*, l. ult., § 9.
(2) Domat, *loc. cit.*

HÉRÉDITÉ JACENTE.

(J. 14, § 2.)

D. 30-1 ; L. 116. — *Hæreditas personæ defuncti vice fungitur qui eam (hæreditatem) reliquit.*

Dans ce texte, *hæreditas* est *sujet, hæreditatem* est objet.

Comme sujet, *hæreditas* est la conception juridique d'une personnalité qui tient lieu de maître et représente le défunt (1).

L'hérédité *recte instituitur*, en la personne de son esclave; on considérera la capacité non de l'héritier futur, mais du défunt (2).

Comme objet, *hæreditas* est une universalité capable d'augmentation et de diminution (3), *sive solvendo bona sint, sive non sint, sive dammum habent, sive lucrum* (4).

On conçoit l'hérédité, même sans que le défunt ait laissé aucun objet matériel qui lui appartienne (5).

---

(1) D. 28-2, l. 31. — Creditum est hæreditatem dominum esse et defuncti locum obtinere.

(2) Inst., t. 14, § 2. — Nondum adita hæredis personæ vicem sustinet defuncti, non hæredis futuri.

(3) D. 50-16, l. 178, § 1.— Hæreditas jures nomen est quod et accessionem et decessionem in se recipit.

(4) D. 37-1, l. 3. — D. 50-16, l. 119.

(5) D. 5-3, l. 50. — Hæreditas etiam sine ullo corpore intellectum habet.

Si l'héritier est *nécessaire*, à l'instant du décès le vif prend la place du mort, ce qui fait que cette fiction d'une hérédité ne saurait exister. — Si l'héritier n'est pas *nécessaire*, à l'instant de l'adition, la personne fictive et l'hérédité s'évanouissent (*hæreditas adita, jam non est hæreditas, sed patrimonium hæredis*), à moins que l'institution ne soit conditionnelle (1).

L'hérédité n'existe donc que si elle est *jacente*.

Labeo ait : in MULTIS *partibus juris hæreditas jacens pro domino habetur* (2) — dans *beaucoup* de parties du droit, donc ce n'est pas dans *toutes*. Quelles sont les exceptions ? — Les voici : L'hérédité jacente ne peut acquérir, ni l'usufruit (*quia usufructus sine persona constitui non potest*), ni une hérédité (*quia hæreditas adiri jubentis domini persona desiderat*), ni la possession *ad usucapionem* (*quia possessio est facti et* ANIMI) (3).

Mais par ses esclaves, l'hérédité jacente continue la possession commencée avant le décès (4) ; elle stipule ; elle recoit *res traditas ;* elle devient pro-

---

(1) Nous écartons cette hypothèse, parce qu'il sera traité séparément des conditions.

(2) D. 41-1, l. 61.

(3) D. 47-4, l. 1, § 15.

(4) D. 43-24, l. 13, § 5. — D. 41-3, l. 31, § 15. — On admet que le temps couru entre le décès et l'adition compte pour l'usucapion, dans le cas où l'esclave héréditaire aurait, durant cet intervalle, acquis une chose *a non domino*.

priétaire ; elle devient créancière, *enim ex persona defuncti vires sumit* (1).

Quoiqu'il en soit, à l'hérédité jacente, comme à l'absent ou au captif dont on attend le retour, on donne le plus souvent un curateur (2).

L'héritier vient-il à faire adition ; la fiction de l'hérédité jacente est remplacée par une autre fiction : l'adition s'unit au décès, comme si aucun intervalle de temps ne l'en avait séparée : *omnis hæreditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur* (3).

Quatrième Partie.

QUIBUS MODIS TESTAMENTA INFIRMANTUR.

(J. t. 17.)

Titius n'est point capable d'avoir un héritier ; il teste. — *Seius* n'est point capable d'être héritier ; il est institué. — *Mœvius* n'a point faction du testament ; il est témoin testamentaire. — *Titius* a faction de testament, mais il teste en ces termes : *Seium hære-*

(1) D. 41-1, l. 33, § 2.
(2) D. 42-5, l. 22, § 1.
(3) D. 50-17, l. 138.

dem facio (1). Il a un fils héritier sien, il ne l'exhérède point (2).

Dans tous ces cas, le testament *statim ab initio non constitit.* — Il ne sera point infirmé, *quod enim irritum* EST, *irritum* NON FIT. (G. 146.)

On doit donc poser une première distinction : Testament *non jure factum.* — Testament *jure factum.*

Ruptum testamentum se dit de tout testament infirmé quel que soit l'événement infirmatif.

Toutefois, pour grouper les diverses causes d'infirmation, on dit que le testament *jure factum* devient *vel irritum*, *vel ruptum* (*vel irritum* prenant une signification spéciale).

J. § 1. — *Rumpitur testamentum*, quand le testateur ne changeant point d'état, le testament est infirmé par un des événements ci-après :

Agnation d'un héritier sien (3).

Confection d'un second testament. (J. § 2.)

« Comme tout testament renferme la disposition » de la totalité des biens, deux différents testaments » ne peuvent subsister ensemble. Le second, quoi- » qu'il ne fasse aucune mention du premier, ne » laisse pas de le révoquer par le simple effet de la

---

(1) Ulp. frag. 21.
(2) G. 124.
(3) G. 138 à 143.— C'est à l'occasion du testament *ruptum* que Gaius énumère les cas d'agnation d'un héritier sien. — Voir ci-dessus, *Exhérédation.*

» volonté du testateur qui, pouvant changer ses dis-
» positions jusqu'à la mort, marque assez par celles
» qu'il fait dans le second testament qu'il veut que
» les premières demeurent sans effet (1). »

J. § 2. — Le second testament, pourvu qu'il soit *jure factum*, et quoiqu'il devienne *ruptum vel irritum* pour une cause quelconque, annule le premier. Dans ce cas, le testateur meurt sans testament, le premier étant annulé par le second, et le second manquant d'avoir son effet (2).

Survie du testateur à l'institué. — S'il arrive que l'institué meure avant le testateur, quoiqu'après le testament, le prédécédé n'ayant rien acquis ne transmet rien à ses héritiers : *testamentum rumpitur* (3).

Incapacité de l'héritier au temps de la mort. — S'agit-il d'un héritier *nécessaire* ou *sien et nécessaire*,

---

(1) Domat, l. 3, t. 1, s. 5.

(2) J. § 3. — Le second testament est fait *ex certis rebus*. Ces mots *ex certis rebus* sont réputés non écrits. Le premier testament est rompu. Un rescrit de Sévère et Antonin décide que l'hérédité devra se contenter des choses qui lui sont données ou qu'il retiendra *la quarte falcidie*, mais que le surplus de l'hérédité sera restitué à l'héritier inscrit dans le testament rompu.

(3) D. 34-8, l. 4. — Si eo tempore quo institutio adscribebatur, hæres in rebus humanis non erat, pro non scripta habebitur.

l'institution est un ordre qui, au décès, s'exécute instantanément, *vi ipsa testamenti*. — La continuation du défunt se fera sans trait de temps ou elle ne se fera pas. — Donc, l'héritier doit avoir faction de testament quand vient la mort ; sinon *rumpitur testamentum*.

S'agit-il d'un institué externe, l'institution est *une offre* de l'hérédité : offre faite au décès, acceptée par *adition*. Donc l'institué doit avoir faction de testament au temps du décès et au temps de l'adition ; sinon *rumpitur testamentum*.

La faculté d'accepter est exclusivement attachée à la personne de l'institué. Donc, si, après le décès, avant l'*adition*, il meurt ; — *rumpitur testamentum*.

Renonciation.—L'héritier institué renonce à l'hérédité : *si nemo subiit hæreditatem, omnis vis testamenti solvitur* (1). On dit indifféremment que, dans ce cas, le testament est *ruptum, vel irritum, vel destitutum*.

Dans le cas où l'institué serait l'héritier légitime, la renonciation au testament lui fait gagner de ne pas acquitter les legs, sans perdre l'hérédité, puisqu'il la prend *intestato*. — Le préteur, *ejus calliditati occurrens*, donne contre l'héritier *intestato* l'action *petitionis legatorum* (2). — Pareillement, dans le cas où l'institué renonce à l'hérédité, par collusion avec

---

(1) D. 50-17, l. 181.
(2) D. 29-4, l. 1 et 9.

l'héritier *ab intestat*, afin de faire tomber les legs, le préteur donne contre le possesseur de l'hérédité *petitiones legatorum* (1).

J. § 4 et 6. — *Diminution de tête du testateur.* — Elle rompt le testament ; dans ce cas, on dit spécialement que le testament est *irritum*. — Si le testateur n'a subi que la petite diminution de tête et que le testament porte la signature de sept témoins, le préteur accorde la *B.-P. secundum tabulas*.

G. 148. — POSSESSIONS DE BIENS, *secundum* TABULAS. Elles sont accordées, soit que le testament *ab initio non jure factum sit*, — soit que le testament *jure factum* devienne *ruptum*, *vel irritum*, tantôt elles sont *cum re*, tantôt *sine re*.

On a la possession de biens *sine re*, quand on peut être dépossédé par l'héritier *ab intestat*, — *cum re* dans le cas contraire. Il résulte, en effet, d'un rescrit d'Antonin que, dans certains cas (2), ceux qui ont obtenu la possession de biens *secundum tabulas* repousseront, par l'exception de dol, l'action en pétition d'hérédité introduite par les héritiers du droit civil.

J. § 7. — *Changement de volonté.* — Tout testament renferme la condition que le testateur persévérera dans la même volonté jusqu'à sa mort.

---

(1) D. 29-4, l. 1, § ult., l. 4.
(2) Le texte est incomplet.

« D'où il s'ensuit que c'est toujours la mort du » testateur qui, accomplissant la condition de sa per- » sévérance jusqu'au dernier moment, donne dans » ce moment même à son testament sa validité. Ce » qui produit le même effet que si le testateur avait » réitéré son testament au moment de la mort ou s'il » ne l'avait fait qu'alors (1). »

Mettez en présence un testament *jure factum*, et un second testament inachevé ou *non jure factum* : qui des deux exprimera la volonté la plus *nouvelle?* — Ce sera le plus ancien. En effet, le testament *recte factum*, si loin que remonte sa confection, contient la *dernière* volonté du mourant.

C'est pourquoi un second testament *non jure factum* ne révoque point le premier testament; « mais si » le testateur déchire son testament, s'il y raye ou » barre les seings, ou met autrement ce testament en » tel état par des ratures ou des effaçures (2) qu'il » paraisse que son intention ait été de l'anéantir, il » demeurera nul encore qu'il n'y ait pas d'autre tes- » tament (3). » — Par cette raison que ces actes matériels *irréparables* indiquent un changement de volonté définitif.

Trois hypothèses. — Un seul héritier est institué ;

---

(1) Domat, l. 1, t. 1, s. 1.
(2) D. 28-4, l. 1. — Lituræ, inductiones, superinductiones.
(3) Domat, l. 3, t. 1, s. 5, § 21.

la radiation de l'institution infirme le testament. — Deux héritiers sont institués, et un seul est rayé ; ce testament vaut, et les legs, à la charge de l'héritier rayé, seront dus par l'autre héritier, car il prend l'hérédité toute entière. — Le testament contient une institution et une substitution : l'institution est rayée et la substitution devient institution (1).

J. § 8. — Auguste avait pour agréable d'être institué héritier ou de recevoir quelques legs. Ce n'était point par avarice, mais ces témoignages de l'amitié des morts le flattaient. Les testateurs s'en trouvèrent bien : on instituait l'Empereur, *litis causa*, pour mieux assurer la validité de son testament.

Pertinax, qui n'était que soldat, déclara qu'il n'accepterait aucune libéralité testamentaire, à qui l'autorité du droit manquerait. Après lui, Sévère et Antonin répétèrent *très-souvent : Licet soluti sumus, attamen legibus vivimus*, ce qui prouve, ou que les princes étaient très-souvent sollicités de se mettre au-dessus des lois, ou qu'ils avaient naturellement le goût des belles maximes.

DE INOFFICIOSO TESTAMENTO.

(J. t. 18. — D. 5, t. 2. — Paul s. 4, 5.)

Aux approches de l'empire, un art nouveau s'in-

(1) D. 28-4, l. 2.

troduit à Rome : les complaisants des vieillards (*quotidiani salutatores*), les amis des veuves (*qui mendaci specie grassantur amoris*), les séducteurs et les calomniateurs (*falso parentis instimulatores*), achètent pour un écu les héritages, à la charge de servir fidèlement les dieux domestiques (1).

Les prudents cherchèrent un remède : *Gaius ait : non est consentiendum parentibus qui injuriam adversus liberos inducunt.* — Ce remède fut la *querelle d'inofficiosité : de inofficioso, vis illa docere se immerentem ac indigne exheredatione summotum.*

La querelle d'inofficiosité ne pose point la question de savoir si le testateur était fou (*demens vel furiosus*) ; car l'œuvre d'un fou est nulle.

La question n'est point de savoir si le testateur a été corrompu *delinamentisve*, *instigationibusve* (L. 3). Les flatteries et les instigations ne laissent point de traces, et les prudents n'ont point commis cette faute d'assurer le succès des captateurs en imposant à l'héritier de faire contre eux une preuve impossible.

Le droit romain voit les seules choses qui doivent être vues : *officium pietatis et jus liberorum.*

Marcellus *ait : Recte fecit testamentum, sed non* EX OFFICIO PIETATIS (L. 2).

Paulus : *Inofficiosum dicitur testamentum quod,*

(1) G. 11-252. — D. 5-2, l. 4 et 5.

frustra liberis exheredatis, NON EX OFFICIO PIETATIS *videtur conscriptum* (S. 4-5).

Domat résume ainsi la doctrine des lois précitées (1): « comme la nature et les lois qui appellent les enfants » à l'hérédité de leurs parents regardent les biens » des parents comme déjà propres aux enfants, ils » ne peuvent en être privés, s'ils n'ont mérité une » telle peine qui, leur ôtant leurs biens, flétrit leur » honneur et les met en état de tomber encore en » de plus grands maux (2). »

La querelle d'inofficiosité procède d'une fiction : *hoc colore, quasi non sanæ mentis fuerit testator* : l'exhérédation d'un fils est un attentat à la piété familiale. Qui le commet est tenu pour *insensé* (*non sanæ mentis*), à moins que le fils n'ait mérité d'être exhérédé.

La cause est portée devant le tribunal des *centumvirs*, grand jury romain, souverain appréciateur des faits. Avant de comparaître devant les centumvirs assemblés, les parties doivent accomplir les solennités de l'*actio sacramenti* (3). Le préteur n'a point de formule à délivrer, puisqu'il préside le jury centumviral et qu'il pose directement l'interrogation ; mais il dit qui sera demandeur, qui sera défendeur.

---

(1) L. 3, t. 2, s. 2.

(2) L'art. 901 de notre Code civil procède évidemment de la querelle d'inofficiosité : il devrait être, mais il n'est point appliqué selon les principes romains.

(3) Gaius, 4-195.

La fiction de droit *docet filium immerentem ac indigne exheredatione summotum*. Par conséquent, le fils sera défendeur, et l'interrogation sera : *an fuerit sanæ mentis testator ?*

Si le débat démontre que le fils a mérité d'être exhérédé, le verdict répondra affirmativement. Donc, c'est à l'héritier testamentaire que le fardeau de la preuve incombe.

Le code de Justinien impose à l'héritier testamentaire une option : ou cet héritier prouvera contre le fils des faits d'ingratitude, — ou s'il ne prend ce parti, le fils devra prouver qu'il a eu pour le testateur le respect commandé par la nature. Cette preuve suffira (1).

Les Novelles ont changé ce système. Elles dressent limitativement les causes d'exhérédation : ces causes sont au nombre de treize. — Le testament doit exprimer la cause de l'exhérédation ; — l'héritier testamentaire doit en outre prouver que cette cause existe. — D'où il résulte que, jusqu'au code civil, on a tenu pour certain que « ce n'est pas assez pour rendre » justes les effets de l'exhérédation que les parents ou » les enfants expliquent les causes du testament ; que » les héritiers institués doivent prouver les faits qui » fondent l'exhérédation, et s'ils ne la prouvent, qu'elle » sera nulle (2). »

---

(1) Code, l. 28, *de inoff. test.*
(2) Domat, l. 3, t. 2, s. 2, § 5.

Qui peut intenter la querelle d'inofficiosité? — Les enfants exhérédés ou omis, — les ascendants omis, — les frères et sœurs, quand le testament institue une personne notée d'infamie (*turpis persona*).

L'action est attachée à la personne de l'ayant-droit; elle ne passe point aux héritiers du fils qui meurt sans l'avoir introduite. *Papinien*, tempérant cette rigueur, enseigne que si l'exhérédé s'est préparé à intenter la querelle, le droit passe aux héritiers (L. 6).

Fins de non recevoir. — 1° *Délai:* deux ans sont accordés à l'exhérédé pour introduire la querelle; ce temps fut porté à cinq ans; il court du jour de l'adition de l'hérédité; 2° *moyen extraordinaire*, la querelle n'est accordée qu'à défaut de tout autre moyen, car elle est injurieuse pour le testateur. Elle est refusée même à ceux qui n'ont que le secours de la possession de biens *contra tabulas*; 3° *obtention du quart de l'hérédité*, soit *jure adcrescendi* (G. 124), soit *ex testamento*, soit *ex donatione mortis causa*. Dans tous ces cas, le testateur teste avec sécurité (L. 6). — Il suffit donc que l'exhérédé obtienne, *mortis causa*, le quart de l'hérédité pour que la QUERELLE d'inofficiosité soit non recevable.

Cette fin de non recevoir prit de l'exteusion. L'empereur Zénon dit que la donation *ante nuptias*, Justinien dit que la donation *ad militiam emendam* rendront le donataire non recevable à exercer *la querelle*, à moins que ces donations ne soient infé-

rieures au quart de l'hérédité. Constantin décide que si le testateur a écrit que la quarte sera complétée, l'exhérédé obtient, au lieu de la querelle, une action en complément. Telle est l'origine de la *part légitime*.

L'approbation du testament, la transaction sur procès, le désistement de l'action sont plus que des fins de non recevoir : ces actes éteignent le droit lui-même (1).

Contre qui la querelle peut-elle être intentée? — La querelle est intentée contre l'institué seul ; ni les légataires, ni les fidéi-commissaires ne sont parties au procès. En effet, tout étant subordonné à l'institution, ce qui est jugé pour ou contre l'héritier est jugé contre eux.

La qualité de l'institué, fût-il même l'Empereur, ne fait point obstacle à la querelle (2).

Effets de la querelle. — 1° Quand la querelle échoue le testament est exécuté ; en outre, celui qui a intenté l'action perd ce que le testament lui aurait donné.

---

(1) J. §§ 4 et 5. — Il est évident que le tuteur qui au nom du pupille accepte quelque chose du testament ne perd point le droit d'exercer la querelle de son chef. La proposition inverse est pareillement vraie. En effet, le tuteur est, quant à ses droits *personnels*, une personne distincte de son pupille.

(2) Paul, s. 4-5, § 3. — Testamentum in quo imperator scriptus est hæres, inofficiosum argui potest. Eum enim qui leges facit, pari majestate legibus obtemperare convenit : les captateurs romains étaient d'habiles gens, ils savaient préserver les testaments aussi bien que les obtenir.

Cette conséquence pénale ne peut se produire dans le dernier état du droit : la querelle d'inofficiosité étant refusée et l'action en complément étant seule accordée à celui qui obtient quelque chose du testament.

2° Quand la querelle réussit, l'institution testamentaire tombe et avec elle tout le contenu du testament (1). L'hérédité *ab intestat* est ouverte au profit de tous ceux qui y auraient eu droit si aucun testament n'avait été fait. De sorte que le succès de la querelle profite à ceux-mêmes qui ne l'ont pas intentée ; elle nuit aux légataires qui ne sont pas parties dans le procès. S'ils ont touché leurs legs, on a contre eux l'action en restitution de l'indû.

Ces résultats sont contraires au principe : *res inter alios judicata alii neque nocet neque prodest*, mais cette exception est certaine (2).

Celui qui a intenté la querelle n'a droit qu'à sa part héréditaire.

Si l'institué contre qui le testament est infirmé est d'ailleurs héritier *intestato*, il prendra sa part héréditaire. Si quelqu'un des héritiers s'est abstenu *répudiant l'hérédité*, sa part accroît aux autres (3).

Des donations inofficieuses. — Une constitution impériale pose le principe de la querelle d'inofficiosité contre les donations.

---

(1) L. 8, § 16.
(2) *Idem*.
(3) L. 6, § 1, l. 19.

C'est une imitation de la querelle contre les testaments.

D'où il faut conclure que la querelle des donations inofficieuses est accordée aux mêmes personnes et dans la même mesure que la querelle contre les testaments (1).

DE LA LÉGITIME.

DÉFINITION.

« La légitime est une portion de l'hérédité que les » lois affectent aux mêmes personnes qu'on ne peut » priver de la qualité d'héritier, et à qui elles don- » nent le droit de se plaindre des dispositions inoffi- » cieuses.

» Ce qui fait que la liberté de disposer à leur pré- » judice a été bornée ; de sorte qu'il leur reste une » partie de l'hérédité dont on ne peut les priver par » aucune disposition (2). »

ORIGINE DE LA LÉGITIME.

Le pouvoir du père de famille romain, absolu tant que le père vit, est très-restreint comme volonté testamentaire.

---

(1) Frag. vat. § 270. — D. 31, l. 87, § 3.
(2) Domat, l. 3, t. 3, s. 1.

Le père ne peut dépouiller ses descendants qu'en les exhérédant et en instituant un héritier.

Or, l'institution d'un héritier est subordonné au suffrage du peuple.

Le testament *per æs et libram* est substitué au testament *calatis comitiis ;* mais ce testament est à l'origine un acte entre vifs qui dépouille le testateur, malgré la *fiducie* sous-entendue.

Quand la mancipation devient purement fictive et que le testament consiste dans la *nuncupation* qui y est jointe, le droit des enfants acquiert une double garantie : — les enfants passés sous silence obtiennent la possession de biens *contra tabulas testamenti;* et les enfants exhérédés font tomber le testament par la querelle d'inofficiosité. — Dans cet état du droit, le pouvoir de tester n'existe que contre les enfants qui ont mérité d'être exhérédés.

A la vérité, une constitution de Constantin décide que l'enfant, s'il a reçu quelque chose du testament, n'a droit qu'à une action en complément; à la condition toutefois que le testateur ait ajouté que la quarte serait, s'il en est besoin, complétée, *boni viri arbitratu*. Justinien supprime la nécessité de cette mention ; l'héritier qui a reçu quelque chose n'a jamais que l'action en complément du quart.

Cette action en complément est une imitation de la rétention du quart autorisée par la loi *Falcidie* au profit de l'héritier institué.

Différence entre la querelle et l'action en complément. — La querelle est une action en pétition d'hérédité portée devant les *Centumvirs ;* — elle se prescrit par cinq ans — elle n'est transmissible que par exception; au cas d'échec, elle est pénale.

L'action en complément est une action personnelle, soumise à la juridiction ordinaire, — elle a la durée ordinaire des actions ; — elle est transmissible aux héritiers; — au cas d'échec, elle ne fait pas perdre les avantages du testament.

Cette action en complément est la transition entre la querelle d'inofficiosité et le système organisé par la Novelle 118.

NOVELLE 118.

La Novelle 118 divise l'hérédité en deux parts : l'une disponible, l'autre réservée aux parents qui, d'après le droit ancien, avaient qualité pour exercer la querelle d'inofficiosité (1).

Les dons entre vifs sont imputés sur la part disponible, et, s'ils la dépassent, ils sont réductibles.

Cetie part réservée est de moitié si les fils sont plus de quatre; dans le cas contraire, elle est du tiers.

---

(1) J. Nov. 18. — Hoc omnibus observandum, in quibus ab initio antiquæ quartæ ratio de inofficiosa lege decreta est.

Donc la légitime fixée par la Novelle est *supérieure* à l'ancienne légitime s'il n'y a qu'un fils (moitié); *égale*, s'il y en a deux (un quart chacun); *moindre*, s'il y a plus de deux fils.

Les décédés sont représentés par leurs enfants qui ne comptent que pour une tête et partagent entre eux.

A défaut de descendants, la portion indisponible est du tiers à partager entre la ligne paternelle et la ligne maternelle. Dans chaque ligne, le plus proche exclut le plus éloigné. S'il n'y a qu'une ligne, elle recueille tout le tiers.

RÉSUMÉ.

La transmission testamentaire, abstraction faite de l'antique institution d'héritier, n'est fondée sur rien, si ce n'est sur la permission de la loi. Quand donc la Novelle 118 eut fait du patrimoine héréditaire deux parts : l'une dont le testateur peut disposer *contra officium pietatis ;* l'autre acquise quand même à la lignée; il ne resta rien du droit de la famille *quiritaire.*

SEPTIÈME ÉTUDE.

DE LEGATIS.

(J. t. 20.)

Première Partie.

DÉFINITIONS.

Legatum est donatio quædam a defuncto relicta : Le legs est une libéralité à cause de mort, mais toute libéralité à cause de mort n'est pas un legs : donc la définition est insuffisante.

Legatum est delibatio quædam hæreditatis qua testator ex eo quod universum hæredis foret, alieno dari velit (1).

« Le legs est un ordre par lequel le testateur veut que certaine chose soit retranchée de l'universalité héréditaire pour être donnée à un autre que l'héritier. » Cette définition est complète et vraie. Domat la développe ainsi : « Les legs sont des dispositions particu- » lières, à cause de mort, qui distinguent les léga-

(1) D. 30-1, l. 1.

» taires de l'héritier, en ce qu'ils ne succèdent qu'à
» ce qui est distrait de l'hérédité pour leur être
» donné, et qu'ils sont comme des successeurs par-
» ticuliers, au lieu que l'héritier est le successeur
» universel de la masse des biens (1). »

ANTIQUE DIVISION DES LEGS.

G. 192. — *Legatorum genera sunt quatuor : aut enim* PER VINDICATIONEM *legamus, aut* PER DAMNATIONEM, *aut* SINENDI MODI, *aut* PER PRÆCEPTIONEM.

G. 193. — TITIO HOMINEM STICHUM DO LEGO. Cette formule *per vindicationem* transfère *par elle-même* le *dominium*. L'héritier n'a rien à faire pour que le légataire soit approprié, ce legs est une manière d'acquérir la propriété.

G. 216. — TITIUS HOMINEM STICHUM PRÆCIPITO. *Præcipere*, prendre avant partage. D'où Sabinus conclut que ce legs ne peut être fait qu'à un *co-héritier institué*, et qu'il ne peut avoir pour objet qu'une chose héréditaire (2). Il a l'effet du legs précédent.

---

(1) Domat, l. 4, t. 2 pr.

(2) G. 221. — Les jurisconsultes d'une autre école enseignent qu'un legs *per præceptionem* peut être fait *etiam extraneo*, parce qu'on prend la syllabe PRÆ pour non écrite. Suivant cette opinion, confirmée par un rescrit d'Adrien, ce legs se confond avec le legs *per vindicationem*, et il n'y a que trois genres de legs.

G. 201. — HÆRES MEUS STICHUM TITIO DARE DAMNAS ESTO. Ce legs *per damnationem* ne transfère point le *dominium ;* son effet est de constituer le légataire créancier de l'héritier.

Le légataire agira par action *in personam,* afin que l'héritier soit condamné à lui transférer, par mancipation ou par tradition, la chose léguée (1).

G. 209. — *Hæres meus damnas esto,* SINERE TITIUM HOMINUM SUMERE *sibique habere.* Ce legs *sinendi modo* n'est point, comme le legs *per vindicationem,* translatif de propriété ; la chose léguée n'est point acquise au légataire aussitôt après l'adition d'hérédité ; elle continue d'appartenir à l'héritier jusqu'à ce que celui-ci, par mancipation, tradition ou *cessio in jure,* la fasse entrer dans le patrimoine du légataire. — Ce genre de legs donne au légataire une action *in personam* (2).

G. 214. — D'autres jurisconsultes sont d'avis que l'héritier n'est point tenu de manciper, ou livrer, ou céder *in jure* la chose léguée ; qu'il suffit que l'héritier la laisse prendre. Ce dissentiment laisse incertain le caractère de ce genre de legs qui paraît tenir le milieu entre le legs *per vindicationem* et le legs *per damnationem.*

---

(1) G. 113. — Intendit legatarius hæredem rem legatam sibi dare oportere.

(2) Par cette action le légataire *intendit,* nomine legati, quidquid hæredem ex testamento dare facere oportere.

G. 210. — Le legs *sinendi modo* contient *plus* que le legs *per vindicationem ; moins* que le legs *per damnationem*. Car il permet de léguer sa chose et celle de son héritier ; au lieu que *per vindicationem* on ne peut léguer que ce qui est à soi, et que *per damnationem* on peut léguer la chose d'un étranger quelconque (*cujus libet extranei*).

De ces différences, voici la raison : Je ne puis transférer le *dominium* que je n'ai pas ; — l'héritier peut devenir débiteur d'une chose qu'il n'a pas ; — ce serait un non-sens de condamner l'héritier à souffrir qu'on prenne ce qu'il n'a pas.

Sénatus-consulte Néronien (G. 197). Ce sénatus-consulte, fait au temps de Néron, décide que tout legs, *per vindicationem*, *vel per præceptionem*, *vel sinendi modo*, qui serait nul pour ne pas remplir les conditions particulières à ces genres de legs, sera réputé fait *per damnationem*, afin que sous cette forme il produise effet : *Optimum jus est per damnationem legare*.

Le sénatus-consulte Néronien fait valoir comme legs *per damnationem* : 1° le legs *per vindicationem* de la chose d'autrui ; 2° le legs *per præceptionem* d'une chose qui n'est pas dans l'hérédité ; 3° le legs *sinendi modo* d'une chose qui n'appartient ni au testateur, ni à l'héritier.

J. § 2. — *Justinien* abroge la division des legs fondée sur la différence des formules : l'on doit

suivre la volonté du testateur et non obéir aux mots. Poussant ce principe jusqu'à ses dernières conséquences, l'Empereur dit que ce qui manque au droit des legs sera complété par le droit des fidéi-commis et réciproquement. De sorte que legs et fidéi-commis sont soumis aux mêmes règles et produisent les mêmes effets. — Quoiqu'il en soit, les Institutes exposent la pure théorie des legs (1).

Pour rendre plus efficace la volonté du testateur, Justinien accorde au légataire : 1° action *in personam* contre l'héritier ; 2° action *in rem* contre tout détenteur de la chose léguée ; 3° action hypothécaire sur tous les biens de l'hérédité. L'action *in rem* accordée à tout légataire d'un corps certain, fait du legs un mode général d'acquisition du *dominium* et de ses démembrements (2).

Accroissement (3).— *Titius mihi hæres esto ; Seius mihi hæres esto.* Je donne à *Titius*, je donne à *Seius* toute l'hérédité ; ils sont institués *conjointement*. Le concours fera des parts entre eux, mais, à défaut de concours, celui d'entre eux qui viendra *seul* à l'héré-

---

(1) Au Digeste, les legs et les fidéi-commis sont confondus.

(2) Il est presque inutile de rappeler que l'action *in rem* ne s'applique qu'à un corps individuellement déterminé.

(3) Le régime de l'accroissement a trois époques : avant les lois Caducaires, pendant les lois Caducaires, après les lois Caducaires Il ne s'agit ici que de l'antique droit d'accroissement et de la conjonction *re*. On traitera séparément des lois Caducaires.

dité la prendra toute, comme étant toute à lui *ab initio* (1).

Titio hominem Stichum do lego; Seio eumdem Stichum do lego : ces legs font et *Titius* et *Seius* propriétaires, chacun de toute la chose léguée, c'est-à-dire légataires *conjoints*. Le concours fera des parts entre eux ; mais. à défaut de concours, celui d'entre eux qui recueillera seul son legs, prendra toute la chose léguée comme étant toute à lui *ab initio* (2).

Le concours *nocet* aux légataires, en ce qu'il fait décroître la propriété que chacun tient du testament. Le défaut de concours *prodest* au légataire, en ce que ce *décroissement* n'a pas lieu ; dans ce dernier cas, l'on dit qu'il y a *accroissement* du legs. — Quant à l'héritier, le concours ou le défaut de concours, *nec nocet, nec prodest.*

Ce qui vient d'être dit du legs *per vindicationem* est vrai du legs *per præceptionem*, lequel pareillement fait le légataire propriétaire de la chose à lui léguée.

G. 205. — *Legs per damnationem.* Ce legs fait le légataire créancier et l'héritier débiteur. Donc on doit appliquer ici les règles propres aux créances et aux obligations. — Or, entre deux créanciers qui ont sti-

---

(1) D. 30-3, l. 80. — Conjunctim hæredes institui hoc est : totam hæreditatem singulis datam esse, partes autem concursu fieri.

(2) D. 30-3, l. 80.— Conjunctim legari hoc est : tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri.

pulé par une formule unique (*conjunctim verbis*), la division de la créance est de droit et quoiqu'il arrive chacun n'a que la moitié de la chose stipulée. Que si, au contraire, deux stipulations sont faites par formules séparées (*disjunctim verbis*), chacun des stipulants est créancier de tout ce qu'il a stipulé ; de sorte que, si la même chose fait l'objet de deux stipulations, cette chose est due deux fois (*singulis singula debetur*) (1), l'un aura la chose, l'autre l'estimation de la chose.

Titio et *Seio, hæres meus Stichum dare damnas esto* : Par la force même de l'unité de cette formule (*vi ipsa damnationis*), la division est de droit : *damnatio partes facit.*

Titio, hæres meus dare damnas esto.— Seio, hæres meus dare damnas esto : Par la force même de la séparation de ces formules (*vi ipsa cujusque damnationis*), *Titius* d'une part, *Seius* d'autre part, sont créanciers de toute la chose léguée.

Dans ces diverses hypothèses, entre les légataires, le concours *non nocet*, le défaut de concours *non prodest ;* quant à l'héritier, le concours *nocet*, le défaut de concours *prodest : quoniam deficientis portio in hæreditate remanebit* (2). L'accroissement est étranger aux legs *per damnationem*.

---

(1) J. l. 3, t. 16 pr.
(2) Frag. vat. § 85.

G. 215. — *Legs sinendi modo.* Comme ce legs est fait par la formule *damnas esto*, l'unité de la formule fait des parts entre les co-légataires (*conjuncti re et verbis*). La part du défaillant profite à l'héritier ; donc entre les co-légataires, point d'accroissement.

Dans le cas où les formules sont séparées (*disjunctim verbis, conjunctim re*), il y a controverse : les uns enseignent que toute la chose léguée est due à chacun *sicut per damnationem ;* d'autres sont d'avis que le légataire, premier occupant, aura tout et l'autre co-légataire rien. En effet, dans ce genre de legs, l'héritier doit souffrir qu'on prenne: quand rien n'est plus à prendre, l'héritier est quitte de son obligation. Mais, quelle que soit la doctrine qui l'emporte, le legs *sinendi modo* exclut l'accroissement entre co-légataires.

Résumé : Legs par formule *damnas esto*, point d'accroissement : le concours ou le défaut de concours *nec nocet, nec prodest* aux légataires. C'est à l'héritier, que le concours *nocet*, que le défaut de concours *prodest*.

Legs par formule *do, lego vel præcipito*, accroissement : le concours ou le défaut de concours *nec nocet, nec prodest hæredi*. C'est aux légataires que le défaut de concours *prodest*, que le concours *nocet*.

L'accroissement est forcé, car il se fait *de portion à portion*. — Comme on ne peut accepter un legs

pour partie (1), il faut bien que le légataire conserve la part que son co-légataire défaillant ne lui enlève point. Par cette même raison, l'accroissement a lieu *sine onere*, c'est-à dire sans être grevé des charges imposées au défaillant.

Deuxième Partie.

DIES LEGATI CEDIT, DIES LEGATI VENIT.

Dies cedit : cette expression s'applique à tous les droits ; elle indique qu'ils commencent d'exister.

S'agit-il d'une créance ? *Dies cedit* signifie que la somme commence d'être due ; *dies venit* signifie que la somme due devient exigible (2).

La créance est-elle pure et simple? *Ubi pure cessit et venit dies* : aussitôt née, aussitôt elle est exigible. — Est-elle à terme ? *Cessit dies, sed nondum venit* : elle existe, l'exigibilité n'est pas venue. — Est-elle conditionnelle ? *Pendente conditione neque cessit, neque venit dies* : tout est en suspens, l'existence du droit et son exigibilité (3).

---

(1) D. 30-1, l. 38. — Legatarius pro parte acquirere, pro parte repudiare legatum non potest.
(2) D. 50-16, l. 213.
(3) *Idem*.

Quando dies legati cedit ? — Le testament est fait en vue de la mort ; jusqu'au dernier instant de la vie, il est révocable ; donc, aucun droit testamentaire n'existe *vivo testatore*.

A l'instant du décès, *dies legati cedit*, si le legs est pur et simple. *Dies legati cedit*, à l'instant de l'événement de la condition, si le legs est conditionnel.

Quoique la validité du legs dépende de cette éventualité : l'*héritier fera-t-il adition* (1)? — *dies legati cedit ante aditam hæreditatem*. Le droit du légataire commence d'exister quand le droit de l'héritier n'existe pas encore (2).

« Cette différence entre la condition des légataires » et celle des héritiers a été établie par cette raison » qu'il aurait pu arriver que si le droit n'eût été acquis » au légataire que par l'adition d'hérédité, adition » que l'héritier pouvait différer, le légataire qui serait » mort dans l'intervalle, entre la mort du testateur » et l'adition d'hérédité, aurait perdu son droit et » n'en aurait rien transmis à ses héritiers. — C'était » comme une grâce qu'on faisait aux légataires de » distinguer leur condition de celles des héritiers, » pour ce qui regarde la transmission. Et, comme

---

(1) Cette éventualité ne fait point le legs conditionnel, car elle est de droit inhérente à tous les legs.

(2) D. 36-2, l. 7. — Hæredis aditio moram legati quidem petitioni facit, cessioni diei non facit.

» cette grâce n'était accordée que pour faire cesser » un inconvénient, elle n'avait pas lieu dans les cas » où l'inconvénient n'était pas à craindre.

» Ainsi pour le legs d'un usufruit (1) ou pour le » legs de la liberté à un esclave (2), qui sont des » legs bornés aux personnes des légataires, *dies legati* » *non cedit ante aditam hæreditatem* (3). »

Pareillement, l'ouverture du legs est retardée jusqu'à l'adition d'hérédité toutes les fois que ce retard est nécessaire pour que le legs puisse exister. Ce qui a lieu dans les cas suivants : 1° le testateur fait un legs à son esclave en même temps qu'il l'affranchit. Si l'ouverture du legs précédait l'acquisition de la liberté, l'hérédité serait créancière et débitrice du legs : le legs deviendrait nul (4). — 2° Le testateur lègue son esclave à autrui; à cet esclave, il fait un legs. Si l'ouverture du legs précédait l'adition d'hérédité, l'hérédité *jacente* serait créancière et débitrice du legs : le legs deviendrait nul (5).

Quando dies legati cedit, trois effets ont lieu : 1° le legs devient transmissible aux héritiers du légataire;

---

(1) Frag. vat. § 60. — Nam quum ad hæredem non transfertur, frustra est si, ante aditam hæreditatem, quis diem legati cedere dixerit.
(2) D. 36-2, l. 8.
(3) Domat, l. 3, t. 1, s. 10.
(4) D. 36-2, l. 7. — Inst. 20, § 20.
(5) D. 36-2, l. 7, § 6. — Servo, legati relicti ante aditam hæreditatem dies non cedit.

— 2° l'importance de la chose léguée est fixée ; — 3° si le légataire est *alieni juris*, le *dies cedit* détermine la personne qui profitera du legs (1).

En outre, au jour où *dies legati cedit*, on juge si la chose léguée est capable d'être léguée, et si le légataire a faction de testament.

Pour être devenu transmissible, *quando dies legati cedit*, le legs n'est pas encore acquis : le légataire ou ses héritiers peuvent le répudier. Le legs n'est acquis que par l'acceptation du légataire et l'adition d'hérédité. C'est alors, seulement, que les choses léguées, étant entrées dans le patrimoine du légataire, les héritiers de ce légataire ne pourront les séparer de l'hérédité qu'ils recueillent (2).

Domat pose très-exactement la différence entre l'effet du *dies cedit* et l'effet de l'acceptation du legs : « La transmission est le droit que peut avoir le légataire de faire passer à ses successeurs les legs qui » le regardent, s'il meurt avant d'avoir exercé son » droit. — Quand le légataire a *reçu* le legs, ce n'est » plus par transmission que son droit passe à ses

---

(1) C'est le maître au jour de l'ouverture du legs qui aura la chose léguée.

(2) G. 194.— Les Sabiniens enseignent que, au cas de legs *per vindicationem*, le légataire devient propriétaire de la chose léguée *etiamsi ignoret sibi legatum esse dimissum*. Les Proculéiens enseignent que la chose léguée est *res nullius* tant que le legs n'a pas été accepté.

» héritiers; mais simplement par succession, comme
» ses autres biens (1). »

RÈGLE CATONIENNE.

Deux règles sont en présence, se confirmant l'une l'autre.

Ce qui ne commence pas conformément au droit (*ab initio vitiosum*) ne devient pas valable par le seul effet du temps (2).

Tout ce qui procède d'un testament a chance d'exister, pourvu que le commencement soit conforme au droit (*initium sine vitio*) (3).

Initium, quid est?

De tout temps, on admit cette règle de droit : si, au moment de la confection du testament, l'héritier institué n'a point *factio testamenti*, la capacité postérieurement acquise n'efface point le vice originaire : *quæ ab initio fuit inutilis* INSTITUTIO *ex post facto convalescere non potest* (4).

Le legs n'est point (comme l'institution) une partie

---

(1) Domat, l. 3, t. 1, s. 10.

(2) D. 50-17, l. 29. — Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.

(3) D. 50-17, l 201. — Omnia quæ ex testamento proficiscuntur, ita statim eventus capiunt, si initium quoque sine vitio cœperunt.

(4) D. 50-17, l. 210.

essentielle du testament. C'est pourquoi le droit ancien posait cette question : l'*initium* du legs doit-il être fixé au jour de la confection du testament; doit-il, au contraire, être fixé *quando dies legati cedit?* — La règle *catonienne* vint et mit fin à cette controverse.

Voici le texte de cette règle : « *Quod si testamenti facti tempore decessisset testator inutile foret, id legatum quandocumque decesserit non valere* (1).

Pour appliquer cette règle, on suppose qu'à l'instant où le testament vient d'être fait le testateur meurt. De sorte que le legs est jugé *ab initio testamenti*.

La règle est inutile, quand cette fiction est inapplicable. Il n'importe, en effet, que le testateur soit réputé mort à l'instant de la confection du testament, quand le legs est de telle nature que le droit du légataire ne saurait commencer d'exister à l'instant de la mort. La règle catonienne implique donc des exceptions. C'est pourquoi le texte dit : *in quibusdam regula falsa est* (2).

Ces exceptions sont déjà connues. Ne sont point soumis à la règle catonienne : 1° les legs qui ne sont ouverts qu'à l'adition d'hérédité (3) ; 2° les legs conditionnels qui ne sont ouverts qu'à l'événement de la condition (4).

(1) D. 34-7, l. 1.
(2) *Idem*.
(3) Voir ci-dessus.
(4) D. 34-7, l. 1, 2 et 3.

De même sont exceptés, les legs purs et simples, quand l'institution est conditionnelle. En effet, l'existence de l'institution décide de l'existence du legs. L'on ne doit, au point de vue de la règle catonienne, tenir le legs pour ouvert, tant que l'institution est en suspens (1).

La règle catonienne est sans effet en ce qui touche les lois caducaires, car ce n'est point au jour de la confection du testament, mais au jour de l'ouverture des tables testamentaires, que l'on jugera si le légataire est *orbus* ou *cœlebs* (2).

APPLICATIONS.

J. § 32. — Je fais un legs à l'esclave de Titius, mon héritier.

Titius ne peut être à la fois débiteur et créancier de ce legs; donc, ce legs est nul par application de la règle catonienne.

Mais si ce legs est conditionnel, et qu'à l'événement de la condition, l'esclave ne soit plus au pouvoir de mon héritier, — l'esclave acquerra pour son nouveau maître; — il acquerra pour lui-même, s'il est affranchi; donc, ce legs produira effet.

(1) D. 34-7, l. 4.
(2) D. 34-7, l. 5.

J. § 33. — J'institue héritier Stichus, esclave de Titius; en même temps, je fais un legs à Titius.

Si la règle catonienne était applicable, le legs serait nul, car Titius serait créancier et débiteur du legs.

Mais Stichus ne deviendra mon héritier que s'il fait adition *jussu domini*. Ce qui reporte à l'adition d'hérédité l'ouverture du legs, exclut la règle catonienne, et permet que le legs soit valable. En effet, dans le cas où Stichus ferait adition par l'ordre d'un nouveau maître, Titius poursuivrait contre ce maître le paiement de son legs.

Troisième Partie.

QUI PEUT LÉGUER ? A QUI PEUT-ON LÉGUER ?

Celui qui peut faire un testament, peut faire des legs; — celui qui ne peut tester, ne peut léguer (1).

Tous ceux qui sont capables d'être institués héritiers, sont capables d'être légataires. Tous ceux qui sont incapables d'être institués, sont incapables d'être légataires (2).

Toutefois, un rescrit de *Divus Pius* a décidé que l'incapacité de recevoir un legs ne s'applique pas aux legs d'aliments (3). « Car, comme les aliments sont

---

(1) Voir *supra*, Factio testamenti.
(2) J. § 24. — Voir *supra*. Qui hæredes institui possunt.
(3) D. 34-8, l. 3.

» d'une nécessité absolue à quiconque vit, il est de » l'équité qu'on puisse les donner à qui que ce » soit (1). »

Par exception, quoiqu'on ne puisse instituer les cités, un sénatus-consulte, du temps d'Adrien, permet qu'on leur fasse des legs (2).

Le testateur peut léguer à un de ses héritiers; c'est le cas du legs *per præceptionem* 3). Si l'héritier légataire renonce à l'hérédité, il n'est pas privé de son legs; s'il renonce à son legs, il n'est pas privé de l'hérédité (4).

On peut léguer à une personne incertaine dans une catégorie déterminée, pourvu que le testateur explique ce qui fera reconnaître le légataire (5).

Non-seulement les légataires peuvent être incapables, ils peuvent aussi être indignes de recueillir. — L'incapacité a trait à la *factio testamenti;* l'indignité a trait au *jus capiendi.* Certaines causes d'indignité du légataire profitent à l'héritier; certaines autres ne profitent pas à l'héritier. Les premières ont le même effet que les causes d'incapacité, puisqu'elles font

---

(1) Domat, l. 4, t. 2, s. 2, § 7.

(2) Ulp. 24, § 28. — D. 30-1, l. 117 et 122. — Sive in opus, sive in alimenta, sive in eruditionem puerorum.

(3) D. *de leg.* 1, l. 17, § 1.

(4) *Ibid.*, l. 17, § 2.

(5) J. § 3. — Je lègue à celui de mes cognats qui épousera ma fille.

que la chose léguée rentre dans la masse héréditaire; les secondes ont un effet tout différent.

Ce sujet sera vu en même temps que les lois caduCaires.

OBJET DES LEGS.

J. § 7 — Est inutile : 1° le legs d'une chose qui ne saurait être dans la nature; 2° le legs d'une chose qui n'est pas susceptible de propriété privée (1); 3° le legs consistant dans l'obligation de faire une chose impossible ou illicite.

Est utile, le legs d'une chose future, si elle peut exister. Tels sont les fruits qui naîtront d'un fonds, l'enfant qui naîtra d'un esclave.

J. § 10.— Est inutile ce legs : *Titio lego rem Titii.* En effet, on ne *devient* point propriétaire de la chose dont déjà *on est* propriétaire. Titius viendrait à aliéner, après la confection du testament, la chose que je lui ai léguée, — cela ne ferait pas que le legs devienne utile ; en effet, la règle *catonienne* s'y oppose (2).

---

(1) Ulp. frag. 24, § 4. — Liber homo, aut res populi, aut sacra, aut religiosa, nec per damnationem legari potest, quoniam dari non potest.

(2) Voir ci-dessus, p. 512.

J. § 4. — Le testateur peut léguer sa chose, — la chose de son héritier, — la chose d'autrui.

J. § 11. — Je lègue ma chose, croyant qu'elle est *res aliena* : à plus forte raison, aurais-je légué cette chose si j'avais su qu'elle est à moi. Il n'y a donc nulle raison de douter de la validité de ce legs.

Je lègue ma chose croyant qu'elle est celle du légataire; on pourrait croire que j'ai voulu faire un legs inutile. Mais cette interprétation est écartée, *plus enim est in veritate, quam in opinione.*

Le legs de la chose d'autrui vaut, si le défunt savait que la chose est à autrui; s'il l'ignorait, le legs ne vaut pas. Une preuve est donc à faire : le testateur savait-il que la chose était à autrui ? — Qui fera cette preuve? le légataire ; — *quia* SEMPER *necessitas probandi incumbit actori.*

J. § 5. — Je lègue une chose donnée en gage à un créancier. L'héritier doit-il dégager la chose léguée? Cette question, comme la précédente, est résolue par une distinction : le testateur savait-il, ou ignorait-il que la chose était grevée d'un droit de gage ?

J. § 6. — Je lègue à *Titius* la chose d'autrui : — Si, de mon vivant, *Titius* achète la chose à lui léguée, mon héritier doit le prix d'achat. — Si, de mon vivant, la chose par moi léguée est donnée à Titius, mon héritier ne doit point au légataire l'estimation de cette chose, car deux donations de la même chose,

au même homme, ne sauraient produire effet *concurremment* (1).

J. § 9. — Je lègue à *Titius* le fonds d'autrui; *Titius* achète la nue propriété de ce fonds; l'usufruit vient à se réunir à la nue propriété : — mon héritier doit rembourser à *Titius* ce que la nue propriété lui a coûté; il ne lui doit point le prix de l'usufruit, car l'usufruit s'est réuni à la nue propriété *ex causa lucrativa* (2).

J. § 18. — Je lègue un troupeau : un troupeau est considéré comme une chose unique composée de parties distantes les unes des autres. — L'importance du troupeau légué est fixée *quando dies legati cedit;* tant qu'il reste une brebis, *le même troupeau* est reconstitué, soit par le croît, soit par l'addition de nouvelles bêtes.

J. § 19. — Je lègue un édifice : colonnes, marbres, tout ce que j'y ajoute accroît ce legs; tout ce que j'en retranche, diminue ce legs. — Je lègue un fonds; sur ce fonds je construis un édifice; à ce fonds j'annexe un terrain : le legs est augmenté. — L'im-

---

(1) Nam traditum est, duas causas lucrativas in eumdem hominem et iu eamdem rem concurrere non possunt.

(2) *Question de procédure :* Le légataire, agissant ex testamento, *petit* FUNDUM, demande-t-il plus qu'il ne lui est dû? — Non, car l'usufruit est une servitude et celui qui *petit fundum* est réputé demander le fonds moins les servitudes qui le grèvent. Dans ce cas, les peines de la *plus-pétition* ne sont point encourues.

portance du legs est fixée *quando dies legati cedit.*

J. § 20. — Le legs d'un pécule est accru ou diminué de tout ce qui, du vivant du testateur, est ajouté au pécule ou en est retranché.

Quid des augmentations ou diminutions postérieures au décès? — Il faut distinguer : — Si le legs du pécule est fait à un étranger, l'importance du legs est fixée *quando dies legati cedit*, suivant la règle de droit commun (1). — Si le legs du pécule est joint au legs de la liberté, ces deux legs ne produisent effet qu'à l'adition d'hérédité (2), c'est au temps de l'adition d'hérédité que l'importance du legs est fixée (3).

Le legs du pécule peut être implicite; v. g. je lègue la liberté à mon esclave en lui imposant l'obligation de rendre ses comptes. Cette obligation implique que le pécule de cet esclave est par moi séparé de mon patrimoine.

J. § 17. — Deux choses font l'objet d'un seul legs :

---

(1) Au temps du décès, si le legs est sans condition ; au temps de l'événement de la condition, si le legs est conditionnel.

(2) Voir ci-dessus, p. 510.

(3) D. 34-2, l. 19. — *Aurum et argentum do, lego :* Ce legs contient tout l'or et l'argent que je laisserai à mon décès, à moins que je n'aie exprimé une volonté contraire.— L. 7. *Aurum et argentum* MEUM *do, lego :* MEUM, ce mot est une démonstration qui s'applique au temps *présent* et non au temps futur. Ce legs contient l'or et l'argent que j'aurai au temps du testament. Le legs de l'or et l'argent ne comprend pas les pièces de monnaie.

ou ces choses sont indépendantes l'une de l'autre, ou de ces choses, l'une est principale et l'autre accessoire. — Dans le premier cas, le legs peut produire effet pour une chose et ne pas produire effet pour l'autre chose. — Dans le second cas, la nullité du legs de la chose principale nuit au legs de la chose accessoire ; mais la nullité de la chose accessoire ne nuit pas au legs de la chose principale.

A quels signes reconnaît-on qu'une chose est ou accessoire, ou principale, ou indépendante d'une autre chose? Les textes nous ramènent à ce point déjà vu (1).

« On peut distinguer deux sortes d'accessoires » des choses léguées. Ceux qui suivent naturellement » la chose et qui, sans qu'on les exprime, demeurent » compris dans le legs ; et ceux qui n'y sont ajoutés » que par une disposition particulière du testateur.

» Il y a des accessoires de certaines choses qui » n'en sont pas séparés, tels que les arbres plantés » dans un fonds : et ces sortes d'accessoires suivent » toujours la chose léguée, s'ils n'en sont exceptés.

» Et il y a des accessoires qui, quoique séparés » des choses, les suivent aussi, comme les harnais » d'un attelage de chevaux de carrosse.

» Il peut y avoir même un progrès d'accessoire

---

(1) Voir ci-dessus, p. 314.

» des accessoires, comme des pierreries à la boîte » d'une montre. Et, il y a enfin de certaines choses » dont on peut douter, si elles sont accessoires » d'autres, ou ne le sont point.

» Il n'y a pas d'autre règle générale dans les doutes » de ce qui doit suivre la chose léguée comme acces- » soire que l'intention du testateur, dont l'expression » jointe aux circonstances et aux usages des lieux, » s'il y en a, peut faire juger de ce qui doit être » accessoire ou non (1). »

Exemples: *Ancillam* CUM *natis do, lego* (2) : quoique la mère soit morte, le legs des enfants produit effet.

Servum ordinarium CUM *vicariis* (3) *do, lego* : quoique l'esclave ordinaire soit mort, le legs de *l'esclave vicaire* produit effet.

Cela vient de ce *qu'il n'y a* pas entre la mère et les enfants, entre l'esclave et *l'esclave de l'esclave, quelque liaison qui fasse que l'on ne doive pas séparer ces choses* (4).

Ædificium cum suppellectile do, lego (5) : je lègue une maison garnie. Le legs de la maison étant nul, le legs des meubles meublants qui la garnissent, ne

---

(1) D. 33-7, l. 18, § 3. — Domat, l. 3, t. 2, s. 4.
(2) *Cum*, avec : ici ce mot est synonyme de *et;* il explique une *addition* et non une *accession.*
(3) Esclave *vicaire*, esclave de l'esclave.
(4) Domat, l. 3, t. 3, s. 4.
(5) D. 30-1, l. 112.

saurait valoir. Entre la maison et les meubles, il y a un lien : la maison est chose principale, l'ensemble du mobilier est chose accessoire.

Fundum cum instrumento do, lego, ou plus brièvement, *Fundum do, lego*. — Ces deux legs ont la même étendue : léguer le fonds, c'est léguer (sans que cela soit dit) le fonds et les accessoires que le propriétaire y a attachés *ad fructus quærendos* (1), *cogendos* (2), *conservandos* (3). — Le fonds est chose principale ; les esclaves, les bêtes, les ustensiles, sont accessoires. La nullité du legs *fundi* entraîne la nullité du legs *instrumenti*, sans que la réciproque soit vraie.

Fundum instructum do, lego : ce legs est plus étendu que les précédents : il comprend tout ce qui sert à l'utilité ou à l'agrément du fonds légué.

J. § 22. — Legs de genre. C'est une loi de notre raison : chaque individualité trouve place dans une série de groupes d'autant plus étendus qu'il y a moins de ressemblances entre les choses que ces groupes contiennent. Le droit romain appelle *genus* le premier degré de la classification des choses : le legs d'une chose à choisir dans *un genre* vaut ; le legs à choisir

---

(1) D. 33-7, l. 8, § 35. — Qui opus rusticum faciunt, et monitores et vellici item boves domestici.

(2) L. 8, § 36.— Velut corbes, falces messoriæ, item molæ olivariæ.

(3) L. 8, § 37. — Velut dolia, vehicula rustica, asini, etiam ancillæ, pecora et pastores eorum.

dans un groupe contenant plusieurs genres, ne vaut pas : il manque de détermination suffisante.

Je lègue une chose quelconque; je lègue un animal quelconque; je lègue un vertébré quelconque; je lègue un quadrupède quelconque; je lègue un quadrupède domestique quelconque: ces legs ne sauraient valoir. Je lègue un bœuf : ce legs vaut.

Je lègue un esclave : si le legs est *per vindicationem*, et, si dans mon hérédité, il y a des esclaves, le légataire a le choix; si le legs est *per damnationem*, ou, si dans mon hérédité, il n'y a pas d'esclave, l'héritier a le choix, à cause de cette règle que, la chose étant indéterminée, le choix appartient au débiteur (1).

Justinien décide que le choix appartiendra au légataire, à moins que le testateur n'en ait autrement ordonné.

J. § 23. — Legs d'option. L'ancien droit ne confond point le legs d'*une chose* a choisir, dans un genre déterminé, avec le legs de la *faculté de choisir* une chose dans un genre déterminé.

Justinien abroge cette subtilité. Elle consistait en ce que *le legs de la faculté de choisir* (*legs d'option*) était personnel au légataire, non transmissible à ses héritiers; au lieu que *le legs d'une chose* à choisir n'était point exclusivement attaché à la personne.

---

(1) Ulp. frag. 24, § 14.

Le legs d'option avait en outre ceci de particulier, que le légataire ne pouvait choisir ni la meilleure chose, ni la pire ; ce qui, au cas de dissentiment, appelait le choix par le juge.

Le legs *d'option* étant devenu transmissible aux héritiers du légataire, *quid* si les héritiers ne se mettent pas d'accord pour le choix ? Le sort dira qui fera le choix.

J. § 21. — On peut léguer les choses incorporelles aussi bien que les choses corporelles : servitudes prédiales ou personnelles, autres démembrements du *dominium*, obligations imposées à l'héritier, prestations périodiques, libérations des débiteurs; on lègue aussi les créances qui font partie de l'hérédité

Centum aureos dare mihi, Mœvius obligatur ; — eosdem Titio do, lego :

Le droit romain n'admet point que le legs soit un moyen de transférer *ipso jure* les créances héréditaires. C'est pourquoi Titius n'est point *vi ipsa legati* approprié de la créance contre Mœvius. Pour exécuter ce legs, l'on doit employer l'un ou l'autre de ces trois procédés : 1° G. 11-38. *Herede jubente*, *Titius* stipulera de *Mœvius* les *centum aureos* légués. *Mœvius* promettant à *Titius*, sera libéré vis-à-vis de l'héritier; en même temps, il deviendra débiteur de *Titius ;* — 2° l'héritier donnera à *Titius* mandat d'agir contre *Mœvius ; Titius* agira *ex persona hæredis* : il sera

procurator in rem suam (1) ; — 3° G. 152. L'héritier conservera les actions contre *Mœvius*, mais, par contrat *verbis*, il promettra au légataire de lui restituer ce qu'il recevra de *Mœvius*.

J. § 13. — Je lègue à mon débiteur sa libération.

Mon débiteur n'est point libéré *ipso jure*, car le legs n'est point une manière d'acquérir la libération. Mais le débiteur, s'il est poursuivi par l'héritier, opposera à cette action une exception déduite du testament. — Sans attendre d'être poursuivi, le débiteur pourra agir contre l'héritier afin qu'il le libère par un des modes d'étendre les obligations.

J. § 14. — Je lègue à mon débiteur ce que je lui dois : je ne double pas la créance; je change sa qualité. Le legs vaut, *si plus est in legato quam in debito*. La qualité de légataire est préférable à celle de créancier quand le legs est pur et simple, et que la créance est à terme ou conditionnelle.

J. § 15. — Le mari lègue à sa femme sa dot : ce legs n'est point inutile, car il exempte la femme des retenues et des délais de restitution. Si la femme n'a pas reçu de dot, le legs est inutile.

De annuis legatis. Des prestations périodiques étant léguées, on compte autant de legs distincts que

---

(1) *Procurator in rem suam :* Titius n'est mandataire que *dicis gratia,* ce qu'il touchera est à lui ; il n'aura point de compte à rendre.

de prestations à fournir : *plura sunt legata* (1). Pour la première prestation, le legs est pur et simple *(purum)* ; pour les autres, il est réputé conditionnel : *si legatarius vivat.*

Le legs *in singulos annos* finit avec chaque période annuelle, mais le droit d'un nouveau legs s'ouvre dès que le droit du legs précédent finit. La capacité de recueillir le legs doit donc exister à chaque renouvellement.

On peut léguer *in singulos annos* les revenus d'un fonds, les intérêts d'une créance... Ces legs, comme l'usufruit, ne passent point à l'héritier du légataire. Ils sont, d'ailleurs, distincts du droit réel d'usufruit et du quasi-usufruit (2).

Les legs alimentaires (*penu legata*) (3) sont soumis aux règles ci-dessus. Le legs n'est fait que pour une année, les aliments doivent être fournis en nature. — S'il est fait pour une suite d'années, l'héritier devient annuellement débiteur d'une somme d'argent suffisante pour subvenir à la nourriture *legatarii et totius familiæ.*

Legs partiaire. De sa nature, le legs a pour objet des choses déterminées (*singulas res*) ou une collec-

---

(1) D. 33-1, l. 4.
(2) D. 33-9, l. 8, 122 et 24.
(3) D. 33-9.— *Penus* signifie choses qui servent à la nourriture.

tivité de choses dont l'ensemble est considéré comme *res singula.*

On vint à admettre que le legs peut consister dans une quote-part de l'hérédité; ce legs est appelé legs partiaire (1).

Le légataire partiaire ne doit pas être confondu avec l'héritier institué pour une ou plusieurs onces héréditaires. Voici les différences :

1° Le légataire partiaire ne continue point la personne du défunt : vis-à-vis des tiers, il est étranger à l'hérédité. Les créances et les dettes de l'hérédité reposent sur la tête de l'héritier seul.

L'effet du legs se réduit à un compte à faire entre l'héritier et le légataire; le légataire ayant droit à une quote-part du reliquat actif.

2° Le légataire n'a jamais droit qu'à sa part, sans qu'elle puisse être accrue de celle des héritiers qui feraient défaut.

Quatrième partie.

Comment les legs peuvent-ils être nuls? — « Un » legs peut être nul en deux manières : ou par une » nullité qui se trouve dans le legs à son origine, ou » par une cause qui survient et l'annule ensuite (2). »

---

(1) Ulp. frag. 24, § 25.
(2) Domat, l. 4, t. 3, s. 11.

Le legs *est* nul si le testament qui le contient est *non jure factum*. — Le legs *devient* nul si le testament qui le contient *fit ruptum vel irritum*. Cette nullité du legs n'a aucun effet particulier, puisque c'est l'hérédité testamentaire toute entière qui disparaît.

Le testament étant et restant valable, le legs *est* nul si, au moment de la confection du testament, la chose léguée est incapable d'être léguée ; — ou si le légataire n'a pas *faction de testament ;* — ou si le legs *pro non scripto habetur*.

Le legs *devient* nul si la chose léguée *devient* incapable d'être léguée, ou si elle périt *sans le fait* de l'héritier.

Comme nul débiteur ne peut par son fait, même involontaire, se rendre exempt d'acquitter sa dette ; — si la chose léguée périt *par le fait, sans la faute* de l'héritier, le legs est dû.

Le legs devient nul si le légataire perd la faction de testament, au temps où elle est exigée.

Le legs *effacé* est réputé nul et non révoqué, puisque la disposition primitive n'apparaît pas (1).

Comment les legs peuvent-ils être révoqués ? — Ce que le testateur a fait, il peut le défaire expressément ou tacitement : le testament le plus nouveau

(1) D. 34-4, l. 16.

rompt le testament le plus ancien ; car nul ne peut laisser deux testaments; par conséquent, les legs contenus dans un premier testament sont révoqués si le second testament ne les reproduit point. — Mais ce n'est point de ce mode de révocation qu'il s'agit ici. Sans que le testament qui les contient soit rompu, les legs peuvent être révoqués ou expressément ou tacitement.

Révocation expresse. — Les legs sont révoqués *expressément* par une formule *contraire* inscrite ou dans le même testament ou dans un codicille confirmé par testament (1).

Justinien décide que toute formule de révocation est efficace et que la révocation des legs peut être faite par codicilles non confirmés.

La révocation expresse est faite *vel ademptione*, *vel translatione.*

Ademptione : le legs est ôté au légataire sans être donné à aucun autre; l'héritier profite de l'*ademptio.* *Translatione:* le legs est donné à une autre personne, l'héritier ne profite point de la *translatio.*

Ademptio legati est ou totale ou partielle : j'ai légué cent; de ce legs je retranche cinquante. — J'ai légué un fonds, de ce legs je retranche la nue propriété (2).

---

(1) Ulp. frag. 23, § 2, frag. 24, § 29. — Fundum quod Titio legavi, eumdem fundum *non do*, *leyo.*

(2) 34-4, l. 2. — Fundum illi præter usumfructum do, lego. Si le legs n'est pas divisible, l'*ademptio* partielle est inutile.

Ademptio legati peut être ou *præsens* ou conditionnelle. L'*ademptio* conditionnelle fait *conditionnel* le legs *præsens* auquel elle s'applique ; la condition du legs consiste dans le contraire de la condition de l'*ademptio* (1).

Le legs *præsens* qui, par *ademptio* conditionnelle, devient conditionnel, ne devient point exempt de la règle *Catonienne*. En effet, l'*ademptio* diminue ou détruit le legs, mais il n'est point admis qu'elle donne au legs un avantage qu'il n'avait pas d'abord (2).

Translatione : ce fait est complexe. Il contient : 1° *ademptio* d'un premier legs ; 2° remplacement du premier legs par un second. — L'*ademptio* est indépendante de la validité de la *translatio ;* la *translatio* est subordonnée à la validité de l'*ademptio* (3).

D. 34-4, l. 6. — *Paulus scribit : translatio legati fit quatuor modis.*

1° *Aut a persona in personam.*

Exemple : *hominem Stichum quem Titio legavi, Seio do, lego :* changement de la personne du légataire (4).

---

(1) D. 34-4, l. 10. — Je lègue à *Titius* cent sesterces sans condition. Je révoque ce legs *si navis ex Asia venerit.* Le legs et l'*ademptio* combinés sont l'équivalent de ce legs : *Titio centum do, lego, si navis ex Asia* NON *venerit.*

(2) D. 34-4, l. 10. — Ademptio quo minus non quo magis legatum debeatur, intervenit.

(3) D. 34-4, l. 8 et 20.

(4) Inst. 21, § 1.

2° *Aut ab eo qui dare jussus est, transfertur legatum ut alius det :* changement de la personne débitrice du legs.

3° *Aut quum res pro re datur :* changement de la chose léguée.

Dans ce cas et dans le précédent, il y a lieu de rechercher si le testateur a voulu révoquer le premier legs ou s'il a voulu faire deux legs.

4° *Aut quum pure datum est transfertur sub conditione.*

L'*ademptio* du premier legs n'a lieu que si la condition du second legs s'accomplit.

Si les deux legs sont faits au même légataire, il y a lieu de rechercher si le testateur n'a point voulu faire deux legs cumulés (1).

Révocation tacite. — Le testateur lègue une chose qui lui appartient, puis il aliène cette chose. — Le legs est-il révoqué ?

G. 198. — Plusieurs pensent que non-seulement le legs est inutile, en cas qu'il n'est point confirmé par le sénatus-consulte Néronien. En effet, si le legs était fait *per damnationem*, quoique le legs soit dû selon le droit civil, le légataire serait repoussé par l'exception de dol : il agirait contre la volonté du défunt. Celsus est d'avis que le legs n'est point révo-

---

(1) D. 34-4, l. 7 et 9.

qué si le testateur *non adimendi animo vendidit ;* ainsi, au cas de nécessité urgente (1). Un rescrit d'Antonin a confirmé cette doctrine : Justinien la maintient (2).

Si le testateur aliène la chose qu'il a léguée, l'intention de révoquer et la révocation n'est pas douteuse (3). *Quid* si le testateur rachète la chose qu'il a léguée, puis aliénée ? Le légataire devra prouver que le testateur a voulu par là que son legs produise effet ; et la révocation sera effacée (4).

J. § 12. — Le testateur grève d'un droit de gage la chose qu'il a léguée. Ce n'est ni une révocation, ni même une diminution du legs, car la mise en gage est ordinairement faite par nécessité. Un rescrit de Sévère dit que le légataire agira contre l'héritier afin qu'il paie le créancier gagiste.

RÉDUCTION DES LEGS.

DE LA LOI FALCIDIE.

(J. t. XXII.)

G. 224. — Autrefois il était permis au testateur d'épuiser toute l'hérédité par des legs et des affran-

(1) D. *de leg.* 3, l. 11, § 2.
(2) Inst. § 2.
(3) D. 34-4, l. 18.
(4) D. 34-4, l. 15.

chissements, de sorte qu'il ne restait à l'héritier rien qu'un titre vain.

Il résultait de cela, que l'héritier s'abstenait et que les legs étaient nuls.

G. 225. — Vint la loi Furia qui ne permit point aux légataires (certaines personnes exceptées) de prendre plus de mille as.

Quand il y avait autant de légataires que de mille as dans l'hérédité, le but de la loi était manqué (1).

G. 226.— Vint la loi *Voconia*, qui ne permit point de prendre *causa legati* plus que l'héritier ne prendrait *jure hæreditario*.

Quand il y avait un très-grand nombre de légataires, la part de l'héritier était si petite qu'elle ne suffisait point pour que l'héritier eût intérêt à ne pas répudier l'hérédité.

G. 227. — Enfin fut portée la loi Falcidia, qui ne permit point de léguer plus des trois quarts de l'hérédité. — Il est donc nécessaire que l'héritier ait le quart de l'hérédité.

A qui la quarte Falcidie est-elle due? — Par qui est-elle due? — La quarte Falcidie ne profite qu'aux héritiers; ni les légataires, ni les fidéi-commissaires chargés de quelque restitution n'ont le droit d'en diminuer le quart (2).

---

(1) G. 228. — Cette loi Furia limita le nombre des affranchissements.

(2) D. 35-2, l. 47, § 1.

S'il y a plusieurs héritiers de diverses portions de l'hérédité et que quelques-uns soient chargés sur leurs parts d'acquitter des legs dont les autres ne soient pas tenus, la Falcidie sera calculée à raison de la portion héréditaire de chaque débiteur du legs (1).

La faveur qui s'attache à certains legs (legs fait au prince, legs d'aliments) ne les exempte point de la Falcidie (2).

Toutes espèces de dispositions à cause de mort, legs, fidéi-commis, donations *mortis causa*, sont sujettes à la Falcidie (3).

Calcul de la quarte Falcidie. — La retention de la quarte Falcidie ne porte que sur l'actif net : avant tout, les affranchissements et les dettes doivent être déduits (4). — Elle se compte sur le pied des biens de l'hérédité, au temps de la mort du testateur, sans que les fruits ou revenus du temps qui suivra puissent augmenter le fonds pour les legs (5).

---

(1) D. 35-2, l. 77.— Titius et Seius sont institués héritiers, Titius pour un tiers, Seius pour deux tiers. Titius est grevé d'un legs, Seius n'est grevé d'aucun legs. Le calcul de la quarte Falcidie ne portera que sur le tiers afférent à Titius. Le légataire n'aura droit qu'à une valeur égale à trois douzièmes de l'hérédité et Titius retiendra un douzième.

(2) D. 35-2, l. 89.

(3) D. *de leg.* 2, l. 77, § 1.

(4) D. 35-2, l. 66. — Legata non debentur, nisi deducto ære alieno, aliquid supersit.

(5) D. 35-2, l. 15 et 56. — On ne prend pas en considération l'augmentation ou la diminution survenue entre la mort et l'adition d'hérédité (J. § 2).

Les biens sont estimés au temps de la mort du testateur, on y comprendra les fruits pendants par branches ou par racines (1). Les choses indivisibles comme une servitude sont estimées (2). Les mauvaises créances sont retranchées de l'actif (3).

S'il se trouve dans l'hérédité des biens incertains ou des dettes incertaines, on règle provisoirement, comme si ces biens ou ces dettes n'existaient pas, sauf rectification ultérieure ; — à moins que les intéressés n'aiment mieux traiter à forfait (4).

Comment doit-on calculer la valeur d'un legs d'usufruit ? — Les jurisconsultes romains n'ont pas su imaginer le système ingénieux de l'art. 917 code civil. Les lois 1, § 9, § 16 ; l. 47, l. 55, l. 68 proposent chacune une solution différente, de sorte qu'aucune théorie n'est certaine (5).

CONCLUSION.

La légitime semble imitée de la *Falcidie*, mais au

---

(1) D. 35-2, l. 9 et 73.
(2) D. 35-2, l. 7 et 22.
(3) *Idem*.
(4) D. 35-2, l. 63 et 73.
(5) La loi 68 pose des présomptions de vie qui témoignent de la longévité romaine : On compte que l'usufruitier ayant moins de 30 ans vivra 30 ans encore ; au-dessus de 30 ans, qu'il vivra jusqu'à 60 ans. On assemble toutes les années de vie présumée. Le total des rentes annuelles fait une somme dont l'héritier retient le quart.

fond, son principe est différent. — La légitime profite aux héritiers *ab intestat ;* la loi *Falcidie* profite aux héritiers institués (1). — La légitime procède de la co-propriété familiale et de la haine des testaments ; la *quarte Falcidie* est instituée dans l'intérêt des testaments, afin qu'ils ne soient pas répudiés.

---

(1) Quoique la Falcidie regarde les héritiers institués, il y a deux cas où elle profite aux héritiers *ab intestat.*

Elle s'applique : 1° aux fidéi-commis mis par codicille à la charge d'un héritier *ab intestat* (J. t. 24, § 1).

2° Aux legs dus par l'héritier *ab intestat*, dans le cas où il a, par fraude contre le testament, répudié l'institution d'héritier faite à son profit (D. 29-4, l. 1, 17 et 18).

HUITIÈME ÉTUDE.

DE CONDITIONIBUS, ET DEMONSTRATIONIBUS, ET CAUSIS, ET MODIS EORUM QUÆ IN TESTAMENTO SCRIBUNTUR.

(D. 35-1.)

Première Partie.

« Demonstratio : Désignation que le testateur » substitue au nom de la personne ou de la chose » qu'il veut nommer, — ou qu'il y ajoute pour la » spécifier plus expressément et la distinguer (1). »

Je veux faire un legs à *Titius ;* il importe peu que je désigne ce légataire par son nom ou que je le désigne par son signalement corporel, sa profession, sa parenté ou son alliance. Cette démonstration, pourvu qu'elle suffise à distinguer *Titius* de toute autre personne, tient lieu du nom (*vice nominis fungitur*).

---

(1) Domat, l. 3, t. 1, s. 8, § 5.

L. 33. — *Falsa demonstratio personæ non nocet*, s'il n'y a aucune incertitude sur la personne que le testateur a voulu désigner.

Dans le cas d'un legs nominatif, si plusieurs portent le même nom, — celui-là recueillera le legs qui prouvera que c'est à lui que le testateur a pensé.

L. 17, § 1. — *Falsa demonstratio rei non nocet*, si d'ailleurs il n'y a aucune incertitude sur la chose léguée : *Stichum sutorem do, lego; fundum Tusculanum qui mihi a Seio donatus est do, lego ; Stichus* n'est point cordonnier, le fonds m'a été donné par un autre que *Seius ;* néanmoins on reconnaît à quoi le legs s'applique ; le legs vaut (1).

Quid ? — *Si in ipso corpore hominis legatarii, vel in ipsa re legata, testator erravit* (2).

Je veux léguer à *Titius*, — *Seius* est inscrit dans le testament ; je veux léguer un vase (*lancem*), un vêtement est inscrit dans le testament. — L'héritier ne doit ni l'un ni l'autre objet ; *Seius* ne sera point légataire, *quoniam voluntate deficitur ; Titius* ne sera point légataire, *quoniam non scriptus est.*

Comment une telle erreur peut-elle être commise ? Le testateur a dicté son testament ; l'écrivain s'est trompé. Comment la preuve de l'erreur peut-elle être

---

(1) Sic. — J. 20, § 30.
(2) D. 38-5, l. 9.

faite ? Par les témoins qui diront si, *aliter nuncupatum, aliter scriptum.*

Dans le cas où le testateur a écrit lui-même son testament, *difficilius est probatione.*

« Les désignations ne renferment pas d'ordinaire » des conditions, mais sont distinguées des condi- » tions en ce qu'elles se rapportent le plus souvent » au présent qu'au passé, et que la plupart des con- » ditions regardent l'avenir (1). »

Toutefois il peut arriver que la désignation de l'objet légué soit telle qu'elle subordonne le legs à une éventualité inhérente à la disposition elle-même.

Exemples : Je lègue ce qui m'est dû par *Titius* (2) ; je lègue les fruits de tel fonds (3). — Si *Titius* ne me doit rien ; si le fonds ne produit pas de fruits, le legs demeure sans effet. — Ces éventualités ne constituent point de vraies conditions (4).

CAUSA. Les dispositions testamentaires ne sont juridiquement liées à aucun acte antérieur. La cause d'un legs ou d'une institution d'héritier ne doit donc point être distinguée des motifs qui déterminent le testateur.

---

(1) Domat, 38-5, l. 9, § 11. — D. 35-1, l. 34. — Inter demonstrationem et conditionem hoc interest, quod demonstratio plerumque rem factam ostendit, conditio futuram.
(2) D. *de leg.* 1, l. 75, § 1.
(3) D. 35-1, l. 1, § 3.
(4) Voir ci-après, *De his quæ vi ipsa legati insunt.*

« Les motifs sont les causes que les testateurs » expriment quelquefois pour rendre raison de ce » qui les a engagés à quelques dispositions; et ils » sont de deux sortes : l'une, des motifs qui regardent » le passé et qui précèdent la disposition du testateur ; » — et l'autre, des motifs qui regardent un fait à » venir et dont l'espérance ou l'attente engage le tes- » tateur à quelque disposition (1). »

Titio, quia me absente, negotia mea curavit, Stichum do, lego.

Titius n'a point géré mes affaires, cela n'empêche pas que le legs soit valable. *Falsa causa adjecta non nocet* (2).

« Mais si le testateur a expliqué ce motif en termes » de condition, le legs ne sera dû qu'en cas qu'il se » trouve que le légataire y ait satisfait ; comme si le » testateur avait dit : je lègue à un tel s'il se trouve » qu'il ait fait telle affaire (3). »

SUB MODO LEGATUM. « L'usage du mot de condition, » dans notre langue, comprend souvent les charges » et les conditions; et le mot charge comprend aussi » les conditions.

» Mais il faut prendre garde sur cet usage qui con- » fond ces mots en un même sens, qu'on ne doit

---

(1) Domat, *ibid.*, s. 4.
(2) Inst., t. 20, § 34.
(3) Domat, *ibid.*, § 10. — D. 35-1, l. 17, § 3. — Veluti hoc modo : Titio si negotia mea curavit fundum do, lego.

» pas, pour cela, confondre les charges, les destina-
» tions et les conditions.

» Les charges sont des engagements que le testa-
» teur impose à l'héritier ou autre à qui il peut
» donner, comme s'il charge son héritier ou un lé-
» gataire d'un usufruit sur quelque fonds d'une ser-
» vitude, d'une rente viagère en faveur d'une tierce
» personne.

» Les destinations sont des affectations aux usages
» que le testateur veut être faits des choses qu'il
» donne. Ainsi, si le testateur donne une somme à
» un hôpital pour être employée à un bâtiment ou
» des meubles, c'est une destination qu'il fait de ce
» legs (1). »

La charge et la destination (*modus*) ont un caractère impératif : ces clauses consistent dans un ordre que le légataire est obligé d'exécuter ; — elles ont trait à l'avenir. — L'ouverture du legs est subordonné à la condition ; la charge est subordonnée à l'ouverture du legs. Les charges et les destinations sont donc distinctes des causes et des conditions des legs. — Pareillement elles sont distinctes des legs qui, mis à la charge du légataire, constitueraient un retranchement (*delibatio*) de la chose léguée : *a legatorio legari non potest* (2).

---

(1) Domat, *ibid.*, §§ 2, 3 et 7. — D. 35-1, l. 17, § 4, et l. 36.
(2) Ulp. frag. 24, § 20.

Le légataire n'est mis en possession de la chose léguée que si, préalablement, il a donné caution (*satis dedit*) qu'il exécutera les charges attachées à son droit (1).

G. 235. De pœnæ causa *relictis legatis*. — « *Si hæres meus filiam suam Titio in matrimonium non collocaverit, decem millia Seio dato.* »

Ce legs est inutile, car il a pour but de pousser l'héritier à agir *contra propositum suum*. Cette décision est très-juridique ; en effet, le testament est destiné à faire valoir la libéralité du mort et non à gêner la liberté des vivants.

Le legs à titre de peine se fait reconnaître à ce signe qu'il est subordonné à ce que fera ou ne fera pas l'héritier. Mais un legs subordonné à ce que le légataire, ou un étranger au testament, fera ou ne fera pas, est évidemment un legs conditionnel et non un legs à titre de peine.

J. § 36. — Justinien décide que le legs à titre de peine est valable (2).

Résumé. — « Les motifs, comme les désignations, comme les charges et les destinations, peuvent être conçues ou en des termes qui en fassent une condition, ou en tels termes qu'ils n'en fassent point. On

---

(1) D. 35-1, l. 40, § 5, et l. 80.

(2) Notre Code est muet sur ce point ; et cependant ces dispositions testamentaires sont tenues pour valables.

doit discerner chaque disposition pour en bien juger.

» Mais il faut s'attacher à cette idée que les causes, les désignations et les charges sont de leur nature autre chose que des conditions et qu'elles n'en renferment point d'ordinaire (1). »

Deuxième Partie.

DIES.

Dies a quo : commencement.— *Dies ad quem :* fin.

« Les termes du temps sont des délais que le testateur peut ajouter à ses dispositions soit pour en différer l'exécution, soit pour en faire dépendre la validité, et ces termes de délais sont de deux sortes : l'un, d'un temps certain, comme au premier jour d'une telle année ; l'autre, d'un temps incertain, comme au jour de la mort d'une telle personne, ou au temps de son mariage (2). »

DIES AD QUEM, TESTAMENTO ADSCRIPTUS.

Titius hæres esto usque ad diem tertiam ante K. J. proximas, post mortem meam ; cela est réputé non écrit : *semel hæres, semper hæres.*

---

(1) Domat, *ibid.*, s. 10 et 14.
(2) Domat, l. 3, t. 1, s. 8, § 6.

Titio Stichum do, lego ; — Iter do, lego ; — Sticho libertatem do, lego, usque ad diem, etc. USQUE AD DIEM est réputé non écrit : ni le *dominium*, ni les servitudes *prédiales*, ni la liberté ne peuvent être constitués *ad tempus* (1). — Outre ces raisons spéciales à la nature du droit auquel le droit s'applique, une raison plus générale doit être donnée. Le droit romain exclut la condition résolutoire et, à plus forte raison, le terme résolutoire.

Les exceptions vont confirmer cette règle.

Titio centum annos do, lego, USQUE AD DECEM ANNOS. Ici le *dies ad quem* produit effet, par cette raison que le droit considère chaque prestation annuelle comme un legs distinct : il n'y a pas un legs, mais dix legs ; ce qui exclut l'idée que le *dies ad quem* mette fin au droit du légataire.

Titio usumfructum do, lego, usque ad decem annos, etiamsi Titius amplius vivet. Le *dies ad quem* produit effet, parce que de sa nature l'usufruit est un droit temporaire.

Le dies ad quem aura-t-il pour effet de prolonger l'usufruit au-delà de la vie de l'usufruitier ? Non, suivant l'ancien droit, *quia ususfructus ad haeredem non transit.* — Justinien corrige ce point de droit; l'usufruit passe aux héritiers de l'usufruitier pour

---

(1) D. 8-1, l. 4.— Servitus ipso quidem jure neque ex tempore neque ad tempus constitui potest.

durer jusqu'au terme fixé (1). L'innovation de Justinien ne pourra s'appliquer au droit d'usage, lequel est absolument personnel à l'usager.

La tutelle testamentaire peut être donnée *usque ad diem*, par cette raison que cette tutelle est considérée comme une fonction imposée dans l'intérêt du pupille, et non comme un droit constitué pour le profit du tuteur.

DIES A QUO, TESTAMENTO ADSCRIPTUS.

Ici il faut distinguer : 1° *dies* A QUO *certus* ; 2° *dies* A QUO *incertus*. — Cette distinction est capitale.

1° DIES A QUO CERTUS : l'effet du terme à jour fixe (*dies* A QUO *certus*) n'est point d'empêcher l'ouverture du droit auquel il est attaché, mais seulement d'en retarder l'exercice.

Dies certus ajouté à une institution d'héritiers aurait ce résultat que, bien que le droit de l'héritier soit ouvert (*etiam si dies institutionis cedat*), les choses se passeraient comme si l'hérédité était vacante, *quamdiu dies certus non venerit*. Ce résultat est contraire au droit : le *dies certus* ajouté à l'institution d'héritier *pro non scripto habetur*.

---

(1) C. 33-3, l. 12. — Art. 620 Code civil.

Dies certus legatis recte adscribitur, car il n'a d'autre effet que de donner à l'héritier un délai de paiement. Le droit du légataire est né et actuel (*præsens est*). l'exigibilité seule est retardée.

2° DIES INCERTUS : terme qui ne peut manquer d'arriver, mais dont l'échéance n'a point une *date préfixée*.

D. 35-1, L. 75. *Dies incertus in testamento conditionem facit.* Par conséquent *dies incertus institutioni heredis recte adscribitur ;* au lieu que *dies certus* ajouté à l'institution d'héritier *pro non scripto habetur*. D'ou vient cette différence ? On sait que le *dies* ne retarde point l'ouverture du droit, et qu'il ne retarde que l'exercice du droit auquel il s'applique ; on sait qu'il n'appartient au testateur ni de faire que son hérédité reste vacante, ni d'empêcher l'exercice des droits ouverts pour ou contre son héritier. Ces raisons excluent et font réputer non écrit le *dies incertus* aussi bien que le *dies certus*. — Ce fut le droit des Prudents qui, voulant que le *dies incertus* ne fut pas réputé non écrit et ne pouvant le faire valoir comme *terme*, imagina cette fiction que le terme à échéance incertaine est une condition.

Entre le *dies certus* et le *dies incertus*, on chercherait en vain une différence logique : si l'un est réputé non écrit, l'autre ne produit effet que par cette fiction arbitraire qui d'un terme fait une condition.

Le *dies certus* pouvant être ajouté au legs, il n'y a aucune raison pour que le *dies incertus* n'y soit pas ajouté comme *terme*, c'est-à-dire en conservant la nature qui lui est propre. Mais comme il serait contradictoire que le *dies incertus* soit réputé *condition* dans les institutions d'héritier, et *terme* dans les legs, la fiction a été étendue à toutes les dispositions testamentaires : *dies incertus* IN TESTAMENTO *conditionem facit.*

Nos anciens auteurs, Pothier (1), Domat (2), ont vu et ont fait voir que le terme qui doit certainement arriver, même à une date fixe, peut être *dies incertus* et constituer une condition ; — que le terme dont l'échéance viendra à une date variable peut, en certain cas, ne pas constituer une condition et être considéré comme *dies certus*. Exemples :

Titio, quum pubes erit centum do, lego (3), quoique le jour où Titius atteindra l'âge de quatorze ans soit *dies certus*, ce legs est conditionnel, car il est incertain que Titius vive jusqu'à quatorze ans.

Titio, quum morietur, centum do, lego (4). Quoique

---

(1) Pothier, sur la loi 75 (D. 35-1), écrit : Dies incertus non solum quum incertum est an sit exstiturus, sed et quum certo existet si quando existet et an vivo legatorio exstiturus sit incertum est.

(2) Domat, l. 3, t. 2, s. 8, § 12, l. 4, t. 2, s. 9, § 16.

(3) D. 36-2, l. 21.

(4) D. 36-2, l. 4, § 1. — 35-1, l. 79. — Purum legatum est, quia non conditione, sed mora suspenditur ; non potest enim conditio non existere.

le jour où Titius mourra, soit *dies incertus*, ce legs n'est point conditionnel, car il n'implique point que le légataire doive survivre à un événement déterminé.

Titio, quum hæres meus morietur, centum do, lego. Ce legs implique que Titius survivra à l'héritier ; donc il est conditionnel (1).

G. 232. — *Quum hæres meus mortuus erit do, lego :* legs inutile, car l'obligation d'acquitter le legs doit commencer dans la personne de l'héritier. — Par la même raison est inutile ce legs : *pridie quam hæres moriatur ;* car ce n'est qu'après la mort que l'on sait quel fut l'avant-dernier jour de la vie.

Quam hæres morietur do, lego : legs utile, car le premier instant de la mort est le dernier instant de la vie.

Justinien abolit toutes ces substilités, et avec raison. Les formules, *quum hæres mortuus erit*, *pridie quam hæres morietur*, sont assimilées à la formule *quum hæres morietur*.

RÉSUMÉ.

Dans les legs, toute échance à laquelle le légataire doit survivre, pour que le droit au legs vienne à

---

(1) D. 36-2, l. 4.— *Si quum hæres morietur*, conditionale est legatum. Denique vivo hærede, defunctus legatarius ad hæredem non transfert.

s'ouvrir, est ce *dies incertus* qui, aux termes de la loi 75, *conditionem facit.*

Toute échéance qui n'implique point que le légataire y devra survivre pour que le droit au legs vienne à s'ouvrir, est ce *dies certus* qui, aux termes de la loi 1, § 2, retarde le paiement du legs (*moram facit*), le legs étant d'ailleurs *præsens* (1).

Troisième Partie.

CONDITIONS AJOUTÉES AUX LEGS (2).

DÉFINITION.

Titio hominem Stichum do, lego, -- si navis ex Asia veneril.

Cette proposition est complexe, il faut y distinguer: 1° le legs; — 2° la prévision ajoutée au legs; — 3° le rapport entre le legs, et l'événement prévu par la volonté spéciale du testateur, — tant qu'il est incertain si le navire reviendra ou ne reviendra pas, — il est incertain si le droit du légataire existera ou

---

(1) Legatis quæ relinquuntur, si nec dies incertus, nec conditio adscribitur, præsentia sunt.

(2) Les conditions sont mêlées à toutes les matières du droit, mais c'est à propos des legs qu'il en est donné la théorie la plus complète.

n'existera pas. Quand le navire sera de retour, l'existence du droit du légataire sera certaine ; — quand il sera certain que le navire ne reviendra pas, le legs sera réputé n'avoir jamais été écrit.

Cette analyse conduit à la définition suivante :

La condition consiste dans un événement (a) futur, — (b) incertain, — (c) non inhérent au legs, mais venant d'une volonté spéciale exprimée au testament, — (d) événement dont l'incertitude tient en suspens l'existence ou la non existence du droit au legs.

(a) La condition doit consister en événement futur.

« Il n'y a que les événements qui se rapportent à » l'avenir où se trouve le véritable caractère d'une » condition, qui est de suspendre jusqu'à ce qu'elle » arrive la disposition qui en dépendait ;

» Au lieu que les conditions qui se rapportent au » passé ou au présent ne suspendent rien, et qu'au » moment du testament ou de la mort du testateur, » il est déterminé ou que sa disposition est nulle si la » condition n'est pas arrivée, ou que, si elle est ar- » rivée, la disposition aura son effet. Et il n'y a de » suspendu que la connaissance de ce qui en est (1). »

(b) La condition doit être un événement incertain,

---

(1) Domat, l. 3, t. 1, s. 8, § 16. — D. 38-2, l. 3, § 13. — Si in præteritum collata sit conditio, vel ad præsens non videtur sub conditione institutus, vel enim impleta est conditio et pure institutus est : aut non est et nec hæres institutus.

incertain objectivement, dans ce sens que l'événement peut arriver ou ne pas arriver. — L'incertitude subjective, c'est-à-dire le fait de ne pas savoir si tel événement est ou n'est pas arrivé (*eventus certus sed ignotus*), n'a d'autre effet que de retarder l'exécution jusqu'à la vérification du fait qui a fixé le sort du legs. — Dans ce dernier cas, la condition n'existe qu'en apparence, le legs est *præsens et purum*.

(c) La condition doit consister dans un événement *non inhérent au legs*, mais venant d'une volonté spéciale ajoutée au testament (1).

Pothier écrit : *Conditio ex testamento venire dicitur quæ ex* SPECIALI *voluntate defuncti legatum in aliquem eventum suspendere volentis proficiscitur*. — Cette théorie devient claire par des exemples.

D. 35-1, l. 107. — *Si hæres hereditatem adierit, Titio do, lego*. Sous cette forme conditionnelle, le testateur pose un principe de droit que sa volonté ne crée point et que sa volonté ne saurait supprimer. — L'énonciation est sans utilité ; le legs n'est point conditionnel, car il est de droit que tout legs ne vaut que par l'adition d'hérédité.

D. 35-1, l. 1, § 3. — *Servum quem alii non legavero, Seio dato*. Il est de droit qu'un nouveau legs d'une chose déjà léguée révoque l'ancien legs. —

---

(1) D. 35-1, l. 1.

Cette énonciation d'un principe inhérent à tout legs est donc inutile. Elle ne fait pas le legs conditionnel.

D. 35-1, l. 1, § 3. — *Quod ex Arethusa natum fuerit, hæres dato* : quand le legs a pour objet une chose présente, l'éventualité consiste en ce que la chose léguée peut périr avant l'ouverture du droit du légataire ; dans ce cas le legs est inutile faute d'objet.

Quand le legs a pour objet une chose future (l'enfant qui naîtra d'Arethuse ou la récolte future), l'éventualité consiste en ce que la chose peut ne pas naître, même après l'ouverture du droit du légataire.

« Cette éventualité ne rend pas le legs de cette » nature conditionnel, en ce sens que le droit du » légataire en soit dépendant. Car avant qu'il soit » certain, au cas du legs d'une récolte, s'il y aura » des fruits, le légataire a son droit acquis à ce qu'il » pourra y avoir de fruits. Et ce droit lui est telle- » ment acquis avant que l'événement lui en donne » l'usage, que s'il venait à mourir dans cet entre- » temps, il transmettrait son droit à son héritier.

» De sorte que l'effet de cette condition n'est pas » tel que la validité du legs en dépende, mais il est » seulement tel que le legs, sans être nul, pourra » être sans aucun profit pour le légataire (1). »

Résumé : 1° La condition *inhérente* au legs (*quæ vi ipsa inest*) est une circonstance constitutive de la

(1) Domat, *ibid.*, § 17.

disposition, à ce point qu'elle ne saurait en être séparée sans que la disposition elle-même soit mise à néant ; — 2° la condition *venant du testament* se reconnaît à ce signe, qu'elle pourrait n'être pas ajoutée à la disposition, et que si on la supposait non écrite, le legs ne périrait pas ; qu'au contraire, sa chance d'exister en serait accrue. — Cette dernière condition est donc la seule qui fasse les legs conditionnels : « *conditiones extrinsecus, non ex testamento venientes* (*id est quæ tacite in esse videntur*) *non faciunt legata conditionalia* (1). »

(d) Evénement dont l'incertitude tient en suspens l'existence ou la non existence du droit au legs. — Toute condition ajoutée au legs crée donc une éventualité qui tournera, soit au profit de l'héritier, soit au profit du légataire.

Tant que dure l'éventualité, que devient le *dominium* de la chose léguée ?

G. 194 et 200. — Dans l'ancien droit, deux opinions sont en présence : 1° au cas de legs *per vindicationem*, tant que la condition est pendante, la chose léguée est *res interim nullius* ; 2° la chose léguée, de même que le *statu liber*, appartient *inter ea* à l'héritier, jusqu'à l'événement de la condition. Ces avis contraires s'accordent en ce point que la condition est suspensive du droit du légataire.

---

(1) D. 35-1, l. 99.

Quand les divers genres de legs furent confondus et assimilés au legs *per damnationem*, l'héritier fut, jusqu'à l'événement de la condition, considéré comme propriétaire de la chose léguée. L'idée d'un legs sous condition *résolutoire* du droit du légataire est absolument étrangère au droit romain.

La condition accomplie a-t-elle un effet rétroactif?

La loi 18 (D. 50-17) répond par ces exemples : « Un fils de famille *stipule* sous condition; à l'événe- » ment de la condition il est émancipé; le bénéfice » de la stipulation *est acquis au père de famille.* » — Donc, dans les stipulations, la condition accomplie a un effet rétroactif.

« Un fils de famille est légataire sous condition; à » l'événement de la condition, il est émancipé; le » legs lui est acquis; il n'est pas acquis au père » de famille. » Donc, dans les legs la condition accomplie n'a point d'effet rétroactif (1).

Sur cette loi (2) Cujas écrit :

« Atque magna differentia est inter legata et stipu- » lationes ex quo efficitur, — Stipulationem cedere ex » die contractus, legatum autem ex eventu conditionis.

---

(1) Notre Code admet-il l'effet rétroactif des conditions attachées aux legs? On affirme qu'il l'admet, quoique cela ne soit point écrit. Cette affirmation réduit à rien la prohibition des substitutions. Il faudrait être bien ignorant de la jurisprudence pour écrire une substitution capable d'être annulée.

(2) D. 50-17, l. 18.

» In stipulatione spectari tempus contractus, con-
» ditionem vero legati non retrotrahi ad tempus
» mortis.

» *Certissimum est in stipulationibus spectari tem-*
» *pus contractus ; in legatis conditiones.* »

Il faut bien qu'il en soit ainsi : puisque le *dies cedit* est fixé au jour de l'événement de la condition, et que c'est à l'instant du *dies cedit* que la capacité du légataire et l'importance de la chose léguée sont jugées.

DIVISION DES CONDITIONS.

1° *Conditions positives*, — *conditions négatives* (1); chacune de ces deux classes contient trois variétés. Les conditions positives consistent en ceci : 1° *ut quid detur ;* 2° *ut quid fiat ;* 3° *ut quid obtingat.* — Les conditions négatives consistent en ceci : 1° *ut quid non detur ;* 2° *ut quid non fiat ;* 3° *ut quid non obtingat.*

Les conditions *ut quid obtingat, vel ut quid non obtingat* ont trait à un événement indépendant de la volonté ou du fait d'une personne déterminée. — Les conditions *dandi vel non dandi, faciendi vel non faciendi,* consistent dans le fait ou dans l'abstention,

(1) D. 35-1, l. 60.

soit du légataire, soit de toute autre personne déterminée.

Les conditions de cette dernière sorte se réfèrent nécessairement à un temps déterminé : la durée de la vie de celui qui doit ou faire ou donner, ou s'abstenir.

La condition positive est accomplie, la condition négative est défaillie quand l'événement conditionnel est accompli (*quum* quid (1) *aut datur*, *aut fit*, *aut obtingit*). — En sens inverse, la condition négative est accomplie et la condition positive est défaillie, quand il est certain que l'événement n'arrivera pas (*quum certum est* quid *aut non detur*, *aut non fiat*, *aut non obtingat*).

Dans le cas où la condition se réfère à un temps déterminé, la condition positive est défaillie ou la condition négative est accomplie, par l'expiration du temps déterminé sans que l'événement conditionnel soit arrivé.

Enfin, la condition positive est accomplie quand le débiteur du legs (l'héritier) en a empêché l'accomplissement (2).

2° *Quid* de la condition consistant dans le fait du légataire seul ?

---

(1) *Quid* désigne l'événement conditionnel.

(2) D. 35-1, l. 81, § 1.— Tunc demum pro impleta habetur conditio, quum per eum stat qui, si impleta esset, debiturus erat.

Les conditions qui consistent dans le fait du légataire se réfèrent au temps où le testateur sera mort. Dans ce cas, en effet, la condition est un ordre que le légataire doit exécuter. Or, pour obéir à cet ordre du testateur, il faut que cet ordre non-seulement soit connu, mais de plus qu'il tire du testament une force obligatoire.

Titio hominem Stichum do, lego, si Seio decem dederit : « Le don que *Titius* pourrait, de son mouve-» ment, avoir fait à *Seius* du vivant du testateur, » n'étant pas un effet de la disposition du testateur » qui voulait que ce don vînt de son bienfait, ne se-» rait à l'égard de l'intention de ce testateur qu'un » hasard qui, n'y satisfaisant point, n'accomplirait » point la condition (1). »

Mais si la condition est telle quelle ne puisse s'accomplir qu'une seule fois (*si Titius Seio filiam nupserit*), il n'importe que la volonté du testateur soit accomplie avant ou après sa mort ; pourvu qu'elle se trouve accomplie, cela suffit pour la validité du legs.

3° *Quid* de la condition dépendant du fait ou de la volonté d'un tiers ?

Titio hominem Stichum do, lego, si Mœvius capitolium ascenderit.

Le legs vaudra si *Mœvius* monte au capitole ; si

---

1) Domat, *ibid.*, § 39 — D. 35-1, l. 2. — Si fato fecerit, non videtur obtemperasse voluntati.

Mævius ne monte pas au capitole, le legs ne vaudra pas. Cela ne saurait faire difficulté. — Il dépendra donc du fait de *Mævius* que le legs soit ou nul ou valable.

Titio hominem Stichum do, lego si Mœvius voluerit. — Ce legs est-il valable ?

Non, suivant Modestin, *nam in alienam voluntatem conferri legatum non potest* (1). *Oui*, suivant Ulpien, *quid enim interest si Titius in capitolum ascenderit mihi legetur* ou *si voluerit* (2).

Suivant ce dernier avis, *Mævius* est comme un exécuteur testamentaire auquel le testateur aurait laissé la faculté de faire ou de ne pas faire exécuter le legs, suivant des intentions qui lui auraient été expliquées, ou suivant l'appréciation qu'il ferait en homme de bien, *boni viri arbitratu* (3).

4° *Quid* si la condition dépend à la fois du fait du légataire et du fait d'un tiers ?

« Si le légataire était chargé d'une condition qui ne dépendît pas entièrement de son fait, mais qui dépendît aussi du fait d'une autre personne que la disposition du testateur pourrait regarder, et qui de sa part refuserait ce qui dépendrait de son fait pour ac-

---

(1) D. 35-1, l. 52.
(2) D. *de leg.* 2, l. 1 pr.
(3) Domat, *ibid.*, §§ 17 et 31.

complir la condition ; il suffirait que ce légataire fit de sa part ce qui pourrait dépendre de lui.

» Si la condition était telle qu'on put suppléer d'une autre manière à ce que l'intention du testateur paraîtrait demander du légataire qui en était chargé ; il pourrait y satisfaire en accomplissant, par équivalent, l'intention du testateur de la manière qui serait possible (1). »

5° *Conditions impossibles :* un événement *impossible* n'est ni futur, ni incertain. Il est certain qu'il n'existera pas. Un legs, subordonné à un événement de ce genre, n'est point conditionnel ; — ou il est pur et simple (*præsens*), — ou il est nul.

G. 111-98. — La condition impossible ajoutée aux stipulations les fait nulles ; — dans les testaments elle est réputée non-écrite (2). *Gaius* ajoute avec raison : *sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest.*

Remarquez toutefois qu'il s'agit d'une impossibilité absolue ; les conditions qui ne seraient impossibles que pour le légataire seulement font le legs nul et ne sont pas réputées non-écrites (3).

---

(1) Domat, *ibid.*, §§ 29 et 30. — D. 35-1, 1, 14, 24 et 81. — D. *de leg.* 3, l. 14, § 2.

(2) D. 35-1, l. 3. — Obtinuit impossibiles conditiones testamento adscriptas pro nullas habendas.

(3) Domat, *ibid.*, § 19. — Titio centum do, lego si Seio nupserit : Seius meurt avant le mariage ; la condition est impossible, le legs est nul, car l'intention du testateur avait le mariage pour objet.

Les conditions illicites (*turpes*) sont assimilées aux conditions impossibles ; on les tient pour non-écrites (1).

Les conditions contradictoires (*perplexæ*) font le legs nul; car elles ne permettent pas de distinguer ce que le testateur a voulu (2).

Les dispositions captatoires sont réputées *turpes ;* un sénatus-consulte fut porté pour les prohiber et les mettre à néant. Exemples : *qua ex parte me Titius hæredem scripserit, ex ea parte hæres esto* (3). — *Titius si Mœvium scripserit, mihi hæres esto* (4).

Dans ce dernier exemple, quoique la clause captatoire ait la forme d'une condition, ce n'est pas seulement la condition, c'est la disposition elle-même qui est réputée non-écrite (5).

« Le sénatus-consulte ne réprouve pas les testa-
» ment mutuels de deux personnes qui s'instituent
» réciproquement héritiers l'un de l'autre.
» Car aucun des deux ne prévient la volonté de

---

(1) D. 35-1, l. 20.
(2) D. 28-7, l. 70.
(3) D. 34-8, l. 1.
(4) D. 28-5, l. 70.
(5) Domat, *ibid.*, § 20. — Ces dispositions si sordides, si basses, devaient être fréquentes à Rome , puisqu'il fallut un sénatus-consulte pour les réprimer. Cette règle est peu nécessaire pour notre usage , car quoiqu'on voie assez d'autres méchantes voies pour attirer des dispositions des testateurs, on ne voit guère ni de personnes qui tendent un tel piége, ni d'autres qui s'y laissent prendre.

» l'autre pour se l'attirer, mais l'un et l'autre étant
» déjà dans une affection réciproque, rien n'empêche
» que l'un et l'autre ne se la témoigne par une telle
» disposition. *Non eas senatus improbavit quæ mu-*
» *tuis affectionibus judicia provocaverunt* (1).

MESURES PROVISOIRES QUAMDIU CONDITIO LEGATI PENDET.

Le testateur meurt : une espérance s'ouvre au profit du légataire, *spes est debitum iri :* cette formule est très-exactement traduite : un droit éventuel a un droit définitif (2). En effet, durant cette période de temps, le legs produit des effets juridiques provisoires.

1° *Satisdation pour la conservation des legs.* — Quand le legs est conditionnel, — et plus généralement quand un terme, ou une circonstance quelconque retarde l'exécution du legs, le préteur oblige le débiteur du legs à donner un fidéjusseur qui garantira l'exécution du legs (3). — Dès que *dies legati cedit,* le fidéjusseur devient débiteur du legs.

2° *In possessione legatorum servandorum causa*

---

(1) D. 28-5, l. 70. — Sed quarum conditio confertur ad secretum alienæ voluntatis (Domat, *ibid.*, § 20).
(2) Accolas, sur l'art. 1180.
(3) D. 36-3, l. 8 et 15.

missio : à défaut de *satisdation*, le légataire *mittitur in possessionem* des choses léguées (1).

Cet envoi en possession ne transfère au légataire ni la propriété, ni même la possession proprement dite. — Elle donne seulement au légataire la garde des choses auxquelles il pourra avoir droit (L. 5).

La missio in possessionem n'est point ordonnée, s'il est certain qu'il n'a point encore été fait adition d'hérédité.

En effet, le défaut d'adition d'hérédité met en question la validité même du testament, et, en outre, avant l'adition on ne peut exiger de l'héritier aucune satisdation (L. 2).

3° *Caution Mutienne* (2). — Le legs fait sous la condition négative d'un fait personnel au légataire, ne peut manquer de rester en suspens tant que le légataire vivra. En effet, ce n'est qu'à la mort du légataire qu'on peut connaître le sort de la condition.

Donc, en fait, les héritiers du légataire auront seuls le bénéfice du legs.

On jugea que cela était contraire à la volonté du testateur. Ce qui fit que le jurisconsulte Mutius Scœvola inventa la caution qui porte son nom.

La caution Mutienne produit deux effets : 1° le léga-

---

(1) D. 34-4, l. 8.
(2) D. 2-8, l. 1. — *Cavere*, donner une garantie, soit par fidéjusseur, soit par stipulation prétorienne.

taire qui donne la caution Mutienne est envoyé en possession de la chose léguée ; 2° si la condition *non faciendi* vient à défaillir, le légataire doit restituer la chose et les fruits. La caution Mutienne garantit cette restitution (1).

Le legs *quum legatarius morietur* n'obtient point le bénéfice de la caution Mutienne. Cela peut paraître étrange, mais en y réfléchissant on aperçoit que cela est rationnel. En effet, le legs *quum legatarius morietur* n'est point conditionnel, il est à terme (2).

En ordonnant un terme, le testateur *moram fecit* — et il ne peut avoir d'autre but que de faire un retard. L'envoi en possession avant l'arrivée du terme serait donc contraire à la volonté que le testateur a exprimée (3).

---

(1) D. 35-1, l. 18 et 79, § 2.
(2) D. 36 2, l. 4, § 1.
(3) Le legs d'usufruit *quum legatarius morietur est inutile.* En effet, il serait contradictoire que l'usufruit commençât à l'instant où, l'héritier mourant, il doit finir.

Le legs d'usufruit *si legatarius Capitolium non ascenderit* produit effet, quoiqu'il soit retardé jusqu'à décès de l'usufruitier.

Il produit effet parce qu'il est conditionnel ; ce qui lui donne le bénéfice de la caution Mutienne. (D. 35-1, l. 79, § 3.)

NEUVIÈME ÉTUDE.

LOI JULIA ET LOI PAPPIA POPPÆA.

« Les anciennes lois de Rome cherchèrent beaucoup » à déterminer les citoyens au mariage. Le sénat et » le peuple firent souvent des règlements là-dessus.

» Indépendamment des lois, les censeurs eurent » l'œil sur les mariages ; et, selon les besoins de la » république, ils y engagèrent et par la honte et par » les peines.

» Les discordes civiles, les triumvirats, les proscriptions, affaiblirent plus Rome qu'aucune guerre » qu'elle eut encore faite ; il restait peu de citoyens » et la plupart n'étaient point mariés. Pour remédier » à ce dernier mal, César donna des récompenses à » ceux qui avaient beaucoup d'enfants, et défendit » aux femmes qui avaient moins de quarante-cinq ans » de porter des pierreries : méthode excellente d'attaquer le célibat par la vanité.

» Les lois d'Auguste furent plus pressantes (an 736), » il imposa des peines nouvelles à ceux qui n'étaient » point mariés, et augmenta les récompenses de ceux » qui l'étaient et qui avaient des enfants.

» Auguste donna la loi qu'on nomme de son nom

» Julia et Pappia Poppæa du nom des consuls (*Pappius*
» *Mutilus* et *Poppæus Sabinus*) d'une partie de cette
» année-là. La grandeur du mal paraissait dans leur
» élection même. Dion nous dit qu'ils n'étaient point
» mariés et qu'ils n'avaient point d'enfants (1).

» Les lois *Julia et Pappia Poppæa* sont un corps
» de tous les règlements qu'on peut faire sur ce sujet.
» Elles comprennent un grand nombre de chefs, au
» moins trente-cinq (2). »

---

(1) *Esprit des lois*, l. XXIII, ch. XXI.

(2) D. 23-2, l. 19 (fragment des Institutes de Marcien intitulé : *Capite trigesimo quinto legis Juliæ*). — Ce titre du Digeste *de ritu nuptiarum* a trait surtout aux lois pappiennes : c'est un tableau des mœurs romaines. On y voit :

L. 19. — Que le père ne peut empêcher que les enfants qu'il a dans sa puissance ne se marient ; — qu'il est réputé empêcher le mariage s'il cherche l'époux dans une condition honteuse ; — qu'il est forcé de les doter (*rescrit des Divi fratres*).

L. 21 et 22. — Qu'un fils de famille ne doit être contraint de prendre une épouse, mais que s'il obéit à la contrainte, le mariage vaut : *filius maluisse dicitur*.

L. 23. — Qu'à tous, les sénateurs exceptés, il est permis d'épouser une femme affranchie.

L. 27. — Que si un sénateur épouse une femme affranchie, celle-ci *interim uxor non est; sed uxor esse incipit*, quand le sénateur vient à perdre sa dignité.

L. 24. — La vie commune avec une femme libre (*consuetudo*) fait mariage et non concubinat, à moins que celle-ci *corpore quæstum fecerit*.

L. 43. — *Corpore quæstum facere, quid est?* Réponse à cette question, développement et théorie de droit.

L. 47. — Une fille de sénateur *quæ corpore quæstum fecerit* peut épouser un affranchi.

L. 51. — Le maître affranchit son esclave *matrimonii causa ;* cette affranchie ne peut épouser nul autre que son maître.

Ces lois récompensent et punissent.

Le décurion qui a le plus d'enfants tient le premier rang dans la curie et vote le premier (1).

Chaque enfant donne dispense d'un an pour parvenir aux magistratures (2).

Les femmes ingénues qui ont trois enfants, les femmes affranchies qui en ont quatre, sont libérées de la tutelle ; elles gagnent des droits à l'hérédité *ab intestat* (3).

Les hommes aussi obtiennent par le nombre de leurs enfants une part plus grande de l'hérédité *ab intestat* de leurs affranchis.

Les peines édictées par les lois *Julia*, *Pappia Poppæa* consistent principalement dans la suppression ou la diminution du *jus capiendi* par testament.

« Ceux qui n'étaient point mariés ne pouvaient » rien recevoir par testament des étrangers, et ceux » qui étant mariés n'avaient point d'enfants n'en re- » cevaient que la moitié : les Romains, dit Plutarque, » se mariaient pour être héritiers et non pour avoir » des héritiers.

» Les avantages qu'un mari et une femme pou- » vaient se faire par testament étaient limités par la » loi. Ils pouvaient se donner le tout s'ils avaient des

---

(1) D. 50-2, l. 4, § 5.
(2) D. 4-4, l. 2.
(3) G. 1-145, 111-42, 50, 51.

» enfants l'un de l'autre ; s'ils n'en avaient point, ils
» pouvaient recevoir la dixième partie de la succes-
» sion à cause du mariage ; et s'ils avaient des en-
» fants d'un autre mariage, ils pouvaient se donner
» autant de dixièmes qu'ils avaient d'enfants (1).

» Si un mari s'absentait d'auprès de sa femme
» pour autre cause que pour les affaires de la Répu-
» blique, il ne pouvait en être l'héritier (2). »

De jure capiundi, — de caducis, — de his quæ sunt in causa caduci.

Factio testamenti contient en soi *jus capiundi*. En effet, le vieux droit n'admet point qu'on soit héritier sans part héréditaire, légataire sans droit au legs. Les lois caducaires (*jus novum*) ont rompu ce lien ; par elles, *factio testamenti* est démembrée : on peut avoir la qualité que donne le testament et n'avoir pas droit à l'émolument.

Jus capiundi, droit à l'émolument : ce droit n'est distingué de *factio testamenti* que pour en être retranché. On ne dira point d'un héritier ou d'un légataire qu'il a *en plus* de sa qualité *jus ex testamento capiundi* ; — on ne dira point de celui qui prend ce qui ne lui est point donné par le testateur qu'il a *jus ex testamento capiundi* : son droit est autrement dénommé : *jus caduca vindicandi*.

---

(1) Ulp. frag. 15 et 16.
(2) *Esprit des lois*, l. XXIII.

CADUCUM. Emolument *valablement* donné par testament, non recueilli pour une cause quelconque. — Ce qui est donné par institution ou par legs est capable de devenir caduc ; les fidéi-commis d'abord exempts de caducité furent, par le S.-C. Pégasien, assujettis aux lois caducaires (1).

IN CAUSA CADUCI. Par extension, les lois nouvelles réputent *caduques* certaines dispositions qui, *nulles*, selon le vieux droit, n'auraient pu être recueillies par celui à qui elles sont destinées : on dit que ces dispositions sont *in causa caduci* (2). Entre ces parts et les parts *caduques*, voici les différences :

Les parts caduques rentreraient dans l'hérédité ; — les parts *in causa caduci* n'en sortiraient point, sans les lois caducaires qui les attribuent à ceux qu'elles préfèrent à l'héritier.

Est *caduc* l'émolument donné par le testament : 1° *cælibe vel orbi ;* 2° au latin junien ; 3° *indigno*.

Sont *in causa caduci* les dispositions testamentaires répudiées ou devenues sans effet, parce que le bénéficiaire a perdu *factio testamenti*.

Quant aux dispositions nulles *ab initio*, ou tenues

---

(1) Ulp. frag. 17, § 1.— Quod quis sibi testamento relictum ita ut jus capere possit, aliqua ex causa non cœperit *caducum* appellatur, velut ceciderit ab eo.

(2) *In causa caduci :* assimilées aux parts caduques.

pour non écrites, les lois caducaires leur sont étrangères.

Cœlibes, orbi, Patres, — jus caduca vindicandi.

Oter à ceux qui sont aux *cœlibes*, aux *orbi*, donner aux *Patres*, tel est le système des lois caducaires.

Sont caduques : 1° La part du *cœlebs ;*

2° La moitié de la part de l'*orbus ;*

3° La part du latin junien.

Les lois caducaires accordent au latin junien ou au *cœlebs* un délai de cent jours pour éviter la caducité, l'un en se mariant, l'autre en acquérant le droit de cité romaine : les mariages défendus par la loi (1), ou les mariages simulés ne servent point (2).

Exceptions : N'est point caduque, la part : 1° du garçon *cœlebs* en deça de 25 ans, et de la fille *cœlebs* en deça de 20 ans ; — 2° du *cœlebs* devenu veuf après 60 ans ou de la femme devenue veuve après 50 ans ; 3° de la femme divorcée depuis moins de deux ans ; de la femme répudiée depuis moins de dix-huit mois ; 4° de l'*orbus* qui a perdu ses enfants et qui est dans l'âge fixé pour en avoir d'autres, ou qui est au-delà de l'âge fixé.

L'immunité attachée à ces exceptions est dite

---

(1) Ulp. frag. 18.
(2) D. 23-2, l. 30.

solidi capacitas. Elle consiste à conserver *tout* ce que le testament donne ; mais elle ne fait point participer aux avantages réservés à la paternité.

SOLIDI CAPACITAS reçoit une extension particulière, à l'égard des dispositions testamentaires entre mari et femme. Elle est accordée aux époux dans les cas suivants : 1° si l'un ou l'autre n'a pas atteint l'âge où l'on doit avoir des enfants, c'est-à-dire vingt ou vingt-cinq ans, selon le sexe ; 2° si les époux ont, le mari plus de soixante ans, la femme plus de cinquante ans; 3° si les époux sont *cognats* au sixième degré ou en deça ; 4° si dans les dix mois de la mort du mari, femme met un enfant au monde ; 5° si les époux ont obtenu de l'Empereur *jus liberorum*, c'est-à-dire le droit accordé à ceux qui ont des enfants (1).

Les parts caduques ou *in causa caduci* appartiennent d'abord aux enfants et aux parents du testateur, jusqu'au troisième degré, s'ils sont institués héritiers. Les lois caducaires ont en cela respecté *antiquum jus adcrescendi* (2).

Voici l'innovation : à défaut des parents susdits les parts caduques sont attribuées aux *Patres*, dans l'ordre suivant :

---

(1) Ulp. frag. 16.
(2) Ulp. frag. 18.

1° *Patres*, légataires *conjuncti re et verbis ;* après eux légataires *conjuncti verbis tantum* (1) ;

2° *Patres*, héritiers institués ;

3° *Patres*, *conjuncti re tantum* ou non conjoints (2) ;

4° *Quivis Pater* nommé dans le testament ;

5° A défaut des personnes ci-dessus, le fisc (3).

Les *Patres* ont cent jours pour revendiquer les parts caduques dont le fisc s'est emparé (4).

Une constitution d'Antonin a préféré le fisc à tous autres, mais en conservant, comme la loi *Pappia Poppœa* l'*antiquum jus* des enfants et des parents jusqu'au troisième degré (5).

Comparaison entre le JUS ANTIQUUM ADCRESCENDI *et le* JUS CADUCA VINDICANDI. — On sait que le droit d'accroissement doit être vu avant, pendant, après les lois caducaires.

Antiquum jus adcrescendi est sans application aux legs par la formule *damnas esto*, ou plus généralement

---

(1) D. 50-16, l. 142.— Triplici modo conjunctio intelligitur : aut enim *re* per se conjunctio, aut *re et verbis* (Titio et Seio eumdem fundum do, lego) aut *verbis tantum* (Titio et Seio fundum æquis partibus do, lego).

(2) D. 30-3, l. 89.— Præfertur omnino cæteris qui *et re et verbis* conjunctus est ; quod si *re tantum* conjunctus sit, constat non esse potiorem ; si vero *verbis quidem* conjunctus sit, *re autem non*, quæstionis est, an conjunctus potior sit. Et magis ut ipse præferatur.

(3) G. 286.

(4) Frag. *de jure fisci*, § 3.

(5) Ulp. frag 17, § 2.

aux legs qui font le légataire *créancier* de l'héritier. — Quant aux legs dont la formule fait le légataire *propriétaire* de la chose léguée, l'accroissement consiste en ce que le partage que le concours aurait fait n'a pas lieu; le concours n'ayant pas lieu, on donne une idée vraie de l'antique accroissement en disant : ne pas diminuer, c'est accroître.

Tout autre est l'accroissement *ex lege Pappia* : il consiste dans une *addition* qui n'aurait pas lieu suivant le droit civil; cette addition n'est acquise qu'à la condition d'exercer *jus caduca vindicandi ;* elle est donc facultative, et facultative, elle est *cum onere*.

DROIT D'ACCROISSEMENT SOUS JUSTINIEN.

« Les lois caducaires n'étaient point agréables au » peuple, et Auguste les tempérait ou les roidissait selon » qu'on était plus ou moins disposé à les souffrir (1). » Justinien les abrogea définitivement et rétablit *l'antiquum jus adcrescendi* sous les modifications ci-après : 1° *damnatio partes facit*, dans tous les cas, quoique le legs soit fait *disjunctim* ; 2° l'accroissement sera dans tous les cas facultatif ; 3° entre légataires conjoints *re tantum*, il aura lieu *sine onere ;* entre légataires conjoints *re et verbis*, il aura lieu *cum onere* (2).

---

(1) *Esprit des lois*, l. XXIII.
(2) C. 6-51, l. unique, § 2.

DIES CEDIT A TABULIS TESTAMENTI APERTIS.

Pour accroître les chances de caducie, les lois caducaires décident que le *dies cedit* qui, d'après le droit civil, est fixé au jour du décès du testateur, est reporté jusqu'au jour de l'ouverture du testament (1).

Les tables du testament sont ouvertes comme suit (2) :

On appelle les témoins ou la majorité d'entre eux; ils reconnaissent leur sceau; on rompt l'enveloppe (*rumpitur linum*); le testament est ouvert; on en donne lecture; on le décrit; on y appose le cachet public; on le dépose dans les archives, afin que si la copie en est détruite, on puisse en demander une copie nouvelle.

Dans les municipes, les colonies, les villes, les bourgs, les testaments sont lus en assemblées publiques, au forum ou dans les basiliques, en présence des témoins ou de personnes honorables, entre la deuxième et la dixième heure du jour.

---

(1) Le légataire meurt ou devient pérégrin après la mort du testateur, cela n'importe, d'après le droit civil, car le legs est acquis du jour du décès, à moins qu'il ne soit conditionnel. Les lois caducaires font ce legs caduc, si le légataire meurt ou devient pérégrin avant l'ouverture des tables du testament.

(2) Paul, s., l. 4, t. 6.

Le testament doit être ouvert aussitôt après le décès ; il est d'usage de l'ouvrir entre le troisième et le cinquième jour. On ne doit point retarder les héré-dités, les legs, les affranchissements, les droits du fisc au-delà du temps strictement nécessaire.

DE HIS QUÆ UT INDIGNIS AUFERANTUR.

(D. 24-9.)

Au cas d'indignité, le bénéfice du testament *vel hæredi, vel legatario erepitur*. Ce qui est ainsi enlevé est dit *erepticium*. — L'*erepticium* est attribué tantôt au fisc, tantôt à certaines personnes. Cette attribution est une manière d'acquérir *lege*.

Les cas d'indignité ont été successivement créés (1). Il est difficile de les énumérer tous ; nous posons les principaux !

(a) *Cas d'indignité commun aux institutions d'héritier et aux legs.*

L'héritier ou le légataire est déclaré indigne au profit du fisc : 1° s'il a tué le défunt ou s'il a attenté à ses jours (D. 24-9, L. 3); 2° s'il a attaqué le testament comme inofficieux (L. 5); 3° est indigne celui

(1) Pour un grand nombre ils deviennent des décrets impériaux.

qui par fidéi-commis tacite s'est chargé de remettre l'hérédité à des personnes incapables (L. 10); 4° est indigne celui qui par dol a détourné le défunt de faire une disposition de dernière volonté ou de modifier celle qu'il a faite (L. 19).

L'hérédité ou le legs sont enlevés non-seulement à celui qui a pratiqué le dol, mais encore à celui qui en a profité (1).

(b) L'héritier ou le légataire est déclaré indigne au profit de certaines personnes : 1° si l'héritier chargé des frais des funérailles ne s'acquitte point de ce devoir, ce qui lui a été donné profite à ses co-héritiers testamentaires ; s'il est seul, aux héritiers *ab intestat*. — Il en est de même quant au légataire ; le bénéfice du legs profite à celui qui est obligé de l'acquitter (2); 2° si l'héritier ou le légataire présente une excuse afin d'être dispensé de la tutelle dont il a été chargé, l'hérédité passe : 1° aux substitués ; 2° aux co-héritiers institués ; 3° aux héritiers *ab intestat ;* le legs passe au pupille. En un mot, l'héritier ou le légataire perd le *jus capiendi* s'il n'exécute pas les charges qui lui sont imposées (3).

(c) Cas d'indignité particuliers à l'héritier institué.

---

(1) D. 29-6, l. 21 et 22. — Voir, au surplus, D. 49-14, *de jure fisci*.

(2) D. 11-7, l. 12, § 4.

(3) D. 24-9, l. 5, § 2.

L'héritier institué est déclaré indigne au profit du fisc : 1° si pendant la vie du testateur, et sans son consentement, il a fait des conventions sur sa succession future ; 2° si l'héritier cache ou détourne, au préjudice des légataires, les choses dépendant de l'hérédité, le fisc prend, à la place de l'héritier, la *quarte Falcidie* (1).

L'héritier institué *pro certa portione*, s'il vole des choses héréditaires, perd sa part dans ces choses ; cette part est attribuée à ses co-héritiers, non au fisc (2).

---

(1) D. 24-9, l. 2 et 6.
(2) D. 36-1, l. 48.

DIXIÈME ÉTUDE.

Première partie.

DES HÉRÉDITÉS FIDÉI-COMMISSAIRES.

(J. t. 23.)

J. § 1. — *Fidéi-commis :* Prière du testateur (1); à l'origine, elle ne crée point un lien de droit et n'intéresse que la probité.

« On instituait un héritier capable de recevoir par » la loi, et on le priait de remettre la succession » à une personne que la loi en avait exclue. — Dans » les derniers temps, les mœurs se corrompirent au » point que les fidéi-commis durent avoir moins de » force pour éluder les lois, que les lois n'en avaient » pour se faire respecter (2). »

---

(1) Ulp. fr. 24, § 1.— Fidei-commissum est quod *non civilibus verbis* sed *precative* relinquitur : verba fidei-commissorum in usu fere hæc sunt : *fidei-committo, peto, volo dari et hæc similia.* Etiam nuta relinquere fidei-commissum in usu receptum est.

(2) *Esprit des lois*, l. XXVII. — « Les uns rendirent l'hé- » rédité, et l'action de *Sextus* fut remarquable. On lui donna » une grande succession ; il n'y avait personne dans le monde » que lui qui sût qu'il était prié de la remettre ; il alla trou-

L'empire vient : on n'est plus touché que des raisons d'équité, de modération et de bienséance. Qu'importe la solennité des paroles testamentaires ?

Entre l'ordre et la prière, nulle différence : la volonté du testateur doit être suivie.

Auguste ordonne aux consuls de veiller à l'exécution des fidéi-commis ; et, peu à peu, une telle faveur s'attache à cette nouvelle manière de disposer, que l'on crée un préteur chargé spécialement d'en connaître (*prætor fidei-commissarius*).

Les fidéi-commis sont ou testamentaires ou *ab intestat*.

G. 248. — Le fidéi-commis testamentaire n'est valable que s'il a une institution d'héritier suivie d'adition d'hérédité (1).

G. 270. — Celui qui meurt *intestat* peut, par

» ver la veuve et lui donna tout le bien de son mari ; les » autres gardèrent pour eux la succession ; et l'exemple de » *Sextilius Rufus* fut célèbre encore. Dans ma jeunesse, dit » Cicéron, je fus prié par Sextilius de l'accompagner chez » ses amis pour savoir d'eux s'il devait remettre l'hérédité » de *Fadius Gallus* à sa fille. Il avait assemblé plusieurs » jeunes gens avec de très-graves personnages ; et aucun ne » fut d'avis qu'il donnât à sa fille *Fadia* plus qu'elle ne de- » vait avoir par la loi Voconienne. Sextilius eut là une grande » succession, dont il n'aurait pas retenu un sesterce s'il n'a- » vait préféré ce qui était juste et honnête à ce qui était » utile. »

(1) Ulp. frag. 25, §§ 8 et 9.— Les fidéi-commis doivent être exécutés, quoique le testament ne soit pas valable en la forme.

codicille, imposer à son héritier un fidéi-commis, quoiqu'il ne puisse le grever d'un legs.

QUI PEUT DONNER, QUI PEUT RECEVOIR PAR FIDÉI-COMMIS ? — Celui qui a capacité de tester peut seul donner par fidéi-commis (G. 251). — Celui qui n'a pas capacité d'être légataire peut recevoir par fidéi-commis (Ulp., §§ 6, 7, 10).

QUE PEUT-ON DONNER PAR FIDÉI-COMMIS ? — L'héritier peut être grevé de restituer ou toute l'hérédité, ou une quote-part de l'hérédité, ou un objet déterminé (J., § 10) (1).

Le fidéi-commis peut faire ou *pure*, ou *sub conditione*, ou *ex die certa* (G. 250).

EFFETS DE LA RESTITUTION. — Après la restitution (même de toute l'hérédité), celui qui a restitué conserve le titre, la qualité d'héritier, et vis-à-vis

---

(1) Les fidéi-commis sont appelés chez nous substitutions fidéi-commissaires.

« On voit qu'il y a cette différence entre les substitutions » fidéi-commissaires et les substitutions vulgaires, qu'en » celles-ci il n'y a qu'un successeur qui succède immédiate- » ment au testateur ; car si l'héritier institué peut et veut » succéder, la substitution sera sans effet : et si l'héritier » premier appelé ne succède point, le substitué sera le pre- » mier héritier qui succédera immédiatement au testateur.

» Mais dans les fidéi-commis, celui qui est substitué suc- » cède après l'héritier : et s'il y en a plusieurs appelés suc- » cessivement, chacun d'eux a le droit de succession après » l'autre, et les biens sujets au fidéi-commis passent de l'une » à l'autre, de degré en degré, des personnes appelées à cette » substitution. » (Domat, l. 5 pr.)

des tiers, les droits et les obligations attachés à cette qualité (G. 251). — En conséquence, interviennent, entre l'héritier grevé de restitution et le fidéi-commissaire, des stipulations analogues à celles *emptæ, venditæ hæreditatis*, qui jadis étaient échangées entre l'*emptor familiæ et l'héritier* (1).

D'une part, l'héritier stipule du fidéi-commissaire qu'il sera par lui indemnisé de tout ce qu'il paiera à cause de l'hérédité ; il stipule, en outre, que si une action héréditaire est donnée contre lui, le fidéi-commissaire le défendra.

D'autre part, le fidéi-commissaire stipule que les actions héréditaires seront par lui exercées *procuratorio vel cognitorio nomine hæredis* (2), et que l'héritier restituera ce qu'il pourra recueillir à titre héréditaire.

SÉNATUS-CONSULTE TREBELLIEN (3). — Ce sénatus-consulte décide que les actions pour ou contre l'héritier sont données directement pour ou contre le fidéi-commissaire comme actions utiles ; il supprime ainsi la nécessité des stipulations *emptæ, venditæ hæreditates*. — Si l'héritier est poursuivi, il a le

---

(1) G. 252 et 103.

(2) *Procurator*, mandataire extra-judiciaire; *cognitor*, mandataire judiciaire.

(3) D. 36-1, l. 1, § 2. — Donne le texte de ce sénatus-consulte, fait au temps de Néron, Annæo Seneca et Trebellio cons.

secours d'une exception ; s'il agit, une exception lui est opposée : le fidéi-commissaire prend la place de l'héritier.

Ce sénatus-consulte donne à l'héritier et au fidéi-commissaire toutes garanties de droit nécessaires, mais cela ne suffit point pour que l'héritier soit intéressé à faire adition d'hérédité.

Or, le défaut d'adition d'hérédité fait tomber les fidéi-commis. — De là le sénatus-consulte *Pégasien*.

Sénatus-consulte Pégasien (1). Ce sénatus-consulte a un double objet :

1° L'héritier refusant de faire adition d'hérédité, le préteur contraint l'héritier à faire adition sans que par cette adition il soit tenu des charges (*sine periculo*). — L'adition est faite *periculo fidei-commissarii*, afin que l'hérédité lui soit restituée.

Dans ce cas, les actions pour et contre l'héritier, sont de droit transférées au fidéi-commissaire, comme si la restitution avait lieu *ex S.-C. Trebelliano*. L'héritier ne retient point la quarte comme il va être dit ci-après : l'héritier qui fait adition *alieno periculo* est privé de tout avantage héréditaire.

2° L'héritier, grevé d'une restitution qui excède les

---

(1) D. 36-1, l. 4. — J. § 15. — Fait au temps de Vespasien, Pegaso et Pusione cons.

trois quarts de l'hérédité (1), fait adition d'hérédité volontairement, *periculo suo*.

Dans ce cas, le sénatus-consulte Pégasien lui donne le droit de retenir le quart de l'hérédité : le sénatus-consulte Pégasien est aux fidéi-commis ce que la Falcidie est aux legs.

Le fidéi-commissaire est réputé légataire partiaire (LOCO *legatarii partiarii*); toutes les actions, actives et passives, reposent sur la tête de l'héritier ; les stipulations *partis et pro parte* sont nécessaires.

COMPARAISON DU SÉNATUS-CONSULTE TREBELLIEN ET DU SÉNATUS-CONSULTE PÉGASIEN. — Quand le fidéi-commis n'excède pas les trois quarts de l'hérédité ou de la part héréditaire du grevé, la restitution se fait en vertu du sénatus-consulte Trebellien ; les actions sont divisées de droit *pro rata parte ;* les stipulations *partis et pro parte* sont inutiles (J. § 6). — Quand le fidéi-commis excède la proportion susdite, l'héritier ne peut retenir son quart qu'en vertu du sénatus-consulte Pégasien ; les stipulations *partis et pro parte* sont nécessaires.

G. 256 et 257. — Quand l'héritier grevé d'une restitution qui excède les trois quarts veut exécuter pleinement le fidéi-commis, lequel des deux sénatus-consulte est applicable? *Gaius* dit qu'on appliquera

---

(1) G. 159. — J. § 8. — Ou qui excède les trois quarts de la part héréditaire pour laquelle il est institué.

le Pégasien ; *Paul* dit qu'on appliquera le Trebellien (1); *Modestin* dit qu'en pareil cas l'héritier agira prudemment en restituant *quasi coactus* (2)?

INNOVATIONS DE JUSTINIEN. — Ces innovations sont longuement exposées aux §§ 7, 8, 9, 10, 12. Il nous paraît que ces textes peuvent se résumer dans les règles suivantes :

1° Le sénatus-consulte Pégasien aura tous les effets du sénatus-consulte Trebellien; quoique l'héritier retienne sa quarte, ou, ce qui manque à sa quarte, les actions *pro rata parte cuique competunt ;*

2° Toutes les actions héréditaires compètent pour ou contre le fidéi-commissaire seulement, dans le cas où l'héritier retient, non une quotité héréditaire, mais *res singulas*, et quelle que soit l'importance de ces choses;

3° Le fidéi-commis n'étant prouvé ni par écrit, ni par cinq témoins (ce qui est le nombre légitime), l'héritier est tenu de subir l'obligation de prêter serment qu'il n'est point grevé de restitution ; sinon il devra restituer, mais dans le cas seulement où le fidéi-commissaire *prius de calumnia juraverit*.

---

(1) Paul, s. 4-3, § 2. — D. 37-1, l. 45.
(2) *Idem*.

DE SINGULIS REBUS PER FIDEI-COMMISSUM RELICTIS.

(J. t. 24.)

Le fidéi-commis peut avoir pour objet une ou plusieurs choses de l'hérédité individuellement désignées : comme un fonds, deux esclaves. Ce fidéi-commis tient lieu de legs ; il peut être mis à la charge du légataire aussi bien qu'à la charge de l'héritier, *quamvis a legatario legari non possit*.

J. § 1. — Non-seulement la chose du testateur, mais celle de l'héritier, celle du légataire ou de tout autre peut être laissée par fidéi-commis. Par conséquent, le légataire peut *être prié* de restituer, non-seulement ce qui lui a été légué, mais sa propre chose, ou même la chose d'autrui.

Il n'y a d'autres limites que celle-ci : nul n'est tenu de restituer par fidéi-commis plus qu'il n'a reçu par le testament.

G. 254. — Le sénatus-consulte Pégasien qui donne au grevé le droit de retenir le quart, fut appliqué même aux fidéi-commis ayant pour objet des choses *individuelles*.

AFFRANCHISSEMENT par fidéi-commis : l'héritier ou le légataire peut être prié d'affranchir *Stichus*.

G. 266. — *Stichus*, esclave du testateur, s'il est affranchi directement *testamento*, a le mort pour pa-

tron (*libertus Orcinus*); Stichus affranchi, en exécution d'un fidéi-commis, a pour patron celui qui fait la *manumission*.

G. 265. — Stichus est l'esclave d'autrui : il doit être racheté et affranchi par le grevé. Si le maître refuse de le vendre, le fidéi-commis demeure sans effet.

Deuxième partie.

DES CODICILLES.

(J. t. 25.)

ORIGINE. — Avant Auguste, les codicilles n'étaient point en usage.

Lentulus, étant en Afrique, fit des codicilles confirmés par testament, priant Auguste par fidéi-commis de faire quelque chose. Auguste exécuta le fidéi-commis Cet exemple fut suivi.

Auguste convoqua les Prudents, parmi lesquels *Trebatius ;* l'utilité des codicilles fut par eux reconnue ; et comme Labeo lui-même fit des codicilles, il ne fut plus douteux que les codicilles étaient admis *optimo jure*.

DÉFINITION. — « Les codicilles sont des dispositions » à cause de mort distinguées des testaments par deux » caractères. L'un, de leurs formalités moindres que

» celles des testaments ; et l'autre, de leur usage » borné aux legs et aux fidéi-commis ; au lieu qu'un » testament doit nécessairement contenir une insti- » tution d'héritier (1). »

J. § 2. — Par codicille, l'hérédité ne peut être ni donnée, ni ôtée : l'institution testamentaire ne peut être modifiée en quoi que ce soit.

Lors même que dans un testament antérieur, le testateur aurait dit que les codicilles qu'il laisserait ne vaudraient que s'ils sont signés de lui, les codicilles sont valables. Nul, en effet, ne peut s'interdire d'user de son droit.

Division. — Les codicilles sont de deux sortes : — ou ils sont liés à un testament soit antérieur, soit du même temps, soit postérieur ; — ou ils sont indépendants de tout testament (2).

G. 270. — Par les premiers on fait des legs aussi bien que des fidéi-commis.

G. 272. — Par les seconds on ne peut faire que des fidéi-commis.

Les codicilles sans testament se soutiennent par eux-mêmes ; pourvu que le testateur ait eu la capacité de tester, *vicem testamenti exhibent* (3).

Que si le défunt a laissé un testament, ses codi-

---

(1) Domat, l. 4, t. 1.
(2) D. 29-7, l. 6 et 16.
(3) *Idem*.

cilles périssent avec le testament : *codicilli vires ex testamento exhibent*. Exemple : l'agnation d'un héritier sien rompt le codicille lié à un testament ; — elle ne rompt pas le codicille laissé *ab intestat* (1).

Il y a donc cette différence entre les deux sortes de codicilles, que ceux qui sont laissés *ab intestat* tiennent lieu de testament, au lieu que ceux qui sont accompagnés d'un testament en font partie, *codicilli pars intelliguntur testamenti*.

On ne peut laisser plusieurs testaments, car un testament doit renfermer la disposition universelle des biens ; mais les codicilles ne contenant que des dispositions particulières des biens, on peut en faire plusieurs en même temps ou en divers temps (2).

Tous ces codicilles produisent effet, à moins qu'ils ne soient contraires les uns aux autres ; — s'ils sont contraires, les derniers révoquent les premiers.

Les codicilles sont confirmés par testament *aut in futurum*, *aut in præteritum*. — Quoique le testament ne fasse pas mention du codicille, le codicille ne cessera point d'avoir effet : il est confirmé par cela seul qu'il n'est pas révoqué. — Mais si le testament postérieur contenait quelques dispositions contraires à celles du codicille, ou qu'ils y fissent quelques changements, la dernière volonté l'emporterait (3).

---

(1) D. 29-7, l. 6 et 16.
(2) Just. § 3.
(3) D. 29-7, l. 1, 2 et 5.

CLAUSE CODICILLAIRE.

Un testament nul en la forme ne vaut pas comme codicille. Telle est la règle.

Il est autrement si le testateur a exprimé qu'il veut qu'en tout cas son testament ait l'effet d'un codicille (1).

G. 270. — Un legs fait par codicille non confirmé par testament est nul.

Ce legs vaudra comme fidéi-commis, si le testateur a écrit dans son testament qu'il ratifie à l'avance tout ce qu'il pourrait écrire dans des codicilles futurs. La clause codicillaire doit être expresse (2).

Troisième partie.

DE MORTIS CAUSA DONATIONIBUS.

(J. t. 7, § 1. — D. 39-6.)

J. § 1. — La donation à cause de mort est celle

---

(1) D. 29-7, l. 1.

(2) Sous Constantin, on vint à admettre des clauses codicillaires *tacites*, par cette raison que tout testateur veut autant qu'il peut vouloir que son testament soit exécuté : on distingua dans les testaments *verba directa*, *verba inflexa*, *verba precaria*. Cette partie du droit n'est qu'ambages et ambiguités.

qui est faite en vue de la mort (*propter mortis suspicionem*) (1).

La survie du donataire au donateur et la révocabilité, si le donateur se repent, caractérisent la donation à cause de mort (2).

C'est pour cela que l'on dit : la donation est à cause de mort quand le donateur se préfère au donataire, et qu'à ses héritiers il préfère le donataire (3).

Dans le cas où une donation à cause de mort serait faite à la condition d'être irrévocable, on tiendrait cette donation comme faite *inter vivos* et soumise aux mêmes règles : elle ne vaudrait point *inter virum et uxorem*, et la loi Falcidie ne lui serait point applicable (4).

On distingue plusieurs sortes de donations à cause de mort : — 1° Le donateur n'a en vue aucun péril particulier et présent : il donne à cause de la seule considération que l'homme est mortel (5). — 2° Il donne en vue d'un péril d'une mort prochaine : en

---

(1) J. 1, t. 7, § 1.

(2) D. 39-6, l. 30. — Le donateur qui se repent a contre le donataire une action personnelle (condictio) ou une action *in rem* utile (prétorienne) — L. 16. L'action en révocation peut être exercée, même *dum pendet an convalescere possit donator*.

(3) D. 39-6, l. 35, § 1.

(4) D. 39-6, l. 27.

(5) D. 39-6, l. 2. — Sola mortis cogitatione donat. — L. 35, 4. Ex humana sorte mortis cogitatio est.

vue d'une maladie, d'un voyage sur mer, des ennemis, des brigands, de la haine ou de la cruauté d'un homme puissant (1). Dans l'un et dans l'autre cas, le donataire n'est approprié qu'à l'instant où le donateur mourra : la cause de mort est suspensive, car elle implique la condition que le donataire survivra au donateur. — Dans la deuxième hypothèse, une condition suspensive *spéciale* est ajoutée : le donateur échappera-t-il au péril prévu (2).

3° La donation à cause de mort peut être telle que le donateur, touché par l'imminence du péril, approprie immédiatement le donataire, à la condition que la chose fasse retour au donateur, *si convaluerit.*

Dans cette hypothèse, le droit du donataire est ouvert *vivo donatore*, ce qui paraît contraire au droit des donations à cause de mort. Mais il faut remarquer que, cette donation étant révocable, le donataire, dans ce cas comme dans les précédents, n'est saisi que provisoirement (*interim*). Ce droit intérimaire *loco dominii est*, *dominium non est.*

Au cas de donation à cause de mort, qui donc peut exercer contre les tiers l'action en revendication de la chose donnée (3) ?

Si la donation à cause de mort n'a point approprié

---

(1) D. 39-6, l. 3, 4, 5, 6 et 35, § 4.
(2) D. 39-6, l. 35, § 4.
(3) D. 39-6, l. 27.

le donataire, il n'est point douteux que l'action en revendication appartient au donateur. — Si le donataire est actuellement approprié, mais sous condition de retour au donateur, l'action en revendication compète *interim* au donataire. — Si le donataire meurt avant l'événement prévu, il est évident que l'action *in rem* compète au donateur.

Une donation à cause de mort peut être faite en vue de la mort d'une personne autre que le donateur. — Dans ce cas, le donataire doit survivre à la tierce personne en vue de qui la donation a été faite (1).

DE QUIBUSDAM ALIIS MORTIS CAUSA CAPIONIBUS.

(D. 39-6.)

L. 38. — Entre la donation à cause de mort et les autres acquisitions à cause de mort, il y a cette différence : *mortis causa donatur quod præsens præsenti dat ;* la volonté du donataire doit donc se rencontrer avec celle du donateur, *vivo donatore.* Ce concours de volontés n'est point exigé, s'il s'agit de toute autre acquisition *mortis causa* (2).

---

(1) D. 39-6, l. 38.

(2) La loi 1 (D. 39-6) distingue la donation *mortis causa* de la donation *inter vivos* — La loi 38 distingue la donation *mortis causa* de toutes autres *mortis causa capiones.*— Ces deux lois combinées fournissent la définition complète de la donation *mortis causa.*

Titius ordonne par son testament que son esclave *Pamphile* sera libre s'il donne dix à *Seius*. *Titius* ne donne rien directement à *Seius* ; cependant si *Pamphile* donne ces dix, *decem mortis causa capit Seius*.

Pareillement, *mortis causa capitur*, ce qu'un légataire me donne comme charge de son legs, ou ce qu'un héritier me donne comme condition de son institution héréditaire.

La dot qui, au décès de la femme, est par le mari restituée à celui qui l'a constituée (*dos receptitia*), *mortis causa capitur*. — Le legs de la remise de la dette, *mortis causa capitur*. — Celui qui reçoit une somme d'argent pour faire adition d'hérédité, *mortis causa capit* (1).

COMPARAISON DU LEGS ET DU DROIT RÉSULTANT DE LA DONATION A CAUSE DE MORT.

Les différences entre le legs et le droit résultant d'une donation à cause de mort, se rattachent aux deux chefs suivants :

1° Le legs est un mode d'acquisition; il est classé comme tel. Par lui-même (*vi ipsa legati*), le *dominium*

(1) L. 31 et 38.

est transféré toutes les fois qu'il s'applique à un corps certain (1).

La donation à cause de mort n'a point cet effet : elle n'est qu'une cause d'acquisition.

2° Point de legs sans testament, et le sort du legs est lié au testament.

Le droit du donataire est indépendant du testament (2). *Dies donationis venit* au jour du décès du donateur, car l'attente de l'adition *non moram facit* (3). La première de ces différences cessa d'exister quand on eut assimilé le legs aux fidéi-commis et tenu pour valables les legs contenus dans des codicilles, à la charge de l'héritier *ab intestat*.

On peut citer, en outre, quelques différences portant sur des cas spéciaux :

L. 25. — Le fils de famille peut faire une donation à cause de mort, *patre permittente*, — mais il ne pourrait tester. En effet, le père ne peut intervenir dans le testament du fils.

L. 35, § 7. — Le legs de rentes annuelles se décompose en autant de legs particuliers qu'il y a d'années ; la donation à cause de mort d'une rente

---

(1) Dans l'ancien droit, on ajoute cette condition que le legs soit fait *per vindicationem*.

(2) D. 24-9, l. 5, § 17. — La querelle d'inofficiosité fait tomber les legs. Elle ne touche point les donations à cause de mort.

(3) D. 39-6, l. 22 et 32.

annuelle ne forme qu'une seule libéralité, *stipulatio enim una est.*

L'acte de donation à cause de mort non accepté, ne diffère en rien du codicille, et ses effets ne diffèrent en rien des droits qui résultent des codicilles.

A côté de ces différences, les ressemblances sont nombreuses : on vint à appliquer aux donations toutes les lois spéciales faites pour les legs : lois *Furia*, *Voconia*, *Falcidia*, *Pappia Poppæa*...

COMPARAISON DU FIDÉI-COMMIS ET DU LEGS.

Gaius énumère les nombreuses différences entre les legs et les fidéi-commis. En voici quelques-unes, — les principales :

G. 268 et s. — 1° L'héritier *intestato* peut être grevé d'un fidéi-commis, non d'un legs; 2° tout codicille peut contenir des fidéi-commis; mais le codicille *confirmé par testament* est le seul qui puisse contenir des legs; 3° un légataire peut être grevé d'un fidéi-commis; il ne peut être grevé d'un legs (*a legatorio, legari non potest*); 4° les latins juniens, quoiqu'ils n'aient pas faction de testament, peuvent recueillir des fidéi-commis; 5° le fidéi-commis, à la différence des legs, peut, dans le testament, être inscrit avant l'institution d'héritier.

Ces différences et toutes celles dont le texte donne

la suite, procèdent de cette idée : que la volonté du testateur est une loi supérieure à la loi (1). « Un » homme priait son ami de remettre sa succession à » sa fille : la loi méprisait dans le testateur les sen- » timents de la nature; elle méprisait dans la fille la » piété filiale; elle n'avait aucun égard pour celui qui » était chargé de remettre l'hérédité et qui se trouvait » dans de terribles circonstances. La remettait-il, il » était un mauvais citoyen; la gardait-il, il était un » malhonnête homme. De sorte que la probité faisait, » pour ainsi dire, la guerre à la probité (2). »

Quatrième partie.

POSSESSIONS DE BIENS, EX TESTAMENTO (3).

Comme les hérédités, les *B. P.* sont *vel ex testamento. vel intestato*. L'édit suit le même ordre que la loi des XII Tables et les *B. P. ex testamento* viennent les premières (4).

---

(1) In multis partibus juris longe latior causa est fideicommissorum quam eorum quæ directo reliquuntur.

(2) *Esprit des lois*, l. XXVII.

(3) Voir ci dessus. — Voir ci-dessous, *de bonorum possessiones intestato.*

(4) D. 38-6, l. 1. — Fuit enim ordinarium ante de judiciis testamentum loqui.

Pour compléter ce qui concerne les testaments, nous traitons ici des *B. P. ex testamento* (1).

Ces *B. P.* sont ou *contra tabulas*, ou *secundum tabulas testamenti*.

1° B. P. CONTRA TABULAS : en principe, cette possession de biens met à néant le testament ; dans certains cas, elle en diminue seulement les effets (2) ; à ce point de vue, le droit civil est par elle corrigé (*impugnatur*).

Le droit civil testamentaire est corrigé par cette B. P., afin d'appliquer en certains cas le droit civil, en d'autres cas le droit prétorien des hérédités *intestato*.

Adjuvatur jus civile, quand la B. P. est donnée aux héritiers appelés par le droit civil, v. g., *liberis in potestate, præteritis* (3).

Adjuvatur jus honorarium, quand la B. P. *contra tabulas* est donnée aux héritiers appelés par le préteur, v. g. aux fils émancipés, aux fils des fils émancipés, aux fils dont le père *servus pœnæ postea restituitur* (4).

---

(1) Voir ci-près, des *B. P. intestato*, p. 611. — Là sera complétée la théorie des *B. P.*

(2) Ainsi, elle laisse subsister les legs faits à certaines personnes (V. p. 599). — G. 126. Un rescrit d'Antonin dit que la femme omise n'obtiendra par la *B. P. contra tabulas* que ce qui doit lui appartenir *jure adcrescendi*.

(3) D. 37-4, l. 1, § 1.— Vocantur ad contra tabulas possessionem liberi *eo jure*, *atque ordine* quo vocantur ad successionem *ex jure civili*.

(4) D. 37-4, l. 1, § 9, l. 2, 3, etc.

2° B. P. SECUNDUM TABULAS : cette possession de biens est donnée, ou pour l'exécution du droit civil, ou pour l'exécution du droit prétorien, contrairement au droit civil.

Le préteur se fait représenter le testament : — les tables (*lignum*) en sont pourries (*vetustate putrefactum*) ; le lin en est rongé (*muribus rosum*) ; le testament ne peut être représenté, il est chez le dépositaire (*apud quem deposita sunt*), mais on est certain qu'il existe ; le testament a été détruit (*intercidit*), mais on sait qu'il a existé (1) ; — si d'ailleurs, le testateur et l'institué ont *factio testamenti*, si rien ne manque aux conditions du droit civil, le préteur donne la B. P. SECUNDUM TABULAS (2). *Adjuvatur jus civile bonorum possessione.*

L'art. 1008 du code civil est une imitation de la *missio in B. P. secundum tabulas.*

Le testament n'est point conforme au droit civil, mais sept témoins l'ont signé (3); entre le temps du testament et le décès, le *de cujus* a cessé d'avoir *activam factionem testamenti* (4) ; le testateur est mort fou (5) ; un postume externe a été institué (6) :

---

(1) D. 37-11. l. §§ 1, 2, 3, 4 et 10.
(2) Art. 1007 et 1008 Code civil.
(3) G. 11-147.
(4) D. 37-11, l. 1, § 8. — Voir ci-dessus, p. 487.
(5) L. 3, § 4.
(6) L. 1, § 9.

dans tous les cas où le préteur donne la *B. P. contra tabulas : adjuvatur jus honorarium*, — *impugnatur jus civile* (1).

La *B. P secundum tabulas* ne vient qu'en second lieu, et quand les délais accordés aux enfants pour demander la *B. P. contra tabulas* sont expirés; à la condition toutefois qu'au moment du décès ces enfants aient *factio testamenti* (L. 1, § 10).

Cet ordre est le plus équitable (2).

La *B. P. contra tabulas* est nécessaire à l'héritier toutes les fois qu'il existe un testament, en vertu duquel on peut faire adition d'hérédité ou obtenir la *B. P. secundum tabulas*. — Elle est inutile si tous les institués ou substitués sont morts avant le testateur; elle est inutile si le testament est nul en la forme et selon le droit civil, et selon le droit prétorien ; elle est utile, si le testament nul selon le droit civil, produit effet selon le droit prétorien.

Celui qui vient à la succession au moyen de la *B. P. contra tabulas* est tenu de payer certains legs (3); celui qui vient à la succession sans recourir

---

(1) D. 37-11, l. 6. — A l'institué sous condition, le préteur donne la *B. P. secundum tabulas* avant l'événement de la condition.

(2) D. 37-11, l. 2. — Æquissimum ordinem prætor secutus est.

(3) D. 37-5.— *De legatis præstandis contra tabulas B. P. petita*, l. 1. Ce titre a une équité naturelle et quelque chose de nouveau : il oblige ceux qui obtiennent la B. P. contre le

ou sans avoir besoin de recourir à la *B. P. contra tabulas* n'est tenu d'aucun legs, v. g. L'émancipé, quand il y a un testament, est forcé de demander la *B. P. contra tabulas*, et il doit les legs ; dans le même cas, le *suus hæres* omis n'a point à demander la *B. P. contra tabulas*, car le testament est nul ; il n'est tenu d'aucun legs, quoiqu'il ait demandé cette B. P. inutile (1).

---

testament du père de famille à payer les legs et les fidéi-commis aux enfants et aux ascendants, et aussi les legs faits à l'épouse et à la bru *dotis nomine*.

(1) D. 37-5, l. 15 pr.

ONZIÈME ÉTUDE.

DE INTESTATORUM HÆREDITATIBUS.

« On voit assez que les successions sont naturelles » dans l'ordre de la société des hommes, et quelle a » été la nécessité de transmettre l'usage des biens de » la génération qui passe à celle qui la suit (1). Mais » on ne voit pas aussi clairement de quelle manière » ce changement a dû être réglé (2). »

A Rome, l'ordre des hérédités *ab intestat* dépend des principes du droit politique ou civil et des principes du droit naturel (3). Le vieux droit fait prévaloir la raison politique ; le droit prétorien la tem-

---

(1) « Dans cette supposition que les biens devraient être » communs entre les hommes, il n'y aurait ni héritiers, ni » successeurs. Mais on voit bien que la communauté univer- » selle ne conviendrait pas à un si grand nombre d'associés, » si pleins d'amour-propre. Cet état de communauté, qui » aurait pu être juste et d'usage entre les hommes parfaite- » ment équitables, et qui eussent été dans l'innocence et » sans passion, ne saurait être qu'injuste ou chimérique et » plein d'inconvénients entre des hommes faits comme nous » sommes. »

(2) Domat, préface de la deuxième partie.

(3) D. 48-20, l. 7. — Ratio *naturalis*, quasi lex quædam tacita, liberos parentum addicit. Propter quod et jure *civili* suorum hæredum nomen eis inductum est.

père (1) ; le droit impérial la réduit à presque rien (2).

J. t. 1, pr. — L'hérédité *intestato* est primée par l'hérédité testamentaire : meurt *intestat* celui qui, ou n'a pas fait de testament (*non omnino fecit testamentum*), ou laisse un testament, *non jure factum*, ou dont le testament *fit ruptum vel irritum*. Le testateur meurt *intestat*, même quand il a fait un testament valable, *si nemo ex testamento hæres extitit* (3).

A défaut d'hérédité testamentaire, il y a nécessairement une hérédité *intestato ;* car si on peut n'avoir pas d'héritier, on ne peut ne pas laisser une hérédité. Cette règle ne souffre exception que dans un seul cas : l'héritier *sien* (à plus forte raison tout autre) est exclu par le fisc quand le père, APRÈS SA MORT, a été condamné *perduellionis causa*, *propter legem Juliam majestatis*. La *confiscation* romaine atteint

---

(1) D. 38-9, l. 1, § 2. — In honorem sanguinis videlicet, quia arctandi non erant qui pene ad propria bona veniant.

(2) *Esprit des lois*, l. XXVI, ch. VI. — « Justinien appelle barbare le droit de succéder des mâles au préjudice des filles. Ces idées sont venues de ce que l'on a regardé le droit que les enfants ont de succéder à leurs pères comme une conséquence de la loi naturelle, ce qui n'est pas. La loi naturelle ordonne aux pères de nourrir leurs enfants, mais elle n'oblige pas de les faire héritiers. Il est vrai que l'ordre politique ou civil demande souvent que les enfants succèdent aux pères, mais il ne l'exige pas toujours. »

(3) D. 38-16, l. 1.— Si ejus hæreditas adita non est, intestatus non improprie dicitur.

toutes choses : le fils perd même son droit au sépulcre héréditaire (1).

Confiscation. Cette loi *Julia majestatis* (D. 48-4), faite pour le salut de la chose publique (L. 1, 2, 3, 4), devient un danger pour chaque citoyen quand on y eût ajouté l'idée de sacrilége contre la majesté du prince (L. 7, § 3). En effet, comme la majesté du prince est indéfinie, la loi fut étendue à ce qui n'y était point écrit (L. 6).

On rend coupable et celui qui ne respecte pas les images de l'empereur, et celui qui, *lapido incerto vel fortuito,* touche sa statue, et celui qui *a commis quelque chose de semblable* (L. 6), de sorte que le crime devient arbitraire. Le droit d'accusation le devient aussi ; on l'accorde à tout le monde : aux gens tarés (*famosis*), aux esclaves contre leur maître, aux affranchis contre leur patron, aux soldats contre les soldats (L. 7).

Sévère par ses décrets (*liberis bona damnatorum conservat*, L. 9), Modestin par ses maximes (*ne lubricum linguæ facile trahendum est*, L. 7), Ulpien par ses distinctions (*non quis reus in eadem conditione est*, L. 12), s'efforcèrent de tempérer ce droit qui, pour punir les morts, s'exerce sur les vivants.

J. § 7. — L'attribution de l'hérédité *intestato* se

---

(1) D. 38-16, l. 1, § 3.

fait suivant l'ordre et le degré de parenté, eu égard au *de cujus*. *Ordre :* ensemble des héritiers d'une même qualité ; *degré :* rang qu'un héritier occupe dans l'ordre qui est le sien.

Les degrés de la parenté naturelle (*cognationis*) sont : *alii* de l'ordre ascendant, *alii* de l'ordre descendant, *alii* de l'ordre transversal, *sive et latere* (1).

Entre héritiers *intestato*, la priorité est jugée non au moment du décès, mais au moment où il devient certain que le *de cujus* ne laisse point d'hérédité testamentaire ; *v. g. :* un héritier est *institué* sous condition ; la condition vient à défaillir, l'hérédité *intestato* appartient à celui qui est le premier au moment où l'institution s'évanouit.

Le droit des hérédités *intestato* dépend, et de la qualité du *de cujus*, et de la qualité des héritiers. Comme la condition des personnes comporte des distinctions nombreuses, les combinaisons héréditaires sont très-variées. A cette cause de complication, il faut ajouter celles qui résultent du changement des lois (2).

---

(1) D. 38-10, l. 1 et 9. — Pour compter les degrés, on trace des lignes, d'où viennent ces locutions : ligne ascendante, ligne descendante, lignes collatérales. — L. 10, § 10. Gradus dicti sunt a similitudine scalarum, quos ita ingredimur ut a proximo in proximum, id est in eum, qui quasi ex eo nascitur, transeamus.

(2) D 5-3, l. 1 et 13. — Hæreditas intestato nobis pertinet aut vetere jure aut novo : *vetere* ex lege tabularum, — *novo jure* fiunt hæredes omnes qui ex senatus-consultis aut constitutionibus vocantur.

Nous croyons mettre plus de clarté dans notre sujet en le divisant à raison de la qualité du *de cujus* plutôt qu'à raison de la qualité des héritiers. Dans chaque partie nous verrons séparément *jus vetus* (L. des XII Tables) et *jus novum* (sénatus-consultes et constitutions). Entre le vieux et le nouveau droit, nous exposons les *B. possessiones* qui lient l'un à l'autre.

Première partie.

HÉRÉDITÉ DES INGÉNUS.

LE DE CUJUS (1) EST UN HOMME INGÉNU.

JUS VETUS.

Nul système héréditaire n'est plus simple : s'il n'y a aucun héritier sien, viennent les agnats ; à défaut d'agnats, viennent les *gentiles*.

Hæredes sui. — Par la mort du père de famille, la communauté familiale est dissoute et le partage s'en fait. — Sont co-partageants ceux qui, ayant été

(1) De cujus hæreditate agitur.

in potestate morientis, facti sunt sui juris (1), au moment où il est certain que l'hérédité sera *intestato* (2).

Quisque SUI IPSIUS *hæres*, prend ce qui est à lui en vertu d'un droit supérieur au droit héréditaire : la loi des XII Tables constate la préexistence de ce droit ; elle ne le crée point (3).

G. 7. — Lorsque le fils ou une fille et des petits-fils *ex altero filio* sont en même temps appelés à l'hérédité, celui qui est le plus proche en degré n'exclut point celui qui est à un degré plus éloigné. En effet, il paraît équitable que les petits-fils et les petites-filles succèdent au lieu de leur père et pour sa portion. — C'est ce qu'on appelle représentation (4).

Par la même raison, le petit-fils ou la petite-fille, l'arrière petit-fils et l'arrière petite-fille *ex filio*, sont en même temps appelés tous à l'hérédité.

G. 8. — En conséquence, il a paru convenable que, dans ce cas, l'hérédité soit divisée par souches et non par têtes; de sorte que le fils a la moitié de

---

(1) D. 38-16, l. 1, § 8. — Qui eussent été sous la puissance immédiate du *de cujus*, s'il eût vécu jusqu'au moment où, etc.

(2) Voir ci-dessus, *Enumération des héritiers siens*, p. 459.

(3) *Cui suus hæres nec escit*, proximus agnatus familiam habeto. *Tabula quinta.*

(4) Art. 739.— Il a cette différence que l'art. 744 exclut, au lieu que le droit romain permet la représentation des personnes vivantes.

l'hérédité, et les petits-fils, *ex altero filio*, ont l'autre moitié qu'ils se partagent entre eux, par têtes.

AGNATS. — Si l'hérédité n'appartient à aucun héritier sien, elle appartient aux agnats (1).

Ulp. § 6. — L'ordre des agnats est subdivisé : d'abord les *consanguins*, ensuite les autres agnats. *Cassius* définit ainsi les consanguins (2) : ceux qui sont entre eux *sanguine conjuncti*, sans être *hæredes sui ;* tels, les fils exhérédés et les postumes et ceux qui naissent après la captivité du père : ils sont consanguins du père. Les frères et sœurs paternels, même les adoptifs, sont consanguins entre eux (3).

A cause de la loi *Voconia* (4), les femmes, au-delà du degré de sœurs consanguines, ne sont point héritières légitimes. La mère ou la marâtre qui *per manum conventionem* est devenue *loco filiæ patris, loco sororis liberorum* vient à l'hérédité des fils non comme mère, mais comme sœur consanguine. — Mais la tante paternelle (*amita*) ou la fille du frère n'est point héritière légitime de son neveu ou de son oncle, quoiqu'elle soit son agnate.

---

(1) G. 9 et 10. — Agnatis legitima cognatio, ea quæ per virilis Sexus personas conjungitur.

(2) D. 38-16, l. 1, §§ 9 et s.

(3) Consanguineos et adoptio facit, et adrogatio, et causæ probatio et in manum conventio.

(4) Paul, s. 4-8, § 22. — Feminæ ad hereditates legitimas ultra consanguineas hæreditates admittuntur, idque jure civili lege *Voconiana* actione videtur effectum. Cæterum lex XII Tabularum nulla discretione Sexus agnatos admittit.

Après les consanguins viennent les autres agnats. Il importe peu qu'on soit agnat par nativité ou par adoption ; car l'adopté devient l'agnat des agnats de son père (1).

Notez que les ascendants ne sont, par la loi des XII Tables, appelés ni comme héritiers siens, ni comme agnats. L'aïeule est exclue ; la mère n'est appelée que comme sœur ; le père n'est point héritier de son fils *in potestate*, car ce fils n'a rien dont on puisse hériter ; il n'est point héritier de son fils devenu *sui juris*, car l'émancipation a rompu l'agnation.

Ulp., fr. 26, § 3. — Tant qu'on espère qu'il y aura un héritier *sien*, il n'y a point lieu à l'hérédité des agnats : *v. g.* si l'épouse du défunt est enceinte ou si le fils est captif. Pour que la vocation des agnats vienne à s'ouvrir, il faut que la femme mette au monde un enfant mort ou que le captif meure chez les ennemis.

G. 11. — La loi des XII Tables ne donne point l'hérédité à tous les agnats, mais à l'agnat *morientis* qui se trouve au degré le plus proche au moment où il est certain que ni héritier *ex testamento*, ni héritier sien ne viendra à l'hérédité (2).

Les agnats, même au-delà du dixième degré, vien-

---

(1) D. 39-16. l. 2, § 3.
(2) D. 38-16, l. 8, § 1.

nent à l'hérédité : l'ordre des agnats s'étend *in infinitum* (1).

Paul, s. 4-8, § 21. — Si les héritiers *légitimes* (agnats) ne font point adition dans le délai de la création, la dévolution se fait au profit des plus proches.

G. 12 et 22. — Dans l'ordre des agnats, il n'y a point de dévolution d'un héritier à un autre héritier. Si le premier agnat omet l'hérédité, aucun droit ne compète au second agnat. — Le texte de Paul et celui de Gaius sont contraires; Gaius (§ 28) nous apprend d'ailleurs que la question était controversée. Il ne faut pas s'y tromper, la controverse ne consiste point en ceci : le second agnat est-il ou n'est-il pas préféré aux *gentiles?* Les gentiles, en effet, ne viennent que lorsqu'il n'y a aucun agnat.— *Si* NULLUS *agnatus sit, lex vocat gentiles.*) — Elle consiste en ceci : le second agnat est-il préféré aux cognats, appelés par le préteur comme *B. possessores*.

G. 15. — Dans l'ordre des agnats, le partage se fait par têtes, non par souches. — G. 16. Toutefois, on se demanda (*quæsitum est*) si les descendants de frères prédécédés ne devraient point partager par souches. L'avis contraire a prévalu. Les cousins germains venant à l'hérédité prendront chacun une égale part.

---

(1) J. 5, § 5. — D. 38-16, l. 2, § 1.

Entre agnats du même degré l'accroissement a lieu.

G. 18. — Là finit l'hérédité selon la loi des XII Tables ; car le *jus gentilitium* est tombé en désuétude (G. 17). — L'on voit combien ce droit est étroit (G. 19.) Les enfants, dès qu'ils sont émancipés, n'ont aucun droit sur l'hérédité de leur père, car ils cessent d'être *sui hæredes.* — (G. 20). Il en est de même des enfants qui ne sont pas *in potestate patris*, lorsque, faits citoyens romains avec lui par décret impérial, ce décret n'a point donné la puissance paternelle. -- Sont aussi sans droit les agnats *capite diminuti*, *quia nomen agnationis perimitur*. — (G. 22.) Quoique l'agnat le plus proche ne fasse point adition, l'agnat du degré subséquent *non admittitur*. — (G. 23). Les femmes agnates ne sont point admises au-delà du degré de sœurs consanguines. — (G. 24.) Pareillement, ne sont point admis les cognats, unis par la parenté féminine, de sorte qu'entre la mère et la fille, entre la fille et la mère, le droit de prendre l'hérédité n'existe point, à moins que, par *conventione in manum*, le droit d'agnation *inter eas constiterit*.

Le droit prétorien a corrigé ces iniquités en instituant les *possessions de biens*.

BONORUM POSSESSIONES (1).

DÉFINITION. — Labeo scribit: *hæreditas, bonorumve possessio non uti rerum possessio accipienda est; est enim juris magis quam possessio.* — Nous définirons donc ainsi la *B. possessio : jus persequendi retinendique patrimonii quod cujusque, quum moritur, fuit* (2).

Les *B. P.* n'ont pas toutes le même but et les mêmes effets, des divisions sont donc nécessaires.

DIVISIONS des *B. P.* — 1° G. 133. Les *B. P.* ont été instituées ou pour suppléer à l'insuffisance du vieux droit, *ne quis sine hærede morietur.*

G. 25. — On peut corriger l'iniquité du vieux droit, en appelant ceux qu'il exclut. G. 34. Quelquefois aussi pour confirmer les lois et leur venir en aide (3).

2° Les *B. P.* sont *vel* EDICTALES, — *vel* DECRETALES, — *vel* UTI EX LEGIBUS.

EDICTALIS *B. P. datur*, en vertu d'une disposition

---

(1) Nous avons déjà fait connaitre quelques parties des B. P. (voir ci-dessus.) — Ici, nous devons exposer la théorie générale qui est inséparable des hérédités *intestato.*

(2) D. 37-1, l. 3, §. 1.

(3) D. 1-1, l. 7. — J. 3, t. 9 pr.

générale de l'édit *successoral* (1). — DECRETALIS *B. P. datur*, ou par extension de l'édit successoral, ou en vertu d'un édit spécial, ou à cause de circonstances imprévues. Mais dans toutes ces hypothèses elle ne peut être donnée que *causa cognita* (2). — UTI EX LEGIBUS, *id est jure novo, B. P. datur*, en exécution des sénatus-consultes ou des lois spéciales (3), notamment de la loi Pappia Poppæa (4).

3° Les *B. P.* sont *aut cum re, — aut sine re* (5) : *cum re*, quand le *B. possessor* retient effectivement les biens (*cum effectu*); — *sine re*, quand un autre peut l'évincer *jure civili*.

QUEL EST L'EFFET DU B. POSSESSIONUM.

(a) Les *B. P. adjuvandi veteris juris gratia* et pareillement les *B. P.* UTI EX NOVIS LEGIBUS, confirment le droit, en ce qu'elles donnent à l'héritier la protection de l'interdit *quorum bonorum*.

Ces *B. P.* sont hors de notre sujet, car leurs effets n'ont trait qu'à la procédure (6).

---

(1) D. 38-9, *De edicto successorio*.
(2) D. 37, t. 9 et 10.
(3) D. 38-14. — Prætor ait : uti me quaque lege, senatusve consulto B. possessionem dare oportebit, dabo.
(4) G. 50 et 52.
(5) Ulp. frag. 29, § 13.
(6) D. 37-1, l. 6, § 1. — G. 4-144. Legum tuendarum gratia.

(b) B. P. EX EDICTO SUCCESSORIO : ceux à qui B. P. est donnée en vertu de l'édit successoral, ne sont point héritiers : ils sont *loco hæredum* (1).

Comme le préteur ne saurait conférer le *dominium ex jure quiritium*, les choses ne deviennent point *pleno jure res possessorum*, *sed in bonis efficiuntur*. L'usucapion fera acquérir le *dominium* (Gaius 30).

La B. P. ne fait point que les dettes et les créances du défunt deviennent *ipso jure* dettes et créances du B. possesseur.

Pour toutes choses, on agira au moyen d'actions utiles. Ces actions seront *fictices*, la formule présentant le B. P. comme héritier, quoiqu'il ne le soit pas.

C'est ici que la distinction entre la *B. P. cum re* et la *B. P. sine re* trouve son application principale. La B. P. accordée pour suppléer à l'insuffisance du droit civil, est *cum re*, car il n'existe aucun héritier qui ait des droits contraires à ceux du B. possesseur; au lieu que la B. P. *impugnandi juris gratia* crée la possibilité d'un conflit contre l'héritier qui aurait le droit de se faire restituer les biens : cette B. P. est *sine re*.

Toutefois, la *B. P. sine re* n'est point inutile, car elle conduira le B. P. à l'usucapion, s'il n'est point évincé avant que le temps pour usucaper soit accompli.

Cette distinction entre la *B. P. cum re* et la *B. P.*

(1) Ulp. frag. 28, § 12.

sine re ne touche que les héritiers. — A l'égard des tiers, le B. P. *sine re* a les mêmes droits que le B. P. *cum re* (1).

(c) B. P. DECRETALIS : elle n'intervient que sur un litige (*de plano interponi nequit*) ; les parties sont contradictoirement entendus (*cum causæ cognitione*) ; elle ne peut être accordée ailleurs que *pro tribunali prætoris* (2).

Son effet n'est rien de plus qu'un envoi en possession (*missio in possessionem*), qui ne préjuge point le droit et ne conduit point à l'usucapion. Elle est donnée pour un temps préfixé; elle doit cesser quand vient le jour de la pétition d'hérédité; elle ne commence d'exister qu'à la condition de fournir *satisdation*. L'interdit qui la protége, est commun à tous les envois en possession : *interdictum ne vis fiat cui in possessionem missus est* (3).

---

(1) G. 11-148 et 149. — La *B. P. secundum tabulas* est aussi *aut sine re, aut cum re*. Elle est *cum re*, quand le testament ne pèche que par l'observation des formes rigoureuses du droit civil, ou quand un premier testament est devenu *irritum* par un second testament, qui lui-même est devenu *irritum*, ou quand l'institué est lui-même héritier *intestato*. — Elle est *sine re* quand le testateur ou l'institué n'a pas *factio testamenti*, ou lorsqu'une femme a testé, *tutore non auctore* (G. 11-118, 119, 122). — Quant à la *B. P. contra tabulas*, elle est *cum re* (G. 11-126. — D. 37-4, l. 13 pr.). Car celui qui obtient cette B. P. est dans tous les cas tenu des legs (G. 37-5, l. 15 pr.), ce qui n'aurait pas lieu si la B. P. pouvait être *sine re*.

(2) D. 37-1, l. 3, § 8.

(3) D. 43-4.

APPLICATIONS : 1° *B. P. decretalis* est accordée à raison de circonstances imprévues; v. g. comme on ne peut demander la *B. P. edictalis que soi-même*, à cause de la solennité de la formule, le curateur du fou obtiendra pour le fou la *B. P. decretalis* (1).

2° *B. P. decretalis*, en vertu d'un édit spécial, v. g. *edicto Carboniano*. Une contestation d'état s'élève : *Titius* IMPUBÈRE est-il *inter liberos defuncti* (2)? Le préteur, s'il estime qu'il est plus utile pour le pupille que le jugement de cette question d'état soit différé jusqu'à la puberté de Titius (3), *decernit B. possessionem Titio*, à la charge qu'il donnera caution (4).

Tous ceux qui ont droit à la B. P. *contra tabulas*, peuvent demander la *B. P. ex edicto Carboniano*. Tous autres sont exclus (L. 1, § 3).

La B. P. *ex edicto Carboniano* fait obstacle à toute *B. P. ex edicto successorio* (5).

---

(1) D. 37-17, l. 2, § 11. — Voir D. 37-4, l. 14, où d'autres exemples sont cités.

(2) D. 37-10, l. 1. — Dans ce cas, *duæ sunt cognitiones*. L'une, l'édit Carbonien, est-il applicable? L'autre, est-il opportun de l'appliquer?

(3) D. 37-10, l. 5. — Enumération des raisons qui conseillent de ne pas différer le jugement.

(4) L. 1, § 1 et l. 7, § 1. — Si le pupille *non satisdat*, les deux contestants sont en même temps envoyés en possession. L'adversaire qui voudra conserver l'administration et la possession des biens devra donner caution au pupille et pourvoir à ses besoins. L'action en pétition pourra être poursuivie contre le pupille pourvu d'un curateur (l. 7, § 1).

(5) D. 38-6, l. 1, § 4.

3° B. P. par extension *edicti successorii* (1) : v. g. l'enfant conçu (*venter*) est admis *in B. P. decretalem.*

Cette *B. P.* n'est donnée que *causa cognita.* Elle a pour conséquence de donner à la mère droit à l'habitation et aux aliments jusqu'à l'accouchement (2); ces frais sont une charge de l'hérédité (3).

DE B. POSSESSIONE PETENDA.

D. 37-1, l. 3, § 3. — *Invito nemini B. P. acquiritur :* quand l'héritier est *sien*, l'hérédité lui est acquise; *etiam ignoranti aut nolenti ;* quand il est *externe,* l'hérédité lui est acquise, *si adierit ;* la B. P. n'est accordée qu'à ceux qui la demandent par formule solennelle (4); il ne suffit pas qu'elle soit demandée, elle peut être refusée.

De même que l'hérédité *intestato* ne vient qu'à défaut d'hérédité testamentaire, de même les *B. P. intestato* ne viennent point si les *B. P.* ou *secundum*

---

(1) D. 37-9, l. 1 pr. — Cet édit, en effet, n'inscrit celui qui a l'espoir de naître que dans cette partie où il donne la *B. P. contra tabulas.*

(2) D. 37-9, l. 4 et 9. — Æquum est enim ventrem vesci.

(3) D. 37-9, l. 6.— Quando *venter in B. P.* mittitur, la mère a coutume de demander un curateur au ventre et aux biens, afin que ce curateur lui fournisse *cibum, potum, vestitum, tectum* pro facultate, defuncti et pro dignitate mulieris.

(4) Necesse est specialiter dicere : *Da mihi illam B. possessionem.* Constantin abolit verborum inaninium captiones (C. 6-9, l. 9).

ou *contra tabulas* ont été accordées. Ces *B. P. intestato* peuvent être demandées dès qu'il est certain qu'il n'y a point de testament valable selon le droit civil ou prétorien ; au cas de testament, elles peuvent être demandées quand les délais des *B. P. ex testamento* sont expirés ou dès que ces B. P. ont été répudiées (1).

J. § 8. — L'édit successoral établit divers ordres de B. P. *intestato ;* à chacun de ces ordres, il fixe un rang. Le droit à une B. P. ne s'ouvre qu'après que le délai pour demander la B. P. précédente est expiré.

Le délai accordé aux ascendants et aux descendants est d'un an (2). Pour tous autres, il est de cent jours. Ces cent jours sont *continui*, par cette raison qu'en tous lieux et à tous moments le demandeur peut présenter sa requête (*libellum*) (3) ; par la raison contraire, le délai est de cent jours utiles, quant à la *B. P. decretalis* (4).

J. § 9. — Si quelqu'un répudie la B. P. *intestato* qui lui a été déférée ; — s'il renonce à demander ou s'il laisse expirer le délai sans demander celle à laquelle il aurait droit, — son droit accroît aux per-

---

(1) D. 38-6, l. 1, § 2, § 3 et l. 3.
(2) D. 38-7, l. 1, § 12. — Quia pene ad propria bona veniunt.
(3) D. 50-17, l. 71.
(4) D. 38-15, l. 2, § 1. — En effet, il n'est pas permis de compter contre le demandeur au contentieux les jours où le préteur *fari nequit*.

sonnes du même degré. — Si nul n'est au même degré, le droit s'ouvre au profit du degré suivant.

Notez que celui qui a laissé perdre le premier degré, n'est point exclu du degré suivant, s'il a qualité pour y venir : v. g. l'agnat qui n'a point demandé la *B. P. unde legitimi* peut demander la *B. P. unde cognati.*

Cet exposé nous ramène à l'examen des B. P. particulières et à cette hypothèse principale de l'hérédité *intestato* d'un homme *ingénu.*

Suite de la première hypothèse (1).

LE DE CUJUS EST UN HOMME INGÉNU.

B. POSSESSIONES.

En vue du cas où le *de cujus* est un homme ingénu, le préteur édicte quatre ordres de possessions de biens : *B. P. unde liberi*, — *B. P. unde legitimi*, — *B. P. unde cognati*, — *B. P. unde vir et uxor* (2).

B. P. UNDE LIBERI (3).

La *B. P. unde liberi* peut être demandée par tous ceux à qui le préteur accorderait la *B. P. contra tabulas*, s'il y avait un testament (4).

---

(1) Voir ci-dessus. p. 605.
(2) D. 38-6, l. 1, § 1.
(3) D. 38-6.
(4) D. 38-6, l. 1, § 6. — Liberos accipere debemus, quos contra tabulas B. P. admittendos diximus.

L. 1, § 6. — *Liberi :* cette qualification s'applique aux enfants adoptifs, comme aux enfants *naturales*, mais seulement si les adoptifs sont *in potestate* de l'adoptant.

L. 4. — Les émancipés sont appelés à la *B. P. unde liberi*, à moins toutefois qu'ils ne soient adoptifs ; car les droits de l'adoption sont dissous par l'émancipation.

D. 37-8, l. 1. — Il peut arriver que l'émancipé, à qui la *B. P. unde liberi* est accordée, se trouve en présence de ses propres enfants (*nepotes defuncti*) ou d'autres petits fils restés sous la puissance du *de cujus*.

L'édit est très-équitable (*edictum æquissimum est*) en ce qu'il ne permet point que le fils émancipé exclue les petits-fils, et qu'au contraire il veut que tous viennent en concours : *nepos jungitur suo patri*. — L. 1, § 11. — Le fils émancipé partage par moitié avec les petits-fils *ex eo* la part héréditaire que la B. P. lui donne (1).

Tout autre que l'enfant *suus*, qui obtient la *B. P. contra tabulas*, est grevé des charges testamentaires ; tout enfant qui tient à l'hérédité par la *B. P. unde liberi* n'est jamais tenu de ces charges (2).

---

(1) D. 38-1, l. 1, § 9. — Un père a deux fils, il émancipe l'un d'eux, et il adopte comme fils son petit-fils, issu de l'émancipé. L'hérédité sera divisée comme s'il eût adopté un étranger. Chacun des trois aura un tiers.

(2) D. 37-5, l. 15.

D. 37-6, l. 3. — L'émancipé qui obtient la B. P., soit *contra tabulas*, soit *unde liberi*, doit apporter ses biens personnels dans l'hérédité à laquelle il prend part. Ce n'est point une condition, mais une conséquence de la B. P. qu'il obtient (1). Cet *apport* est dit *collatio bonorum* (2).

COLLATIO BONORUM.

(D. 37-6.)

L'enfant *in potestate* ne saurait avoir de biens personnels, si ce n'est ses pécules ; si l'enfant émancipé a un patrimoine, *vivo patre*, c'est donc à l'émancipation qu'il le doit. L'émancipé ne vient à l'hérédité que *rescisa emancipatione;* or, l'équité ne permet pas que les avantages de l'émancipation soient conservés quand les désavantages sont supprimés. L'émancipé choisira : ou il restera étranger à l'hérédité, ou s'il vient à l'hérédité il devra être traité comme les enfants restés *in potestate morientis.*

L. 1, § 5. — *Toties collationi locus est, quoties aliquo incommodo affectus est is, qui in potestate est, interventu emancipati.* Cet apport n'est dû qu'aux

---

(1) D. 38-6, l. 1 pr. — Consequens esse credit prætor ut sua quoque bona in medium conferant, qui appetant paterna.

(2) Nous disons apport et non rapport. Le code civil ordonne le *rapport* des biens qui viennent du défunt ; le préteur ordonne l'*apport* des biens acquis par le B. possessor.

enfants restés *in potestate morientis* (1) ; il n'est dû que par les émancipés (L. 3, § 3). Il n'est dû qu'entre ceux auxquels la B. P. a été donnée (2) et seulement dans la mesure du dommage causé par le concours des émancipés. Il n'est dû qu'à raison des biens qui se trouveraient dans l'hérédité, si l'émancipation n'avait pas eu lieu (3); l'apport des biens n'a lieu que *deducto ære alieno*.

En certains cas, la *B. collatio* est applicable à la dot (4).

Quand il s'agit de la dot profectice, c'est un *rapport* et non *un apport* à succession. L'apport de la dot est régi principalement par les constitutions impériales (5).

B. P. UNDE LEGITIMI.

(D. 38-7.)

L. 1, l. 2, § 4. — Les termes de l'édit sont : *tum* quem in hæredem esse oporteret, si intestatus

(1) D. 37-8, l. 1, § 13. — Merito : quia veniendo ad B. P., illis solis injuriam facit.
(2) D. 38-6, l. 1, § 1. — Inter eos dabitur collatio quibus B. P. data est.
(3) L. 1, § 15. — Ce qui exclut l'apport des pécules castrense et quasi-castrense.
(4) D. 38-7.
(5) Voir ci-après, p. 626.

mortuus esset. Cette B. P. appelle donc tous ceux qui, d'après la loi, sont héritiers : son effet est de confirmer le droit civil (1).

B. P. UNDE COGNATI (2).

(D. 38-8.)

G. 26. — La *B. P. unde cognati* est l'opposé de la *B. P. unde legitimi* : elle appelle à l'hérédité ceux qui manquent du droit légitime. Quand les cognats viennent à défaut de *legitimi*, cette *B. P. jus civile supplet ;* quand ils viennent en concours avec des *legitimi*, cette *B. P. jus civile impugnat.*

Sont appelés en qualité de cognats, les agnats *capite diminuti* (3); les femmes agnates au delà du degré de consanguines ; tous les parents conjoints par les femmes (G. 31). — Les enfants donnés en adoption, étant dans la famille adoptive, sont cognats de leur père naturel; les *vulgo quæsiti* sont cognats de leur mère, et de leurs frères et sœurs utérins (L. 7). — Toutefois l'édit ne s'applique point aux cognations *serviles*.

---

(1) Voir ci-dessus.

(2) D. 38-8, l. 1, § 1. — Labeo ait : cognati, quasi commune initium habentes, appellantur.

(3) G. 27. — Les agnats qui ont conservé leur qualité, sont préférés à ceux qui l'ont perdue, quoique ceux-ci soient d'un degré plus proche.

Le cognat le plus proche exclut le plus éloigné ; les cognats ne se succèdent point au delà du sixième degré, à l'exception des *sobrini* qui sont appelés, quoiqu'au septième degré.

B. P. UNDE VIR ET UXOR.

(D. 38. 11.)

Pour que la *B. P. unde vir et uxor* puisse être demandée, il faut qu'il y ait *justum matrimonium*. En effet, on ne peut rien prendre *propter injustum matrimonium*. S'il y a divorce, cette B. P. n'a pas lieu.

B. P. UNDE DECEM PERSONÆ.

La *B. P. unde decem personæ* a lieu quand le *de cujus* est un ingénu, qui, après avoir été donné *in mancipio*, *sine fiducia*, a été *manumissus*. — Ce cas se réfère à l'ancien droit, alors que la vente du fils par le père pouvait n'être pas fictive.

La mancipation brise l'agnation ; la manumission crée une sorte de patronat. Le *de cujus* n'a donc point d'agnats, et le *manumissor extraneus* en tient lieu. C'est lui qui a droit à la *B. P. unde legitimi;* mais il est primé par dix personnes : le père et la mère, le grand-père ou la grand-mère paternels ou maternels; le fils et la fille, le petit-fils ou la petite-fille *ex filio vel ex filiâ*,

le frère et la sœur consanguins. Dans cette hypothèse, il y a donc cinq ordres de *B. P. : unde liberi*, — *unde decem personæ*, — *unde legitimus, id est manumissor extraneus*, — *unde cognati*, — *unde vir et uxor*.

J. § 4. — Quand le droit eut admis que toute mancipation d'un homme libre est réputée faite *contracta fiducia*, il n'y eut plus ni *manumissor extraneus*, ni *B. P. unde decem personæ*.

JUS NOVUM.

SÉNATUS-CONSULTE TERTULLIEN.

(J. t. 3.)

« L'empereur Claude donna à la mère la succes-
» sion de ses enfants, comme une consolation de
» leur perte : c'était une faveur. Le sénatus-consulte
» Tertullien, fait sous Adrien (1), la leur donna lors-
» qu'elles avaient trois enfants, si elles étaient ingé-
» nues, ou quatre si elles étaient affranchies. Il est
» clair que ce sénatus-consulte n'était qu'une exten-
» sion de la loi Pappienne, qui, dans le même cas,

(1) C'est-à-dire l'empereur Pie (*Divus Pius*), qui prit le nom d'Adrien par adoption.

» avait accordé aux femmes les successions qui leur » étaient déférées par les étrangers. Enfin Justinien » leur accorda la succession indépendamment du » nombre des enfants (1).

Le sénatus-consulte impose à la mère l'obligation de provoquer (*intra annum*) la nomination d'un tuteur ou le remplacement du tuteur destitué ou excusé. La mère, si elle manque à ce devoir, est exclue de l'hérédité. On ne pardonne qu'à la mère mineure de 25 ans et à celle dont l'enfant atteint l'âge de la puberté.

Il a paru très-équitable de préférer à la mère tous les fils même adoptifs, ainsi que les petits-fils ; de préférer le père à la mère (2), la mère à l'aïeul, les frères consanguins à la mère, la mère aux autres agnats, à l'exception de la sœur consanguine qui partage avec la mère (3).

La mère vient à l'hérédité de son enfant *vulgo quæsitus*, comme de son enfant issu des *justes noces :* l'on ne doit pas, en effet, perdre de vue que, suivant le droit romain, les droits respectifs de l'enfant et de la mère sont indépendants du mariage.

Les hérédités qui viennent de la loi des XII Tables

---

(1) *Esprit des lois*, l. XXVII.
(2) Ulp. fragm. 26, § 8.— Le père ayant la *B. P. cum re*, ou appelé à l'hérédité *ex lege*, s'il s'agit du pécule.
(3) Ulp. 26, § 8. — D. 38-17, l. 5.

périssent *capitis diminutione ;* il en est autrement des hérédités qui viennent des sénatus-consultes ou des lois nouvelles (*L. Julia et Pappia*) (1).

CONSTITUTIONS IMPÉRIALES.

Par la loi des XII Tables, la puissance paternelle, l'agnation et la *gentilité*, sont les seuls liens héréditaires ; le préteur y ajoute le lien de la cognation ; au temps des empereurs de Constantinople, il ne restera presque rien des mœurs de la famille et de l'hérédité *quiritaires*.

J. § 15. — Une constitution de Théodose, an 389 (2), fait entrer dans l'ordre des héritiers *siens* les enfants de la fille prédécédée ; mais leur part est diminuée ou d'un tiers ou d'un quart, selon qu'ils concourent ou avec des héritiers siens ou avec des agnats.

J. § 13. — Justinien fait de ces cognats des héritiers nécessaires ; ils excluront les agnats.

J. § 14. — Cet empereur dénature l'antique adoption ; il décide que l'adopté, à moins que l'adoptant ne soit un ascendant paternel ou maternel, restera dans sa famille naturelle, et qu'il y retrouvera ses droits héréditaires, dans le cas où il ne recueillerait pas l'hérédité de l'adoptant.

---

(1) D. 39-16, l. 11.
(2) C. Théod. 5-1, l. 4.

Quant à la *collatio bonorum*, un rescrit de Gordien (1) dit que la fille qui viendra à l'hérédité *intestato* ou qui obtiendra la *B. P. contra tabulas*, doit apporter aux *sui*, même la dot adventice; la dot profectice doit être rapportée même aux émancipés. Une constitution de *Léon* (an 467) ordonne que la donation *ante nuptias* sera, comme la dot, sujette à rapport; Justinien y ajoute que ceux qui profiteront du rapport de la dot ou des donations *ante nuptias* devront, de leur côté, rapporter toute donation qui leur aura été faite (2).

Une constitution de 530 porte que les biens adventices ne doivent plus être rapportés (3).

C'est le système de notre code civil.

Une constitution d'*Anastase* dit que les enfants émancipés viendront à l'hérédité comme s'ils ne fussent point sortis de la famille, mais qu'ils subiront une certaine diminution.

Justinien fait plus, il décide que les émancipés ne subiront aucune diminution. Il accorde la même faveur aux enfants des émancipés (4). Il assimile les frères utérins aux frères consanguins, les sœurs utérines aux sœurs consanguines.— Enfin il admet, dans

---

(1) Code 6-20, l. 4.
(2) Code 6-20, l. 19.
(3) L. 21.
(4) Code l. 6, t. 6.

l'ordre des agnats, la dévolution d'un degré à un degré subséquent.

J. § 5. — La mère en concours avec les sœurs, quel qu'en soit le nombre, prend la moitié ; la mère en concours avec des frères seulement ou avec des frères et des sœurs, prend une part virile.

LE DE CUJUS EST UNE FEMME INGÉNUE.

JUS VETUS.

Les femmes n'ont point la puissance paternelle, et par conséquent point d'héritiers *siens*. Les enfants ne sont appelés à l'hérédité de leur mère que si, par l'effet de la *conventio in manum mariti*, ils deviennent ses frères ou sœurs consanguins. — L'hérédité appartient aux agnats.

B. POSSESSIONES.

La *B. P. unde liberi* n'est point possible ; la *B. P. unde legitimi* est accordée aux agnats de la femme *de cujus*, mais les enfants n'y ont droit que si la mère fut *in manu mariti*. Les enfants, comme les autres parents (1), obtiennent la *B. P. unde cognati* et le mari la *B. P. unde vir et uxor*.

---

(1) Ce qui comprend la mère appelée *ex senatus-consulto Tertuliano* à l'hérédité de sa fille.

JUS NOVUM.

SÉNATUS-CONSULTE ORPHITIEN.

(J. t. 4.)

Le sénatus-consulte Orphitien (1) appelle à l'hérédité légitime de la mère, et avant tous ses agnats, tous les enfants (fils et filles), sans distinguer s'ils sont *sui juris* ou *alieni juris*, s'ils sont issus *vel ex justis nuptiis, vel ex concubinatu, vel vulgo quæsiti*. — Le bénéfice de ce sénatus-consulte ne s'étend point aux petits-fils (2).

J. § 4. — Les enfants doivent faire adition d'hérédité. La part des défaillants accroît à ceux qui ont fait adition.

CONSTITUTIONS IMPÉRIALES.

La constitution de Théodose, précitée (3), appelle les petits-fils et les petites-filles à l'hérédité de leur aïeule, à la place de leur mère prédécédée. En concours avec des fils ou filles, ils prendront les deux tiers ; en concours avec des agnats, ils prendront les trois quarts de la part qui aurait appartenu à leur mère.

---

(1) Rendu sous Marc-Aurèle.

(2) Paul, s. 4-10, § 3. — Le sénatus-consulte Orphitien ne s'applique qu'entre citoyens romains.

(3) Voir ci-dessus, p. 626.

Deuxième partie.

HÉRÉDITÉ DES AFFRANCHIS.

(a) *Le* DE CUJUS *est un affranchi, citoyen romain.*

JUS VETUS.

Un affranchi citoyen romain étant mort *intestato*, l'hérédité appartient en premier ordre à ses héritiers siens; en deuxième ordre au patron, car l'affranchi ne saurait avoir d'agnats (1). Le patron, la patronne, les enfants du patron lui tiennent lieu d'agnats.

Au premier degré, le patron ; au deuxième degré, les enfants du patron. — Entre les fils du patron, le partage se fait par tête et non par souche, comme entre les agnats. — Les fils du patron, même exhérédés, viennent à l'hérédité de l'affranchi, car l'exhérédation ne leur enlève point le droit de patronage.

Si l'affranchi a deux patrons (parce qu'il avait deux maîtres), l'hérédité appartient au patron survivant à l'exclusion du prédécédé.

---

(1) D. 39-16, l. 3. — L'affranchi est le commencement de sa famille.

G. 45. — Ce qui est dit du fils du patron s'applique *lege XII Tabularum*, à la patronne, à la fille ou aux petits-fils ou petites-filles du patron.

B. POSSESSIONES.

Quand le *de cujus* est un homme affranchi, il y a six *B. P. : 1° unde liberi ; 2° unde legitimi*, au profit du patron et de ses enfants; à cette *B. P.* se rattache celle qui est appelée *dimidiæ partis ;* 3° *tanquam ex familia patroni ;* 4° *unde patronus, patrona, patroni patronæve liberi, parentesque eorum ;* 5° *unde cognati ;* 6° *unde vir et uxor*. Trois de ces B. P. doivent être expliquées.

B. P. DIMIDIÆ PARTIS.

G. 40. — Autrefois, il était permis à l'affranchi de passer sous silence (*prætcrire*) son patron dans son testament. Car la loi des XII Tables appelle le patron dans le cas, seulement, où l'affranchi meurt *intestato*, sans héritier *sien*. — Mais si cet héritier sien était enfant adoptif (fils ou fille), ou *uxor in manu*, l'exclusion du patron constituait une iniquité flagrante.

G. 41. — A cause de cela, soit que l'affranchi

laisse un testament, soit qu'il meure *intestato*, le préteur accorde au patron la *B. P. dimidiæ partis* contre l'héritier sien s'il est enfant adoptif ou femme *in manu*.

Les enfants *naturales*, émancipés ou donnés en adoption, excluent le patron, s'ils demandent la *B. P. contra tabulas*, à moins qu'ils n'aient été exhérédés.

B. P. TANQUAM EX FAMILIA PATRONI.

Ulpien désigne cette B. P. par ces mots : *B. P. familiæ patroni*. Le patron et à son défaut les enfants du patron qui sont devenus patrons à sa place, ou la patronne, sont par la loi des XII Tables appelés à l'hérédité *intestato* de l'affranchi mort sans héritiers *siens*. Tous, ils ont droit à la deuxième *B. P. unde legitimi*.

Dans ce sens strict, *familia patroni* désigne tous ceux qui sont sous la puissance du patron.

Ici cette expression (*familia*) doit avoir un sens plus large, sinon elle ferait double emploi avec la *B. P. unde legitimi*. Elle s'applique *aux agnats* du patron décédé sans *liberi sui*. Voilà pourquoi Justinien dit TANQUAM (comme) *ex familia patroni*.

B. P. UNDE PATRONUS, PATRONA, PATRONI PATRONÆVE LIBERI, PARENTESQUE EORUM.

Pour les descendants de la *patronne*, l'utilité de cette B. P. est incontestable. En effet, ces personnes ne peuvent être comprises parmi celles qui ont la *B. P. tanquam ex familia*, la femme n'ayant ni *domus ni familia*. Pour la même cause, ces personnes ne peuvent prétendre droit à la *B. P. unde legitimi*. Mais pourquoi donner cette B. P. au patron, à la patronne, ou aux enfants du patron qui déjà ont la *B. P. unde legitimi* ou *tanquam ex familia ?*

Un commentateur grec, Théophile, dit que cette B. P. est accordée comme secours au patron ou à la patronne qui a laissé passer les délais pour obtenir la *B. P. unde legitimi.* — On a ajouté qu'elle est nécessaire aux descendants émancipés du patron et aux ascendants du patron émancipé : ce qui est vrai.

D'autre part Ulpien écrit (1) : *post familiam patroni, vocat prætor patronum, item liberos et parentes patroni, patronæ.* — Ces deux derniers mots (*patroni, patronæ*) se refèrent à la fois à 1° *parentes*, 2° *liberos*, 3° *patronum*, comme s'il était écrit :

---

(1) Ulp. frag. 28-7.

prætor vocat patronum patroni; vocat liberos, vocat parentes ejusdem patroni.

Sans contester l'explication de Théophile, il faut reconnaître que du texte précité apparaît le droit des patronages superposés.

Le patron prédécédé est donc, quant à l'hérédité prétorienne de son affranchi, remplacé par son patron ou même par les enfants de son patron. Rien en cela qui soit extraordinaire. Un affranchi est patron des esclaves qu'il a affranchis sans cesser pour cela d'être soumis au patronage de celui qui l'a fait libre.

Les deux systèmes, celui déduit du texte d'Ulpien, et celui fourni par Théophile, au lieu d'être opposés, doivent être juxtaposés.

G. 42. — Plus tard, la loi *Pappia Poppæa* augmenta le droit des patrons à l'égard des affranchis *locupletiores*. L'affranchi qui laisse cent mille sesterces et moins de trois enfants, doit, soit *testato*, soit *intestato*, une part virile à son patron.

(b) *Le* DE CUJUS *est une femme affranchie, citoyenne romaine.*

G. 43. — Suivant le droit antique, les patrons ne pouvaient se plaindre de ce que les femmes affranchies leur fissent tort. Ces femmes, en effet, sous la

tutelle de leurs patrons, n'avaient la faculté de tester que *tutore auctore*. Par conséquent, le patron ne pouvait s'en prendre qu'à lui-même, s'il était omis, ou si la femme ne mourait point *intestato*.

Le patron vient en premier ordre à l'hérédité de l'affranchie morte sans testament, car les enfants d'une femme ne sont point héritiers *siens*.

La loi Pappia qui libère de la tutelle du patron l'affranchie ayant quatre enfants, fait concourir le patron avec les enfants pour une part virile. En outre, le sénatus-consulte *Orphitien* est applicable à cette hérédité.

G. 52. — La patronne ou la fille de la patronne, *liberis honorata*, a les mêmes droits héréditaires que le patron ; un seul enfant suffit.

(c) *Le* DE CUJUS *est un affranchi latin-junien.*

G. 56. — Suivant le droit quiritaire, l'affranchi qui ne devenait pas citoyen romain, était de même condition que l'esclave, quoiqu'il fut maintenu en liberté par le préteur ; d'où cette conséquence que son hérédité appartenait au maître *jure peculii*.

Après la loi *Junia*, le patron ne recueille point l'hérédité *jure manumissoris*, puisque l'affranchissement n'est point conforme au droit quiritaire ; il ne la recueille point *jure peculii*, puisque l'affranchi n'est plus esclave. A cause de cela, et pour que l'affranchissement ne tourne point au détriment du patron, la loi *Junia* ordonne que l'affranchi donnera

caution, que son hérédité appartiendra au patron comme si l'affranchissement n'existait point. L'hérédité du latin junien appartient donc au patron, *jure peculii*, au lieu que l'hérédité de l'affranchi citoyen romain appartient au patron, *jure patronatus* (1).

SÉNATUS-CONSULTE LARGIEN (G. 63). — La règle que l'hérédité du latin junien est, à défaut du patron, dévolue *jure peculii* aux héritiers externes du patron est, par ce sénatus-consulte, modifiée comme suit : l'hérédité est déférée aux enfants du patron non exhérédés nominativement et suivant le degré de proximité. Ce n'est qu'à défaut des enfants susdits qu'elle appartient aux héritiers externes du patron.

En vertu du sénatus-consulte *Largien*, on préférera donc aux héritiers externes du patron : 1° le fils du patron *præteritus ;* 2° la fille exhérédée *inter cæteros*,

---

(1) D'où les différences suivantes : G. 57. L'hérédité du latin junien, comme le pécule, appartient aux héritiers externes du patron; celle de l'affranchi C. R. n'appartient pas à ses héritiers externes, elle appartient aux enfants du patron même exhérédés. — G. 59. Au cas de deux patrons, l'hérédité du latin junien est partagée entre le patron survivant et l'héritier du patron prédécédé ; celle de l'affranchi C. R. appartient au patron seul survivant. — G. 61. L'hérédité du latin junien est partagée dans la proportion du droit de propriété des patrons ou de leurs héritiers ; celle de l'affranchi C. R. se divise par têtes entre les patrons ou leurs héritiers. — G. 62. Si, pour une cause quelconque, l'un des patrons du latin junien ne vient pas à l'hérédité, sa part est caduque ; s'il s'agit d'un affranchi C. R., l'hérédité toute entière appartient au patron survivant.

3° les enfants qui se sont abstenus de l'hérédité de leur père (1).

(d) *Le* DE CUJUS *est* DEDITITIORUM *numero.*

G. 74. — L'hérédité du *déditice* est dévolue tantôt comme hérédité d'un citoyen romain, tantôt comme hérédité d'un latin junien. — Si l'affranchi est déditice, à cause d'un vice personnel (condamnation pour crime), ce vice ne nuit point au patron. L'hérédité appartient au patron comme si l'affranchi eût été citoyen romain. — Quant au déditice vaincu par les armes, son hérédité est régie comme celle d'un latin.

DE ADSIGNATIONE LIBERTORUM.

(J. t. 8.)

Il est permis au père *d'assigner* l'affranchi à l'un de ses enfants ou petits-enfants. L'enfant à qui cette

---

(1) G. 64.—Il ne faut pas croire que le sénatus-consulte ait assimilé complétement l'hérédité des latins juniens à celle des affranchis C. R. Ce sénatus-consulte laisse subsister les différences suivantes : 1° l'hérédité de l'affranchi C. R. n'est *jamais* dévolue aux héritiers externes du patron ; l'hérédité du latin junien est dévolue en second ordre aux héritiers externes ; — 2° quand il s'agit de l'hérédité d'un affranchi C. R, aucune exhérédation ne nuit aux enfants du patron ; au lieu que, lorsqu'il s'agit de l'hérédité d'un latin junien, l'exhérédation *nominatim* nuit aux exhérédés.

G. 72. — L'empereur confère à un affranchi *jus quiritium, salvo jure patroni.* Trajan dit que dans ce cas l'affranchi *vit* comme citoyen romain, mais *qu'il meurt* sous la règle du droit des latins.

assignation a été faite est *seul* patron ; les autres enfants n'ont, par conséquent, aucun droit sur l'hérédité de l'affranchi ainsi assigné (attribué). Mais leur droit renaît si celui au profit de qui l'assignation a été faite, meurt sans enfants.

J. § 2. — Si l'enfant, au profit duquel l'assignation a été faite, est émancipé, l'assignation demeure sans effet. Cela doit être : l'émancipé perd, avec la qualité d'héritier, le droit au patronat héréditaire.

J. § 3. — Il résulte d'un sénatus-consulte (*Claudio imperatore*) que l'assignation d'un affranchi peut être faite par testament, sans testament, par des paroles quelconques.

NOVELLES 117 ET 118.

« Enfin l'empereur Justinien ôta jusqu'au moindre » vestige du droit ancien sur les successions : il éta- » blit trois ordres d'héritiers; les descendants, les » ascendants, les collatéraux, sans aucune distinc- » tion entre les mâles et les femelles, entre les pa- » rents par les femmes et les parents par les mâles, » et abrogea toutes celles qui restaient à cet égard. » Il crut suivre la nature même en s'écartant de ce » qu'il appelait les embarras de l'ancienne jurispru- » dence (1).

---

(1) *Esprit des lois*, l. XXVII.

CONCLUSION.

PAULUS *scripsit* (1). La raison naturelle, comme une loi tacite, appelle les enfants à l'hérédité de ceux qui leur ont donné la vie; cette succession leur est due.

PAPINIANUS *respondit* (2). Quand l'ordre de la mortalité est troublé, l'hérédité doit être laissée PIÈ aux parents non moins qu'aux enfants : c'est un devoir pieux.

Au lieu de cette traduction littérale, DOMAT donne la suivante : « Il est naturel que les biens étant un » accessoire de la vie, ceux des parents passent aux » enfants comme un bienfait qui doit suivre la vie. » — « La succession des ascendants aux descendants » est une suite de la liaison si étroite de ces personnes » et des devoirs mutuels que Dieu forme entre eux. » Car l'effet de cette liaison est l'usage réciproque » des biens : il les leur rend comme communs (3). »

Quant aux frères et sœurs consanguins, ils ont vécu du même patrimoine, égaux dans la maison et dans l'affection du père; les enfants de ces frères et

---

(1) D. 48-20, l. 7.
(2) D. 5-2, l. 15.
(3) Domat, *Préface des successions.*

sœurs sont regardés et ils se regardent comme frères et sœurs (1). De là l'hérédité collatérale.

Entre descendants de frères et sœurs, l'hérédité est toute naturelle, comme en ligne directe. Au delà de ce degré, la diversité des mœurs se fait sentir dans la vocation des uns et l'exclusion des autres; et, selon que l'esprit de conservation ou l'esprit d'égalité l'emporte, la raison d'état souffre ou empêche la division des héritages.

Le régime *quiritaire* ne connut ni le droit d'aînesse, ni les substitutions qui fixent les biens dans les familles, ni le privilége individuel de masculinité. On voit au contraire que, sous la loi des XII Tables, il est indifférent que l'héritier *sien* ou le plus proche agnat soit mâle ou femelle.

L'exclusion des agnates, la défense d'instituer une femme héritière, les bornes mises aux legs, ne furent point des innovations hostiles à l'égalité; elles n'eurent d'autre cause que le mal du luxe et la haine qu'il inspirait. En effet, la principale de ces lois (la loi *Voconia*) est somptuaire; on ne saurait en douter quand on voit que tous les partis concoururent à son établissement : un tribun de la plèbe (*Voconius*) la proposa, et le vieux Caton s'employa à la faire accepter.

---

(1) Chez les Romains, ils avaient le même nom; les cousins-germains étaient regardés comme frères (Montesquieu).

L'empire fait disparaître par degrés cette inégalité qu'il n'a pas les mêmes raisons de maintenir.

Viennent d'abord les lois *Pappiennes* qui récompensent la fécondité, le s. c. *Tertullien*, conçu dans le même esprit, puis le développement des *B. P. unde cognati, unde vir et uxor*, les donations *ante nuptias* et la *solidi capacitas inter virum et uxorem ;* enfin les constitutions impériales ne laissent aux femmes aucune infériorité, aux agnats aucune supériorité héréditaire, de sorte que la lignée et le degré dans la lignée font seuls les parts.

Le droit héréditaire romain s'arrête à ce point. Le Code civil nous y a ramenés.

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE R.F. IMPRIMÉS

FIN.

TABLE DES MATIÈRES.

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE R.F. RIPHINES

INTRODUCTION.

1re *Partie.* — Idée romaine du droit..... 1
2e *Partie.* — De re Romana 19
3e *Partie.* — Sources du droit..... 94
4e *Partie.* — Analyse d'un droit, ou absolu, ou relatif, et des formules d'action in rem, in personam 109

LIVRE Ier.

1re ÉTUDE. — Liberté, esclavage..... 121
2e ÉTUDE. — Ingénus, affranchis..... 135
3e ÉTUDE. — Citoyens, non citoyens..... 156
4e ÉTUDE. — De nuptiis, divortiis, dotibus 170
5e ÉTUDE. — Famille romaine..... 197
6e ÉTUDE. — Tutelles 219

LIVRE II.

1re ÉTUDE. — 1re *Partie.* — Dominium 253
2e *Partie.* — Division et qualité des choses..... 258
3e *Partie.* — Possession 269

2e ÉTUDE. —	1re *Partie.* —	Modes d'acquisitions jure gentium	284
	2e *Partie.* —	Modes d'acquisitions jure civili.....	324
3e ÉTUDE. —	1re *Partie.* —	Donation entre-vifs	344
	2e *Partie.* —	Quibus alienare licet ...	356
	3e *Partie.* —	Per quas personas nobis acquiritur	362
4e ÉTUDE. —	1re *Partie.* —	Servitudes prédiales ...	367
	2e *Partie.* —	Servitudes personnelles.	385
	3e *Partie.* —	Autres droits réels.....	399
5e ÉTUDE. —	Idée romaine de l'hérédité.....		410
6e ÉTUDE. —	1re *Partie.* —	De testamentis ordinandis	430
	2e *Partie.* —	Institutions, substitutions	440
	3e *Partie.* —	Qualité et différence des héritiers.....	458
	4e *Partie.* —	Testamentum ruptum, testamentum inofficiosum	483
7e ÉTUDE. —	1re *Partie.* —	Antique division des legs	500
	2e *Partie.* —	Dies legati cedit. — Règle catonienne	508
	3e *Partie.* —	De la personne du légataire. — Objet du legs.	515
	4e *Partie.* —	Legs nuls. — Falcidie ..	528
8e ÉTUDE. —	1re *Partie.* —	Demonstratio, causa, modus.....	538
	2e *Partie.* —	Dies.....	544
	3e *Partie.* —	Conditiones, adscriptæ legatis.....	550

9e ÉTUDE. — Lois caducaires..... 566

10e ÉTUDE. — 1re *Partie.* — Hérédité fidéi-commissaire, sénatus-consulte Trébellien, sénatus-consulte Pégasien. 578

2e *Partie.* — Codicilles 586

3e *Partie.* — Donations à cause de mort..... 589

4e *Partie.* — Bonorum possessiones ex testamento 596

11e ÉTUDE. — Hæreditas intestato..... 601

1re *Partie.* — Hérédité des Ingénus, Jus vetus..... 605

Bonorum possessiones. 611

Jus novum, sénatus-consulte Tertullien, sénatus-consulte Orphitien..... 624

2e *Partie.* — Hérédité des affranchis. 629

Conclusion..... 638

Angers, imp. E. Barassé.

,GÈNE BARASSÉ

.ud, 83, Angers.

Droits des femmes en matière civile
. . . . . 7 »

e la Procédure devant les cours d'as-
. . . . . 6 »

ois civiles de Rome (des personnes, du
, des hérédités). 1 gros vol. in-18 jésus.
. . . . . 7 »

---

seiller à la Cour d'appel d'Angers, chevalier de
d'Honneur.— Guide pratique du magistrat direc-
ury d'expropriation pour cause d'utilité publique.
. . . . . 4 50

IN. — Manuel du Juré en matière criminelle, précédé
un commentaire de la loi du 21 nov. 1872. Prix. 2 »

ROBERT et GASTÉ, avocats. — Dictionnaire des usages ruraux et urbains pour tous les cantons du ressort de la Cour d'appel d'Angers (Maine-et-Loire, Mayenne, Sarthe), avec le texte des lois usuelles. Prix. 3 50

LIBRAIRIE A. DURAND ET PEDONE-LAURIEL

Rue Cujas, 9, Paris.

BONJEAN (Georges), juge suppléant au tribunal de la Seine. Tableaux synoptiques du Droit romain. 1876, in-f° c. 15 »

BONNEAUD (J.-L.), docteur en droit, avocat à la Cour d'appel de Lyon. — Manuel de Droit romain, questionnaire nouveau et complet sur les Institutes de Justinien et de Gaius. 2 vol. in-32. . . . . 8 »

SAVIGNY (de). — Le Droit des obligations; nouvelle traduction sur la dernière édition allemande, par Th. Hippert, avocat et secrétaire du parquet de la Cour de cassation de Bruxelles. 1873, 2 vol. in-8°, Bruxelles. . . . . 15 »

Traité de la possession en Droit romain, traduit de l'allemand par H. Staedtler, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Louvain. 2e édit., revue et corrigée. 1870, 1 fort vol. in-8°. . . . . 12 »

VILLEY (Edmond), professeur agrégé près la Faculté de droit de Caen. — Précis d'un cours de Droit criminel. 1876-1877, in-8°. . . . . 8 »

RICHARD-MAISONNEUVE (Th.), docteur en droit, avocat à la Cour d'appel de Paris. — Répétitions écrites sur le droit pénal et l'instruction criminelle. 3e édit., augmentée. 1876, in-8°. . . . . 5 »

INTRODUCTION.
1re *Partie.* - Idée romaine du droit
2e *Partie.* - De re Romana
3e *Partie.* - Sources du droit
4e *Partie.* - Analyse d'un droit, ou absolu, ou relatif, et des formules d'action in rem, in personam
LIVRE I^{er}.
1re ETUDE. - Liberté, esclavage
2e ETUDE. - Ingénus, affranchis
3e ETUDE. - Citoyens, non citoyens
4e ETUDE. - De nuptiis, divortiis, dotibus
5e ETUDE. - Famille romaine
6e ETUDE. - Tutelles
LIVRE II.
1re ETUDE. - 1re *Partie.* - Dominium
1re ETUDE. - 2e *Partie.*- Division et qualité des choses
1re ETUDE. - 3e *Partie.*- Possession
2e ETUDE. - 1re *Partie.* - Modes d'acquisitions jure gentium
2e ETUDE. - *Partie.*- Modes d'acquisitions jure civili
3e ETUDE. - 1re *Partie.* - Donation entre-vifs
3e ETUDE. - 2e *Partie.* - Quibus alienare licet
3e ETUDE. - 3e *Partie.* - Per quas personas nobis acquiritur
4e ETUDE. - 1re *Partie.* - Servitudes prédiales
4e ETUDE. - 2e *Partie.* - Servitudes personnelles
4e ETUDE. - 3e *Partie.* - Autres droits réels
5e ETUDE. - Idée romaine de l'hérédité
6e ETUDE. - 1re *Partie.* - De testamentis ordinandis
6e ETUDE. - 2e *Partie.* - Institutions, substitutions
6e ETUDE. - 3e *Partie.* - Qualité et différence des héritiers
6e ETUDE. - 4e *Partie.* - Testamentum ruptum, testamentum inofficiosum
7e ETUDE. - 1re *Partie.* - Antique division des legs
7e ETUDE. - 2e *Partie.* - Dies legati cedit. - Règle catonienne
7e ETUDE. - 3e *Partie.* - De la personne du légataire. - Objet du legs
7e ETUDE. - 4e *Partie.* - Legs nuls. - Falcidie
8e ETUDE. - 1re *Partie.* - Demonstratio, causa, modus
8e ETUDE. - 2e *Partie.* - Dies
8e ETUDE. -3e *Partie.* - Conditiones, adscriptae legatis
9e ETUDE. - Lois caducaires
10e ETUDE. - 1re *Partie.* - Hérédité fidéi-commissaire, sénatus-consulte Trébellien, sénatus-consulte Pégasien
10e ETUDE. - 2e *Partie.* - Codicilles
10e ETUDE. - 3e *Partie.* - Donations à cause de mort
10e ETUDE. - 4e *Partie.* - Bonorum possessiones ex testamento
11e ETUDE. - Haereditas intestato
11e ETUDE. - 1re *Partie.* - Hérédité des Ingénus, Jus vetus
11e ETUDE. - 1re *Partie.* - Bonorum possessiones
11e ETUDE. - 1re *Partie.* - Jus novum, sénatus-consulte Tertullien, sénatus-consulte Orphitien
11e ETUDE. - 2e *Partie.* - Hérédité des affranchis
11e ETUDE. - 2e *Partie.* - Conclusion