

# Manuel de droit romain, ou Questionnaire nouveau et complet sur les Instituts de Justinien et de Gaius, les règles, les [...]

Source [gallica.bnf.fr](http://gallica.bnf.fr) / Bibliothèque nationale de France

Ramnaud, Jules (1836-18..?). Manuel de droit romain, ou Questionnaire nouveau et complet sur les Instituts de Justinien et de Gaius, les règles, les sentences, les textes classiques du Digeste et du Code, avec leur conférence au droit français... Par Jules-Léon Ramnaud,.... 1872.

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](mailto:reutilisation@bnf.fr).

MANUEL DE DROIT ROMAIN  
OU  
**QUESTIONNAIRE**

**NOUVEAU ET COMPLET**

SUR

LES INSTITUTS DE JUSTINIEN ET DE GAIUS, LES RÈGLES, LES  
SENTENCES, LES TEXTES CLASSIQUES, DU DIGESTE  
ET DU CODE, AVEC LEUR CONFÉRENCE  
AU DROIT FRANÇAIS,

(Révision des matières du premier examen pour le baccalauréat,  
la licence et le doctorat.)

PAR

**JULES LÉON RAMBAUD**

DOCTEUR EN DROIT

AVOCAT A LA COUR D'APPEL, MEMBRE DE L'ENSEIGNEMENT LIBRE DU DROIT

DE LYON.

**TOME PREMIER**

(COURS DE PREMIÈRE ANNÉE)

**PARIS**

DURAND & PEDONE-LAURIEL

Rue Cujas 9.

**LYON**

CHARLES PALUD

LIBRAIRE-ÉDITEUR DE L'ACADÉMIE

Rue Mercière 15.

LYON. IMPRIMERIE J. ROSSIER, RUE MERCIÈRE, 47

1872

MANUEL DE DROIT ROMAIN

ou

QUESTIONNAIRE

de droit romain

QUESTIONNAIRE

42347



L'auteur s'étant conformé aux lois sur la propriété littéraire, aura le droit de faire saisir les exemplaires non revêtus de sa signature.

*V. Rambaud*



MANUEL DE DROIT ROMAIN  
OU  
**QUESTIONNAIRE**

**NOUVEAU ET COMPLET**

SUR

LES INSTITUTS DE JUSTINIEN ET DE GAIUS, LES RÈGLES, LES  
SENTENCES, LES TEXTES CLASSIQUES, DU DIGESTE  
ET DU CODE, AVEC LEUR CONFÉRENCE  
AU DROIT FRANÇAIS,

(Révision des matières du premier examen pour le baccalauréat,  
la licence et le doctorat.)

PAR

**JULES LÉON RAMBAUD**

DOCTEUR EN DROIT

AVOCAT A LA COUR D'APPEL, MEMBRE DE L'ENSEIGNEMENT LIBRE DU DROIT

DE LYON.

264

1871

**TOME PREMIER**

(COURS DE PREMIÈRE ANNÉE)

**PARIS**

**DURAND & PEDONE-LAURIEL**

Rue Cujas 9.

**LYON**

**CHARLES PALUD**

LIBRAIRE-ÉDITEUR DE L'ACADÉMIE

Rue Mercière 15.

LYON. IMPRIMERIE J. ROSSIER, RUE MERCIÈRE, 47

1872

---

LYON. — IMPR. J. ROSSIER, RUE MERCIÈRE, 47.

---



## AVERTISSEMENT

---

Ce livre n'a d'autre objet, ni d'autre prétention, que d'offrir aux étudiants en droit un moyen facile et efficace de revoir promptement les matières des divers examens de droit romain.

L'expérience réfléchie des besoins des étudiants et des modes d'enseignement qui peuvent leur être le plus utiles nous a guidé dans notre tâche et en assurera peut-être le succès.

Nous n'avons point entendu composer un livre de science. Ces pages ne sauraient suppléer ni aux leçons des professeurs, ni à l'étude directe des ouvrages dont nous avons fait une sorte de résumé succinct, notamment ceux de Voët, Heineccius et de MM. Ducaurroy, Pellat, Machelard, Ortolan, de Fresquet, Demangeat. Aucun manuel ni questionnaire ne peut remplacer les leçons, traités et commentaires. L'étudiant qui adopterait notre livre dans cette intention en ferait un usage inintelligent,

contraire à nos vues et peut-être même inefficace au point de vue de sa réussite aux examens.

Mais lorsque, après avoir suivi consciencieusement les leçons d'un cours et puisé la science aux sources premières, l'étudiant approche du jour redouté où il lui faudra justifier de son savoir, il se souvient du conseil de Sénèque : *multum non multa*. Le temps lui manquerait matériellement pour revoir un seul traité. Comme un émigrant, il lui faut réunir l'ensemble des acquisitions, fruits de son travail, pour se présenter en disant : *omnia mecum porto*.

Pour cet effort des derniers jours, il ne faut *ni trop ni pas assez*. Telle est la condition du livre dont on s'aidera en ce moment. Telle a été notre devise, en composant celui-ci.

Nous avons condensé l'exposé des règles du droit romain et l'explication des textes classiques, de façon à présenter une revue rétrospective en harmonie avec l'ordre et la méthode de l'enseignement qui aura précédé cette rapide et dernière étude.

La forme adoptée par nous est celle du questionnaire. Elle offre l'avantage, pour l'étudiant, de se préparer plus directement aux interrogations des examens, soit seul, soit avec le concours d'un ami.

D'autre part, l'étendue, le nombre, le style même des réponses indiquent que nous convions ici le lecteur à une révision essentiellement rationnelle, réfléchie et non à une étude mécanique ou purement de mémoire.

C'est pour y aider que nous avons donné une large part à la déduction, procédé favori des créateurs du droit romain ; divisé et subdivisé, d'après une méthode uniforme, toutes les matières de l'enseignement, en des titres, souvent additionnels et en sections.

Enfin, ce livre par son format même, tend à notre but, de donner aux étudiants un *vade-mecum*, dans ces dernières semaines seulement, durant lesquelles, mêlant l'étude à toutes leurs occupations, dans l'anxiété du succès, ils réalisent ce dernier et sage conseil :

*Nocturna versate manu, versate diurna!*

L'AUTEUR.

Lyon, 1<sup>er</sup> janvier 1872.



# LIVRE I

---

## TITRE PRÉLIMINAIRE ET PREMIER

De la justice et du droit  
(Monuments du droit romain).

---

### SECTION 1<sup>re</sup>. — *De la justice et du droit.*

D. Quel est l'objet de la science du droit ?

R. L'étude des lois et de leur application.

D. Qu'est-ce que la loi, en général ?

R. La règle que pose, pour y faire régner l'ordre et la justice, l'autorité établie sur l'une de ces sociétés humaines qu'on appelle états.

D. Qu'est-ce que la justice ?

R. La ferme volonté de rendre à chacun ce qui lui est dû.

D. Combien y en a-t-il d'espèces ?

R. La division la plus commune consiste à distinguer la justice morale ou du for intérieur, celle que je viens de définir particulièrement, et la justice civile, qui en est la mise en action, la réalisation purement matérielle, abstraction faite de l'intention.

D. Qu'est-ce que le droit ?

R. Ce mot a plusieurs sens. Il signifie, commu-



nément, l'ensemble des lois d'un même ordre. Ainsi l'ensemble de celles portées sur la répression des crimes constitue le droit pénal; ainsi du droit maritime, ecclésiastique, féodal, etc.

D. Quels sont les préceptes généraux du droit ou de tout ensemble de lois ?

R. De respecter la morale, de ne faire tort à personne, soit en s'abstenant d'attenter au bien ou à la personne d'autrui, soit en faisant pour lui ce qu'on doit; en un mot, de vivre droitement.

D. Quel autre sens a le mot *droit* ?

R. C'est, suivant le point de vue auquel on l'envisage, une science et un art, la science des lois, l'art de les bien appliquer ou de juger sainement les difficultés qu'elles doivent régir.

D. Quel nom particulier reçoit le droit, alors ?

R. Jurisprudence, qui est la traduction littérale de ces mots : *science du droit*. Chez nous, ce mot signifie plus particulièrement l'habitude d'interpréter une loi en tel ou tel sens.

D. Le mot *droit* a-t-il une autre signification ?

R. Oui. Par suite d'une sorte de confusion entre l'effet et la cause, on appelle droits les prérogatives ou facultés garanties aux citoyens par l'ensemble des lois ou l'une d'elles; comme les droits de propriété, de suffrage (*suffragium*), de vendre et d'acheter (*commercium*), de mariage (*connubium*), de porter l'anneau d'or (*jus aureorum annulorum*), de jouir de certains avantages ou exemptions, à raison de ce qu'on était marié, ou père ou mère (*jus caduca vindicandi, jus liberorum*).

D. Qu'est-ce que le droit romain ?

R. La législation du peuple-roi, dont, longtemps même après sa disparition et sans lui être imposées par la conquête, les lois ont régi l'univers civilisé.

D. Pourquoi étudie-t-on le droit romain ?

R. D'abord parce que c'est la législation la plus sage et la plus précise dans ses déductions, ainsi que



le prouve le consentement de tant de peuples, qui s'y sont soumis spontanément, comme à la *raison écrite*; ensuite, parce que, à raison de ce fait, le droit romain forme le fond de presque toutes les législations européennes, particulièrement de la nôtre.

D. Comment étudie-t-on le droit romain ?

R. Par la méthode historique et celle d'analyse, en commentant les monuments de cette législation.

D. Pourquoi la méthode historique ?

R. Parce qu'il faut tenir compte des variations que le droit romain a nécessairement subies, durant une période d'environ onze siècles, depuis la loi des Douze-Tables, qui nous le fait connaître avec quelque précision, jusqu'à son déclin après Justinien.

D. N'y a-t-il pas deux branches dans l'histoire du droit ?

R. Oui, l'histoire *externe*, qui s'occupe de ses sources, de la formation des lois en général ; et l'histoire *interne*, où l'on précise l'origine des diverses institutions et les modifications qu'elles ont subies.



## SECTION 2<sup>e</sup>. — *Monuments du droit romain.*

D. Quels sont les principaux monuments dans lesquels nous étudions le droit romain ?

R. On a coutume de les diviser en deux classes, selon qu'ils sont antérieurs ou non à Justinien.

D. Citez les principaux monuments du droit antéjustinien.

R. 1<sup>o</sup> La loi des Douze-Tables, faite par les décenvirs, l'an 303 de Rome pour la plus grande part ;

2<sup>o</sup> L'*édit perpétuel*, de Salvius Julien, sous Adrien :

3° Les Instituts de Gaïus, jurisconsulte vivant sous Marc-Aurèle ;

4° Les *Regulæ* ou fragments d'Ulpien ;

5° Les Sentences de Paul, (jurisconsultes, contemporains, de la première moitié du III<sup>e</sup> siècle) ;

6° Les codes Grégorien, Hermogénien et Théodosien, dont le dernier, datant de Théodose II, est seul conservé en entier ;

7° Les *Fragmenta Vaticana*, composés vers la fin du IV<sup>e</sup> siècle et récemment découverts. L'auteur en est inconnu.

D. Quel est le caractère des ouvrages que vous citez de Gaïus, Paul et Ulpien ? Quelle est leur division ?

R. Ce sont des résumés ou exposés élémentaires du droit, surtout celui de Gaïus, qui se divise en quatre commentaires et en paragraphes. Les petits traités d'Ulpien et Paul sont composés de titres divisés en paragraphes ; mais les titres d'Ulpien sont réunis en un seul livre, tandis que ceux de Paul en forment cinq.

D. Quels sont les monuments du droit Justinien ?

R. 1° *Quinquaginta decisiones*, destinées à trancher les principales controverses de droit soulevées entre les deux écoles de jurisconsultes qui s'étaient formées sous Auguste et perpétuées sous le nom de Sabinien et Proculien ; ce sont des constitutions qui se succèdent de 530 à 534 ;

2° Le Digeste ou les Pandectes, de la fin de 533 ;

3° Les Instituts qui, commencés plus tard, parurent quelques jours auparavant ;

4° Le nouveau Code Justinien, édité en 534 ;

5° Les *Novelles*, ou lois ultérieures de Justinien, ainsi nommées parce qu'elles ne sont pas comprises au Code et qui s'échelonnent de 535 à 565.

D. Quelle est la disposition du Digeste ?

R. Justinien choisit seize commissaires pour réunir en un recueil les textes les plus pratiques des

nombreux travaux des jurisconsultes. On mit à contribution les ouvrages de 39 d'entre eux. Le Digeste comprend 50 livres, renfermant un certain nombre de titres. Chaque titre est subdivisé en fragments cotés, en tête desquels figure l'indication des auteurs et des livres auxquels ils ont été empruntés. Les éditeurs y ont ajouté une subdivision en paragraphes. Ces fragments sont désignés sous le nom de lois.

D. Quelle est la division, quel est le caractère des Instituts ?

R. C'est un recueil élémentaire de droit, fait pour la première éducation des étudiants de Rome, Beyrouth et surtout Constantinople, par trois commissaires, Tribonien, Théophile et Dorothee. Il se divise en quatre livres, subdivisés en titres, renfermant un nombre divers de paragraphes. Le texte est généralement emprunté à Florentin, Ulpien et surtout Gaius. La découverte des Instituts de ce jurisconsulte, en 1816, permet de juger qu'ils ont été presque copiés, sauf les modifications intervenues dans le droit, de Marc-Aurèle à Justinien.

D. Indiquez la composition du Code.

R. C'est un recueil des constitutions générales, encore en vigueur sous Justinien. Il renferme notamment les cinquante décisions rendues avant l'apparition du Digeste, pour en faciliter la composition, et toutes les constitutions de Justinien, de la première série, jusqu'aux Nouvelles. Ce Code, du reste, n'est qu'une seconde édition (*Codex repetitæ prælectionis*). La première (*Codex vetus*), qui avait paru en 529, est perdue. C'est, tout naturellement, celle à laquelle on se réfère dans les Instituts; aussi ces citations ne se trouvent-elles pas toujours. Le Code se divise en douze livres, subdivisés en titres. Chaque titre comprend plusieurs lois ou constitutions, rangées par ordre chronologique, avec le nom de leur auteur.



## TITRE II

(Division du droit) : droit naturel, des gens et civil. (Objet et sources du droit privé.)

SECTION 1<sup>re</sup>. — *Division du droit, quant à son objet et à son origine.*

D. Comment divisez-vous le droit?

R. Le droit, en général, celui des Romains, en particulier, peut se diviser de diverses manières, eu égard à son origine, à son objet, et à la façon dont il s'est établi.

D. Quelle est la division prise de son objet?

R. On distingue le droit public et le droit privé.

D. Qu'est-ce que le droit public?

R. L'ensemble des lois relatives à l'Etat, c'est-à-dire celles qui règlent ses rapports avec les autres nations, les guerres, les ambassades, et, à l'intérieur, l'organisation des divers pouvoirs constitutionnels et administratifs, la nomination des magistrats, les impôts, la voirie, etc.

D. Qu'est-ce que le droit privé?

R. L'ensemble des lois qui règlent les rapports des particuliers entre eux : le mariage, la tutelle, les contrats, les successions.

D. Comment divisez-vous le droit, quant à son origine ?

R. En droit naturel, droit des gens et droit civil. C'est à tort que Justinien fait de ces trois termes une subdivision du droit privé. Le droit public a les mêmes sources.

D. Qu'est-ce que le droit naturel ?

R. *Lux quæ illuminat omnem hominem venientem in hunc mundum* ; l'ensemble des règles que révèle la raison, pour la conduite de l'homme, pris individuellement, eu égard à sa nature morale.

D. Comment expliquez-vous la définition différente qu'on en trouve dans les Instituts ?

R. On ne peut prendre à la lettre les termes d'Ulpien, son auteur. Ce noble et spiritualiste écrivain n'a pu admettre les lois des brutes, puisqu'il dit ailleurs que les animaux manquent de sens moral et n'ont pas la notion du droit. Sa définition signifie que le droit naturel comprend les diverses facultés, les actes qu'exerce l'homme, aussi bien que d'autres animaux non raisonnables ; eux, par instinct ; lui, par raison et par sentiment : par exemple, la liberté d'aller, la procréation, l'alimentation des jeunes êtres par leurs auteurs et réciproquement.

D. Qu'est-ce que le droit des gens ?

R. L'ensemble des lois communes aux hommes.

D. Comment le divise-t-on ?

R. En primaire et secondaire, ou international.

D. Qu'est-ce que le droit des gens primaire ?

R. Celui de tous les hommes, pris comme individus, le droit primitif, qui se confond avec le droit naturel et qui ordonne, par exemple, à deux hommes se réunissant de respecter la vie et la liberté l'un de l'autre. Aussi peut-on fort bien ne pas mentionner le droit naturel comme le fait Justinien.

D. Qu'est-ce que le droit des gens secondaire ?

R. Celui qui s'est établi entre les nations par suite de l'usage et des nécessités de leurs rapports.

D. Faites ressortir la distinction entre ces deux espèces de droit.



R. Les deux espèces de droit diffèrent :

1<sup>o</sup> Par leur auteur : le premier vient de Dieu, l'autre des hommes ;

2<sup>o</sup> Par leur nature : l'un est primordial, et, fondé sur la nature de l'homme, il est immuable comme elle ; l'autre est dérivé ; résultat d'une convention, il peut varier avec les circonstances qui l'ont déterminé. Les nations européennes ont pu, par exemple, instituer et abolir la course, piraterie de guerre ;

3<sup>o</sup> Par leur objet : le droit primaire s'appliquerait aux hommes vivant à l'état de nature, seuls ou en famille. Le droit secondaire suppose qu'ils se sont mis en société et ont même formé des états.

D. Le droit des gens secondaire ne contrarie-t-il pas le droit primaire ?

R. Précisément. Les conventions internationales ont pu déroger aux lois primordiales de l'humanité. Au respect de la vie d'autrui, la nécessité d'avoir un arbitre entre les nations a fait substituer la guerre ; et certaines convenances, à l'encontre de la liberté naturelle, ont inspiré d'instituer l'esclavage, qui a été ensuite aboli.

D. Qu'est-ce que le droit civil ?

R. L'ensemble des lois que chaque peuple s'est données et qui sont propres à cet état.

D. En quoi diffère-t-il du droit naturel ?

R. 1<sup>o</sup> Il n'est pas édicté par Dieu, promulgué par la raison : il vient du législateur ou de l'usage, selon ce que les souverains ou les citoyens ont jugé utile ou avantageux à l'Etat ;

2<sup>o</sup> Il est variable, parce que ces appréciations peuvent être réformées ;

3<sup>o</sup> Il est multiple, parce que les convenances auxquelles il doit satisfaire ne sont pas les mêmes dans toutes les nations, ni le jugement identique chez tous. Il y a autant de droits civils que d'états.

D. Le droit civil ne contrarie-t-il pas le droit naturel ?

R. Oui : le législateur, là où il le trouve avantageux, l'abroge ou le modifie. Ainsi le droit naturel dispose que les choses sans maître appartiennent au premier occupant, et, chez nous, les épaves sont attribuées généralement à l'État ( V. notamm. C. C. art. 713 ). La loi naturelle indique à l'homme qu'il peut s'emparer des animaux pour sa subsistance : or, la chasse et la pêche ne sont pas libres, dans les états civilisés. L'homme doit, naturellement, remplir ses promesses ; or le droit romain n'obligeait qu'à l'exécution de celles faites avec certaines formes, comme garanties, sauf pour les contrats du droit des gens.

D. Qu'appellez-vous prérogatives, contrats du droit des gens ?

R. Ce sont des droits, des actes, que la raison ou la convenance internationale doit faire concéder à tout homme, indigène ou étranger dans un état, et qui, à Rome, n'ont jamais été réservés aux seuls citoyens. Cela ne veut point dire que les lois sur ces actes, contrats, facultés, fussent universelles et que Rome ne pût avoir à leur sujet des lois différentes de celles que l'étranger trouvait chez lui. Je citerai, comme objets du droit des gens, dans ce sens, la vente, le louage, la puissance sur les esclaves, le mariage naturel (*matrimonium*). On leur oppose les facultés, contrats, actes, du droit civil, tels que les noces, la mancipation, la stipulation, l'expensilation, la déclaration d'acceptilation, la puissance paternelle.

D. Combien y a-t-il d'objets du droit privé ?

R. Il y en a trois : *les personnes*, pour qui les lois sont faites, et qui ont certains liens entre elles ; *les choses*, sur lesquelles les lois doivent assurer aux personnes diverses facultés : *les actions*, qui sont la sanction des droits reconnus aux personnes, soit sur les choses, soit vis-à-vis d'autres personnes.

---

SECTION 2<sup>e</sup>. — *Sources du droit privé.*

D. Comment divisez-vous le droit, quant à la façon dont il s'est établi ?

R. En droit écrit et droit non écrit. Le droit écrit est celui établi expressément, c'est-à-dire promulgué par une autorité ayant le pouvoir de lier les citoyens ; le droit non écrit est celui créé tacitement. Ces termes reviennent à ceux-ci : dispositions expresses, dispositions nées de l'usage, sans qu'on s'attache en rien au fait de l'écriture.

D. Combien y a-t-il de sources du droit non écrit ?

R. Une seule, la coutume, dont la force égale la loi proprement dite, au point qu'une loi peut être abrogée par la coutume contraire.

D. Citez-moi des dispositions de la coutume.

R. Les codicilles, les fidéicommiss, la substitution pupillaire, la prohibition de donner entre époux ; telle est aussi sans doute l'origine de l'adoption, de la substitution vulgaire, de la légitime, des modes d'affranchissement non solennels, admis jusqu'à Justinien. Voilà pour les créations. Par contre, la coutume a aboli, à Rome, l'adition d'hérédité, la mancipation, la *sponsio*, le testament *calatis comitiis*, la vente et l'abandon noxal des enfants.

D. Combien y a-t-il de sources ou d'espèces de dispositions dans le droit écrit ?

R. Six : la loi, le plébiscite, les sénatus-consultes, les constitutions, les édits des magistrats, les opinions des prudents.

D. Qu'est-ce que la loi, dans le sens précis ?

R. Une disposition arrêtée par le peuple entier, sur la proposition d'un magistrat de l'ordre sénatorial, tel qu'un consul, un préteur, un dictateur.

D. Comment se faisaient donc les lois ?



R. Le projet devait d'abord en être approuvé par le sénat, puis affiché à trois marchés des *mundinae*, soit durant 27 jours. Après cela, on passait au vote, dans les comices, par curie ou par centurie ; d'où la distinction entre les *leges curiatae* et les *leges centuriatae*. Le peuple votait en déposant dans des corbeilles l'une de deux tablettes portant, l'une A. P. (*antiqua probo*), et l'autre V. R. *uti rogas*, selon qu'on voulait rejeter la loi ou admettre la proposition qu'avait faite le magistrat : « *Rogo, Quirites, ut velitis, jubeatis...* » C'est à cet usage que se rapportent les mots *prérogatives*, *abroger*, *proroger*, *déroger*, *subroger*, etc.

D. Qu'est-ce qu'un plébiscite ?

R. La disposition prise par la plèbe, sur la présentation d'un de ses magistrats les tribuns.

D. Comment se faisaient les plébiscites ?

R. La plèbe était interrogée, comme le peuple pour la confection des lois. Elle votait autrement, d'une façon plus égale, savoir : par tribus. Il fallait, en outre, en cas de vote conforme à la proposition, la confirmation par le sénat ; mais cette condition fut supprimée par la loi Publilia, l'une de celles sur la forme et la force obligatoire des plébiscites.

D. Quelle était cette force obligatoire ?

R. Les dissensions qui s'étaient élevées entre le peuple et la plèbe, et auxquelles on mit fin en accordant aux plébéiens le droit de voter des lois spéciales, s'élevèrent de nouveau sur la question de l'étendue de leur application. Cette querelle fut définitivement apaisée par la loi Hortensia (env. 467 av. J.-C.), après laquelle, les plébiscites obligeant le peuple entier, on ne fit plus nulle distinction entre eux et les lois, dont on leur donna même la qualification.

D. N'était-il pas injuste que la volonté de la plèbe fît loi pour tous les citoyens ?

R. Les lois qui le décidèrent ainsi, permettaient en même temps à tous les citoyens de se rendre aux comices par tribus. On peut croire qu'en définitive

la principale innovation des plébiscites fut un vote démocratique, c'est-à-dire égal pour tous.

D. Citez-moi des plébiscites.

R. Les plus fameux sont la loi Aquilia, sur certains délits; celle Cornelia, sur l'édit prétorien; celles Falcidia et Voconia, en matière testamentaire; celle Atilia, concernant la tutelle; celle Canuleia, permettant le mariage entre les patriciens et les plébéiens.

D. Qu'est-ce que les sénatus-consultes, et ont-ils toujours eu force de loi?

R. Les décisions du sénat, qu'on nomme sénatus-consultes, étaient, sous la République, de simples règlements concernant les objets d'administration remis au contrôle de l'assemblée. Sous l'empire et à partir de Tibère qui lui transporta le pouvoir législatif des comices, sous prétexte de l'impossibilité de les réunir, on ne trouve plus ni lois ni plébiscites, et les décisions du sénat sont la principale source du droit.

D. Comment se faisaient ces délibérations?

R. L'empereur prépare un projet de loi avec le concours de la majorité du sénat. Il le présente ensuite à cette assemblée entière dans un discours (*epistola*), lu par un questeur, et suivi du rapport d'un consul (*relatio*.) Toute cette procédure a son reflet dans le travail, en section et en assemblée générale, du conseil d'Etat français. Enfin a lieu le vote, qui se fait généralement *per secessionem*, c'est-à-dire en marchant vers des coins différents de la salle, suivant la divergence d'opinion des sénateurs.

D. Citez-moi des sénatus-consultes.

R. Les sénatus-consultes Tertullien et Orphitien, en matière de successions légitimes; ceux Pisonien et Silanien, sur l'ouverture des testaments; ceux Trébellien et Pégasien, sur l'exécution des fidéicommiss; le sénatus-consulte Largien, sur la succession des affranchis latins juniens; le sénatus-consulte Velleien, sur les engagements des femmes; enfin celui Néronien qui concerne la forme des legs, et celui Macé-

donien, les prêts faits aux fils de famille. Tous, sauf ces deux derniers, tirent leur nom du consul qui les a rapportés, comme les lois et plébiscites portent, en adjectif, le nom du magistrat qui les a présentés.

D. Quelle est la quatrième source du droit écrit ?

R. Les constitutions, qui ont, à leur tour, remplacé les sénatus-consultes, quand, jugeant leur autorité bien affermie et les subterfuges inutiles, les empereurs firent directement la loi, à la place du peuple.

D. Qu'est-ce que les constitutions ?

R. Des décisions, émanées de la volonté impériale et qui ont force de loi si le souverain l'entend ainsi.

D. Pourquoi mettez-vous cette restriction ?

R. Parce qu'il y a des constitutions rendues sur un cas particulier, sans intention de leur auteur de généraliser et qui, dès lors, ne font point le droit.

D. Combien y a-t-il d'espèces de constitutions ?

R. On les divise quant à la forme et l'objet.

D. Comment se divisent-elles par leur objet ?

R. En générales et spéciales. Les premières font loi applicable à tous les citoyens ; les autres, bien que devant être respectées de tous, ne concernent directement que celui ou ceux qui ont motivé la décision de l'empereur. Nous avons, en France, la même division pour les décrets et ordonnances royales.

D. Définissez les constitutions spéciales.

R. Ce sont celles par lesquelles l'empereur accorde une faveur ou inflige une peine extraordinaire. On les nomme aussi privilèges (*privatae leges*), et il y en a, naturellement, deux classes : ceux gracieux et ceux rigoureux, comme l'indique ce brocard, relatif à leur interprétation : *Privilegia odiosa restringenda sunt, favores autem ampliandi*.

D. Les privilèges sont-ils de véritables lois ?

R. Oui, quant à leur source et quant à leur sanction ; puisque tous les citoyens, par exemple, doivent



subir le monopole des concessions impériales ; mais ils n'ont pas la portée des lois générales.

D. Quelle est la division des constitutions, au point de vue de leur forme ?

R. On distingue, à ce point de vue, les rescrits, les décrets, les édits.

D. Qu'est-ce qu'un rescrit ?

R. Une lettre de l'empereur, en réponse à la requête de quelque particulier ou à la demande de conseil émanée d'un magistrat. Cette lettre est une constitution spéciale ou générale, selon les cas et la volonté de l'écrivain : générale, s'il s'agit d'une interprétation doctrinale des lois ; spéciale, si l'interprétation est dictée par les circonstances, s'il s'agit d'une faveur ou d'une peine.

D. Citez-moi des rescrits de portée générale.

R. Celui d'Antonin aux pontifes, sur l'adrogation des impubères, celui du même sur l'abus de maltraiter les esclaves ; (Inst. I, VIII, § 2. Gaï. I, § 102) ; celui de Trajan, sur les testaments de soldat (Inst., II, XI, § 1) ; celui de Marc-Aurèle, qui crée un nouveau genre de succession (Inst. III, XI, § 1).

D. Qu'est-ce qu'un décret ?

R. *Decretum* signifie jugement. Il s'agit ici des décisions de la juridiction contentieuse de l'empereur. Adrien ayant institué le recours à son autorité, par voie d'appel, l'empereur était juge et remplissait cette fonction, grâce à un conseil permanent de jurisconsultes, qui est l'origine de notre conseil d'état.

D. Quelle est la division des décrets ?

R. On les distingue en décrets ordinaires, quand ils tranchent un débat après plaidoiries, et interlocutoires, quand ils ordonnent certaines mesures préalables à la décision sur le fond. On les distingue encore en généraux et spéciaux, selon leur portée. Assez ordinairement, ils étaient généraux, l'empereur étant présumé vouloir qu'on résolut comme il l'avait fait tous les cas analogues.



D. Qu'est-ce qu'un édit ?

R. Une constitution, rendue spontanément par l'empereur, *motu proprio*, et qui fait nécessairement loi pour tous.

D. Citez-moi des édits.

R. Celui de Trajan, sur la succession des affranchis latins ; celui de Constance Chlore, sur l'insinuation ; celui de Constantin, sur la légitimation par mariage subséquent ; les nombreuses lois impériales sur les successions et les donations.

D. Que sont les édits des magistrats ?

R. Des dispositions prises par eux, en vertu de leur pouvoir réglementaire (*jus edicendi*), sur les matières de leur compétence, et obligeant, comme les édits impériaux, l'universalité des citoyens.

D. Qu'appellez-vous le pouvoir réglementaire ?

R. Celui qu'ont certaines autorités administratives ou judiciaires, chargées d'assurer l'exécution des lois, d'en déterminer les détails, par avance, d'une façon générale et de fixer l'interprétation en vue de leur application. Chez nous, ce pouvoir n'appartient point à l'ordre judiciaire (C. C., art. 5), mais seulement aux agents supérieurs des diverses sphères administratives : le souverain, les préfets, les maires.

D. Par qui, à Rome, s'exerçait ce pouvoir ?

R. Les consuls, les censeurs, les tribuns du peuple, le préfet de la ville ou préteur urbain, le préteur pérégrin, les édiles.

D. Et dans les provinces ?

R. Par les présidents de la province, proconsuls et propréteurs, et les questeurs, qui, du moins dans les provinces du peuple, remplissaient les fonctions des édiles, pour la voirie, les marchés, les édifices publics, etc. (Gaï. I, § 6).

D. Quel était le plus important des édits ?

R. Celui du préteur, unique à l'origine, qui annonçait sur l'*album*, à son entrée en fonctions, les règles de sa procédure et de sa jurisprudence. De là

vient que le droit des édits, appelé aussi honoraire est généralement désigné sous le nom de droit prétorien. Les autres édits, du reste, contiennent beaucoup de règles de droit public.

D. Pour combien de temps valait l'édit?

R. Pour un an, au plus, durée de la magistrature des préteurs. Il leur fut même longtemps permis de modifier l'édit, d'améliorer la jurisprudence. Mais cette pratique, donnant lieu à des abus, fut proscrite, par une loi Cornelia (l'an 586 de Rome).

D. Qu'est-ce que l'*edictum tralatitium*?

R. C'était l'ensemble des dispositions que le nouveau magistrat entrant en charge empruntait à l'édit de son prédécesseur et qui finit par former le fond de tous. Le surplus s'appelait *edictum novum*.

D. Les édits n'ont-ils pas été codifiés?

R. Oui. On a réuni en un seul leurs dispositions les plus usuelles. Ce fut fait, pour celui des préteurs, par Salvius Julien, sous le titre d'édit perpétuel, au temps d'Adrien et par ses ordres. D'autres auteurs, restés inconnus, réunirent les édits des édiles; puis, sous le nom d'*edictum provinciale*, les règles communément adoptées par les magistrats des provinces.

D. Quelle est l'importance de cette source?

R. Elle est considérable. Les préteurs eurent une influence immense sur les lois. Ils les interprétèrent, les complétèrent, les contrecarrèrent même, avec un apparent respect, et les dispositions de leurs édits finirent par former, avec ces lois ainsi remaniées ou modifiées, un corps de droit homogène.

D. Citez-moi des créations du droit prétorien.

R. On peut citer, des préteurs, les *bonorum possessiones*, créant un ordre de succession rival de celui de la loi; les formules, qui constituèrent un code de procédure entièrement nouveau; les envois en possession, *possessiones bonorum*; la *bonorum venditio*, qui remplaça les exécutions judiciaires, si cruelles des Douze-Tables; la création d'actions, d'exceptions,

et celle des interdits, inconnus du droit civil; par exemple, les actions publicienne et contre-publicienne, servienne et quasi-servienne, *de pecunia constituta*, *de jurejurando*, *tutelæ contraria*, institoires, exercitoires, etc., les exceptions *de dolo*, *quod metus causa*, *de pacto*; enfin, un grand nombre de bénéfices, tels que ceux de délibération, d'abstention, de restitution, de séparation, de séparation des patrimoines, de division et de cession d'actions:

D. Quelle est la sixième source du droit écrit?

R. Elle est dans les réponses des prudents.

D. Qu'est cela?

R. Les consultations ou décisions des jurisconsultes qui avaient le privilège de guider les juges, en les liant par leurs réponses.

D. Ce privilège a-t-il toujours existé?

R. Il faut, à cet égard, distinguer trois périodes:

1<sup>o</sup> Des créations importantes furent dues au Collège des pontifes, qui avaient, à l'origine, le secret de l'interprétation des lois et de leur mise en pratique. Telles sont, notamment, les actions de la loi de juridiction gracieuse et de juridiction contentieuse, les actes légitimes et sans doute aussi ces actes solennels qui s'accomplissaient devant le peuple assemblé, l'adrogation et le testament *calatis comitiis*.

2<sup>o</sup> Plus tard, il fut loisible à chacun d'enseigner et d'interpréter les lois, mais sans aucune autre autorité que l'influence de la logique et du talent. Les jurisconsultes, notamment, avaient entre eux des conférences (*disputationes fori*), propres à éclairer les magistrats et à gouverner la jurisprudence.

3<sup>o</sup> Enfin, Auguste reconnut à certains jurisconsultes le privilège de faire la loi par leurs décisions.

D. A quelle époque fait allusion Justinien?

R. A la troisième, évidemment; car on peut croire que, sous la première, c'est comme magistrats que les jurisconsultes pontifes fixèrent le droit; et, sous la seconde, leurs opinions ne pouvaient constituer un droit écrit ou promulgué.



D. Expliquez le privilège créé par Auguste.

R. Ce privilège donne lieu à une grande controverse. S'agissait-il des jurisconsultes défunts qui devaient leur autorité au temps, ou d'un conseil de vivants, mis à la disposition des juges, et qui pouvaient les éclairer sur tous les points?... J'incline vers la première opinion. Elle me semble mieux en rapport avec la qualification de droit écrit, donnée aux réponses des prudents, promulguées par la loi même qui crée le privilège. On sait qu'une autre loi, dite *des citations*, sous Théodose II, détermine la conduite du juge en cas de conflit des citations. Il y en eut une telle sous Constantin, et sans doute antérieurement.

D. Qu'est-ce que les actions de la loi de juridiction gracieuse?

R. Ces actions, qu'il ne faut pas confondre avec celles contentieuses, sont des actes civils, qui s'accomplissent devant le magistrat avec solennité, sans contradiction d'adversaire et dont il fait dresser état.

D. Citez de ces actions de la loi.

R. L'adoption, l'émancipation (depuis Anastase), l'*in jure cessio*, l'affranchissement *vindictâ*.

D. Que sont les actes légitimes?

R. Des actes civils, qui s'expédient avec solennité, avec l'emploi de termes sacramentels, quelquefois avec l'intervention du greffier, qui en fait état, mais sans exiger celle du magistrat.

D. Citez-moi de ces actes.

R. La mancipation, la résolution du *nexum* (Gaï. III, 173), l'émancipation (ancien rite), l'expensilation, la déclaration d'acceptilation, l'adition d'hérédité, l'autorisation du tuteur.

D. Quel caractère offrent les actions de la loi de juridiction gracieuse et les actes légitimes?

R. 1° La solennité, les termes sacramentels;

2° La nécessité de les accomplir en personne;

3° L'impossibilité d'y faire intervenir nulle modalité, terme ou condition.

## TITRE III

### Des Personnes.

#### SECTION 1<sup>re</sup>. — *De la personnalité, de l'état.*

D. Qu'est-ce qu'une personne ?

R. Conformément à son étymologie (*per-sona*, masque), ce mot désigne un individu jouant dans la société civile un rôle déterminé par les lois. La personnalité n'est pas complète chez tous les individus. Certains n'en ont aucune que dans des cas exceptionnels ; certains sont dénués de personnalité, dans le rapport d'autres individus déterminés.

D. Expliquez cela par un exemple.

R. Un esclave, qui n'est qu'une bête de somme quant à son maître, tient de lui, pour tout autre, un reflet de personnalité. Un fils de famille est une chose pour le père, dans la puissance de qui il se trouve ; pour tout autre, il est une personne complète.

D. Ne prend-on pas le mot dans un autre sens ?

R. Oui ; il désigne parfois le rôle même ; il est synonyme de personnalité.

D. Que comporte la personnalité ?

R. Divers éléments qui forment ce qu'on nomme l'état, c'est-à-dire la manière d'être d'un citoyen.

D. Comment distingue-t-on l'état ?

R. Il y a celui naturel et celui civil.

D. Qu'est-ce que l'état naturel ?

R. C'est la manière d'être de certaines personnes, qu'elles tiennent de la nature.

D. Quelles en sont les conditions ?

R. 1<sup>o</sup> On est d'un sexe ou de l'autre; le droit a plusieurs dispositions où l'on en fait acception.

2<sup>o</sup> On est vivant, conçu (*venter*), ou mort; on voit que la personne se confond avec l'individu.

3<sup>o</sup> On est libre ou esclave, généralement aussi d'après la nature; car c'est elle qui, en faisant naître tel homme hors de Rome ou du sein d'une esclave, l'a en quelque sorte prédestiné à ce rôle.

D. Mais un mort peut-il être une personne ?

R. C'est autant seulement que son hérédité n'est pas acceptée; il est réputé survivant.

D. Qu'est-ce que l'état civil ?

R. C'est la jouissance de tels ou tels attributs dont l'ensemble compose la personnalité du citoyen.

D. Quels sont ces attributs ?

R. La liberté, la cité et la famille. C'est-à-dire que tout citoyen jouit nécessairement de la liberté, du droit de cité, et, comme chef ou membre, d'une certaine situation de famille, se révélant notamment par le nom et par le culte particulier. Toute altération de l'un de ces trois éléments emporte la dégradation d'état (*capitis deminutio*).

## SECTION 2<sup>e</sup>. — *Hommes libres et esclaves.*

D. Quelle est la plus importante distinction à faire entre les individus ?

R. Il faut distinguer les libres et les esclaves.

D. Qu'est-ce que la liberté ?

R. C'est la faculté qu'a tout homme, d'après le droit naturel, d'agir à son gré, sauf les obstacles ma-



tériels apportés par la force et ceux moraux résultant du droit.

D. Qu'est-ce que l'esclavage ?

R. Une institution du droit des gens secondaire, qui prive un homme de sa liberté naturelle, en le soumettant à la propriété d'un autre.

D. Comment appelle-t-on les esclaves ?

R. *Mancipia* (pris avec la main), et mieux *servi* (de *servare*, car ce sont généralement, dit-on, des ennemis à qui on a fait grâce de la vie).

D. Quelles sont donc les diverses sources de l'esclavage ?

R. Bien qu'il soit contraire au droit naturel, on en rattache les sources à celles du droit. On est donc esclave *natura*, *jure gentium* ou *jure civili*.

D. Comment est-on esclave *natura* ?

R. Par la naissance. La femme serve étant considérée comme une bête de somme, son fruit appartient à son maître. Les esclaves qu'on a acquis de cette manière se nomment *vernae*.

D. Comment l'est-on d'après le droit des gens ?

R. Par la captivité : parce que le droit des gens, qui admettait la guerre et la conquête, disposait aussi que chaque peuple belligérant pouvait retenir ses prisonniers comme esclaves. Les Romains appliquaient cette loi et la subissaient eux-mêmes.

D. Les captifs des guerres civiles étaient-ils esclaves ?

R. Non, les étrangers seuls pouvaient l'être. Un citoyen romain ou d'une nation amie, pris et vendu par des brigands ou des pirates, ne serait pas la propriété de celui qui l'aurait payé de bonne foi.

D. Pourquoi dites-vous d'une *nation amie* ?

R. Parce qu'on enseigne, à tort, quelquefois, qu'il était besoin d'une déclaration de guerre pour donner lieu régulièrement à la captivité. Le premier venu étant ennemi, on peut traiter comme tel tout étranger avec la nation duquel Rome n'a pas fait d'a-

mitié. Sa personne et ses biens sont de bonne prise et les citoyens de Rome admettent pour eux la réciprocité. (L. 5, § 2, *De captivis et post.*)

D. Le captif romain est-il pour toujours esclave ?

R. Non. S'il rompt ses fers, dès qu'il a mis le pied sur le sol de la patrie, ou dans l'un de ses camps, ou dans une cité amie, il recouvre sa liberté ; les conséquences de la captivité sont effacées, par l'effet d'une fiction, dite du *postliminium*.

D. Que comporte cette fiction ?

R. On fait ainsi abstraction de l'absence du captif, si longue qu'elle ait été. On lui rend tous les droits qu'il avait auparavant, et encore, autant que possible, tous ceux qui se seraient ouverts pour lui durant cet intervalle, s'il eût été dans la cité.

D. N'y a-t-il pas, en cette matière, une autre fiction, qu'il convient de rapprocher du *postliminium* ?

R. C'est celle édictée par une loi *Cornelia*, pour le cas inverse, c'est-à-dire, où le captif ne revient pas. Comme les esclaves sont inexistants, d'après le droit civil, le captif est alors réputé mort au jour où il a été pris, si prolongée qu'ait été sa vie ultérieure et quand même, sorti d'esclavage, il aurait vécu en homme libre dans quelque pays étranger.

D. Comment devient-on esclave, d'après le droit civil ?

R. 1<sup>o</sup> Dans l'action de la loi de juridiction contentieuse dite *manus injectio*, l'*adjudicatus*, ou débiteur adjugé à son créancier, devenait son esclave, après l'accomplissement de certaines formalités, ainsi que toutes les personnes en sa puissance ;

2<sup>o</sup> Dans le cas de refus du service militaire ou de l'inscription au cens, qui y conduisait ;

3<sup>o</sup> Par la condamnation à mort, aux bêtes ou aux mines ;

4<sup>o</sup> Par la vente *ad participandum pretium* ;

5<sup>o</sup> Dans le cas du sénatus-consulte Claudien ;

6<sup>o</sup> Lorsqu'un affranchi, c'est-à-dire un homme



libéré de la servitude par son maître, se rendait coupable envers lui d'ingratitude grave : cette pénalité s'étend même aux enfants de l'affranchi, ingrats.

D. Pourquoi dire esclave le condamné à mort ?

R. Parce qu'on ne pouvait exécuter un citoyen.

D. Qu'est-ce que la vente *ad participandum pretium* ?

R. La liberté des citoyens, étant imprescriptible, n'était point compromise parce qu'on les avait vendus comme esclaves et qu'ils avaient même servi, de bonne foi, en cette qualité. Ils pouvaient toujours *ad libertatem proclamare*. Des misérables, spéculant sur ces principes du droit, se faisaient vendre par un compère qui se présentait comme marchand d'esclaves, et, quand l'acheteur avait payé le prix, que les escrocs s'empressaient de placer en lieu sûr, le prétendu esclave demandait sa mise en liberté. C'est pour mettre un terme à cette exploitation, qu'on décida que le vendu resterait esclave.

D. D'où ressort cette disposition ?

R. On présume que c'est du sénatus-consulte Claudien ; mais il est plus vraisemblable que ce fut le préteur qui permit, le premier, de combattre, par une exception de dol, la revendication du vendu.

D. Cette défense n'était-elle pas subordonnée à certaines conditions ?

R. Oui, à des conditions caractéristiques du dol :

1° Que le vendu fût de mauvaise foi ;

2° Majeur de 20 ans, pour comprendre sa faute et perdre sa liberté d'une façon réfléchie ;

3° Que l'acheteur, lui, fût de bonne foi ;

4° Que le prix eût été réellement payé et que le vendu y eût pris part ou en eût eu l'intention, tout au moins, si le vendeur le frustrait à son tour.

D. Quelle est la disposition du s. c. Claudien ?

R. Ce sénatus-consulte, que nous étudierons plus loin, prononçait la servitude contre la femme



qui vivait en mariage (*contubernium*), avec le serf d'autrui, contre le gré du maître de celui-ci.

D. L'homme et la femme libres devenaient-ils esclaves de plein droit, dans ces deux derniers cas ?

R. Non. Il y avait une *addictio*, ou attribution de propriété, prononcée par le magistrat, en faveur de celui à qui le nouvel esclave devait appartenir, dans tous ceux des cas ci-dessus, où la personne libre doit entrer en la propriété d'un particulier.

D. Ces causes d'esclavage sont-elles abolies ?

R. Oui, pour la plupart. Le droit prétorien a remplacé le *manus injectio* par une procédure plus humaine, qui laisse la liberté à l'*adjudicatus*. Le cens est tombé en désuétude. Justinien a aboli l'esclavage de la peine et le sénatus-consulte Claudien. La perte de la liberté, au cas d'escroquerie, a été maintenue plus de trois siècles après lui, jusqu'à Léon-le-Philosophe. (V. sa nov. 59.)

D. N'y avait-il pas une condition assez semblable à celle de l'esclave ?

R. Oui, c'est celle de l'individu *in mancipio*.

D. Qui y était soumis ?

R. 1° L'homme libre qu'on avait acquis légitimement par la mancipation ;

2° L'*adjudicatus*, pendant les délais de la *manus injectio* ;

3° Le voleur manifeste, s'il n'était pas réellement esclave, ce qui est controversé (Gaï. III, § 189).



### SECTION 3°. — Citoyens et pérégrins.

D. Comment subdivise-t-on les hommes libres ?

R. D'abord en citoyens et pérégrins, ensuite en ingénus et affranchis, division qui fait l'objet des titres IV et V.

D. Qu'est-ce que le citoyen ?

R. C'est celui qui a le droit de cité, la jouissance des prérogatives du droit civil des Romains, public et privé.

D. Quelles en sont les principales prérogatives ?

R. 1° *Suffragium*, le droit de vote, notamment pour faire la loi ;

2° La *factio testamenti*, qui se rattache au droit précédent ;

3° *Commercium*, ou le droit d'acquérir la propriété romaine, *dominium ex jure Quiritium*, d'employer la mancipation ;

4° *Connubium*, droit au mariage romain.

D. Comment appelait-on les peuples qui ne jouissaient pas du droit de cité ?

R. Les citoyens, en principe, étaient les habitants de Rome ou de sa banlieue civile d'un mille de rayon. Tous autres hommes étaient les pérégrins.

D. N'y avait-il pas diverses classes de pérégrins ?

R. Oui : les *provinciales*, les *socii*, les *populi fundi*, les *latini*.

D. Qu'étaient-ce que les *provinciales* ?

R. Les habitants des provinces soumises par les armes de Rome, gouvernées par ses proconsuls, où elle faisait régner tel droit que bon lui semblait et dont tout le territoire appartenait au peuple ou à l'empereur, selon la distinction entre les *provinciae populi* et les *provinciae Caesaris*.

D. Qu'étaient-ce que les *populi socii* ?

R. Les nations auxquelles je faisais allusion à propos de l'esclavage, avec lesquelles Rome avait des traités : *Amicitia atque hospitium*.

D. Qu'étaient-ce que les *populi fundi* ?

R. Ceux qui, poussant plus loin l'alliance, avaient adopté le droit romain.

D. Qu'étaient-ce que les *latini* ?

R. Les habitants du Latium, ou les assimilés, dont il y a ainsi deux classes : les *latini veteres* et les *coloniarii*.

D. Que sont les *latini veteres*?

R. Les véritables habitants du Latium, tour à tour alliés et ennemis, enfin inféodés à Rome.

D. Que sont les *latini coloniarii*?

R. Les habitants des colonies fondées par Rome. En devenant colons, les citoyens perdaient leur titre; mais ils demeuraient, par assimilation, dans la classe relativement favorisée des Latins (Gai. I, 131).

D. Comment est-on appelé à la jouissance du droit de cité?

R. Par la naissance ou par une concession ultérieure. Ces concessions, faites pour certains services rendus à la République, d'abord à des individus habitant Rome et son rayon, s'étendirent ensuite au-delà, s'appliquèrent à des cités entières et s'achetèrent. Enfin, Caracalla déclara citoyens tous les sujets de l'Empire.

D. Quelle était devenue à cette époque la signification du mot *pérégrin*?

R. Il ne désignait plus que les habitants des provinces. Les autres peuples s'appelaient *barbares*, seule expression qui resta à côté de *citoyen romain*.

D. En quoi les Latins étaient-ils favorisés?

R. Ils jouissaient du *commercium* avec les Romains. Peut-être, à certaine époque, eurent-ils le *connubium*; tout au moins la concession leur en était faite individuellement avec assez de facilité. Enfin ils devenaient de droit citoyens, sous l'accomplissement de certaines conditions déterminées.

D. Ne fit-on pas des concessions de la latinité?

R. La classe des *latini coloniarii* est due à une première extension idéale du Latium. Les privilèges des Latins furent ensuite concédés, comme le droit de cité, en dehors de l'Italie. Vespasien latinisa l'Espagne entière.

D. A quoi doit-on de naître citoyen?

R. A la condition de ses auteurs. On n'en considère qu'un : tantôt le père, tantôt la mère.



D. Suivant quelle distinction ?

R. Suivant que la naissance est, ou non, le fruit d'un mariage romain. Si oui, l'enfant suit la condition du père ; si non, celle de la mère. Les mêmes principes déterminent le nom, la liberté, la latinité.

D. Et si la condition de l'auteur a varié, de la conception à la naissance de l'enfant, que dire ?

R. La condition du père s'apprécie à la conception ; celle de la mère, au temps de la naissance.

D. Expliquez cela par des exemples.

R. Supposez un Latin, qui a obtenu successivement le *connubium*, et ensuite, peu avant la naissance de son enfant, le droit de cité ; cet enfant naîtra pérégrin et latin, parce que, y ayant mariage romain, il doit suivre la condition de son père au temps de la conception. Supposez une Romaine, vivant à Rome unie avec un pérégrin, suivant la loi de son pays ; en cet état son enfant est citoyen ; mais il naît pérégrin, si elle quitte sa patrie, *ante tempus editionis*, parce qu'elle cesse ainsi d'être citoyenne.

D. Comment peut-on déterminer le moment de la conception ?

R. Par une présomption tirée de la durée commune des gestations.

D. Ces principes n'ont-ils pas été altérés sous l'Empire ?

R. 1<sup>o</sup> Auguste, jaloux de maintenir les anciennes familles et leurs privilèges, décida que l'enfant né *ex alterutro peregrino* suivrait *deteriorem conditionem*, c'est-à-dire qu'il serait pérégrin, quand même, issu d'une citoyenne, en l'absence du mariage romain, il eût dû être citoyen comme elle.

2<sup>o</sup> Adrien s'écarta aussi des principes, mais dans un sens tout opposé. Après lui, l'enfant issu *ex alterutro peregrino*, *meliozem conditionem sequitur*.

D. Qu'est-ce que le *jus italicum* ?

R. C'est la condition de l'Italie, c'est-à-dire l'ensemble des lois que le droit romain appliquait dans ce territoire, réelles et personnelles.

D. Quelles en sont les principales dispositions ?

R. 1<sup>o</sup> Les immeubles italiques sont susceptibles de propriété privée, tandis que tous ceux provinciaux appartiennent au peuple ou à César.

2<sup>o</sup> Les provinciaux supportent certains impôts dont sont exempts les territoires italiques, notamment l'impôt foncier, fixé comme un hommage de la propriété supérieure dont je viens de parler.

3<sup>o</sup> Certaines lois sont faites pour l'Italie seule, notamment celle *Furia (de sponsu)*.

4<sup>o</sup> Pour l'exemption des fonctions de tutelle et curatelle, à raison des charges de famille, le nombre des enfants n'est pas le même pour tous les pays régis par le droit romain : c'est 3 à Rome, 4 en Italie, 5 dans les provinces.

5<sup>o</sup> Les cités italiques ont une organisation municipale et judiciaire propre.

D. Quelle est cette organisation ?

R. 1<sup>o</sup> La curie, composée de propriétaires de 25 arpents ; 2<sup>o</sup> les décurions ou sénat local, comprenant le dixième de la curie ; 3<sup>o</sup> les *duumvirs juridicundo*, imitant les consuls et jouissant de la juridiction civile et criminelle, sans dépendre du *præses provinciæ* ; 4<sup>o</sup> un censeur, un pontife, des édiles, etc.

D. Ne faisait-on pas des concessions du *jus italicum* ?

R. Oui, comme du droit de cité et du *jus latii* ; mais des concessions d'un caractère purement réel, faites à des villes ou territoires hors de l'Italie. Lyon en a joui de bonne heure. (L. 8, § de cens.)



## TITRE IV

### Des ingénus.



D. Qu'est-ce qu'un ingénu ?

R. Celui qui est libre, pour avoir toujours été exempt de servitude légitime.

D. Que faut-il pour cela ?

R. Avoir échappé à toutes les causes de servitude exposées par la naissance et *ex post facto*.

D. Comment aura-t-on évité l'esclavage natif ?

R. Il faut appliquer les principes posés plus haut relativement à la jouissance native du droit de cité ; mais il faut s'attacher à la condition de la mère seule, parce qu'un homme, vivant dans le mariage romain, ne peut engendrer un esclave. Le *connubium* n'est pas accordé aux esclaves, pas plus qu'aucun attribut du droit civil. Il faut donc savoir, en principe, si cette mère a, ou non, enfanté en condition libre.

D. Pourquoi dites-vous : en principe ?

R. Parce qu'il y a eu ici aussi diverses dérogations aux règles énoncées plus haut, principalement une dérogation favorable dans le sens de la liberté. Comme il serait rigoureux que le malheur de la mère nuisît à son fruit, on tient pour libre l'enfant qui naît d'une femme libre, puis réduite en esclavage.

D. Énoncez et appliquez le principe définitif.

R. Pour être ingénu, il faut sortir du sein d'une femme jouissant de la liberté à un moment quelconque de sa grossesse. Ainsi : 1<sup>o</sup> pas de question si la femme,



libre ou esclave quand elle a conçu, est demeurée en la même condition; 2° Si elle était esclave et enfante après son affranchissement, l'enfant est libre, par application de la règle générale; 3° Si la femme libre est réduite en esclavage, par exemple en vertu du sénatus-consulte Claudien, pour avoir cohabité avec un esclave, son fruit est un ingénu encore, par application de la règle de faveur; 4° De même, si on le suppose né d'une esclave, qui, après avoir conçu et avoir obtenu la liberté, retombe en servitude, par exemple, pour ingratitude envers son patron.

D. Si un esclave qui passait pour libre a épousé une femme libre, quel est le sort de l'enfant?

R. Il est libre, parce que le mariage est nul.

D. Et dans le cas d'une femme esclave mariée de même?

R. Si la femme était libre, par suite de l'*erroris causæ probatio*, (Gaï. I, §67 et s.) le magistrat légitimerait le mariage. Au cas contraire, le maître de la mère aurait droit à l'enfant, sauf au père à le lui acheter.

D. N'y a-t-il pas eu d'autres exceptions à la règle que l'enfant conçu hors mariage suit la condition de sa mère?

R. On en peut citer trois; ce sont des dispositions spéciales et qui ont fini par disparaître.

D. Quelle est la première?

R. Pour échapper à l'application du sénatus-consulte Claudien, la femme libre, vivant avec un esclave, pouvait convenir avec le maître que leurs enfants seraient ses esclaves. Cette convention fut déclarée nulle, par Adrien.

D. Quelle est la seconde?

R. Quand un citoyen avait des enfants d'une femme esclave, qu'il avait crue libre, les mâles suivaient la condition du père, les filles celle de la mère. Vespasien à son tour supprima cette exception.

D. Quelle est la troisième?

R. Les enfants nés d'une pérégrine, qui a

commerce avec un esclave, demeurent esclaves, même après la décision plus haut rapportée d'Adrien.

D. L'enfant né d'un homme qui a servi est-il ingénu ?

R. Oui, c'était le cas d'Horace. On vient de voir que l'enfant conçu d'un esclave peut être ingénu.

D. L'ingénu peut-il être réduit en servitude ?

R. Bien entendu ; il peut y tomber *ex-postfacto*.

D. Un enfant, enlevé par des pirates, a été vendu en différents pays. A Rome, il découvre et fait reconnaître son état. Est-il ingénu ou affranchi ?

R. Incontestablement ingénu.

D. Cependant, on dit que l'ingénu est celui qui n'a pas servi. Or, il a été longtemps esclave.

R. Mais j'ai eu soin d'indiquer une servitude légitime (*justa*). Or, elle ne se rencontre pas dans ce roman, assez ordinaire du reste.

D. N'y a-t-il pas des cas même où, après avoir passé par l'affranchissement, on est ingénu ?

R. Oui ; supposez que l'esclave dont on vient de parler fût une femme, qu'elle eût donné des enfants à son maître et que celui-ci, de bonne foi, les eût mis en liberté. Il se trouverait n'avoir affranchi que des hommes déjà libres et qui sont demeurés ingénus.

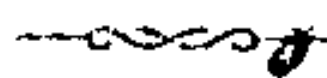
D. Quel intérêt peut avoir cette distinction ?

R. Celui même qui recommande toute cette division des personnes libres. C'était une supériorité, au point vue de l'opinion publique, de n'avoir jamais servi ; une noblesse de ne pas descendre de souche servile. Les ingénus en portaient comme insignes, à Rome, l'anneau d'or jadis réservé aux chevaliers ; dans d'autres pays, une boule d'argent suspendue au cou. Les professions humbles ou réputées humiliantes n'étaient pas exercées par eux, non plus que jadis, chez nous, par les nobles. Le *connubium* fut proscrit jadis entre les ingénus et les affranchis.

---

## TITRE V

### Des affranchis (de l'affranchissement et des droits de patronage).



#### SECTION 1<sup>re</sup>. — *Affranchis, patrons, droits de patronage.*

D. Qu'est-ce qu'un affranchi ?

R. L'affranchi, (*libertinus, libertus*), est celui qui a été libéré d'une servitude légitime.

D. Quelle différence y a-t-il entre l'esclave et l'affranchi ?

R. Toutes celles qu'on pourrait relever entre la servitude et la liberté, entre le néant et la vie. L'affranchi est une personne aux yeux du droit. Il peut voter, tester, acquérir, contracter, se marier, agir en justice, se plaindre d'une injure, sauf l'infériorité de son *existimatio*. Mais, dans l'état d'où il sort et dont le souvenir amoindrit seul la valeur de sa personnalité, on ne peut rien de tout cela.

D. Faites-vous une différence entre les deux expressions latines employées plus haut ?

R. Oui. Celle de *libertinus* désigne l'affranchi en général ; celle de *libertus*, l'affranchi envisagé dans le rapport de celui qui lui a donné la liberté. *Tiro erat libertinus. Tiro libertus Ciceronis erat.*

D. Quel nom donne-t-on à l'ancien maître ?



R. Celui de patron, et l'on nomme droits de patronage les droits qu'il conserve sur l'affranchi.

D. En quoi consistent les droits de patronage?

R. Ils se rapportent à ces deux idées : l'image de l'agnation et les œuvres.

D. Qu'est-ce que l'agnation?

R. Un lien de famille, dont nous préciserons plus tard la nature. Il se manifestait en ce que l'affranchi prenait les nom et prénom du patron. Tiron, affranchi, s'appellait Marcus Tullius Tiron.

D. Quelles sont les conséquences du droit d'agnation?

R. Ce sont principalement les droits de tutelle et de succession, que nous étudierons plus loin. C'est-à-dire que le patron prend la tutelle de l'affranchi et qu'en cas de décès il lui succède.

D. L'application de ces droits est-elle restreinte entre le patron et son affranchi?

R. Non ; elle s'étend à leur descendance, dans une mesure qui a varié et qui est assez mal connue.

D. Le droit de tutelle est-il un devoir onéreux?

R. C'était un droit honorifique et en outre très-avantageux dans le rapport des femmes, auxquelles il s'appliquait principalement. Nous verrons que le patron tuteur avait le droit d'empêcher l'affranchie de tester et, par là, se réservait sa succession.

D. Qu'est-ce que le droit aux œuvres?

R. Le droit à certains services, auxquels l'affranchi est ou peut être tenu.

D. N'y en a-t-il pas plusieurs espèces?

R. Oui ; on distingue les *operæ officiales* et celles *fabriles*.

D. Que sont les *operæ officiales*?

R. Des services de piété filiale, que l'affranchi devait à son patron homme ou femme, à raison de l'immense faveur qu'on lui avait faite, en l'enfantant, pour ainsi dire, à la vie civile.

D. En quoi consistaient-ils?

R. J'ai déjà parlé du nom, qui marquait ce rapport de quasi-agnation. L'affranchi devait faire escorte à son patron dans les lieux de montre : temples, festins, ou autres assemblées. Il lui devait tous les égards d'un fils, et, comme le fils pour son père, ne pouvait l'actionner en justice sans permission du préteur, lui intenter une action infamante, ni le faire condamner *ultra facultates*.

D. Quelle était la sanction ici ?

R. Si l'affranchi manquait gravement à son patron, il était remis en sa puissance.

D. Cette peine s'étend-elle aux enfants ?

R. Oui, mais à ceux qui naîtront par la suite, et seulement s'il s'agit d'une femme.

D. Les descendants de l'affranchi sont-ils tenus de l'*officium* ?

R. Oui, au moins durant une génération ; ingénus, ils peuvent être faits esclaves, s'ils y manquent.

D. Quelles sont les *operæ fabriles* ?

R. Des prestations de services ou de quantités, ayant trait à la profession particulière de l'affranchi. S'il est cultivateur, il peut devoir des denrées à son patron ; lui faire sa chaussure, s'il est cordonnier, et, maçon, élever ou réparer ses bâtiments.

D. Pourquoi dites-vous qu'il *peut devoir* ?

R. Parce que, à la différence des *operæ officiales*, qui sont dues en tout cas, par suite de l'affranchissement même, celles *fabriles* ne le sont qu'au cas où le patron les a exigées, en donnant la liberté et en vertu, en général, d'une convention faite avec serment de l'esclave, la *jurata operarum promissio*.

D. L'affranchissement n'était-il pas ainsi un peu intéressé ?

R. Il l'était même quelquefois beaucoup. L'usage s'était répandu de stipuler des esclaves, en leur rendant la liberté, une remise sur leurs gains futurs, en général la moitié. Or, comme les affranchis avaient assez ordinairement contracté dans l'esclavage l'ha-



bitude du travail et d'une navrante parcimonie, il n'était pas rare que, dans les professions subalternes ou difficiles qu'on leur abandonnait, ils réalisassent de grands bénéfices. Aussi cette clause d'association finit-elle par être proscrite, comme léonine.

---

SECTION 2<sup>e</sup>. — *Des divers modes d'affranchissement et des diverses espèces d'affranchis.*

D. Qu'est-ce que l'affranchissement ?

R. La libération d'un esclave par la volonté de son maître, le congé qu'il donne de sa puissance (*ex manu mittere*, d'où *manumissio*.)

D. A quel titre le maître libère-t-il l'esclave ?

R. Parce qu'on peut disposer de sa propriété, l'abandonner.

D. Comment se faisait cette libération ?

R. A l'aide de ce qu'on appelle les modes d'affranchissement et dont il y a deux espèces, ceux solennels ou publics et ceux privés ou moins solennels.

D. Combien y a-t-il de modes solennels ?

R. On en compte communément trois, qui sont la *vindicta*, le *testament*, le *cens* ; mais on peut ajouter l'adoption et les *églises*.

D. Comment affranchit-on *vindicta* ?

R. Par l'emploi d'une action de la loi de juridiction gracieuse, qui, à l'origine, imitait un procès.

D. Comment cela ?

R. Il y avait une action dite revendication de liberté ou *liberalis causa*, pour se faire libérer d'une *injuncta servitus*. Le présumé esclave ne pouvant, à ce titre, figurer en justice, était assisté d'un ami, *adsertor*

*libertatis*, qui, armé de la baguette (*vindicta*), comme dans toute revendication et la posant sur l'épaule de l'esclave présumé, le revendiquait pour la liberté. Le maître, ici, n'opposant pas de contradiction, le magistrat décidait en ce sens.

D. Ce rite fut donc abandonné ?

R. Oui. Il suffit de déclarer sa volonté devant un magistrat quelconque, ayant compétence pour les actions de la loi : consul, préteur, président de province, même quand on le rencontrait au passage, et il vous en donnait acte.

D. Quelles traces a laissées l'ancien rite ?

R. En affranchissant leurs écuyers, c'est-à-dire en les armant chevaliers, les souverains, au moyen-âge, les frappaient, du plat de l'épée, sur l'épaule.

D. Comment affranchit-on par testament ?

R. En manifestant sa volonté qu'un esclave fût libre après votre mort ; ce qui se faisait expressément ou tacitement de façon directe ou oblique.

D. Qu'est-ce que l'affranchissement testamentaire exprès et celui tacite ?

R. Il est exprès, quand on dit en propres termes : *que Stichus soit libre* ; et tacite, quand on manifeste, de fait, son intention, par exemple lorsqu'on a institué Stichus pour héritier ou pour tuteur de ses enfants. Comme il ne peut remplir l'un et l'autre rôle qu'avec la liberté et que le testateur pouvait la lui conférer, il est censé l'avoir fait en intention.

D. Comment l'affranchissement testamentaire est-il direct ou oblique ?

R. Cela tient aux règles du droit romain, en matière testamentaire. Les deux différences à noter, quant à présent, sont que 1<sup>o</sup> l'affranchissement direct ne peut avoir pour objet qu'un esclave propre au défunt ou à son héritier ; 2<sup>o</sup> cette espèce d'affranchissement emporte de plein droit la liberté, dès que le testament sort effet ; tandis que celui dit oblique oblige seulement l'exécuteur des volontés du testateur à

libérer par les voies ordinaires l'esclave qu'il lui a désigné. C'est-à-dire que l'affranchissement testamentaire oblique est un mode de manumission incomplet; 3<sup>e</sup> l'affranchi directement n'a point de patron, parce que l'auteur de sa liberté est mort; on le nomme *libertus orcinus*, tandis que l'affranchi obliquement a pour patron celui qui consomme sa libération.

D. Comment entendez-vous que le *libertus orcinus* n'a pas de patron?

R. En ce qu'il ne rend à personne de devoirs filiaux; mais les descendants du défunt ont sur lui les droits de tutelle et d'hérédité, et la créance d'œuvres que le testateur aura fixée.

D. Ne pouvez-vous citer un cas où l'affranchi direct a un patron?

R. Oui, dans le cas de l'*addictio libertatum servandarum causa*, s'il accepte qu'il en soit ainsi, pour faciliter l'exécution du testament.

D. Et un cas où l'affranchi fidéicommissaire n'a pas de patron?

R. En vertu du sénatus-consulte Rubrien, et d'un rescrit d'Antonin-le-Pieux, quand le fiduciaire aura voulu éluder le fidéicommiss. Il est alors *libertus orcinus*.

D. L'affranchissement testamentaire n'offre-t-il pas des caractères particuliers?

R. 1<sup>o</sup> Il est le seul où la manifestation solennelle de volonté puisse être révoquée,

2<sup>o</sup> Le seul où l'affranchi puisse n'avoir pas de patron,

3<sup>o</sup> Le seul par lequel on puisse donner la liberté à terme ou sous condition.

D. Comment appelle-t-on l'esclave qui attend ainsi la liberté?

R. On le nomme *statuliber*. Il est esclave de fait, mais passe avec son espérance de liberté aux mains de ceux qui le possèdent et devient libre de plein droit, à l'événement, sans l'emploi d'aucun mode.



D. Qu'est-ce que le cens ?

R. Une institution de Servius Tullius, consistant à faire inscrire sur un registre appelé *capitastrum*, (d'où notre mot de *cadastre*), tous les citoyens, en ouvrant à chacun un chapitre, (d'où le double sens du mot *caput*), contenant, outre son état naturel et civil, l'énumération des personnes en sa dépendance, de tous ses biens mobiliers et immobiliers.

D. A quoi servait le cens ?

R. Il était la base de la division du peuple, faite originellement en 193 centuries, à laquelle on avait égard pour le vote, pour le service militaire, pour l'impôt, triple point de vue auquel les prolétaires ou *capite censi* occupaient une position fort inférieure.

D. Quel trait cela a-t-il à l'affranchissement ?

R. C'est que les citoyens seuls pouvant être recensés, et non les esclaves, si ce n'est comme valeurs mobilières ou immobilières, quand le maître de l'un d'eux lui avait fait ouvrir un *caput*, c'est-à-dire l'avait fait inscrire au cens, comme chef de famille, ce fait entraînait la liberté : cela revenait, au surplus, à une déclaration de volonté devant un magistrat.

D. N'avez-vous dit que le cens tomba en oubli ?

R. Il est vrai ; mais, à la place du mode solennel d'affranchissement qui s'y rattachait, Constantin en généralisa un autre, *sacrosanctis ecclesiis*.

D. Ce mode d'affranchissement fut-il donc créé pour remplacer celui par le cens ?

R. On le dit souvent, mais c'est une erreur. Il avait été d'usage d'affranchir les esclaves dans le temple de Féronia, en coiffant leur tête, rase, du bonnet phrygien. Les chrétiens voulurent aussi affranchir dans les églises ; en réglant ce rite, Constantin, lui donna la portée d'un mode solennel, caractère que les jurisconsultes n'avaient pas reconnu au précédent.

D. Comment se pratiquait ce rite ?

R. L'esclave conduit à l'église, le maître, devant l'assistance des fidèles, déclarait vouloir l'affranchir :

ce dont le clergé dressait un acte. Après sa signature par les intéressés, notamment l'esclave, on ouvrait les grandes portes de l'église, en lui annonçant qu'il était libre d'aller.

D. Quelle fut la destinée de ce mode ?

R. La manumission *sacrosanctis ecclesiis*, qu'on peut dire la dernière créée, fut aussi la dernière perdue. On l'employait au moyen-âge pour les serfs. L'acte dressé s'appelait un passe-portes (d'où le mot passe-port), et Pothier a vu, au portail de la cathédrale d'Orléans, un bas-relief figurant la cérémonie.

D. Qu'est-ce que l'affranchissement par l'adoption ?

R. Sur la déclaration qu'il le libérait, un maître était autorisé à prendre son esclave pour fils adoptif, et comme cela se faisait *calatis comitiis*, c'est le mode public par excellence.

D. N'est-il pas pourtant le moins étendu ?

R. Oui, en pratique, quoiqu'il ait été peut-être originellement le seul connu. Du reste, il ne peut pas s'appliquer aux *ancillæ*.

D. Quels étaient les modes d'affranchissement privés ?

R. On en a admis successivement un assez grand nombre : dans le temple, *per epistolam*, *per mensam*, *inter amicos*, par l'appellation de fils, etc.

D. Quand y a-t-il affranchissement *per epistolam* ?

R. Quand on écrit à son esclave, dans des termes quelconques, qu'il est libre.

D. Justinien a-t-il conservé ce mode ?

R. Oui, mais en exigeant que la lettre fût signée de cinq témoins, pour plus de garantie, surtout contre l'esclave. Les anciens Romains prouvaient l'authenticité de leurs écrits en les scellant, non en les signant : or, il était assez aisé de dérober un sceau et de fabriquer une lettre d'affranchissement.

D. Qu'est-ce que le mode *inter amicos* ?



R. Celui où le maître déclare son intention au milieu de ses amis. Justinien exige encore qu'il y en ait cinq, comme témoins.

D. Qu'est-ce que l'appellation de fils ?

R. Le titre de fils, donné solennellement par le maître à l'esclave. Justinien exige que ce soit verbalement devant le magistrat, ou par écrit dans un acte public.

D. Quel rapport cela a-t-il avec l'affranchissement ?

R. C'est qu'un tel procédé, fort anormal, rappelait l'adoption.

D. Qu'est-ce que *per mensam* ?

R. Une présomption absolue de volonté aussi, tirée de ce fait que le maître avait admis l'esclave couché à sa table. Une telle familiarité eût été ignominieuse, expliquée autrement que par la volonté d'affranchir. Justinien, craignant que cette volonté ne fût pas bien réfléchie, à table, a supprimé ce mode.

D. N'en a-t-il pas établi d'autres ?

R. Déjà, avant lui, la jurisprudence accordait la liberté aux esclaves par suite d'interprétations semblables de volonté, souvent forcées. Pour éluder, par exemple, un droit de douane à l'importation des esclaves, certain traitant avait débarqué ses plus beaux hommes, ornés de la boule d'argent des ingénus. Ceux-ci prétendirent que, par ce procédé, leur maître avait voulu les affranchir et le juge l'admit. Ce sont sans doute ces présomptions les plus généralement reçues que Justinien codifie en une constitution.

D. Citez les principales qu'on y trouve.

R. 1° Si, de l'aveu du défunt ou de l'héritier, l'esclave a suivi, coiffé du bonnet phrygien, le convoi de son maître :

2° Si le maître donne la servante pour compagne à un homme libre, en la dotant ;

3° Si, devant cinq témoins, il a lacéré ou remis à l'esclave le titre constatant sa propriété.

D. N'est-il pas des cas où l'esclave devient libre, sans l'emploi d'aucun mode, contre le gré du maître?

R. Oui, mais ces cas peuvent se rattacher au mode *vindicta*; dans tous, faisant valoir les griefs qu'il avait contre son maître, l'*adsertor libertatis* obtenait pour l'esclave, du magistrat, que celui-ci déclarât la liberté. C'était une sorte de *liberalis causa*.

D. Dans quels cas en était-il ainsi?

R. Voici les principaux sous Justinien :

1° Si le maître néglige la libération à laquelle il est obligé, parce qu'il a acheté ou reçu l'esclave, par exemple, avec cette condition : *ut manumittatur*. L'époque de la libération varie suivant la clause.

2° S'il a prostitué la servante, vendue, donnée ou léguée, à la condition expresse ou tacite qu'elle serait respectée.

3° S'il a chassé ou abandonné un esclave grièvement malade, d'après un édit de Claude.

D. Qu'est-ce qu'il y avait de remarquable en ces divers cas?

R. 1° Le maître n'accorde pas la libération ;

2° Il n'y a emploi, à proprement parler, d'aucun mode d'affranchissement, si simple qu'il soit.

3° Le maître est exproprié ;

4° Il ne jouit pas même des droits de patronage, en échange, dans les cas que je cite; l'affranchi, qui l'est dans ces conditions, n'a point de patron.

D. Y a-t-il plusieurs espèces d'affranchis?

R. On peut diviser cette classe de personnes à plusieurs points de vue, les distinguer notamment, suivant le mode de leur affranchissement ou selon qu'ils ont un patron ou non. La division la plus importante est celle de la jouissance des droits civils.

D. Combien comporte-t-elle de classes?

R. Il faut encore distinguer plusieurs périodes historiques : 1° Avant Auguste, 2° De ce prince à Justinien, 3° Sous Justinien.

D. Combien donc de classes avant Auguste?

R. Deux : les affranchis de droit et ceux de fait; tous, du reste, en fait, jouissant également des droits de cité, leur vie durant.

D. A quelles conditions était-on affranchi de droit?

R. 1° Que le citoyen *manumissor* eût la propriété quiritaire de l'esclave,

2° Qu'il l'eût libéré par un mode public.

D. Pourquoi la propriété quiritaire?

R. Parce que c'est la seule propriété efficace, d'après le droit strict, et que l'affranchissement constitue une aliénation de propriété.

D. Pourquoi un mode public?

R. Parce que l'affranchissement est une vraie concession du droit de cité, qui ne peut émaner d'un simple particulier; or, la société intervenait à tous les modes solennels. Le peuple votait jadis les testaments, et, représenté par ses magistrats, il était censé participer également à la libération *censu* et *vindicta*.

D. Qui donc avait admis des affranchis de fait?

R. Le droit prétorien. Les Romains connaissaient une propriété utile, dite l'*in bonis*, et le préteur la regardait comme suffisante pour l'affranchissement aussi bien que pour toute autre aliénation. De même, quand on avait libéré son esclave par un mode privé, il ne permettait pas qu'on le reprît. Dès lors, demeuré en droit dans une condition servile, l'esclave vivait libre. Telle est nécessairement la condition, quant au droit civil, des esclaves affranchis par un pérégrin.

D. Alors quelle différence y a-t-il avec l'affranchi de droit?

R. C'est que le principe que toute acquisition d'un esclave est pour son maître, vu qu'il ne peut rien avoir à lui, était respecté par le préteur, dès que l'affranchi de fait n'avait pas d'intérêt contraire, c'est-à-dire à sa mort. Le patron survivant, ou ses enfants, recueillaient tous ses acquêts.

D. N'y avait-il pas un cas encore où les biens



acquis par l'affranchi de fait sont repris pour le compte du maître ?

R. Oui, c'est celui (Gaï. II, 155) où le maître, au contraire, prédécède, l'instituant héritier, ce qui l'affranchit itérativement *testamento*, par un mode solennel. Comme il est, en droit, censé libre seulement dès ce jour, les créanciers se paient sur ses acquêts, qui sont regardés comme l'avoir du testateur.

D. L'esclave était-il ainsi privé du droit civil ?

R. Oui, certes, puisqu'on ne pouvait pas toujours garder, et jamais transmettre à des héritiers les fruits de son industrie. De plus, esclave en droit, cet homme était privé du *suffragium*, des effets du *commercium*, du *connubium*, de la puissance paternelle, etc.

D. Quelles lois ont innové en cette matière ?

R. Les lois *Ælia Sentia* et *Junia Norbana*.

D. Quelle est leur date ?

R. La loi *Ælia Sentia* est d'Auguste (an 757); celle *Junia* est antérieure (an 671) ou postérieure (an 772).

D. Quel est votre avis sur ce point ?

R. Je la crois antérieure, puisqu'elle me paraît visée dans la loi *Ælia Sentia*, suivant le texte de Gaïus, qui doit dissiper une erreur invétérée.

D. Quelle est l'innovation de ces lois ?

R. On compte maintenant trois classes d'affranchis :

1<sup>o</sup> Ceux pour la libération de qui toutes les conditions ont été remplies et qui deviennent citoyens ;

2<sup>o</sup> Les latins juniens, à l'affranchissement desquels il en manque quelqu'une ;

3<sup>o</sup> Ceux qui sont indignes de la cité.

D. A quelles conditions est-on affranchi citoyen ?

R. Aux deux exigées avant Auguste, la loi *Ælia Sentia* en ajoute trois : 1<sup>o</sup> Que le maître ait plus de 20 ans ; 2<sup>o</sup> que l'esclave en ait plus de 30, et 3<sup>o</sup> ne soit pas indigne de la cité.

D. Les pérégrins latins ont le *commercium* et peuvent tenir leurs esclaves en propriété quiritaire, les feront-ils donc citoyens, en remplissant les autres conditions ?

R. Non. *Nemo potest dare quod non habet*, et ils n'ont pas le droit de cité.

D. D'où vient le nom des Latins juniens ?

R. De ce que leur condition est analogue à celle des *latini coloniarii*, et que cette assimilation a été faite par la loi Junia Norbana.

D. Quand est-on latin junien ?

R. Généralement, dans les cas où, avant Auguste, on eût été affranchi seulement d'après le droit prétorien (Gai. III, § 56) ; et, de plus, sauf un peu d'incertitude sur ce dernier point, quand manque la quatrième condition, ajoutée par la loi *Ælia Sentia*, relativement à l'âge de l'affranchi. En somme, on serait latin junien, quand on n'est pas légalement affranchi.

D. Dans quelle mesure jouit-on du droit civil ?

R. On n'a pas, dans cette condition, le *suffragium*, mais on a le *commercium*, et dans une certaine mesure la faction de testament qui s'ensuit. La faculté de se marier civilement peut être accordée ; on jouit alors de ses conséquences, *manus*, puissance paternelle, droits de tutelle et de succession.

D. Que deviennent les biens du latin défunt ?

R. Il n'y a pas de succession testamentaire ni légitime. Les biens qu'a recueillis le latin reviennent à son patron, comme propres. Ses engagements s'éteignent avec lui. On dit que le latin junien *vit libre* et *meurt esclave*.

D. Sa condition ne peut-elle s'améliorer ?

R. En effet. Indépendamment du *connubium*, les Latins peuvent, en parvenant au droit de cité, jouir de l'intégralité de ses attributs.

D. Comment y parviennent-ils ?

R. Par beaucoup de modes : par l'*iteratio*, l'er-



*roris probatio*, la *causæ probatio*, le mariage ou le *triplex enixus*, par un rescrit, le service militaire, etc.

D. Qu'est-ce que l'*iteratio*?

R. C'est un affranchissement itératif, exempt du vice qui se trouvait au premier; par exemple, il y a *iteratio*, si, le premier affranchissement péchant par la solennité, le patron institue le latin pour héritier.

D. L'*iteratio* émane-t-elle toujours du même auteur?

R. Non. D'abord ce peut être le successeur au droit de puissance dominicale, qui reste, en droit strict, aux mains du *manumissor*. En outre, quand l'esclave appartenait, en domaine bonitaire et quiritaire, à deux personnes différentes, si l'affranchissement a été imparfait à raison de ce qu'il émanait du *dominus bonitarius*, l'*iteratio* doit venir de l'autre maître.

D. Qu'est-ce que l'*erroris probatio*?

R. Comme je l'ai dit, c'est le bénéfice accordé à toutes les parties intéressées, dans un mariage putatif, de lui voir produire les effets du mariage civil valable. Quand un citoyen épouse une latine, qu'il croyait romaine, ou du moins pourvue du *connubium*, dès qu'il y a des fruits de cette union, on peut la faire légitimer par une déclaration du magistrat; ce qui rend citoyens ceux qui ne le sont pas, parmi les intéressés. Ce bénéfice est même accordé en certains cas où nulle des parties n'a le droit de cité; comme si une latine, affranchie, ayant le *connubium*, a épousé un pérégrin ou un latin, qu'elle croyait citoyen.

D. Qu'est-ce que la *causæ probatio*?

R. Quand le latin junien, ayant le *connubium*, a épousé une romaine, sans erreur, ou que n'ayant pas le *connubium*, il a pris pour compagne, non pour concubine, une femme libre quelconque, en établissant son intention par témoins, il peut faire légitimer ce mariage, dès qu'il en a un enfant âgé d'un an, c'est-à-dire devenir citoyen, ainsi que sa femme, (si elle n'est pas romaine), et leur enfant, et acquérir sur celui-ci la puissance paternelle (Gai. I, §§ 28 et s.).

D. Comment le mariage romain et le *triplex enixus* donnent-ils la cité ?

R. Le mode précédent s'applique principalement à l'homme affranchi. Voici qui est propre à la femme. Si elle a le *connubium*, le citoyen qui l'épouse lui fait acquérir la cité. Hors de là, si, d'un commerce quelconque, elle a eu trois accouchements, on la lui donne aussi, comme prix de la fécondité ; parce qu'Auguste tendait à repeupler Rome.

D. Comment obtient-on encore la cité ?

1<sup>o</sup> En vertu d'un bienfait du prince, d'un rescrit ;

2<sup>o</sup> En servant dans les *vigiles Romæ*, six ans d'abord, ensuite seulement trois ;

3<sup>o</sup> Si l'on a construit un navire, qu'on a employé à l'approvisionnement de Rome en céréales, durant six années ;

4<sup>o</sup> Si l'on a construit une maison coûteuse, ouvert un moulin, une boulangerie.

D. Quelle est la troisième classe d'affranchis ?

R. Ceux indignes de la cité et que, sans avoir égard au mode de leur affranchissement, on ne gratifie que d'une liberté de fait. Ce sont les esclaves qui, pour des fautes graves durant leur servitude, ont été fouettés de verges, marqués au fer chaud, condamnés à mort ou ceux simplement qui ont fait métier d'amuser le peuple (*ars ludicra*).

D. Quelle est leur condition ?

R. Ils sont assimilés aux déditices, vaincus par Rome. Ils n'ont aucune concession du droit civil. La résidence de la capitale leur est interdite, avec une zone de cent milles ; à peine, en cas de rupture de bans, d'être vendus, avec tout leur avoir. Ils peuvent acquérir, utilement, en effet ; mais leurs biens sont, à leur mort, repris par l'auteur de leur liberté.

D. Le déditice peut-il parvenir à la cité ?

R. Non, en principe, à raison de son indignité. Si une romaine, qui l'a épousé, le croyant favorisé du *connubium*, veut légitimer son mariage, quand elle

en aura un enfant, par *l'erroris causæ probatio*, l'enfant deviendra citoyen, mais non son père. Il y a une exception : si son ancien maître, mourant insolvable, l'institue héritier, ses biens doivent, comme ceux du latin junien, désintéresser les créanciers héréditaires : mais il y gagnera le titre de citoyen.

D. Qu'étaient devenues ces classifications déjà avant Justinien ?

R. Reposant sur la distinction effacée du domaine quiritaire et bonitaire, sur des notions de cité bien modifiées, elles étaient tombées en oubli.

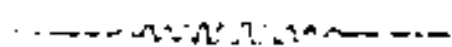
D. Qu'a fait l'empereur ?

R. Il les a légalement supprimées. Tout affranchi devient donc citoyen.



## TITRES VI & VII

Empêchements d'affranchir et (notamment)  
de la loi *Juria Caninia* abrogée.



### SECTION 1<sup>re</sup>. — *Empêchements fondés sur l'âge.*

D. Quelle est la principale loi qui restreint la liberté d'affranchir ?

R. La loi *Ælia Sentia*, dont nous connaissons quatre chefs et qui en avait peut-être plus encore.

D. Qu'exige-t-elle au sujet de l'âge ?

R. Elle défend que le maître, qui pouvait jadis affranchir dès qu'il avait la disposition de ses biens,



c'est-à-dire à douze ou quatorze ans (selon son sexe), libère nul esclave avant d'être majeur de vingt ans, et exige, en outre, que l'affranchi ait trente ans ?

D. Pourquoi ces conditions d'âge ?

R. De jeunes esclaves extorquaient la liberté en flattant ou servant les passions de leurs maîtres, jeunes aussi. Ceux-ci sont doublement préservés de la ruine par une sage loi.

D. Les deux conditions d'âge ont-elles la même portée ?

R. Non : la sanction n'en est pas identique. L'affranchissement par un mineur de 20 ans, au mépris de la loi, est toujours nul ; tandis que celui d'un mineur de trente ans le rend latin, soit dans tous les cas, soit tout au moins quand il a eu lieu *testamento*. Ce dernier point est obscur, (Ulpien I, § 12).

D. Les prohibitions sont-elles absolues ?

R. Non. Le maître peut affranchir hors de l'âge légal, s'il a des motifs plausibles, qu'il doit faire approuver par un conseil devant lequel, alors, l'affranchissement se fait *vindicta*.

D. Comment est composé ce conseil ?

R. A Rome, de cinq sénateurs et cinq chevaliers : en province, de 20 *recuperatores*.

D. Les sénateurs et chevaliers n'ont pas de plein droit la juridiction ; les récupérateurs ne sont que des juges, n'ayant pas compétence pour les actions de la loi. Comment peut-on donc affranchir *vindicta* devant le conseil ?

R. Cela est expliqué par Théophile, suivant qui les membres du conseil siègent avec le magistrat.

D. Quelles sont les principales causes admises ?

R. Elles se rattachent aux considérations suivantes. Le maître ou la maîtresse peut affranchir, à cause :

1<sup>o</sup> De la parenté, ses parents en ligne directe ou ses proches collatéraux ;

2<sup>o</sup> D'une espèce de parenté d'affection, issue de l'allaitement, ses nourrissons, sa nourrice et le mari de celle-ci, ses frères et sœurs de lait ;

3<sup>o</sup> De certains bienfaits, son précepteur, celui qui lui a sauvé la vie ou l'honneur;

4<sup>o</sup> D'un but louable et avantageux, celui qu'il veut prendre pour procureur ou mandataire, la femme serve dont il veut faire son épouse.

D. Pour ce dernier cas, n'y a-t-il pas une condition d'âge?

R. Oui. Il faut que le futur mandataire ait 17 ans; on n'était pas, auparavant, réputé comprendre sainement les affaires d'autrui ni admis à postuler en justice. Pour la femme, elle devait être pubère ou à moins de six mois de la puberté.

D. Pourquoi six mois?

R. Parce que le maître prend l'engagement, sous serment, de l'épouser dans un délai de six mois?

D. Et s'il ne l'accomplit pas?

R. A moins que ce soit par l'effet d'un empêchement légal, l'affranchissement est non avenue.

D. En était-il de même si d'autres motifs allégués se trouvaient inexacts?

R. Non. Dans tous les autres cas, la liberté était irrévocable.

D. Une femme ne peut-elle demander à affranchir son esclave, pour l'épouser?

R. Non, en général, à raison de l'infériorité de la condition des affranchis. On ne le comprenait que si la demanderesse elle-même sortait de servitude.

D. Celui qui ne peut procréer peut-il demander l'affranchissement *matrimonii causa*?

R. Oui, s'il est simplement impuissant; mais non, s'il s'agit d'un castrat, parce que le premier peut se marier et non l'autre.

D. Comment peut-on avoir ses frères et parents en son pouvoir? Les esclaves n'ont pas de mariage!

R. Il s'agit de la parenté naturelle et voici des hypothèses montrant que cela peut fréquemment se rencontrer. 1<sup>o</sup> Un esclave est institué héritier par son maître; dès lors, il a en son pouvoir tous les



membres vernes, au moins, de sa famille servile; 2<sup>o</sup> Un homme a eu, d'abord, des enfants naturels, portés par sa servante, ou par quelque autre esclave, mais acquis par lui, de plus, un fils légitime qui lui succède; celui-ci possède ses frères et sœurs, et parfois sa mère; 3<sup>o</sup> Enfin, quiconque a des parents naturels dans la servitude peut être porté à les acheter, précisément en vue de les en libérer.

D. N'y a-t-il pas une autre exception aux conditions d'âge, et valable de plein droit?

R. Oui, l'insolvable, pour sauver son honneur, peut instituer et affranchir ainsi *testamento* un esclave même mineur de trente ans; mais l'exception n'est pas accordée au maître mineur lui-même. Dans ce cas, cessent, en effet, toutes les prohibitions de cette loi.

D. N'était-il donc pas permis de conférer l'affranchissement testamentaire avant l'âge de 20 ans?

R. Oui, jadis à la puberté; mais non, à partir de la loi *Ælia Sentia*, sauf l'exception signalée.

D. Quelle est la disposition de Justinien ici?

R. Estimant avec raison que la liberté testamentaire était une prime peu propre à séduire les esclaves fripons, et qu'il pouvait écarter sans danger sur ce point la loi *Ælia Sentia*, l'empereur décide que le maître mineur de vingt ans peut affranchir; mais non cependant avant 17 ans révolus, pour ne pas dépouiller étourdiment sa succession.

D. N'y eut-il pas une réforme ultérieure?

R. Oui, cette restriction est supprimée dans les *Novelles*, où Justinien, ramenant au droit commun les affranchissements testamentaires, aussi bien que ceux entre-vifs, supprime entièrement le deuxième chef de la loi *Ælia Sentia*.

---

SECTION 2<sup>e</sup>. — *Affranchissements frauduleux.*

D. Quel était le troisième chef de la loi ?

R. Celui qui prohibait les affranchissements faits en fraude des créanciers par un maître débiteur, ou en fraude de son patron, par un maître affranchi.

D. Comment, en affranchissant des esclaves, le maître frustre-t-il ses créanciers ?

R. C'est comme s'il brûlait sa maison ou empoisonnait son bétail ; il détruit des valeurs qui forment un gage. De même l'affranchi gaspille ainsi la succession qui est réservée à son patron, pour partie.

D. Cela est-il propre aux citoyens ?

R. Non. Cette disposition étant d'équité, on l'avait étendue aux affranchissements faits par les pérégrins et non les autres chefs de la loi *Ælia Sentia*.

D. Dans quel cas l'affranchissement tombe-t-il sous le coup de la loi ?

R. Ce fut une question longtemps controversée. Gaius admettait qu'il suffît que les créanciers soient frustrés, pour obtenir de vendre les affranchis comme demeurés esclaves. Justinien proclame la fin de cette querelle, qui s'est relevée sur certains points de droit français. (Not. art. 788 et 1053, C. C.) Deux conditions sont nécessaires pour qu'on reconnaisse la fraude.

D. Quelles sont-elles ?

R. Le *consilium fraudis* et l'*eventus damni* ; c'est-à-dire que le *manumissor* ait en vue de rendre son patrimoine insuffisant et qu'il y réussisse. Un riche négociant, en l'honneur de son mariage, affranchit cent esclaves, et apprend le lendemain qu'il est ruiné. Les affranchissements sont valables. Un trafiquant obéré fait la même prodigalité, et le lendemain il est enrichi par le retour inopiné d'une cargaison qu'il croyait perdue. Les affranchissements ici encore sont

valables. Au premier cas, il manquait le *consilium fraudis* ; au second, l'*eventus damni*.

D. Quel est l'effet des deux conditions réunies ?

R. C'est que le débiteur a fait un affranchissement radicalement nul : *nihil agit*.

D. Pourquoi dites-vous *radicalement nul* ?

R. Il faut savoir qu'on reconnaît deux espèces de nullité : celle absolue et celle relative. Elles se distinguent notamment en ceci, que la première existe par elle-même, de plein droit ; que la seconde a besoin d'être demandée au juge, prononcée par lui. Celle de l'affranchissement est de la première espèce.

D. En dehors de la loi *Ælia Sentia*, avant qu'elle fût portée, les créanciers n'avaient-ils pas une action pour faire annuler les affranchissements frauduleux ?

R. Vous voulez parler de l'action paulienne, qui leur permettait d'attaquer tous les actes par lesquels le débiteur frustre dolosivement leurs droits ; de même de l'action calvisienne pour le patron.

D. Quel besoin y avait-il donc de la loi ?

R. C'est qu'il est douteux que l'action paulienne, dit-on communément, s'appliquât à ce cas et qu'on pût regarder la liberté comme un don révocable.

D. Que pensez-vous de ces motifs ?

R. Je ne pense pas que le premier soit fondé. L'action paulienne, dit-on, s'applique exclusivement aux aliénations ; or, l'affranchissement n'en est pas une, à proprement parler. Mais cette appréciation n'est vraie que de l'action paulienne réelle ; il y en a une autre, personnelle, qui s'applique à tous actes frauduleux, et l'action calvisienne est de même.

D. Quel est l'avantage de la loi *Ælia Sentia* ?

R. C'est celui, assez secondaire, (pour lequel on n'eût pas fait la loi à dessein), d'épargner la fiction d'un affranchissement conditionnel, la liberté une fois conférée, en le déclarant non existant.

D. N'y avait-il pas à cette loi une dérogation peu en rapport avec son principe ?



R. Oui. C'est que la nullité ne peut plus être proposée après un laps de dix ans; ce qui semble convenir à une nullité, non absolue, mais relative; celles relatives se couvrant seules par le laps de temps. Mais cela fut admis bien postérieurement.

D. N'y eut-il pas une autre exception admise?

R. Oui, quand l'insolvable affranchit *testamento*, en instituant un esclave héritier.

D. Était-ce là une véritable exception?

R. Non, au point de vue des éléments dans lesquels Justinien fait consister la fraude. En instituant son esclave, ce qui cause une perte à ses créanciers, le défunt n'a point eu en vue de les frustrer.

D. Quelle était donc sa pensée?

R. Il y avait chez les Romains, très-soigneux de leur honneur, même de celui de leur mémoire, une procédure infamante, dite la *bonorum venditio*; on la poursuivait notamment contre l'insolvable qui ne trouvait pas de successeurs. L'esclave institué était héritier nécessaire, c'est-à-dire propriétaire forcé de la succession dont personne ne se fût chargé spontanément. La *bonorum venditio* se faisait contre lui, puisqu'il avait les biens, et c'est lui qui en endossait le déshonneur. La loi *Ælia Sentia* consacrait l'exception, pour favoriser un scrupule jugé louable et, parce que, dans les idées romaines, il eût été trop cruel, vis-à-vis d'un débiteur, de faire passer ici l'intérêt de son honneur après celui de ses créanciers.

D. Quelle est l'étendue de l'exception?

R. L'exception ne saurait aller au-delà de son but, et tous les affranchissements sont nuls, qui n'y aboutissent pas directement. Ainsi :

1<sup>o</sup> Si deux esclaves, ou plus, sont affranchis par l'insolvable, le premier inscrit reçoit seul la liberté;

2<sup>o</sup> Si l'on a institué en même temps un homme libre et un esclave, et que, par un rare dévouement, l'ami accepte la succession obérée, l'affranchissement est comme non écrit :

3<sup>o</sup> De même, si l'homme libre a été substitué, c'est-à-dire appelé seulement au défaut de l'esclave et qu'il se déclare prêt à accepter, c'est lui qui recueille, et l'esclave reste dans sa condition, bien qu'il soit élémentaire que l'institué passe avant le substitué.

SECTION 3<sup>e</sup>. — *De la loi Furia Caninia.*

D. Qu'est-ce que cette disposition ?

R. Une loi sur les affranchissements testamentaires, rendue en 761 et composée de deux chefs.

D. Quel est le premier ?

R. L'affranchissement testamentaire n'appauvrissant pas le maître d'esclaves et un sentiment de vanité le portant à faire marcher à son convoi funéraire un grand nombre de gens coiffés du bonnet phrygien, il en résultait un gaspillage de valeurs considérables en esclaves, dans les hérédités, et une intrusion de la cité par les affranchis. C'est pour mettre un terme à cet abus, qu'Auguste fit porter la loi Furia Caninia, dont le premier chef restreignait la faculté d'affranchir par testament.

D. Quelle était la mesure de cette restriction ?

R. Elle commençait à trois esclaves, sur lesquels on pouvait en affranchir deux. De quatre à dix, on pouvait en affranchir la moitié ; de dix à trente, le tiers, cinq au moins, et ainsi de suite. Cent était, enfin, le *maximum*.

D. Comment appliquait-on la loi ?

R. Si le défunt avait dépassé le nombre déterminé, on respectait les affranchissements dans la limite de ce nombre, en faveur des premiers inscrits.

D. De quelle supercherie s'avisa-t-on pour déjouer cette sanction ?

R. D'écrire en cercle les noms des affranchis, de



façon qu'il n'y eût ni premiers, ni derniers ; mais la jurisprudence décida qu'en ce cas il n'y aurait pas d'affranchissement valable.

D. Quelle était la seconde disposition de la loi ?

R. Celle ordonnant que la personne des affranchis *testamento* fût déterminée avec précision par l'indication du nom, de l'emploi ou de quelque référence telle. « J'affranchis les quatre esclaves qui porteront mon corps, » est une disposition nulle.

D. Qu'est devenue la loi Furia Caninia ?

R. Elle a été entièrement abrogée par Justinien dans une constitution, confirmée aux Instituts, ici même (*Adde*, II, XX, § 25 et 27).



#### SECTION 4<sup>e</sup> — *Des autres empêchements à la manumission.*

D. Résumez les divers empêchements établis par la loi *Ælia Sentia* ?

R. 1<sup>o</sup> Nullité de l'affranchissement frauduleux ;  
2<sup>o</sup> De celui fait par un mineur de vingt ans ;  
3<sup>o</sup> Nullité, ou tout au moins effet restreint de l'affranchissement d'un esclave mineur de trente ans.

D. Pourquoi cette loi s'appliquait-elle aux pérégrins, seulement de son premier chef ?

R. Parce que les motifs de la loi *Ælia Sentia* ne se rencontraient pas dans leur rapport : 1<sup>o</sup> On avait voulu empêcher les citoyens de s'appauvrir et on ne manifestait pas le même intérêt aux pérégrins ; 2 on voulait prévenir que la cité fût prodiguée à des esclaves indignes ; or, les maîtres qui n'en jouissaient pas, qui n'avaient point le domaine quiritaire sur les esclaves, ne pouvaient la leur conférer.

D. N'y a-t-il pas d'autres empêchements encore ?

R. Oui. On peut les diviser en deux classes,

selon qu'ils tiennent à la personne du maître ou à celle de l'esclave.

D. Citez ceux tenant à la personne du maître.

R. 1° Un homme sous le coup d'une accusation capitale ne peut plus affranchir ;

2° De même la femme, en cas de divorce (sauf par consentement mutuel), ne peut affranchir, durant les 60 jours qui suivent, à raison des soupçons d'adultère ;

3° Celle qui est sous le coup d'une accusation de ce genre ne peut, même avant la sentence, affranchir l'esclave qu'on y implique avec elle.

D. Quel est le motif de ces prohibitions ?

R. Dans les deux premiers cas, les esclaves peuvent être témoins ; il faut qu'on les interroge, à la torture ; or, on ne peut torturer d'hommes libres. Dans le dernier cas, c'est au châtiment qu'il ne faut pas soustraire l'esclave.

D. Et après la sentence, dans ce cas ?

R. S'il n'y a point de condamnation, nous rentrons dans le droit commun ; dans le cas contraire, il ne peut plus être question d'affranchissement. La femme, reconnue coupable, perd la disposition de ses biens ; si l'esclave est aussi condamné, c'est à mort.

D. Quels sont les empêchements d'affranchir tenant à la personne de l'esclave ?

R. 1° La clause *ne manumittatur*, insérée dans l'acte, vente, donation ou testament, qui constitue le titre de propriété ;

2° L'interdiction de liberté, prononcée par le magistrat, pour quelque délit ;

3° Celle résultant implicitement d'une condamnation à l'emprisonnement temporaire, (*temporaria vincula*), pour la durée de la peine ;

4° L'esclave convaincu du délit de séquestration (*plagium*), ne peut être libéré durant dix ans ;

5° Le déditice en rupture de bans est vendu avec la condition *ne manumittatur* ;

6<sup>o</sup> Celui qui n'a que l'*in bonis* sur un esclave, soit au moment de son décès, soit au jour où il fait son testament, ne peut l'affranchir (sauf l'exécution prétorienne au dernier cas), parce qu'il faut, en droit strict, avoir la propriété quiritaire aux deux époques.



## TITRE VIII

Personnes *sui* ou *alieni juris*. (Puissance  
dominicale.)



### SECTION 1<sup>re</sup>. — *De la famille.*

D. Donnez-moi une autre division des personnes, générale comme celle que nous venons d'épuiser.

R. La division en personnes libres et esclaves est prise du point de vue de leur situation dans l'Etat; celle en citoyens et pérégrins, au point de vue de la cité; à l'égard de leur situation dans la famille, on peut les diviser en personnes *sui juris* et personnes *alieni juris*.

D. Qu'est-ce que la famille ?

R. L'ensemble des personnes, vivant sous un chef commun; une société, formant l'élément de l'état.

D. Le mot n'a-t-il pas d'autre sens ?

R. Oui, deux autres dérivés de celui-ci : 1<sup>o</sup> la famille, composée de tous les êtres dépendants, qu'ils soient intelligents ou non, animés ou non ; c'est la



famille au point de vue du chef, le patrimoine ; 2° en envisageant seulement les personnes, la famille est l'ensemble de celles qui, dépendantes ou non, ont eu un auteur commun.

D. Quelle peut donc être la situation des personnes, au point de vue de la famille ?

R. Elles y sont maîtresses ou dépendantes, s'appartenant ou appartenant à un chef, vis-à-vis de qui leur personnalité est nulle ou amoindrie.

D. Comment nomme-t-on les personnes *sui juris* ?

R. *Patres* ou *matresfamilias*. Cela exprime qu'un individu, de tel ou tel sexe, est son maître, sans égard à la présence d'enfants ou à l'importance de son avoir.

D. Quels rapports existent entre le *paterfamilias* et les personnes dépendant de lui ?

R. Un rapport de puissance pour toutes, et, de plus, pour certaines, un rapport de parenté.

D. Quel est le rapport de puissance ?

R. Il y en a quatre espèces, au moins originai-  
rement : la *potestas dominica*, celle *patria*, la *manus*,  
le *mancipium*.

D. Quel est le rapport de parenté ?

R. Le lien, à la fois naturel et civil, qui unit le *paterfamilias* avec les personnes soumises à deux de ces pouvoirs, la *patria potestas* et la *manus*, et, de plus, ces personnes entre elles.

D. Comment nomme-t-on cette double parenté ?

R. Celle civile s'appelle agnation, terme exprimant que plusieurs sont nés près les uns des autres, c'est-à-dire, font nativement partie d'une même agrégation ; celle naturelle se nomme *cognition*, ce qui exprime que plusieurs personnes ont une origine commune.

D. Ces deux parentés vont-elles toujours ensemble ?

R. La cognition peut aller seule et n'a aucun

rapport avec la famille civile, organisée par la loi sous un chef; mais l'agnation emporte nécessairement la cognation.

D. Vous venez de dire cependant que ce lien existe entre le *paterfamilias* et des personnes issues *fictivement* de lui. Comment admettre que la parenté naturelle puisse dépendre d'une fiction?

R. Il en est cependant ainsi. Cette fiction imite les effets de la filiation à ce point, qu'on déclare parents par le sang ceux qui le sont seulement au point de vue légal. On ne peut être agnat ou parent civil, sans être cognat ou parent naturel.

---

## SECTION 2<sup>e</sup>. — *De la puissance dominicale.*

D. Qu'est-ce que la puissance dominicale?

R. Le pouvoir du maître sur l'esclave, ou de la maîtresse, car cette puissance compète également aux femmes.

D. Est-elle le privilège des citoyens?

R. Non, c'est une prérogative du droit des gens et elle compète aussi aux pérégrins; mais on a vu que diverses règles au sujet des affranchissements sont particulières aux citoyens.

D. Quelles sont les bases de ce pouvoir?

R. L'état de l'esclave et le droit de propriété.

D. Expliquez cela.

R. L'esclave, en principe, n'est pas une personne, mais une chose. Cela même est absolu pour son maître, dans le rapport de qui il n'a aucune personnalité. Celui-ci donc en est propriétaire, comme de ses bêtes de somme.

D. Qu'en résulte-t-il?

R. Qu'il a sur l'esclave les mêmes droits que sur toute autre chose de son patrimoine : *usus, fructus, abusus*.



D. Pourquoi cette formule ?

R. Elle désigne les trois attributs de la propriété : *uti, frui, abuti*.

D. Comment s'appliquent-ils à cet objet-là ?

R. 1<sup>o</sup> *Usus*, le maître peut employer les esclaves à son plaisir, à tout profit moral ou matériel, ne se chiffrant pas en revenus ;

2<sup>o</sup> *Fructus*, il peut aussi en retirer des fruits ou revenus, les louer pour leur industrie ; les enfants des servantes et toutes les acquisitions des esclaves, en général, sont pour lui ;

3<sup>o</sup> *Abusus*, il peut en faire un emploi qui ne se renouvelle pas, les vendre, donner, ou détruire.

D. Ces principes ont-ils subsisté ?

R. Ils ont reçu deux dérogations, introduites par l'usage, grâce à l'adoucissement des mœurs, et sanctionnées par les lois : l'une concernant les individus, l'autre relative aux biens.

D. Quelle est la première ?

R. Il fut défendu aux maîtres de tuer les esclaves, notamment de les livrer aux bêtes, par la loi *Petronia* (an. 814 de R.) Cette prohibition finit par être sanctionnée de la peine de l'homicide.

D. Que resta-t-il du droit de vie et de mort ?

R. Le simple droit de correction, qui se rattache à un principe d'autorité sur les personnes, plutôt que de propriété sur les choses. Ainsi, il est défendu de frapper les esclaves sans motif et outre mesure.

D. Quelle est la sanction ?

R. Comme les lois n'en portaient pas, l'autorité impériale la prononçait par voie de privilège. On peut citer le rescrit d'Adrien, dans l'espèce de la matrone *Umbricia*, qu'il frappa de rélévation. Plus tard, un rescrit, général, d'Antonin le pieux, rapporté aux *Instituts*, ajoute la sanction civile de l'expropriation. Le maître qui frappe brutalement ses esclaves, les affame ou les outrage d'une façon réprouvée par les mœurs est contraint, par le magistrat, de les vendre à un prix convenable.

D. Supposez qu'en une telle situation ce maître, par ressentiment contre l'esclave, ait stipulé une clause de rétrocession ou *ne manumittatur*.

R. Ces réserves sont non avenues.

D. Quelle est la dérogation relative aux biens ?

R. L'introduction du pécule servile.

D. Qu'est-ce qu'un pécule ?

R. *Pusilla pecunia*, une modeste quantité, un petit patrimoine à part de celui du maître, et qui, en fait, est possédé par l'esclave.

D. Pourquoi *en fait* ?

R. Parce que l'introduction dans les mœurs, du pécule servile, ne porta nulle atteinte au principe de la propriété du maître sur tout ce que stipule, reçoit ou occupe son esclave. Par humanité, généralement par spéculation, les Romains laissaient seulement leurs esclaves posséder, gérer et exploiter isolément ce qui fut à l'origine une modeste bourse de profits qu'ils réalisaient aux dépens de leur ventre, en vendant leurs aliments, ce qui devint souvent, plus tard, une véritable fortune, embrassant des immeubles, des capitaux, des valeurs commerciales, des esclaves même.

D. Comment comprendre cela ?

R. Grâce à la mollesse de ceux qui se faisaient servir et à l'activité des esclaves. Ceux-ci arrivaient souvent à pouvoir nourrir la maison, amender les terres et réparer les bâtiments, prêter enfin à leur maître. (*Inst.* IV, VII, § 4 et 5.)

D. Que devenait le pécule à la mort de l'esclave ?

R. Le maître, qui avait pu le lui retirer à chaque moment de son existence, s'en emparait alors par suite d'une application du droit de propriété : *jure peculii*.

D. Pourquoi pas par droit de succession ?

R. C'est que ce n'en était pas une. Notamment le maître n'était pas lié de plein droit par les engagements de l'esclave, comme l'eût été un héritier.

D. Alors, si c'est par droit de propriété, pourquoi en exprimer un autre ?

R. Parce que la possession de l'esclave, ses contrats, qui ne pouvaient engager les biens que le maître s'était réservés en propre, affectaient, au contraire, le pécule, à concurrence du montant duquel le maître devait accomplir les obligations contractées vis-à-vis des tiers.

---

### SECTION 3<sup>e</sup>. — *De la condition des esclaves.*

D. Quelle était la condition des esclaves?

R. Ils n'avaient aucune existence, en principe ; d'où suivaient ces conséquences au point de vue des divers ordres de lois :

1<sup>o</sup> D'après le droit public, ils ne pouvaient voter, être juges, magistrats, témoins dans les testaments.

2<sup>o</sup> D'après le droit criminel, celui qui les tuait n'était poursuivi que par la partie intéressée, comme le meurtrier d'un bœuf. Ils pouvaient être le sujet d'une action de vol, comme au cas de soustraction de toute autre chose mobilière. Nul outrage envers eux n'était réprimé, que celui qui pouvaitrejaillir sur leur maître : ils étaient réputés insusceptibles d'injure. Mais par la suite on ne put les tuer ou les injurier plus que les hommes libres ; sauf, pour l'injure, la latitude laissée au maître et l'estimation fort inférieure de leur *existimatio*. Quand l'esclave avait commis un délit, le maître pouvait l'abandonner *in noxam* à la partie plaignante.

3<sup>o</sup> Du droit civil, les esclaves reçoivent une certaine personnalité, qu'on pourrait appeler de reflet ; c'est-à-dire qu'ils remplissent un rôle, en agissant du chef de leur maître. C'est ainsi qu'ils peuvent posséder, administrer, contracter, diriger un commerce, un navire, recevoir des hérédités, dons et legs.

D. Quel est l'effet des contrats de l'esclave ?



R. L'effet actif est acquis au maître, qui devient créancier, mais non l'effet passif, d'après le droit civil. Le droit prétorien seul, dans des cas déterminés, à raison de l'équité, et notamment dans celui où il y a eu pécule constitué à l'esclave, admet que le maître soit tenu de ses engagements.

D. La condition servile est-elle une ?

R. Justinien le dit; mais peut-être n'est-ce pas exact, car on avait concédé la faction de testament active au *servus publicus* (Ulpien, XX, 16), ce qui comportait pour lui la propriété quiritaire, et par conséquent une certaine jouissance de la cité.

D. Y avait-il diverses espèces d'esclaves ?

R. Il n'y en eut qu'une seule jusqu'à l'Empire, où on reconnut des colons, dans une condition intermédiaire entre la liberté et la servitude, et distingués en *coloni tributarii*, *coloni liberi*.

D. Ne peut-on, en droit, classer les esclaves ?

R. Oui, quant à la puissance dominicale :

1° Les uns appartiennent aux particuliers, *res privatae*;

2° Les *servi pœnae*, qu'on répute possédés par le supplice;

3° L'esclave appartenant à l'Etat, à un municipe, à l'empereur, et remplissant une foule d'emplois publics subalternes, jugés indignes même des affranchis. Ces deux dernières classes se ressemblent, en ce que l'esclave n'y a pas de maître, à proprement parler; mais on comprend quelle différence de condition, en droit même, entre un homme voué au supplice, et le *servus publicus*, gardien d'une porte ou greffier du prétoire. Enfin, pour les *servi publici*, ai-je dit, le pécule devint une propriété.

D. Ne peut-on aussi, en fait, classer les esclaves des particuliers ?

R. 1° Par leur traitement; les uns servant en liberté, d'autres gardés à vue, ou enchaînés, ou envoyés au moulin pour tourner la roue à titre de peine;

2° Par leurs emplois, infiniment variés : jardiniers, comédiens, intendants, maîtres d'art, patrons de barques :

3° Par leur importance : dans la plupart de ces rôles, on distinguait les chefs (*servi ordinarii*), et les aides (*vicarii*). Ainsi le maître comédien, musicien, patron, cuisinier, avait sous ses ordres une troupe d'aides, qui souvent lui appartenaient, en fait, pour avoir été achetés des deniers pécuniaires.

D. Les esclaves pouvaient-ils se marier et avoir des enfants à eux ?

R. Ils avaient un mariage particulier, dit *contubernium*, et dépourvu de tout caractère ou sanction légale. La parenté qui en résultait n'était, à l'origine, aucunement prise en considération, pas plus que chez nous les liens des animaux domestiques. Mais bientôt on sentit les scandales du mariage légitime entre personnes ainsi unies et issues à la liberté, et on désigna la *cognatio servilis*, même l'alliance servile, comme un obstacle aux noces. Elle prit plus d'importance encore quand le christianisme, supprimant le concubinat, bénit sans distinction le mariage des citoyens romains et le *contubernium* des esclaves. Enfin, la *cognatio servilis* devient sous Justinien la source de droits de tutelle et de succession.

---



## TITRE IX

### De la puissance paternelle.

---

#### SECTION 1<sup>re</sup>. — *Origine et caractères.*

D. Qu'est-ce que la puissance paternelle ?

R. Le pouvoir qu'a le *paterfamilias* sur certains descendants entrant dans sa famille civile.

D. Quels sont ces descendants ?

R. Tous ceux qui naissent réellement ou fictivement du mariage d'un citoyen romain *sui juris*.

D. Pourquoi *réellement* ou *fictivement* ?

R. Parce que nous avons en notre puissance paternelle des personnes qui ne sont pas nées de nous, ou qui n'ont pas été procréées en mariage.

D. Quelle est la base de la puissance paternelle ?

R. La propriété, selon moi, et bien qu'on le conteste. C'est ce qu'indique la loi des Douze-Tables, et on ne peut expliquer autrement les caractères de la puissance paternelle ni ses divers modes de dissolution. Les mots le prouvent surabondamment. J'observe que le *paterfamilias* a un pouvoir qu'on a divisé en deux espèces, selon qu'il porte sur des gens serfs ou libres. Les mots *potestas* et *liberi* démontrent cette identité de puissance, dont la base doit être la même évidemment pour tous les assujettis.

D. Cette puissance est-elle du droit des gens ?

R. C'est-à-dire qu'il y en a deux espèces : une qui compète à tous les hommes et qui est du droit des gens primaire ; une autre de droit civil, propre aux Romains et qui a des effets bien plus étendus.

D. Quels sont les caractères de la première ?

R. 1° Elle se rencontre chez tous les peuples ;

2° Elle appartient aux deux auteurs ;

3° Et ne comporte que les pouvoirs de correction nécessaires à l'éducation des enfants ;

4° Elle expire quand ils forment une nouvelle famille. C'est la puissance admise dans la loi française. (C. C., art. 372, 373.)

D. A qui la puissance paternelle du droit civil ?

R. Aux citoyens seuls, et même elle ne découle pas nécessairement, sur les enfants déjà nés, de l'octroi du droit de cité à leur *parens*. Elle compète au père, à l'aïeul ou au bisaïeul, jamais aux femmes.

D. Comment nomme-t-on celui qui l'exerce ?

R. *Paterfamilias* ou *parens*.

D. Quels descendants s'y trouvent soumis ?

R. Tous ceux du premier degré d'abord, puis ceux des degrés ultérieurs dont l'auteur mâle était compris dans la famille à leur conception.

D. Pourquoi dites-vous l'auteur mâle ?

R. Parce que la fille, la petite-fille, ne pouvant épouser quelqu'un de sa *familia*, porte ses enfants dans une autre maison, celle du gendre.

D. Pourquoi dites-vous : *restait dans la famille* ?

R. Parce qu'il en pourrait sortir, par suite de certaines causes et qu'il devient, en général, alors, la souche d'une nouvelle maison, dans laquelle ses descendants entrent, d'après les mêmes règles.

D. Pourquoi *au temps de la conception* ?

R. Parce que la condition de l'enfant étant fixée, à cette époque, d'après celle de son père, il importe peu qu'il en change ensuite.

D. Quelles sont les sources de cette puissance ?

R. Il y en a quatre : les justes noces, la légitimation, l'adoption, l'assignation d'enfant.

SECTION 2<sup>e</sup>. — *Effets de la puissance paternelle.*

D. Quels sont les effets de cette puissance ?

R. Ceux de la propriété, en principe et semblables aux effets de la puissance dominicale ; mais les attributs de la puissance paternelle ont été plus tôt et plus profondément mitigés.

D. La puissance paternelle produit-elle des effets dans le droit public ?

R. On ne le pense pas. Il est certain, notamment, que les fils de famille avaient des droits politiques et pouvaient être appelés aux magistratures. Du reste, quand ils parvenaient aux plus importantes, leur père ou aïeul avait coutume de les libérer spontanément.

D. Quels effets produit-elle en droit civil ?

R. Les uns sont relatifs aux personnes des fils de famille, les autres aux biens.

D. Enumérez ceux concernant les personnes.

R. Ils se rattachent à la faculté de disposer des fils et filles de famille, et elle reçoit les applications suivantes : Droits 1<sup>o</sup> d'exposer et donner l'enfant, 2<sup>o</sup> de le vendre, 3<sup>o</sup> de le léguer, 4<sup>o</sup> de l'abandonner *in noxam*, 5<sup>o</sup> de le détruire, 6<sup>o</sup> de gouverner sa personne, 7<sup>o</sup> de l'émanciper ou mettre en adoption, *in manu*.

D. Comment peut-on résumer ces droits ?

R. Le *parens* peut ravir à son descendant en puissance la vie ou l'état civil : liberté, cité, famille.

D. Qu'est-ce que le droit d'exposer et donner ?

R. La faculté d'abandonner les enfants en bas âge, arbitrairement, mais généralement parce qu'ils sont à charge ou d'un sexe odieux. Cet usage a succombé devant le christianisme.

D. En quoi la donation diffère-t-elle de l'exposition ?



R. En ce qu'elle était faite à personne déterminée, avec un mode translatif de propriété et que l'enfant donné appartient aussitôt au donataire, au lieu de devenir *res nullius*.

D. Vous parlez du droit de léguer; il n'est pas reconnu.

R. Je l'attribue à ce qu'il se serait perdu de bonne heure; mais il me semble avoir nécessairement existé. Du reste, le fils de famille devient assez communément *sui juris* par la mort du *parens*, et la disposition testamentaire qu'en faisait celui-ci s'est confondue aisément avec l'adrogation, qui se consomme par la même solennité, à l'origine.

D. Comment se fait la vente des fils de famille?

R. Par la mancipation, comme pour les esclaves.

D. Quelle était alors leur condition?

R. Ils étaient soumis, chez l'acheteur, à une puissance spéciale, *in mancipio*, assimilés aux esclaves, mais plus facilement susceptibles de la liberté.

D. Que devenaient-ils, à l'affranchissement?

R. Il faut, pour résoudre cette question, tenir compte du sexe, du degré de la personne affranchie et du nombre de fois qu'elle l'avait été. Il y a une classe de descendants, qu'on peut appeler privilégiés, dont l'attache au père de famille est plus étroite; ce sont ceux qui ont vis-à-vis de lui l'identité de sexe et la proximité de degré, savoir les fils. Ceux-là ne sortaient de puissance, définitivement, d'après la loi des Douze-Tables, que par la troisième vente. Pour les autres, c'est-à-dire les filles et les descendants du 2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> degré, la première vente dissolvait entièrement la puissance paternelle et le premier affranchissement les laissait *sui juris*.

D. Quand usait-on du droit de vente?

R. Particulièrement pour se débarrasser d'enfants onéreux, pour se procurer des ressources, pour donner des gages à son créancier, ce que proscrivit une constitution.

D. Que devint le droit de vente?

R. Il fut condamné, notamment par Constantin.

D. N'en subsista-t-il pas une application?

R. Oui, dans un cas auquel le restreint cet empereur et où Justinien l'a conservé : à l'égard des enfants sortant du sein de la mère.

D. A quelles conditions et dans quel esprit ce droit est-il concédé?

R. Il faut que le père soit hors d'état d'élever le nouveau-né et qu'il le vende *adhuc sanguinolentus*. Il est probable, dès lors, qu'inspiré par l'humanité, Constantin n'a maintenu, pour rendre hommage aux anciens principes, qu'un attribut illusoire de la puissance paternelle, car il devait être fort malaisé de vendre comme esclave un petit être pour longtemps inutile et coûteux.

D. Parlez du droit de vie et de mort.

R. Ce droit atroce subsista, absolu d'abord vis-à-vis des fils de famille, comme des esclaves, et la loi des Douze-Tables ordonnait de tuer l'enfant difforme. Ensuite, on ne l'exerça plus qu'au cas de fautes graves. Mais encore peut-on remarquer que la loi Pompeia, qui réprimait, sous le nom de parricide, le meurtre des proches parents, ne comprenait pas celui des fils par leur *parens*; Constantin l'a réformée.

D. Comment se perdit le droit de vie et de mort?

R. D'après une constitution d'Alexandre Sévère, le père peut corriger lui-même son fils, pour ses fautes; s'il s'agit de crime, il doit le livrer au magistrat, qui prononcera la peine dictée par le *parens*. On comprend que c'était là une disposition transitoire, et bientôt les pères perdirent ce droit de lier le juge criminel; il ne leur resta que celui de correction. Ce droit, dans la loi française, s'exerce ainsi quelquefois avec l'entremise du magistrat, réglée par l'appréciation du père (C. C., art. 375 et suiv.).

D. Qu'est-ce que l'abandon noxal?

R. Quand on était poursuivi pour un délit com-



mis par quelqu'un de sa maison, il était permis, en vue d'échapper à la condamnation, d'abandonner le coupable en propriété à la partie plaignante.

D. Que devint ce droit ?

R. Il fut réprouvé d'abord par les mœurs pour les filles, que la condition servile eût exposées au déshonneur. Il en était déjà ainsi au temps de Gaius. L'abandon tomba en désuétude, par la suite, même pour les fils, et Justinien l'abolit légalement.

D. Qu'est-ce que le droit de gouvernement ?

R. Les effets en étaient nombreux :

1<sup>o</sup> La résidence et l'éducation du fils de famille étaient déterminées par le *parens* ;

2<sup>o</sup> Il ne pouvait se marier, ni faire aucun contrat important, sans son aveu ;

3<sup>o</sup> Le *parens* pouvait rompre le mariage des enfants ;

4<sup>o</sup> Contre leur gré, il pouvait marier les filles.

D. Qu'est-ce que le droit d'émanciper ?

R. Le *parens* pouvait dissoudre arbitrairement sa puissance sur les fils et filles, en les rendant *sui juris*, ou les donnant en adoption. Ce droit fut encore atténué, en ce que l'émancipation et l'adoption ne purent être imposées aux enfants.

D. Parlez des effets relatifs aux biens.

R. Ce sont : 1<sup>o</sup> l'identité de personne ; 2<sup>o</sup> l'exercice des actions ; 3<sup>o</sup> la substitution pupillaire.

D. Qu'entendez-vous par l'identité de personne ?

R. Que les fils placés dans la famille n'ont aucune personnalité quant à ses membres ; d'où suit qu'il ne peut intervenir de contrat, d'obligation, d'acquisition, du fils au père ou réciproquement ; ni entre les fils et les esclaves ; ni, parmi les fils, de l'un à l'autre. Tout ce que reçoit, stipule ou occupe un fils de famille, revient au *paterfamilias*.

D. Qu'est-ce que l'exercice des actions ?

R. Ce principe de l'acquisition par des fils de famille reçut des restrictions importantes par l'intro-

duction des pécules, qui sont, pour eux, de diverses espèces, dans quelques-unes desquelles le fils de famille, même en droit, devient propriétaire ou créancier. C'est en son nom, dès lors, que doivent être formées les actions pour la sanction de ces droits réels ou personnels ; mais c'est le *parens* qui les intente.

D. Qu'est-ce que la substitution pupillaire ?

R. La faculté de faire, en certains cas, un testament pour la transmission des biens des personnes en puissance paternelle.

D. Comment le *parens* peut-il faire perdre aux fils de famille les attributs de l'état civil ?

R. 1<sup>o</sup> La liberté en les mettant sérieusement *in mancipio* ; 2<sup>o</sup> la cité, en les faisant naturaliser dans une ville, qui ne jouisse pas du droit romain ; 3<sup>o</sup> la famille, en les émancipant ou constituant en adoption.

D. Quelle différence y a-t-il, à l'origine, entre les puissances paternelle et dominicale ?

R. Aucune, sans doute, quant aux effets.

D. Quelles différences y a-t-il, sous Justinien ?

R. 1<sup>o</sup> On peut léguer les esclaves, les exposer, les donner, mais non les fils de famille ;

2<sup>o</sup> On peut vendre librement les esclaves ; et les fils de famille, en un cas seulement :

3<sup>o</sup> L'abandon noxal, supprimé pour ceux-ci, reste maintenu pour les premiers ;

4<sup>o</sup> Les acquisitions de l'esclave sont toutes pour le *paterfamilias*, tandis que le pécule est souvent propre au fils de famille ;

5<sup>o</sup> La puissance paternelle se dissout par un plus grand nombre de causes que celle dominicale ;

6<sup>o</sup> Elle comporte pour le testateur des dispositions sur la tutelle et les biens des descendants en puissance directe, qui sont sans application aux esclaves.



## TITRE X

### Du mariage.

— 237 —

#### SECTION 1<sup>re</sup>. — *Diverses espèces d'unions et comment elles s'établissent.*

D. N'y a-t-il pas diverses espèces d'unions ?

R. Oui. On les désigne sous le nom générique de *matrimonium*, mais on distingue ensuite le *matrimonium justum* ; celui du droit des gens, le concubinat, une union infime, celle des esclaves, dite *contubernium*, enfin le *stuprum*, ou union contraire aux mœurs.

D. Qu'est-ce que le mariage du droit des gens ?

R. Celui par lequel s'unissent, d'après les lois d'un peuple étranger, deux pérégrins, ou un pérégrin avec une citoyenne, qui perd la cité en suivant son mari. On le considère comme une union de fait.

D. Qu'est-ce que le *justum matrimonium* ?

R. Le mariage légal, parfait, des Romains.

D. Qu'est-ce que le concubinat ?

R. Le mariage du droit des gens mis à la portée des citoyens ; c'est-à-dire une union de fait acceptée par la loi, sans qu'elle la consacre entièrement.

D. Définissez le *justum matrimonium*.

R. L'union perpétuelle qu'un homme et une femme pubères, ayant le *connubium*, contractent entre eux pour partager l'existence l'un de l'autre.

D. Quels éléments essentiels en ressortent ?

R. Il y en a trois : la puberté, le consentement, le *connubium*.



D. Qu'est-ce que la puberté ?

R. Un certain âge, au-dessous duquel les futurs époux seraient incapables de l'assistance mutuelle et de la procréation, qui sont les deux fins du mariage.

D. A quoi reconnaissait-on la puberté ?

R. Jadis à ses indices matériels. L'époque de cette puberté de fait variait d'un individu à l'autre. Plus tard, on tient la puberté de droit, présumée d'après l'âge, et uniforme. C'est quatorze ans pour les hommes et douze pour les filles, quant auxquelles ce système a été admis en premier lieu.

D. Quel consentement exige le mariage ?

R. Celui des époux, en général, et celui des personnes de qui ils dépendent.

D. Pourquoi dites-vous en général ?

R. Parce que la fille de famille peut être, pendant une longue période, mariée sans son consentement, ce qui n'est pas admis chez nous. (C. C., art. 75.)

D. De qui est requis le consentement, en dehors des époux ?

R. Il faut distinguer entre le droit nouveau et l'ancien, où l'on n'avait égard qu'à la puissance paternelle, de première ou de seconde main.

D. De quels ascendants l'ancien droit exige-t-il le consentement ?

R. De celui qui a sur vous la puissance et de celui à qui on peut donner des héritiers siens, en créant en mariage.

D. Que résulte-t-il de ce principe ?

R. 1<sup>o</sup> Les futurs époux n'ont jamais besoin du consentement de leur mère et de leurs aïeules ;

2<sup>o</sup> Libérés de la puissance paternelle, ils n'ont besoin d'aucun ;

3<sup>o</sup> Quand ils sont en puissance médiate, par exemple, de leur aïeul, ils doivent obtenir aussi le consentement de leur père, du moins quant au futur.

D. Pourquoi cela ?

R. *Ne invito suis heres agnascatur* ; parce que,

sauf le cas d'émancipation et autres semblables, au décès de l'aïeul, celui qui va convoler doit retomber, avec ses futurs enfants, sous la puissance de son père, dans la famille duquel nul ne saurait entrer sans son aveu. D'où suit que cette nécessité s'applique au petit-fils seul, non à la petite-fille.

D. N'y a-t-il pas des cas où il est fait remise du consentement du *paterfamilias* ?

R. Oui, dans trois cas : celui de démence du *paterfamilias*, celui d'absence (pourvu qu'elle dure depuis trois ans), enfin, d'après Auguste, quand il refuse sans motifs.

D. N'y a-t-il pas de distinction à faire, au cas d'absence ?

R. Oui, on distinguait jadis le sexe, et les femmes seules se passaient du consentement.

D. Mais l'autorité était plus absolue sur elles !

R. Le motif de cette anomalie gît dans la règle *ne invito*, etc. Le mariage de la fille, propre à déplaire à l'absent, qui pouvait le rompre arbitrairement à son retour, n'avait que de minimes inconvénients. Celui du fils, en cas du prédécès de l'époux, devait donner des héritiers siens présomptifs au *paterfamilias* absent. Justinien supprime cette distinction.

D. La femme affranchie n'est-elle pas assujettie à un consentement spécial ?

R. Oui, celui de son patron, parce qu'elle ne peut avoir d'ascendant dont elle dépende, sauf par l'adoption. C'est indirectement et en qualité de tuteur que le patron doit consentir ; mais il peut sauvegarder ainsi son droit de réserve, en prévenant la procréation d'enfants qui lui seraient préférés dans la succession de l'affranchie.

D. Quelles sont les dispositions du droit nouveau, quant au consentement des ascendants ?

R. Une constitution décide, quant aux filles seulement et sans acception de puissance, qu'à moins d'être majeures de 25 ans, elles ne peuvent se marier



sans l'autorisation des parents; du père, et, en cas d'empêchement, de la mère et des proches.

D. Quel rapprochement peut-on faire, à l'occasion de cette loi d'Honorius et Théodose?

R. C'est que les enfants, chez nous, s'ils n'ont dépassé 25 ans pour l'homme, et 21 pour la femme, ne peuvent se marier sans l'autorisation de leurs ascendants. (C. C., 148 et suiv.)

D. Les consentements exigés ne peuvent-ils intervenir après coup?

R. Oui, en ce sens que le mariage subsiste à partir du moment où ils sont tous réunis. En droit français, cette confirmation du mariage nul n'est pas possible; il faut procéder à la célébration régulière.

D. Qu'est-ce que le *connubium*?

R. La capacité pour contracter les justes noces, et avec telle personne déterminée.

D. Le mot ne se prend-il pas en deux sens?

R. Oui, l'un absolu et l'autre relatif, comme le montrent les deux termes de ma définition.

D. Qui a le *connubium*?

R. Nous avons vu que c'est un attribut du droit de cité, que l'on concédait individuellement aussi aux pérégrins, surtout aux Latins.

D. Comment s'établit l'union des sexes?

R. En dehors du *contubernium*, où l'on n'a égard qu'au fait matériel, toutes les espèces de *matrimonium* se consomment par la remise de la femme à la disposition de l'homme.

D. N'y a-t-il donc pas de preuve légale, de célébration?

R. On usait d'un rite religieux, appelé *confarreatio*, réservé aux familles patriciennes, et qui était une véritable célébration du mariage.

D. Mais hors de là?

R. Les rites religieux étaient étrangers à la loi, de même que les cérémonies civiles dont les mariages étaient accompagnés. Quelquefois on vendait l'épouse

par la *coemptio*. A la fin de la République, il était d'usage général de dresser un *instrumentum dotale*. En tout cas, les mœurs comportaient certaines démonstrations, la *deductio*, dans la maison du mari, de la femme, voilée (d'où le mot *nubere*); sa réception sur le seuil avec divers rites allégoriques. Toutes ces circonstances, comme chez nous, sans portée légale, fournissent cependant des présomptions sur l'existence et l'origine du mariage; mais il peut ne s'en rencontrer aucune.

D. La femme absente peut-elle convoler?

R. Non; elle pourrait envoyer son consentement *per nuntium*, mais non se prêter à la tradition.

D. Et le citoyen absent?

R. Oui, parce que la femme peut être conduite chez lui, et devient par là même son épouse.

D. Citez-moi d'autres exemples, confirmant cette thèse sur la formation du mariage.

R. 1<sup>o</sup> Si l'homme ainsi marié périt en traversant le Tibre, dans son retour à Rome, la femme prend le deuil d'épouse; de même, il est veuf, si la femme, *deducta*, meurt sans entrer au lit nuptial;

2<sup>o</sup> Une jeune fille, conduite à la maison de campagne de son futur, où elle habite un pavillon, jusqu'à sa réception solennelle, n'est pas épouse, bien que *deducta*, les accords s'opposant à l'union.

D. Qu'est-ce qui distingue l'épouse de la concubine, et, par là même, la formation du mariage de celle du concubinat?

R. L'intention. Des présomptions de fait se tirent, à cet égard, de la condition de la femme et du traitement qu'elle reçoit dans la maison. Si elle est prise pour compagne, associée à tous les actes de la vie, c'est une épouse. Parfois le mariage est prohibé dans son rapport, et cependant on peut vivre avec elle sans inceste; le concubinat est alors évident. Souvent c'est une femme de mauvaises mœurs, que nul ne voudrait épouser; il est alors très-présumable. Ces

doutes et ces interprétations existent encore en certaines législations de l'Europe ; mais chez nous le concubinat n'est pas admis ; la déclaration des époux détermine l'existence et le début du mariage.

D. Qu'est-ce que les fiançailles ?

R. Un contrat de droit privé, sous forme de stipulation, dans lequel deux personnes se promettaient de s'épouser.

D. A quelles conditions étaient-elles valables ?

R. 1° Que le mariage fût possible, sauf l'âge.

2° Que les parties eussent celui requis de droit commun pour les contrats, verbaux, savoir sept ans.

D. Quel était le sort, en cas de rupture, des présents qui, d'usage, accompagnaient les fiançailles ?

R. Suivant leur importance, et surtout l'intention des parties, ils constituaient des donations, *sponsalitia*, caduques à défaut de mariage, ou des arrhes perdues pour celle des parties qui se dédisait.

---

#### SECTION 2°. — *Empêchements au mariage.*

D. Quels sont les empêchements au *connubium* ?

R. Ils se rattachent à trois causes : l'inceste, les bonnes mœurs qui répugnent à l'image même de l'inceste, enfin certaines considérations d'ordre public.

D. Qu'est-ce que l'inceste ?

R. L'union entre parents d'un degré proche.

D. Entre quels degrés est-elle donc prohibée ?

R. Il faut distinguer la ligne directe et celle collatérale.

D. Parlez de la parenté en ligne directe.

R. Elle empêche le mariage à tous les degrés, à l'infini. Le père ne peut épouser sa fille, la mère son fils, les aïeuls leurs descendants et l'on dit proverbialement que, si Adam, exempt du péché, fût seul demeuré sur la terre, il n'y pourrait prendre une seconde épouse (C. C. 161).



D. Et en ligne collatérale ?

R. Il faut apprécier ici deux choses : la qualité de certains parents, la proximité des personnes.

D. Qu'entendez-vous par là ?

R. Certains parents, que pour ce motif on appelle *thii*, *thia* (en grec *θειος*, divin), sont plus vénérables, à raison de leur proximité de l'auteur commun. Ils lui touchent directement et sont ainsi *loco parentum*. Il y a empêchement, dès lors, à l'infini, comme en ligne directe. Ces parents sont les oncles et tantes, qui ne peuvent épouser leurs neveux, nièces, petits-neveux, petites-nièces, etc. (C. C. 163 et s.)

D. N'y a-t-il pas eu une dérogation à cette règle ?

R. Oui ; celle qu'introduisit, en faveur d'Agrippine, le sénat servile de Claude et qui subsista jusqu'aux fils de Constantin. L'oncle pouvait ainsi épouser sa nièce, de frère, mais non de sœur ; ni la tante son neveu, de l'un ou de l'autre côté.

D. Hors de là, où s'arrête l'empêchement ?

R. Il ne comprend que le second degré, frère et sœur. Au troisième, l'un des parents, en ligne collatérale, est toujours *thius*. Au quatrième degré, les cousins germains peuvent épouser leurs cousines, bien que ç'ait été, un temps, défendu.

D. La parenté adoptive est-elle un empêchement ?

R. Oui, avec la même étendue que la parenté naturelle (Conf. C. C, 348).

D. Et si l'adoption est dissoute ?

R. Il faut distinguer entre les deux espèces de parenté qu'elle avait pu créer, celle directe et celle oblique. Le souvenir de la parenté directe empêche l'union et non celui de la parenté en ligne collatérale. Ainsi, le fils peut épouser son ex-sœur adoptive.

D. Peut-on adopter son gendre ou sa bru ?

R. Pas avant d'avoir émancipé le conjoint, sa fille ou son fils. Différemment, cette famille, où deux enfants en puissance vivraient unis, présenterait l'image de l'inceste.

D. Peut-on se fiancer à sa sœur adoptive ?

R. Non, par ce que les fiançailles ne sont valables qu'autant que le mariage le pourrait être présentement, sauf l'impuberté.

D. L'alliance n'est-elle pas un empêchement ?

R. Oui, ou du moins le souvenir de l'alliance quand elle a été dissoute.

D. Qu'est-ce que l'alliance ?

R. Le lien civil qui unit chaque conjoint aux parents de l'autre ; ainsi l'époux, au père, aux frères, aux sœurs, aux oncles, de son épouse, qui sont ses beau-père, beaux-frères, belles-sœurs, etc.

D. L'alliance n'unit-elle pas les alliés et les parents des époux entre eux ?

R. On l'entend de la sorte dans le monde, et, au témoignage de Modestin, les Romains faisaient ainsi déjà. Mais il ajoute que cette dernière espèce d'alliance n'engendre pas d'empêchements, c'est-à-dire que ce n'est pas une aliance. Ainsi, deux veufs se sont mariés, ayant, de leurs premiers lits, l'un un fils, l'autre une fille. Ces enfants peuvent convoler.

D. Quels empêchements naissent de l'alliance en ligne directe ?

R. Cette alliance, dont les degrés se comptent et se désignent de la même façon que ceux de la parenté directe, produit de même un empêchement à l'infini.

D. Et en ligne collatérale ?

R. On n'en admit aucun, jusqu'à Constantin, qui proscrit le mariage entre les alliés au second degré, beaux-frères et belles-sœurs (C. C. 162).

D. Ces empêchements naissent-ils seulement d'une parenté ou d'une alliance consacrée par la loi ?

R. Non. Les mœurs et l'interprétation des prudents ont proscrit les unions incestueuses à raison de la parenté ou de l'alliance naturelles, de l'alliance hors mariage, ou même simplement l'inconvenance des unions où se trouvait l'image de ces rapprochements.

D. Citez-en des exemples.



R. 1° On a vu le mariage proscrit entre le père et son ex-fille adoptive ;

2° Il l'est en ligne directe ou collatérale entre les personnes issues du *matrimonium*, du concubinat, du *contubernium*, aux mêmes degrés que pour la parenté civile ;

3° De même entre la mère et les enfants nés d'un commerce irrégulier (*stuprum*), et entre ces enfants eux-mêmes ;

4° Entre le fils et la concubine du père, qui n'est pas sa mère ;

5° Entre une fille et le mari veuf ou divorcé de sa mère, lequel n'est pas son père ;

6° En raison des fiançailles ; en ligne directe seulement pour ces trois exemples, s'il y avait eu alliance effective.

D. N'y a-t-il pas des empêchements d'ordre moral, en dehors de cette idée d'union ?

R. 1° Le ravisseur ne peut épouser sa victime ;

2° La femme adultère, son complice ;

3° Les noces sont prosrites entre les chrétiens et les juifs, païens ou apostats.

D. D'autres ne tiennent-ils pas à des considérations d'ordre public ou politique ?

R. 1° Le mariage était proscrit par les Douze Tables entre les patriciens et les plébéiens ; ce qu'abolit, dès 309, le plébiscite dit loi *Canuleia* ;

2° De même les sénateurs ou leurs fils ne pouvaient épouser des affranchies ou femmes de théâtre, ni leur fille, un affranchi ;

3° Les ingénus, sauf le patron, ne purent épouser une affranchie, jusqu'à la loi *Papia Poppea*, d'Auguste ;

4° Cette loi leur interdit au moins l'union avec une femme *infâme*, c'est-à-dire comédienne, prostituée, proxénète, adultère ou condamnée par action publique ; et Constantin y ajoute les femmes *abjectes*, c'est-à-dire filles ou veuves de gens de basses industries : gladiateur, entrepreneur de spectacle, marchand d'esclave, hôtelier, cabaretier, etc. ;

5° D'après les mêmes lois, les sénateurs, leurs fils ne peuvent épouser une femme de l'une des 3 classes, de celles affranchies, infâmes ou abjectes ;

6° Ni les hauts fonctionnaires d'une province, président, préfet militaire, questeur, etc., ou leurs fils, une femme originaire du pays ou y résidant ;

7° Le tuteur et le curateur, ni leurs fils, ne peuvent épouser la pupille ou l'ex-pupille ou la mineure, sauf dans deux cas, savoir : 1° s'il y a eu fiançailles, c'est-à-dire consentement antérieur de ses parents, 2° si, le compte rendu, elle a atteint 26 ans, âge qui lui ferme la dernière des voies de recours, la *restitutio in integrum*, accordée par le préteur aux mineurs de 25 ans.

D. Pourquoi alors attendre 26 ans ?

R. Parce que les actions que donne le préteur sont communément annales, ce qui porte à 26 ans la possibilité de restitution.



### SECTION 3<sup>e</sup>. — *Effets du mariage.*

D. Quels sont les effets du mariage en général ?

R. Ils varient, suivant la nature de l'union.

D. Parlez d'abord de ceux des justes noces.

R. Le *justum matrimonium* produit des effets relatifs : 1° aux devoirs des époux, 2° à leurs biens, 3° à l'état et à la condition de la femme, 4° à l'état et à la condition des enfants.

D. Quels sont ceux concernant la personne des époux ?

R. Les mariés prennent les titres de *vir*, *uxor*. L'épouse est légitime, c'est-à-dire légale, et l'union consacrée, garantie par la loi. La femme n'a d'autre

domicile que celui du mari et doit le suivre, s'il en change. De même, elle partage sa condition sociale, son *existimatio*, parfois ses honneurs. Elle lui doit obéissance, assistance, fidélité. Le mari doit fidélité, entretien, secours et protection (Conf. C. C. 212 et s.). Les époux ont un droit de succession prétorienne.

D. Quels effets concernent l'état de la femme ?

R. A raison du mariage, la femme change de nationalité souvent, perdant ou acquérant la cité, suivant la qualité du mari. Souvent aussi, généralement même jadis, elle devient *alieni juris*, en tombant sous la *manus*. Cet effet se produit nécessairement et dès la célébration dans les mariages où l'on emploie les rites appelés la *confarreatio* et la *coemptio*.

D. Quels sont l'état et la condition des enfants ?

R. On leur applique la règle *is pater est quem nuptiæ demonstrant*. Les enfants nés après le mariage contracté depuis six mois et moins de dix mois depuis sa dissolution, (termes extrêmes de la durée des gestations), ont pour père le mari, sont ses agnats, prennent son nom et tombent sous sa puissance paternelle (C. C. 312).

D. Cette présomption est-elle absolue ?

R. Elle peut être combattue par des présomptions, mais ces présomptions ne sont pas, comme chez nous, déterminées par la loi (C. C. 313).

D. N'y a-t-il pas une obligation alimentaire entre les parents et les enfants ?

R. Du moment où il lui fut défendu d'exposer ses enfants, le *paterfamilias* dut les nourrir. Mais il ne leur doit pas d'établissement, si ce n'est par mariage depuis Auguste (C. C. 203 et s.) Quant aux enfants, tant qu'ils étaient en puissance, n'ayant rien à eux, ils ne pouvaient servir des aliments à leurs auteurs. Néanmoins l'obligation existait, et s'exécutait plus tard sans s'étendre aux ascendants autres que les père et mère, s'ils ne jouissaient pas du droit de patronage sur les enfants émancipés.



D. Quelle est la sanction de la fidélité de la femme ?

R. L'accusation d'adultère, qui emporte, contre la femme coupable et son complice, des peines sévères. Depuis Constantin, elles vont jusqu'à la mort.

D. Le mari peut-il subir la même accusation ?

R. Non, mais son infidélité constitue un *stuprum* coupable, qui est puni aussi.

D. Pourquoi cette distinction ?

R. A raison des effets si différents des fautes des deux époux. Le sens étymologique du mot *adultère* ne peut même s'appliquer à celle du mari (Conf. C. C. 229 et 230).

D. Quels effets portent sur les biens des époux ?

R. On se mariait rarement sans que la femme apportât à son mari certains biens, destinés à subvenir aux charges du ménage, qu'on nommait la dot et dont le sort était réglé par des conventions dont on dressait acte, *instrumentum dotale*. De droit commun (C. C. art 1387, 1542 et s.), le mari avait la propriété utile de la dot, c'est-à-dire la faculté d'en disposer, jusqu'aux lois qui la déclarèrent inaliénable, dans une mesure déterminée. En général aussi, la restitution de la dot avait lieu à la dissolution du mariage.

D. Le mari ne faisait-il de son côté un apport ?

R. Oui, communément ; un apport appelé donation *ante nuptias* et ensuite *propter nuptias*, ou mieux antipherne (contre-dot), parce que le sort finit par en être réglé comme celui de la dot, dont cet apport formait la garantie.

D. Quelle est la condition de la concubine ?

R. Elle est vis-à-vis du citoyen comme *libera ancilla, non socia*. Elle n'est pas obligée de le suivre, car dans le concubinat, on peut se quitter sans formalités ni causes légales.

D. Mais n'y a-t-il pas des ressemblances avec le mariage ?

R. 1° La concubine est unique aussi, et, en se mariant, on doit la quitter, à peine de *stuprum* ;

2° Le citoyen a contre elle l'action d'adultère, si c'est un patron vivant avec son affranchie ;

3° Sauf plus de facilité dans l'admission de la preuve contraire, la règle *is pater est* s'applique aussi aux enfants issus de la concubine, et ils ont un père connu ;

4° Il y a action alimentaire et droit de succession prétorienne, réciproques, entre les enfants et leurs parents. La recherche de la paternité n'est pas interdite, plus que celle de la maternité, sauf quand l'enfant prétendrait prouver qu'il est issu d'un père relativement à qui il ne peut avoir que l'état de *sputrius*, par exemple à raison de l'inceste dont le commerce de cet homme avec la mère serait entaché.

D. Quelle supériorité pratique y a-t-il donc entre le mariage et le concubinat des Romains ?

R. Pour la femme, la noble considération de la matrone, opposée à une condition humiliante ; la *manus* qui l'anoblit et lui donne, outre la parenté civile avec ses enfants, des droits de patronage et de succession ; pour le père et les enfants, la puissance paternelle, l'agnation, la communauté de nom, de culte, avec tous les droits qui se rattachent à cette parenté.

D. Le concubinat subsiste-t-il sous Justinien ?

R. Non ; Constantin l'abolit dans ses effets légaux.

D. L'esclave a-t-il une action d'adultère ?

R. Non, le *contubernium*, qui ne donne point d'état civil aux enfants, n'admet pas l'idée d'adultère, c'est-à-dire d'altération de l'état. Mais le maître peut sévir arbitrairement contre la femme serve et contre son complice, s'ils sont en son pouvoir. Si ce dernier est un esclave d'autrui ou un homme libre, il peut intenter diverses actions pénales : *injuriarum*, *de servo corrupto*...

D. N'avez-vous pas à parler d'une autre union ?

R. Voilà les seules admises par la loi. La latitude du concubinat permet de traiter de *stuprum*, ou fait immoral, tout autre commerce.



D. Le *stuprum* est-il donc un délit ?

R. Oui et non, suivant les temps et surtout les faits ; car ce nom embrasse des cas forts variés. Il comprend notamment le viol et le commerce passager avec une femme de bonnes mœurs, affranchie ou ingénue ; c'est son sens propre.

D. Quel est l'état des enfants du *stuprum* ?

R. On les appelle *spurii* ou vulgo *concepti*, c'est-à-dire enfants sans père connu.

D. Ne connaissent-ils donc jamais leur père ?

R. La recherche de la paternité n'est pas interdite à Rome comme chez nous (C. C. art. 310), sauf le cas où le demandeur allèguerait l'inceste ou l'adultère. Si le commerce d'un homme avec leur mère a été exclusif et durable, par là même il constituera le concubinat et les enfants seront déclarés naturels. Enfin, dans le cas de rapt ou de viol, où on oblige le *stuprator* à épouser ou doter sa victime, les fruits du crime lui sont de plein droit attribués.

D. Quel est le sort des mariages contractés sans les conditions légales, et en cas d'empêchement ?

R. Ils sont nuls, en général, souvent coupables.

D. Pourquoi dites-vous *en général* ?

R. 1° Le mariage que les gens de race sénatoriale contractent au mépris des lois Julia et Papia Poppea n'est pas nul, mais seulement dépourvu de certains effets spéciaux ;

2° Celui d'une veuve ou femme divorcée, contracté avant l'an de viduité, la fait seulement noter d'infamie, elle ou ceux qui l'ont mariée.

D. Quelle est la condition des enfants issus du mariage nul, mais non délictueux ?

R. Il n'y a ici ni dot, ni donation anténuptiale, ni aucun des effets du *justum matrimonium* ; mais le commerce notoire des personnes qui s'étaient prises pour époux constitue du moins le concubinat, et leurs enfants sont naturels,

D. En quel cas l'union est-elle coupable ?

R. Quand elle est entachée d'inceste, d'adultère.

D. N'y a-t-il pas deux espèces d'inceste ?

R. Oui, celui du droit des gens, dans le mariage contracté entre personnes étroitement unies par le sang ; et celui du droit civil, au mépris des liens créés par la loi, comme si j'épouse ma sœur adoptive.

D. A quel point de vue importe cette division ?

R. Peut-être bien pour la condition des enfants, mais, surtout et dans tous les cas, pour la pénalité. Dans celui d'inceste du droit civil, les peines sont moins graves, et n'atteignent pas la femme, qui est censée ignorer le droit civil.

D. Quelles sont les peines de l'inceste ?

R. Elles sont pécuniaires et corporelles.

D. Citez-moi les premières.

R. 1<sup>o</sup> La confiscation de l'antiphrase, et celle de la dot, si la femme est coupable ;

2<sup>o</sup> Celle sous Justinien, de toute la fortune ;

3<sup>o</sup> L'incapacité de tester, sauf en faveur des enfants légitimes ; l'incapacité de donner et de recevoir entre les deux auteurs et vis-à-vis des enfants ;

4<sup>o</sup> Le droit pour les enfants légitimes d'exiger leur émancipation.

D. Quelles sont les peines corporelles ?

R. C'était jadis la déportation. Ce fut, sous Justinien, l'exil, précédé de la fustigation pour les personnes viles ; ensuite, d'après les Novelles, la mort.

D. Quelle est ici la condition des enfants ?

R. Aux Instituts, Justinien ne distingue pas. D'après lui, ceux privés du bénéfice de la recherche de la paternité, seront toujours tenus pour *spurii*. Mais peut-être cette recherche était-elle admise à raison de la bonne foi présumée de la mère, quand il y avait simple inceste du droit civil (Conf. C. C. art. 202).

D. La condition de ces enfants n'est-elle pas même, sous Justinien, inférieure à celle des *spurii* ?

R. Eh oui ! Ceux-là peuvent recevoir librement, soit par testament, soit entre vifs, de leur mère et de leur père, qui demeure légalement inconnu, tandis que les époux incestueux ne peuvent faire, sauf le cas de bonne foi de la mère, aucune libéralité à leurs descendants issus de l'union coupable.

D. Cette bonne foi ne peut-elle se trouver chez les deux époux et faire valoir un mariage nul, même incestueux ?

R. Oui. Par exemple, quand les personnes qui ont convolé se sont trompées sur l'existence du *connubium*, l'*erroris causæ probatio* leur est ouverte. On peut même avoir ignoré la parenté qui constituait un empêchement ; mais, alors, l'empereur peut seul apprécier les circonstances de l'erreur et maintenir le mariage, même avec effets rétroactifs. Ce sont là des cas de légitimation.

D. Enfin, combien y a-t-il de classes d'enfants ?

R. 1° Les légitimes, issus d'un père marié ayant vis-à-vis de lui tous les droits et devoirs légaux ;

2° Les *naturels* (au moyen-âge *nothi*, *bastardi*), que le père a eus en concubinat ou d'une femme qu'il pouvait épouser et qu'il a négligé d'élever à lui ;

3° Les *spurii*, qui ne connaissent pas leur père ;

4° Les adultérins et les incestueux, enfants issus d'un crime et qui en supportent la peine, en ce que la loi ne reconnaît leur père que pour le frapper, confisquer ses biens, ou les priver d'en rien recevoir.

D. Et la mère, pourquoi ne pas en parler ?

R. C'est que, vis-à-vis de la mère, cette classification n'existe pas. On connaît toujours la mère ; elle est exclusivement désignée par la naissance. Aussi dit-on communément qu'il n'y a qu'une seule classe d'enfants pour elle car il n'y a qu'une maternité.

D. Est-ce bien exact, cela ?

R. Non. La femme n'a pas d'enfants légitimes ou *spurii* ou adultérins ; tous ceux-là se confondent



avec la seconde classe, les *naturales*. Mais elle peut en avoir d'incapables de recevoir rien d'elle, les incestueux, et, si elle est noble, les *spurii*, sous Justinien.



SECTION 4<sup>e</sup>. — *Dissolution du mariage.*

D. Quels événements dissolvent les justes noces ?

R. Le divorce, la mort, la *capitis deminutio*.

D. Qu'est-ce que le divorce ?

R. Le *divortium*, ou *repudium*, est la faculté, pour chacun des époux, de rompre le mariage. Admise par la loi des Douze-Tables, et longtemps presque inutile, cette institution devint peu à peu, vers la fin de la République, d'un usage scandaleux.

D. N'en régla-t-on pas alors l'application ?

R. Oui, sous la République, on admit certaines peines pécuniaires, pour l'époux dont le caprice ou la faute amenait le divorce. Sous l'Empire, la loi Julia, *de adulteriis*, et les constitutions en réglèrent les conditions et les formes.

D. Quelles sont ces formes ?

R. 1<sup>o</sup> L'envoi du *libellus divortii*, portant la formule sacramentelle de rupture : *tuas res tibi habeto, tuas res tibi agito* ;

2<sup>o</sup> La confirmation du *libellus*, par une déclaration de son auteur, en présence de sept témoins.

D. La célébration, par la *confarreatio*, du mariage n'entraîne-t-elle pas une formalité de plus ?

R. Oui, un rite dit la *diffarreatio*.

D. Quelles étaient les justes causes de divorce ?

R. 1<sup>o</sup> L'impuissance du mari, la stérilité de la femme ;

2<sup>o</sup> L'infidélité de l'un ou de l'autre ;

3° Contre le mari, le seul fait d'avoir réuni des femmes de mauvaise vie en la maison conjugale ;

4° Les sévices ou mauvais traitements ;

5° Certains crimes : homicide, empoisonnement, faux, lèse-majesté, recel, violation de sépulture (conf., C. C., 230 et suiv.).

D. Et si l'on divorçait sans motif ?

R. On s'exposait à des peines : pour le mari, une amende proportionnée à son antipherne ; pour la femme, à certaine époque, la déportation ; de plus, contre l'un et l'autre, le retrait du *connubium*.

D. L'un des époux ne pouvait-il aussi être condamné envers l'autre ?

R. Oui, s'il y avait au contrat une clause pénale ?

D. Mais on décide, dans une certaine loi (*Const. 2, de inutil. stipul.*), la nullité de telles clauses.

R. La nullité ne concerne que les clauses qui gêneraient la faculté d'invoquer les justes causes ?

D. N'y a-t-il pas un cas où le divorce est libre et dispensé de toute formalité ?

R. C'est le divorce par consentement mutuel.

D. Et un cas où la femme ne peut divorcer ?

R. Oui, c'est celui de l'affranchie, épousée par son patron. Il pouvait auparavant la prostituer ; plus tard, la prendre pour concubine ; il a daigné se l'associer ! Un tel mariage ne peut se dissoudre que s'il le veut.

D. Le divorce n'a-t-il pas lieu parfois contre le gré des deux époux à la fois ?

R. Oui, par la volonté du *paterfamilias* de l'un d'eux. Les constitutions impériales ont aboli cette prérogative inouïe de la puissance paternelle.

D. N'en reste-t-il une application indirecte ?

R. Un homme accepte la dignité de sénateur. Par cela même, il dissout son mariage et celui de son fils, si, l'un et l'autre, ils avaient épousé des affranchies. Justinien a abrogé cette déduction forcée de la loi Papia Poppea.



D. Citez un autre cas de répudiation tacite.

R. Un homme adopte son gendre. Le mariage de celui-ci est dissous, à raison, à la fois, de sa volonté et de celle du père de sa femme, qui a le droit d'en disposer. Cette déduction est maintenue, même après l'abolition de ce droit, parce qu'il demeure la volonté du mari.

D. Les divorcés peuvent-ils convoler aussitôt ?

R. En dehors du cas où ils avaient perdu le *connubium*, le mari pouvait se marier aussitôt, mais la femme devait attendre durant un laps de temps qui a varié et reste enfin fixé à un an (C. C. 228).

D. Ne peut-elle, en un certain cas, devancer le terme, sans encourir la peine de l'infamie ?

R. Oui, quand elle accouche dans l'intervalle. Le motif du délai : *ne de prole dubitetur*, n'existe plus.

D. Quel est le sens distinct des expressions *divortium* et *repudium* que vous employez ?

R. On ne le sait pas sûrement. Les uns voient dans *repudium* la renonciation aux fiançailles, dans *divortium* celle aux noces. Les autres, appliquant les deux mots à la rupture du mariage, expriment par le dernier l'institution, le fait ; par le second, l'acte, le *libellus*.

D. Dans quels cas la *capitis deminutio* dissolvait-elle les noces ?

R. Dans le cas où elle était *magna*, c'est-à-dire les deux premières espèces, qui faisaient perdre la cité, le *connubium*, l'agnation. Sous Justinien, la perte de la cité n'entraîne plus celle du mariage, depuis une constitution d'Alexandre. Notre empereur n'autorise le conjoint du captif à se remarier que s'il en prouve le décès. Les autres causes de servitude sont rares ; l'empereur a aboli l'esclavage de la peine.

D. Dans le cas de mort naturelle ou civile, jadis le conjoint pouvait-il convoler, et immédiatement ?

R. Tous deux pouvaient convoler : le mari, aus-

sitôt; la femme, après l'an de viduité, fixé d'abord, comme chez nous, à dix mois.

D. Et si le *capite deminutus* recouvrait la cité ?

R. Le second mariage était maintenu.

## TITRE X (bis)

### (De la légitimation.)

#### SECTION 1<sup>re</sup>. — *Des modes anciens.*

D. Qu'est-ce que la légitimation ?

R. Un bénéfice par lequel on donne la consécration de la loi à un mariage illégal.

D. Comment se fait la légitimation ?

R. Il faut distinguer entre l'ancien droit et le nouveau. Les modes ne sont pas identiques, et même le caractère du bénéfice est différent.

D. Quels sont donc les modes anciens ?

R. Je les ai déjà mentionnés : 1<sup>o</sup> L'*erroris probatio*, générale; 2<sup>o</sup> la *causæ probatio*, spéciale; 3<sup>o</sup> le rescrit, plus récent; 4<sup>o</sup> l'adoption solennelle.

D. Quel est le caractère de cette légitimation ?

R. On y trouve communément la concession d'un attribut du droit de cité, entraînant accessoirement la légitimité des enfants.

D. N'y a-t-il pas un cas où cela se révèle surtout ?

R. Oui, quand la *causæ probatio* est faite par la veuve du latin junien, qui n'avait pu s'en acquitter, étant décédé avant que son fils fût *anniculus*. L'intérêt de la présentation était de faire acquérir à l'enfant la succession de son père et la cité, et à la mère la cité aussi. Il n'était plus question de puissance paternelle.

D. La *causæ probatio* est-elle spéciale aux latins juniens ?

R. Elle compète à tous les latins et même, paraît-il, aux pérégrins ordinaires (Gai. I, § 74, 95).

D. Quand un rescrit du prince concédait la cité, en résultait-il la puissance paternelle ?

R. Non, à moins d'une disposition spéciale, même quand la cité est concédée à l'impétrant et à ses enfants ou à sa femme enceinte.

D. Qui concédait la légitimation ancienne ?

R. Le magistrat, dans les deux premiers cas ; l'empereur, dans le troisième.

D. Celui-ci n'est-il pas le plus étendu ?

R. Oui, précisément. L'empereur peut légitimer le mariage entre personnes privées de *connubium*, non-seulement par leur extranéité, mais encore par leur état naturel ou civil, accusant la parenté au degré prohibé, en faveur de parents et d'enfants incestueux. On peut le regarder comme moins étendu, en ce sens que le rescrit ne confère pas, de plein droit, la puissance paternelle, comme les autres modes.

D. Quel est le dernier mode ancien ?

R. C'est l'adoption solennelle, qui ne produit ni effet pour la mère, ni concession au père en dehors de la puissance paternelle.



#### SECTION 2<sup>e</sup>. — *Des modes nouveaux.*

D. Quel est alors le caractère de la légitimation ?

R. C'est une fiction, par laquelle on tient des enfants naturels pour nés en mariage. La concession est principale ; elle intéresse rarement la mère, souvent les enfants seuls, dont on veut toujours surtout améliorer la condition,



D. Quelles sont ici les conditions générales ?

R. Deux, mais détruites ou entamées par Justinien. C'était :

1<sup>o</sup> Que le mariage fût possible entre les auteurs de l'enfant, avant la conception ;

2<sup>o</sup> Qu'il n'y eût pas d'enfants légitimes existants, au temps de la légitimation.

D. Quels sont ces modes de légitimation ?

R. Il y en a trois aussi : le mariage subséquent, l'oblation à la curie, le testament.

D. Que sont devenus les modes anciens ?

R. Plusieurs ont existé avec ceux-ci. Caracalla, en donnant la cité à tous les sujets de Rome, a rendu inutile l'*erroris probatio*, et Justinien la *causæ probatio*, en supprimant les latins juniens. Justin a supprimé l'adoption dans cet emploi.

D. A quels enfants s'appliquent ces modes ?

R. Aux naturels, c'est-à-dire, même après l'abolition du concubinat, à ceux nés d'un commerce notoire, qu'il eût dépendu des parties de légitimer.

D. Ne peut-on donc révéler que tel enfant inconnu est à vous, le reconnaître et le légitimer (conf. C. C. 334) ?

R. Non, c'est l'adoption qu'il faut employer, pour acquérir sur les *spurii* la puissance paternelle et leur donner son nom.

D. Justinien ne déroge-t-il pas à ces règles ?

R. Oui, seulement dans les Nouvelles (nov. 78, c. 4), en permettant au maître de légitimer ses enfants issus de son *ancilla*, qu'il n'eût pu épouser.

D. Pourquoi cette concession n'est-elle pas générale ?

R. Parce que les relations de l'*ancilla* seront difficilement continues et notoires, hors de ce cas ; à moins que ce soit avec un *servus*, mais on ne peut penser à légitimer les fruits du *contubernium*.

D. Quand et comment fut créé le mode du mariage subséquent ?

R. En 335, par Constantin, qui, supprimant le concubinat, permettait aux citoyens d'en sortir par le mariage. C'était une disposition transitoire que Zénon reproduisit, en 476. Elle est devenue chez nous le seul mode de légitimation (C. C., 331).

D. Ne fut-elle pas bientôt généralisée ?

R. Seulement par Anastase, puis par Justin.

D. En quoi cette généralisation ?

R. Anastase a fait de cette disposition une loi définitive et concernant l'avenir. Justin l'a étendue aux concubines affranchies, tandis que les premiers empereurs la réservaient aux ingénues.

D. Quelles conditions y sont exigées ?

R. 1<sup>o</sup> La possibilité du mariage, lors de la conception, sauf l'exception admise aux Novelles ;

2<sup>o</sup> Qu'il soit fait un *instrumentum dotale*, pour fixer la conversion du concubinat en mariage.

D. Expliquez la première condition.

R. Un président vit avec une femme de la province, comme mari : il ne pourra y avoir là de mariage que *post depositum officium* ; ce mariage ne légitimera pas les enfants antérieurement conçus. De même, en épousant son ex-pupille, âgée de plus de 26 ans, avec laquelle il vivait maritalement déjà, le tuteur ne légitimera pas les enfants nés ou conçus.

D. Quelle est l'origine de l'oblation à la curie ?

R. La charge de curiale, réservée aux plus riches citoyens de chaque municpe, constituait une misère dorée ; car il leur fallait donner des jeux au peuple, supporter seuls certains impôts et répondre de tous les autres. C'est comme une prime pour déterminer ceux qui n'étaient pas forcément curiales, que les empereurs Théodose et Valentinien, en 442, promirent la légitimation.

D. Comment se fait l'oblation ?

R. Pour les femmes, en les mariant à un curiale ; pour les mâles, en les faisant inscrire à la curie, et, d'après les Novelles, à la mort de son père



l'enfant naturel peut lui-même s'inscrire. En tous cas, il faut constituer un certain apport foncier.

D. Qu'est-ce que la légitimation *testamento* ?

R. Un citoyen, qui ne peut employer le mariage, exprime le désir, en son testament, que ses enfants soient légitimes. Ceux-ci, après le décès, recourent au prince qui leur accorde la légitimité par un rescrit, car ce mode subsiste et se combine avec celui *testamento*, créé par les Novelles.

D. Quelles conditions sont exigées ici ?

R. 1<sup>o</sup> Que le défunt eût la capacité de tester;

2<sup>o</sup> Que, du testament jusqu'à sa mort, il eût été hors d'état d'épouser sa concubine, parce qu'elle est morte, absente ou indigne.

D. N'y a-t-il pas une condition commune à tous les modes de légitimation ?

R. C'est que les enfants intéressés ne s'y opposent point. Mais on accepte l'exécution matérielle et peu rationnelle de cette condition, dans le cas où les intéressés sont *in utero* ou *infantes*.

D. La légitimité compète-t-elle toujours à tous ceux issus du père naturel ?

R. Non, à ceux-là seuls offerts à la curie, désignés dans le testament, ou issus de la concubine qu'il épouse, et encore s'ils ne s'opposent pas.

D. Quelle est la condition des légitimés ?

R. Il faut distinguer s'ils le sont avant ou après la mort du père (C. C. conf. 333) et par quel mode.

D. Quand le père fait légitimer ?...

R. Il y a toujours acquisition de puissance paternelle, d'agnation avec ses conséquences.

D. Et quand le père est mort ?

R. Il n'y a plus de puissance paternelle, mais seulement agnation, avec ses conséquences possibles, les droits de tutelle et succession. Dans la légitimation *testamento* et *rescripto*, l'effet est celui déterminé par le rescrit, qui peut accorder seulement le nom du défunt à ses enfants.

D. Les droits de succession sont-ils les mêmes dans tous les cas ?

R. Non ; ils ne sont toujours entiers que dans la légitimation par mariage. Dans le cas d'oblation à la curie, les enfants succèdent au père, mais non aux parents paternels.

D. La légitimation peut-elle avoir lieu en fraude des droits des enfants légitimes ?

R. Jusqu'à Justinien, on n'accordait jamais la légitimation, qu'autant que le père naturel était sans enfants légitimes (conf. C. C. 337). Mais l'empereur a supprimé cette condition dans les deux premiers modes nouveaux. Elle subsiste seulement dans le rescrit.

---

## TITRE XI

### De l'adoption.

---

#### SECTION. — 1<sup>re</sup> *Adoption, en général.*

D. Quest-ce que l'adoption ?

R. Un acte solennel, par lequel on acquiert la puissance paternelle sur une personne étrangère à votre famille.

D. Dans quel but adoptait-on ?

R. L'adoption, très-fréquente à Rome, était inspirée par le désir d'avoir un héritier, de perpétuer son culte domestique et son nom, d'échapper aux

peines des lois caducaires contre les *orbi*, de briguer les magistratures de l'ordre patricien ou plébéen auquel on n'appartenait pas.

D. Quel est le principe général, ici ?

R. *Adoptio naturam imitatur*. Mais, par là, les jurisconsultes entendent que l'adoption imite le mariage romain, quant à ses conditions générales et aux rapports entre le *parents* et les descendants. C'est le point de départ de toutes les règles de notre sujet.

D. Quelle est la première ?

R. Le *paterfamilias* pubère seul peut adopter : et le fils de famille n'y est pas reçu, bien qu'il puisse se marier et avoir des enfants, parce qu'il n'acquiert pas immédiatement la puissance paternelle sur eux.

D. Quelle est la seconde règle ?

R. La *materfamilias* ne peut adopter pour le même motif, et le *paterfamilias* impubère, de plus, parce qu'il ne peut procréer.

D. Quelle est la troisième ?

R. L'adoption, comme le mariage, est permise aux *spadones*, mais non aux *castrati*.

D. Quelle différence donc entre ces classes ?

R. *Spado*, c'est l'impuissant pour une cause temporaire ou tout au moins occulte. Peut-être eût-il été plus rationnel de distinguer, parmi les eunuques, ceux en petit nombre qui le sont devenus après la puberté, de façon à ce que les faits ne résistassent pas à la fiction et qu'ils pussent être réputés pères. Mais la relation entre l'adoption et le mariage ne comporte pas d'autre règle.

D. N'eût-il pas fallu leur permettre, précisément d'acquérir des enfants, par l'adoption ?

R. Cette inspiration d'humanité ne fut suivie que longtemps après Justinien. (*nov. Leonis* xxvi.)

D. Quelle est la quatrième règle ?

R. On peut adopter quelqu'un comme descendant d'un degré quelconque (fils, petit-fils, etc.), sans égard à celui qu'il occupait dans sa famille.



D. Quelle est la cinquième règle ?

R. Il faut avoir la pleine puberté, soit 18 ans, de plus que l'homme adopté pour fils et deux fois la pleine puberté, ou 36 ans, de plus que le petit-fils.

D. Peut-on avoir plusieurs enfants adoptifs ?

R. Oui, en principe. Mais encore cela est difficilement permis dans l'adoption législative.

D. Il y a donc deux espèces de cet acte ?

R. Oui, celle législative, ou adrogation, et celle simple ou adoption proprement dite.

D. En quoi diffèrent-elles ?

R. 1<sup>o</sup> Par leurs formes : ainsi, sous Justinien, comme la légitimation ancienne, l'adoption est accordée tantôt par le prince tantôt par le magistrat ;

2<sup>o</sup> Par leur objet : l'adrogation porte sur une personne *sui juris*, l'adoption sur un fils de famille ;

3<sup>o</sup> Par leurs effets, l'adrogation en produisant de plus étendus que l'adoption simple.



## SECTION 2<sup>e</sup>. — *Formes de l'adrogation.*

D. Qu'est-ce que l'adrogation ?

R. Un acte de l'autorité législative, disposant qu'une personne *sui juris* entre en la puissance d'un autre, dont en général, elle n'est pas issue.

D. Quelles en sont les formes ?

R. Elles ont varié, du droit ancien à l'Empire, comme celles des lois.

D. Parlez du droit ancien.

R. L'adrogation s'y faisait dans les comices.

D. Donnez le détail des formalités ?

R. Après une enquête et sans doute l'affiche ordinaire aux projets de loi, un magistrat sénatorial réunissait les curies. Il interrogeait successivement les deux pères de famille ou tout au moins l'*adroga-*

*tus*, qui consentait à entrer en puissance. Les pontifes donnaient leur avis sur l'enquête et les auspices. Le peuple était ensuite consulté par le magistrat, peut-être par l'*adrogator*; et, ces formalités remplies favorablement, le directeur des comices proclamait que l'adrogé était le fils ou petit-fils de l'adrogeant. Les noms donnés aux parties et à l'acte perpétuent le souvenir de cette forme.

D. Pourquoi cette grande solennité?

R. L'adrogation retranchait un père de famille de la cité et un chapitre (*caput*), au livre du cens. Elle éteignait le culte d'une maison et c'est une des circonstances sur la convenance desquelles porte l'enquête des pontifes.

D. Regardait-t-on toujours comme d'intérêt public l'état civil d'un citoyen?

R. Oui, originairement. Les concessions de la cité se faisaient par des lois; on en portait aussi pour régler l'état d'un citoyen dans des cas douteux (L. 5, § 3, *de captivis et postl.*) Enfin, dans la procédure de la *manus injectio*, qui devait aboutir à la plus grande dégradation d'état, il y avait affiche de la poursuite, à trois *nundinæ*, comme des projets de loi.

D. L'adrogation législative, disiez-vous, se fait par l'empereur. Est-ce que les princes firent tout d'abord la loi d'adrogation?

R. Non, elle a lieu longtemps en la forme curiate, sous Gaïus encore; mais depuis longtemps alors les actes civils en cette forme se font en la présence seulement de 30 licteurs, figurant les 30 curies.

D. Quelles sont les conditions exigées pour l'adrogation en forme de loi?

R. 1<sup>o</sup> Celles générales sur l'adoption;

2<sup>o</sup> Celles sur la tenue des comices;

3<sup>o</sup> Que les deux parties y aient accès;

4<sup>o</sup> Que l'adrogé consente;

5<sup>o</sup> Que l'enquête soit favorable; qu'il n'y ait, par exemple, pas d'empêchement.



D. Quel rite a remplacé l'ancien ?

R. Le rescrit, comme pour la légitimation.

D. L'adrogation est-elle toujours possible ?

R. Non ; il y a des empêchements, comme au mariage ; ils tiennent, soit à l'imitation du mariage même, soit à la forme de l'adrogation, soit à des conditions d'ordre public.

D. Vous en avez signalé de généraux ; quels sont ceux propres à l'adrogation ?

R. 1<sup>o</sup> On ne put durant longtemps adroger les femmes, les pupilles ;

2<sup>o</sup> On ne peut adroger les fous, les sourds-muets, les absents, qui ne peuvent consentir ;

3<sup>o</sup> On ne pouvait adroger qu'à Rome ;

4<sup>o</sup> On ne pouvait adroger un enfant adoptif émancipé par vous : c'eût été se jouer de l'adoption ;

5<sup>o</sup> Ni l'affranchi d'un tiers, sans le consentement de celui-ci : c'eût été porter atteinte au droit du patron ;

6<sup>o</sup> Ni les enfants naturels, depuis Justin ;

7<sup>o</sup> Ni ceux d'un condamné pour lèse-majesté ;

8<sup>o</sup> Le tuteur ne peut adroger son pupille avant que, ses comptes rendus, l'ex-pupille ait atteint 26 ans ; ni le curateur celui dont il a la curatelle. Cet empêchement s'appliqua aussi aux femmes, quand on en permit l'adrogation.

D. Pourquoi la défendait-on ?

R. Parce que les femmes n'avaient pas l'accès des comices et restaient absentes.

D. Pourquoi n'adrogeait-on qu'à Rome ?

R. Parce que les tribus, ou les licteurs les représentant, ne se réunissaient que là.

D. Ces empêchements disparurent-ils ?

R. Oui, quand l'adrogation eut lieu par rescrit. Dès Dioclétien, on admit les suppliques parties de la province et celles ayant des femmes pour objet.

D. Qu'est-ce qu'un pupille (C. C. 346) ?

R. Un impubère *sui juris*, n'ayant pas encore le discernement nécessaire pour gérer ses biens. On lui

donne un tuteur et interdit l'entrée des comices. De là vient l'empêchement à l'adrogation.

D. N'a-t-elle, cependant, pas été permise avant l'abandon de la forme par loi curiate ?

R. Oui, par un rescrit d'Antonin aux pontifes.

D. Mais n'exige-t-elle pas plus de conditions ?

R. Ce sont, en sus de celles de droit commun :

1° Un avis des parents ; 2° le consentement du tuteur ; 3° une enquête poursuivie par le magistrat ; 4° certains engagements exigés de l'*adrogator* ; 5° avec leur cautionnement.

D. L'avis de parents lie-t-il le magistrat ?

R. Non ; parce qu'ils sont généralement froissés.

D. Que recherche-t-il dans l'enquête ?

R. Indépendamment de l'examen des questions d'ordre public que soulève toute adrogation, le magistrat (jadis le collège des pontifes), étudie la convenance d'intérêt privé. L'adrogation pourrait être déshonorante pour le pupille, désavantageuse pour ses biens.

D. Quels engagements prend l'*adrogator* ?

R. On y prévoit : 1° Le cas où l'adrogé mourrait impubère ; 2° où l'adrogant lui-même ne vivrait pas jusqu'à ce que le fils devînt pubère ; 3° celui où il l'émanciperait auparavant ; 4° celui d'exhérédation.

D. Que promet-il pour le premier cas ?

R. De laisser régler la succession, comme si l'impubère fût demeuré pupille et de ne pas opposer aux parties qui y ont des droits ceux qui résultent pour lui de l'adrogation.

D. Que promet-il au deuxième cas ?

R. La restitution des biens de l'adrogé, s'il ne l'institue héritier, avec une clause pénale du quart de ses propres biens.

D. Comment nomme-t-on cette peine ?

R. La quarte Antonine, du nom de l'auteur de la loi.

D. Et pour le troisième cas prévu ?

R. On sous-distigue. Si l'adrogeant, à raison de graves reproches, se fait autoriser à émanciper l'adrogé, il lui promet la restitution de ses biens ; et, de plus, la quarte Antonine, s'il émancipe *sine causa cognita*.

D. Et si l'adrogé est aussi déshérité justement ?

R. Il n'y a pas ici de justes causes, comme à l'émancipation. Si l'*adrogator* avait des griefs, il fallait les faire juger, et rendre, par l'émancipation, son fils adoptif étranger à la famille.

D. Quand se paie la quarte, si elle est due ?

R. Au décès de l'adrogeant : c'est en connaissance de son hérédité qu'on en peut fixer le chiffre.

D. Et si l'émancipé injustement prédécède ?...

R. Ses héritiers recueillent immédiatement ses biens et réclament ultérieurement la quarte.

D. A qui l'adrogeant fait-il ces promesses ?

R. Ce n'est pas aux intéressés, qui sont, quant à présent, personnes incertaines, mais à un *servus publicus* ; plus tard, sous Justinien, au greffier du magistrat.

D. Les héritiers peuvent donc, plus tard, invoquer cet engagement qui n'a pas été pris envers eux ?

R. Cela n'est pas admis, en droit strict ; car, si les engagements pris vis-à-vis d'un esclave profitent à ses maîtres, les citoyens individuellement, *ut singuli*, n'ont pas la propriété du *servus publicus*. On admettait cependant ici une action utile, pour sortir d'embarras. Même oubli des principes, et plus grave encore, en ce qui concerne le greffier ; fonction, du reste, jadis remplie par un *servus publicus*.

D. L'adrogé peut arriver à la puberté sans que nul des événements prévus se produise.

R. Tous les engagements pris, étant conditionnels, tombent alors. L'adrogé n'est pas censé avoir passé par ces formalités spéciales.

D. N'a-t-il pas cependant encore un avantage ?

R. Oui ; il peut attaquer son adrogation, et la



faire rescinder comme contraire à ses intérêts, maintenant qu'il en juge bien ; mais cette ressource ne lui est pas spéciale : le prêteur accorde la restitution aux mineurs de 25 ans, contre tous actes frustratoires ; un adrogé pubère et mineur peut donc aussi l'invoquer.

D. L'adrogation ne vous donne-t-elle pas parfois pour descendant quelqu'un issu de vous ?

R. Oui, dans les trois cas que voici :

1<sup>o</sup> Si je veux avoir comme fils mon petit-fils, ou réciproquement, je libère l'enfant de ma puissance, et, devenu *sui juris*, il me sera adrogé au titre voulu ;

2<sup>o</sup> Je veux que mes enfants libres, émancipés, ou leurs enfants ou mes petits-fils *ex filia, sui juris*, tous descendants que je n'ai pas en puissance, y entrent, je les adroge ;

3<sup>o</sup> On a eu des enfants d'une concubine, même d'une union fugitive ; on veut, sans épouser ni se ruiner à la curie, les légitimer ; pour cela, on les adroge.

D. Mais ce dernier emploi est un vrai cas de légitimation, comme vous l'observez, et qui permet d'éluder les inconvénients de ceux modernes.

R. Il est vrai ; aussi devait-il être proscrit, comme peu moral, après l'abolition du concubinat, et contraire aux principes, en permettant de légitimer les *spuri*. Il a été supprimé par Justin.

D. Une autre adrogation n'est-elle pas perdue ?

R. Oui, celle des esclaves, qu'on employait pour les affranchir. A présent l'appellation de fils suffit. Si on les veut réellement pour tels, on adroge.



### SECTION 3<sup>e</sup>. — *Formes de l'adoption simple.*

D. Qu'est-ce que l'adoption simple ?

R. Un acte par lequel on fait entrer en sa famille celui qui était au pouvoir d'autrui.

D. Comment se fait l'adoption ?

R. C'est le cumul d'un acte légitime avec deux actions de la loi de juridiction gracieuse : la mancipation, réunie à l'affranchissement *vindictâ* et à l'*in jure cessio*.

D. Expliquez le premier acte.

R. Le *paterfamilias*, qui veut donner en adoption, mancipe son descendant à celui qui veut le recevoir, et cet acte suffit à dissoudre sa puissance, définitivement, sur un non privilégié. S'il s'agit d'un fils, son acheteur l'affranchit aussitôt, le rachète, l'affranchit encore et le rachète une troisième fois, ce qui dissout aussi définitivement la puissance paternelle du *pater naturalis*, auquel l'enfant est remancipé.

D. Passez au second acte.

R. Celui-là a pour but de faire acquérir la puissance à l'autre père. On se rend devant le magistrat, *in jure*. L'adoptant demande le fils, comme sien, et, faute de contradiction du *pater naturalis*, le magistrat l'attribue conformément à la demande.

D. Mais ne serait-il pas plus court qu'après la dernière mancipation, qui lui donne pouvoir sur le fils, l'adoptant le retînt ?

R. C'est que cette puissance n'est pas celle paternelle. Tandis qu'en se défaisant de l'enfant, l'adoptant peut le revendiquer (on ne revendique jamais ce qu'on possède); et, le magistrat, déclarant que le revendiqué est fils ou petit-fils du demandeur, celui-ci le retient maintenant à ce titre.

D. Ne faut-il pas le consentement de l'adopté ?

R. Nullement, tant que ce rite est en usage. Justinien en a laissé passer la preuve dans le Digeste (L. 5, *de adoption*). Si l'adoptant est marié, le consentement de son épouse n'est pas non plus requis (contra C. C. 344).

D. Le rite a donc varié ?

R. Oui, il s'est simplifié. On n'employa plus ici la mancipation, quand elle tomba en désuétude ailleurs, sous le Bas-Empire. Il ne resta même, de l'*in*



*jure cessio*, que le caractère d'action de la loi et la nécessité de se rendre devant un magistrat quelconque, compétent au point de vue des actions de juridiction gracieuse, qui recevait les déclarations des parties et leur en donnait acte.

D. N'en resta-t-il pas autre chose ?

R. Oui, l'application de ces règles, communes aussi aux actes légitimes, que les déclarations devaient être solennelles, faites par les parties elles-mêmes et ne comportant nulle modalité.

D. L'adopté était-il présent ?

R. L'objet revendiqué devait toujours être représenté. Cette tradition fit qu'on continua d'exiger la présence de l'adopté, et l'humanité des magistrats introduisit la nécessité de son consentement, au moins tacite, comme dans la légitimation. C'est devenu une condition de l'adoption (Inst. I, XII, § 8), qui se fait encore en droit français d'une façon solennelle rappelant ce rite et l'*in jure cessio* (C. C. art. 353 et s.).

D. L'adoption simple a-t-elle plus d'étendue que l'adrogation ?

R. Plus quant à l'objet, moins pour les effets.

D. Quel objet peut-elle donc avoir ?

R. C'est qu'on a toujours pu recevoir ainsi dans sa famille les femmes et les impubères, qu'il fut longtemps défendu d'adroger.

D. Les femmes n'ont-elles pas été admises à l'adoption, même activement ?

R. Oui, pour avoir la puissance paternelle du droit des gens, sur ceux qu'elles affectionnaient, en remplacement de leurs enfants perdus. Justinien subordonne leur faculté d'adopter à ce deuil, restriction que Léon le philosophe a plus tard supprimée.



SECTION 4<sup>e</sup>. — *Des effets de l'adoption.*

D. Quels sont les effets de l'adoption ?

R. Il y en a de deux genres : les uns communs, les autres spéciaux à telle espèce d'adoption.

D. Quels sont les effets communs ?

R. Ils se rattachent tous à ceci : perte pour l'adopté de sa famille, et acquisition d'une nouvelle.

D. Comment nomme-t-on ce changement d'état ?

R. La plus petite perte d'état (*capitis deminutio minima*).

D. Citez-en les conséquences.

R. L'adopté perdait ainsi l'agnation et tous les droits qui s'y rattachent, tels que ceux de tutelle, de succession, de gentilité, de patronage ; il acquérait, en la nouvelle famille, les droits du même ordre.

D. Cessait-il d'être parent des siens ?

R. Oui, le parent civil, mais non naturel. La *capitis deminutio minima*, en effet, dissout l'agnation seule, non la cognation.

D. Quelle parenté acquérait-il à nouveau ?

R. Toutes les deux, dans le rapport des personnes formant la *familia adoptiva* ; il avait ainsi deux ordres de frères, sœurs, pères, neveux, etc., comme cognats ; il était étranger à la famille naturelle de l'adoptant (C. C. 350).

D. A quoi tient cette étrangeté ? La loi peut-elle donc faire acquérir à quelqu'un la parenté du sang ?

R. C'est qu'on ne peut être agnat sans être aussi cognat.

D. Quel nom portait l'adopté ?

R. Celui de son nouveau *parens* ; mais il gardait l'ancien, accommodé en épithète (ainsi sont faits les noms de Scipion Emilien, César Octavien) ; on arrangeait aussi celui de l'adoptant de la sorte, comme Justinien, fils adoptif de Justin (conf. C. C. 347).

D. Quelle est la condition de ces enfants ?

R. Ils sont assimilés en tout au fils natif, qu'on nomme aussi en ce sens *naturalis*. Ils tombent sous la puissance de l'adoptant, qui peut en disposer à son gré. Tout ce qu'ils acquièrent est pour lui.

D. Quels sont les effets propres à l'adrogation ?

R. Elle peut conférer, en principe, le droit de puissance paternelle ou d'autres pouvoirs, en dehors de l'adopté, sur ceux qu'il a en puissance paternelle, dominicale, en *manus, in mancipio*. En outre, elle fait acquérir tous ses biens, présents même.

D. Cela ne donne-t-il pas à l'adrogation un caractère tout particulier ?

R. Oui, celui d'un mode de succession, point de vue auquel on l'étudie plus loin (Liv. III, tit. x).

D. L'adoption ne fait-elle pas acquérir ?

R. Non, pas ainsi directement, du moins. Vous faites allusion aux pécules que peut avoir le fils de famille donné en adoption ; c'est seulement au cas de prédécès de celui-ci que le *parens* en exercera le retrait.

D. Justinien n'a-t-il pas modifié les effets de l'adoption ?

R. Oui, surtout de l'adoption simple.

D. Qu'a-t-il fait pour l'adrogation ?

R. 1° Permise aux femmes, on ne peut plus dire qu'elle confère toujours la puissance paternelle ;

2° Quand elle le fait, la législation nouvelle sur les pécules restreint fort les acquisitions du père.

D. Et pour l'adoption simple ?

R. L'empereur édictant des règles nouvelles, dans la constitution 10 *De adoption*, distingue si l'adopté est remis à un ascendant ou à un autre (*extraneo*.)

D. *Quid* dans la première hypothèse ?

R. Rien n'est innové pour ce cas, en dehors des changements généraux apportés dans la condition des fils de famille et le régime des successions. L'ascen-



dant, sauf une femme, a la puissance paternelle, et peut ainsi disposer de l'enfant, l'émanciper, le donner en adoption. S'il ne peut consommer l'abandon noxal du fils, le mariage de la fille contre son gré, c'est que cela n'est plus permis à nul *parens*.

D. Et dans la deuxième hypothèse ?

R. Sous-distinguons si le donné en adoption est un enfant ou un *nepos ex filio*.

D. Que décide-t-on pour le *nepos* ?

R. Si cet adopté est encore dans sa famille native, précédé par son auteur direct, au décès du chef, comme il n'a pas de droit de succession à sauvegarder, l'adoption aura son entier effet.

D. Et dans le cas contraire ?

R. Si l'adopté se trouvait en puissance directe, au décès de l'*avus* son chef, on décide que l'adoption ne l'a pas fait sortir de sa famille native, où il peut recueillir succession. Cette dernière solution s'appliquera toujours à l'enfant.

D. Que suit-il de cette règle ?

R. Que l'effet de l'adoption d'un petit enfant en puissance médiate est indéterminé d'abord, *in pendent*. L'enfant adoptif ne sort plus de sa famille et y garde ses droits de patronage, de tutelle, de succession, tout en gagnant, grâce à une cognation fictive, un droit de succession dans celle de l'adoptant.

D. Pourquoi cette réforme ?

R. Parce que les enfants donnés en adoption perdaient souvent, sans compensation, leurs droits de légitimaires dans leur famille naturelle. Je le ferai comprendre aux Successions.

D. Justinien les rend-il donc légitimaires dans les deux familles ?

R. Non ; ce serait l'exagération de notre loi française (C. C., 350). Ils ne prendront succession qu'*ab intestat* dans la nouvelle, c'est-à-dire si le chef ne les en déshérite pas ; ce qu'il peut faire librement & sans forme.

D. Les enfants adoptifs peuvent-ils encore être donnés en adoption ?

R. Oui, mais par l'adoptant ou par le *pater naturalis*, selon la distinction qui domine ici.



SECTION 5<sup>e</sup>. — *Assignment d'enfant.*

D. Ne peut-on avoir un enfant en puissance sans l'avoir procréé en mariage, légitimé ni adopté ?

R. Oui, par l'effet de l'assignment d'enfant, c'est à dire la déclaration par laquelle un *parens* donne un enfant adoptif à son fils ou petit-fils ; c'est un attribut de la puissance paternelle.

D. Cette déclaration est-elle un acte principal ?

R. Non, nécessairement accessoire à l'adoption.

D. L'assignment s'y produit-elle toujours ?

R. Elle ne peut pas se produire quand on prend un enfant adoptif, mais seulement un petit-enfant ou arrière-petit-enfant. On peut alors, quand on a des enfants et petits-enfants, lui choisir un père, ou un père et un aïeul adoptif. C'est l'assignment.

D. Comment ne pas supposer un père adoptif ?

R. En feignant qu'un fils natif, prédécédé ou sorti autrement de la famille, y a laissé cet enfant.

D. Quel consentement faut-il de plus à l'adoption compliquée d'assignment ?

R. Celui de l'assignataire, à cause de la règle : *ne invito heres suus agnascatur*

D. Quel est donc l'effet de l'assignment ?

R. Elle donne à l'assignataire la puissance paternelle de seconde main ; c'est-à-dire que, si l'aïeul adoptant sort de sa propre famille avant l'adopté, celui-ci se trouve en la puissance de l'assignataire.

D. Et s'il n'avait pas été assigné ?

R. Il se trouverait alors *sui juris*.

D. Quelle est l'origine de cette institution ?



R. La coutume; ou plutôt les créations des prudents, qui ont inventé toutes les adoptions.

D. N'y a-t-il pas une autre institution semblable?

R. Oui, l'assignation d'affranchi, par laquelle on désigne un ou plusieurs de ses enfants, pour être, après vous, les patrons de tel affranchi.

D. Comment a lieu l'assignation d'enfant?

R. Je pense qu'elle était soumise aux mêmes formes que l'adoption, tout au moins à celles du testament, où intervenait aussi jadis la société romaine.

D. Cependant l'assignation d'affranchi n'est subordonnée à aucun rite.

R. Oui, mais il s'agit ici d'un droit plus important.

D. Quelles différences y a-t-il donc entre l'assignation d'enfant et celle d'affranchi?

R. 1<sup>o</sup> La première confère éventuellement la puissance paternelle, l'autre le droit de patronage;

2<sup>o</sup> L'assignation d'enfant ne peut avoir lieu qu'en faveur des mâles, à cause de cela; l'autre se fait indifféremment aux fils ou filles;

3<sup>o</sup> Le même motif fait que l'assignation d'enfant ne peut être que pour un seul, tandis que le droit de patronage peut être donné à plusieurs.

4<sup>o</sup> Il y a aussi différence, sans doute, en la forme



## TITRE XI (*bis*),

### De la manus et du mancipium.



#### SECTION 1<sup>re</sup>. — *De la Manus.*

D. Que signifie le mot *manus* ?

R. Symboliquement puissance ; il a ce sens général (*mancipium, mancipatio, emancipatio, manumissio*). Dans un sens restreint, il désigne une puissance particulière, espèce assez mal connue, mais en certains cas fort semblables à la puissance paternelle et qu'on exerçait sur une femme, non issue de vous en général.

D. Sur la femme seulement ! Mais alors n'est-ce pas un nom tout fait pour la puissance maritale ?

R. On le dit assez souvent, mais à tort. Si la *manus* assujettit généralement une femme à son mari, elle peut la mettre aussi dans la dépendance de son père, de son beau-père, d'un étranger.

D. Quelles sont les sources de la *manus* ?

R. Ces trois : *usus, confarreatio, coemptio*.

D. Qu'est-ce que *usus* ?

R. Une application faite à la femme de l'usufruct, mode d'acquérir qui nous donne la propriété quiritaire, après un an de possession continue, sur les meubles et les personnes assimilées à des choses, les esclaves et jadis peut-être les fils de famille.

D. La femme est-elle donc assimilée aux choses ?

R. Oui, à ce point de vue, par la loi des Douze-Tables; mais seulement la femme mariée et dans le rapport du mari ou du *parens* de celui-ci. Après un an de possession continue, elle leur appartenait. On comprend dès lors combien cette condition devait être générale.

D. L'épouse peut-elle s'y soustraire, cependant?

R. Oui, en interrompant la possession, *ut quotannis trinoctio abesset*. Une omission suffisait pour l'assujettir.

D. Qu'est-ce que la *confarreatio*?

R. Un rite de mariage religieux, comportant un sacrifice à Cérès, qui se célébrait en présence de dix témoins, avec diverses cérémonies, au nombre desquelles figurait le partage d'un pain de froment, *panis farreus*. La femme ainsi mariée est *in manu* de plein droit.

D. Ce rite était-il accessible à tous?

R. Il était le privilège de la caste patricienne. Au fait seul de naître d'une union ainsi formée s'attachait une distinction souveraine et l'on exigeait cette origine chez les grands-prêtres, comme jadis chez nous les quartiers de noblesse en certains monastères.

D. Qu'est-ce que la *coemptio*?

R. La vente de la femme, par la mancipation, avec des paroles particulières, inconnues.

D. Qui faisait cette vente?

R. Le père de famille; si elle était *sui juris*, elle-même se mancipait, assistée de son tuteur.

D. Qui acquérait ainsi la *manus*?

R. L'*emptor* ou son *paterfamilias*. Ce mode peut la donner à d'autres qu'au mari et à son *parens*.

D. Quel but a donc la femme dans la *coemptio*?

R. Le rite se fait *matrimonii* ou *fiduciæ causa*, c'est-à-dire en imposant à l'acheteur de libérer la femme aussitôt, ce qui aura réussi à lui faire atteindre un résultat.

D. Donnez des exemples de ces calculs?



R. 1<sup>o</sup> Pour changer de tuteur, à une époque où la tutelle des femmes tend à devenir de pure forme. Avec l'autorisation de son tuteur actuel, la femme se vend au tuteur futur, qui l'émancipe de la *manus* et devient tuteur, par droit de patronage;

2<sup>o</sup> Pour acquérir le droit de tester, qui, jusqu'à Adrien, ne compétait aux femmes qu'autant qu'elles avaient subi la *manus* et l'émancipation;

3<sup>o</sup> Pour se débarrasser d'un culte domestique qui reposait sur sa tête; la femme fait coemption à un homme, fort âgé et nécessiteux, qui lui rend immédiatement ses biens et sa liberté, mais retient, moyennant pension, l'entretien du culte.

D. La coemption, se faisant avec tout le monde, permet d'avoir sa concubine *in manu*?

R. C'est probable; mais ce serait, vu la considération qui s'y attache et les traditions matrimoniales, une très-forte présomption contre l'homme.

D. La considération! pourquoi cela?

R. Tout prouve que la *manus* est honorable pour la femme. Ainsi, elle existe nécessairement dans le mariage, la concubine ne la subit pas *usu*; on réserve à la femme *in manu* le titre de *materfamilias* (comme chez les modernes les noms de dame, *lady*, sont le signe de la distinction ou de la noblesse); il faut que la femme ait subi la *manus* pour pouvoir tester; enfin, la femme *in manu* seule partage et conserve, veuve, les dignités de son mari.

D. En dehors de cet effet supposé, quelles sont les conséquences de l'*in manum conventio*?

R. Elles diffèrent, suivant la source de la *manus*, la personne qui l'acquiert et la condition antérieure de la femme. La *manus* comporte ainsi certains attributs secondaires de l'agnation ou l'intégralité. La *manus* est *plena* ou *minus plena*.

D. Que dites-vous de la *filiafamilias*?

R. Quand une *filiafamilias* subit la *manus*, autrement que par suite de la *coemptio*, qui aurait dis-

sous la puissance paternelle, le pouvoir du *parens* subsiste et la femme n'est rattachée que pour le culte à la *familia* du mari, au moins sous Gaïus.

D. Et si elle était *sui juris*?

R. Un étranger n'acquiert sur elle que la communauté de culte et d'autres droits mal connus.

D. Mais si la *manus* s'établit au profit d'un mari ou de son *parens*?

R. Alors, la femme est dans la famille *loco filiae* ou *neptis*. Elle a le nom, le culte, et, autant qu'ils compétent aux femmes, tous les droits nés de l'agnation. Il n'y a qu'un patrimoine pour les époux, pas de dot.

D. Était-ce d'une grande importance pratique?

R. Considérable. Durant des siècles la législation successorale des Douze-Tables ne reconnaissait que des droits successifs secondaires aux femmes; elles n'avaient pas l'hérédité de leurs enfants ni ceux-ci la leur, en dehors de la *manus*; qui leur donnait droit, en outre, sur celles de leur mari, beau-père et beaux-frères ou sœurs.

D. Que devint la *manus*?

R. Sous Gaïus et Ulpien, l'*usus* avait disparu, mais on reconnaissait encore les deux autres sources. Par la suite, Constantin abolit le rite païen de la *con-farreatio* et l'existence légale du concubinat. L'épouse n'eut plus peine à se distinguer de la concubine, la tutelle des femmes était perdue, toutes pouvaient tester; ainsi disparaissaient les applications de la *coemptio*.

D. Et sous Justinien?

R. Il n'est plus question de cette institution, de la *manus*. On en a effacé les traces dans le Digeste et les Instituts. Signalée par quelques mots d'Ulpien, elle n'a été vraiment révélée, après les siècles, que par Gaïus (Comm. I § 108-116).

---



SECTION 2<sup>e</sup>. — *Du Mancipium.*

D. Qu'est-ce que le *mancipium* ?

R. Une puissance sur les personnes libres.

D. D'où vient son nom ?

R. Elle n'en avait pas de spécial chez les Romains. Ils l'exprimaient, ainsi que son caractère, en disant qu'un individu était *in mancipio*, or, *mancipium* signifie mancipation ou esclave.

D. Quelle était la source de cette puissance ?

R. 1<sup>o</sup> La mancipation, employée par les pères de famille sur les gens en puissance, et ensuite sur les mêmes par leurs nouveaux maîtres.

2<sup>o</sup> La *manus injectio*, procédure d'exécution ;

3<sup>o</sup> Peut-être, le vol manifeste.

D. Si je possède annuellement et continûment un homme libre, ne l'aurai-je pas en *mancipium* ?

R. Non, cette puissance ne s'acquiert pas *usu*. La liberté est imprescriptible et la possession indéfinie d'un homme libre ne crée ni servitude, ni quasi-servitude.

D. Quand on mancipe une femme, sera-t-elle en servitude, en *manus* ou *in mancipio* ?

R. Cela dépend des termes qui ont accompagné la vente ; la loi des Douze-Tables dit ici : *uti lingua nuncupasset, ita ius esto*. La mancipation d'une *ancilla* n'a pas lieu dans les mêmes termes que celle d'une fille ; cela est sûr. Des différences semblables existent aussi sans doute entre la mancipation de la *coemptio* et celle par laquelle le *parens* consomme l'abandon noxal de sa fille.

D. Quels sont les effets du *mancipium* ?

R. Comme dans les autres espèces de puissance : quant à la personne, un droit de gouvernement de jouissance, de disposition ; quant aux biens, l'acquisition de tout ce qui advient à l'individu *in mancipio*.

D. Le maître peut donc tuer le Mancipé ?

R. Peut-être bien ; mais ce droit n'a pas duré. Il peut seulement le faire travailler, le vendre, le léguer, etc.

D. Quand Mancipe-t-on les personnes libres ?

R. Une première application de droit sert au père de famille à dissoudre sa puissance, pour donner en adoption les descendants ou les rendre *sui juris*.

D. Vous en avez annoncé une autre ?

R. Oui, c'est le cas où l'on consomme l'abandon noxal d'une personne libre, pour la délivrer à celui qu'elle a lésé : celui où l'on vend les enfants *ad huc sanguinolentos*.

D. La condition du Mancipé n'est-elle pas bien différente en ces deux dernières hypothèses ?

R. Oui, le *mancipium* est fictif ou sérieux. L'état du fils de famille placé *in mancipio*, pour arriver à l'adoption, est généralement transitoire et n'offre de l'esclavage que le nom juridique. Quand, au contraire, on l'a acquis à prix d'argent ou en réparation d'un délit, on agit en spéculateur et on tire tout le parti possible du Mancipé, jusqu'à sa libération.

D. Y a-t-il des différences avec l'esclavage ?

R. Oui, on ne peut maltraiter le Mancipé comme un esclave et si quelqu'un l'outrage, l'action d'injure est recevable, tandis que le droit strict ne l'admet pas à l'égard d'une personne servile.

D. Peut-on vendre le Mancipé ?

R. Non, à moins que ce soit au *mancipator*, dans le *mancipium* fictif, qui renferme toujours une fiducie. Quand le *mancipium* est sérieux, on peut le vendre, l'engager, donner ou léguer librement.

D. L'apparente servitude n'opère-t-elle pas ?

R. Oui, celui qui tombe *in mancipio*, ne fût-ce que pour quelques instants, dans le rite des Mancipations successives, subit une dégradation d'état, la *minima*.

D. Et si l'assujétissement se prolonge ?

R. Il peut alors sérieusement souffrir de la privation du droit de se marier, de tester, d'acquérir.

D. Peut-on mettre son épouse *in mancipio* ?

R. Oui, de toutes les manières, je le crois ; soit pour l'émanciper ou la constituer en adoption, soit pour en faire l'abandon noxal.

D. Qu'est devenu le *mancipium* ?

R. Les deux applications sérieuses qui s'en faisaient sous Gaius, aux enfants naissants et aux esclaves, subsistent sous Justinien. Celles fictives ont disparu.

D. Quand on fait l'abandon noxal de l'esclave, est-il en servitude ou *in mancipio* ?

R. En servitude, évidemment, d'après les principes. Mais on admit, par bienveillance, sous l'Empire, qu'il fût libérable dans les mêmes termes que le mancipé libre.

---

## TITRE XII.

### Dissolution de la puissance paternelle.

---

#### SECTION 1<sup>re</sup>. — *Effet d'événements qui altèrent la personnalité.*

D. Quelles causes dissolvent cette puissance ?

R. Des causes diverses, qu'on peut grouper en trois classes :

1<sup>o</sup> Les événements altérant la personnalité du *paterfamilias* ou des personnes sur lesquelles il a la puissance paternelle ;



2° Des faits de son activité propre ;

3° Certaines dignités chez les fils de famille.

D. Quels faits altèrent la personnalité ?

R. La mort détruisant la personne matérielle et ceux qui causent la dégradation d'état, détruisant la personne civile. Cette destruction est entière, dans les deux premiers cas de dégradation d'état, dont il y a trois espèces, et pour cela les commentateurs les ont appelés la mort civile.

D. Comment opère la mort naturelle ?

R. Il ne peut plus y avoir dépendance ni autorité d'un défunt.

D. Mais quand c'est le *parens* qu'elle frappe, sa puissance ne fait-elle pas place à celle d'un autre ?

R. Souvent. Il faut distinguer si les personnes en puissance sont ou non des héritiers siens.

D. Qu'entendez-vous par là ?

R. Les fils de famille sont, vis-à-vis du *parens*, dans un état de dépendance, à l'origine, de communauté de biens plus tard, que la loi exprimait par l'épithète de *sui*. Les commentateurs en ont fait un substantif la *suitas*.

D. C'est l'attribut de toutes ces personnes en puissance !

R. Oui, tous sont siens ; mais ceux-là seuls sont héritiers qui viennent dans la famille après le chef, et non médiatement au 2<sup>e</sup> ou 3<sup>e</sup> rang.

D. Les héritiers siens sont-ils donc les enfants ou descendants du premier degré, exclusivement aux autres ?

R. Oui, sans doute, mais non ceux-là seuls. L'intermédiaire étant supprimé, le fils sorti de la famille, les petits-enfants deviennent héritiers siens.

D. Quel est donc le sort des héritiers siens ?

R. Tous ceux-là sont libérés de la puissance sous laquelle ils étaient réellement ou par fiction.

D. Pourquoi par fiction ?

R. Le *parens* a fictivement en puissance directe

1<sup>o</sup> les enfants qui sont au sein de son épouse ou de sa bru dont le mari serait sorti de la famille, 2<sup>o</sup> ses fils captifs et dont le sort est en suspens. Ils sont héritiers siens. 3<sup>o</sup> Ceux à qui on fait, après son décès, une restitution rétroactive de la cité.

D. Quel est l'effet quant aux autres siens ?

R. Ils retombent en la puissance de leur auteur, qui est en rang pour hériter.

D. Il les recueille donc, comme des esclaves ?

R. Tel est sûrement, selon moi, l'aperçu original et vrai. Mais il y en a un autre. Nous devons avoir nos enfants, et, s'ils sont acquis à notre *parens*, c'est que nous n'avons rien à nous. Le fils de famille avait donc une puissance paternelle latente, qui sommeillait, et qui se réveille à la disparition de celle de l'*avus*.

D. Comment a-t-on désigné cette puissance ?

R. La puissance paternelle de seconde main.

D. Expliquez cela par un exemple.

R. Sempronius a eu deux fils, 1<sup>us</sup> et 2<sup>us</sup> et, de chacun, des petits-enfants. 1<sup>us</sup> est mort. Si Sempronius meurt à son tour, les enfants de 1<sup>us</sup> et le fils 2<sup>us</sup>, héritier sien, sont faits *sui juris*. Les enfants de 2<sup>us</sup> restent en sa puissance.

D. Cela a-t-il lieu seulement en cas de mort ?

R. Non, mais aussi en cas de mort civile, c'est-à-dire de perte de la liberté ou de la cité.

D. La captivité dissout-elle donc la puissance paternelle ?

R. Non, cette puissance est alors en suspens, pour être perdue ou recouvrée par le captif, selon l'issue de sa captivité.

D. C'est-à-dire que s'il ne revient pas ?...

R. Ses héritiers siens sont rétroactivement *paterfamilias*, à dater de sa disparition ; s'ils ont fait des actes interdits aux fils de famille, ces actes sont validés, au moins par le droit prétorien ; toutes leurs acquisitions leur restent. La puissance paternelle de



seconde main se trouve effective pour eux, sur leurs enfants depuis la même date, et ils acquièrent tout ce qui est advenu à ceux-ci.

D. Et si le père de famille reparaît ?

R. Par l'effet du *postliminium*, il recouvre tous ses droits. On aura tenu ses fils en condition dépendante, précisément pour lui ménager cette restauration.

D. Le *paterfamilias* n'en perd-il pas cependant quelque chose ?

R. 1<sup>o</sup> En fait, il peut perdre quelque acquisition des enfants ;

2<sup>o</sup> En droit, j'ai dit qu'après l'avoir attendu trois ans, ceux-ci peuvent se marier sans son consentement ; mais il était libre de provoquer le divorce en son propre nom, jadis.

D. Quel est le sort, en cas de retour, des enfants nés durant la captivité ?

R. Les descendants des fils en puissance du captif y entrent tous ; celui laissé au sein de son épouse également. Pour les autres, distinguons si la femme a rejoint ou non son mari. En cas d'affirmative, comme il est censé n'avoir jamais quitté Rome, et, vu que l'état de fait du mariage a persisté, les enfants ultérieurs sont citoyens et en puissance.

D. Mais si la femme ne l'a pas rejoint ou si, l'ayant rejoint, elle revient seule ?

R. Dans les deux cas, le mariage est rompu, du jour du départ. Si elle les a eus du captif, les enfants conçus d'un esclave sont *spuriî*. Hors de là, leur condition est dans le droit commun. Ils seront même légitimes, si leur mère s'était remariée.

D. Au cas de perte de la cité, ne peut-on recouvrer aussi ses droits, même ceux de père ?

R. Oui, en cas de grâce ou réhabilitation. La puissance publique, de qui il dépend de créer la *familia*, peut alors restituer ses droits au *parens*. Quand il y a restitution *per omnia*, elle comprend nécessairement la puissance paternelle. De même,

quand il y a eu mort civile pour un *filiusfamilias*.

D. Vous dites que la *minima capitis deminutio* dissout aussi la puissance paternelle ?

R. Oui, mais c'est seulement en frappant des fils de famille, et cela rentre dans mon deuxième ordre de causes.

D. Mais l'adrogation ? Elle atteint un père de famille et dissout sa puissance, avez-vous dit ?

R. Non, elle est transférée à l'*adrogator*.

D. Comment expliquez-vous cette transmission ?

R. On peut n'y trouver qu'un effet de la règle : *adoptio naturam imitatur*. Pour moi, j'y vois volontiers un droit de succession.

---

SECTION 2<sup>e</sup>. — *Faits personnels du parens, ou sentences du magistrat y suppléant.*

D. Comment le père de famille dissout-il sa puissance ?

R. Par la mancipation, exclusivement.

D. La simple mancipation suffit-elle à cela ?

R. J'ai dit qu'il faut l'employer trois fois pour les descendants privilégiés, unis au *parens* par la proximité de degré et l'identité de sexe, les fils ; c'est écrit dans les Douze-Tables (tab. IV).

D. Mais les Douze-Tables ne disaient pas que la puissance paternelle dût être dissoute sur les autres descendants par une seule mancipation.

R. C'est une interprétation libérale des prudents.

D. N'ont-ils pas beaucoup créé dans cette voie ?

R. Oui, il n'était pas venu à l'idée des décemvirs que le *parens* pût devenir étranger à ses descendants, tant qu'ils vivraient tous dans la cité, à moins qu'il s'en fût fait à plusieurs reprises des moyens de crédit ou des fonds, en les vendant. Je suis convaincu que ce sont les prudents qui ont créé

tous les autres emplois fictifs de la mancipation, dans le rapport des fils de famille, dont l'effet est de rompre l'agnation.

D. A quel but l'emploie-t-on donc en outre ?

R. 1<sup>o</sup> A l'abandon noxal des fils et filles de famille ;

2 A constituer ces dernières *in manu* ;

3<sup>o</sup> A faire changer de famille tous descendants ;

4<sup>o</sup> A les rendre *sui juris*, *patresfamilias*, *matresfamilias*, ce qu'on nomme l'émancipation.

D. Comment opère-t-on pour remplir ce but ?

R. Les rites ont varié. Dans le plus ancien, fort analogue à celui de l'ancienne adoption simple, à l'acte légitime de l'émancipation on joint une action de la loi de juridiction gracieuse, la *manumissio vindicta*.

D. Expliquez cela en détail.

R. Après la mancipation, l'*emptor* affranchit le mancipé et on recommence ainsi à trois reprises, s'il s'agit d'un fils.

D. L'*emptor*, en ce cas, demeure patron ?

R. Oui. Mais le préteur y remédiait sans doute à tous les points de vue, et particulièrement au plus important, en ouvrant, par la *bonorum possessio unde decem personæ*, une vocation héréditaire à tous les proches parents naturels de l'émancipé, avant celle du *manumissor extraneus*.

D. Ne trouva-t-on pas un remède plus efficace ?

R. Oui, dans une nouvelle clause de fiducie.

D. Qu'est-ce que la clause de fiducie ?

R. Celle par laquelle l'*emptor* s'engage à faire de l'objet de la mancipation un emploi qui lui est mandé. Ici, il y en avait une déjà, puisqu'il n'achetait que pour affranchir. On convint qu'au lieu de le faire, après la dernière mancipation, il revendrait l'enfant au *parens*.

D. Et que produit cette revente ?

R. Le *parens* ayant ainsi le *mancipium* l'affran-



chit. Cette combinaison a donc l'avantage à la fois, de ne pas constituer sur la tête d'un tiers les droits d'agnation et de les rendre au *parens*, sous un autre nom.

D. Ce rite fut-il toujours en usage ?

R. Il y fut durant plusieurs siècles. Anastase seulement en proposa un autre, parallèle.

D. Qu'est-ce que l'émancipation anastasienne ?

R. Ce rite, qui supplée au précédent, consiste : 1<sup>o</sup> à prendre un rescrit impérial déclarant *sui juris* les enfants absents, qu'on ne peut manciper et émanciper ; 2<sup>o</sup> à faire enregistrer cet acte parmi ceux du prétoire.

D. N'y a-t-il pas une condition de plus exigée ?

R. C'est le consentement de l'émancipé, non seulement à raison de son absence, mais parce que c'était devenu une formalité nécessaire.

D. Mais comment sauve-t-on au père ses droits d'agnation ?

R. L'empereur dispose ici de ces droits, comme dans les rescrits d'adoption et de légitimation.

D. N'y eut-il pas encore une autre forme ?

R. Oui, c'est l'émancipation justinienne ; elle consiste dans une simple déclaration devant le magistrat qui en fait dresser acte, en s'assurant qu'il n'y a pas d'opposition. C'est encore le rite français (C. C., 477).

D. Que deviennent les avantages de l'émancipation anastasienne et de la *contracta fiducia* ?

R. Justinien n'a pas abrogé l'émancipation des absents. Quant à la fiducia, il décide que la volonté de rester patron des émancipés sera toujours entendue dans la déclaration du *parens*.

D. Quels avantages procure le patronage ?

R. Comme je l'ai dit, les égards filiaux, la tutelle, la succession, l'identité de nom du père au fils ?

D. Peut-on stipuler les *operæ fabriles* ?

R. Les dispositions, à cet égard, ont bien varié. La stipulation fut permise longtemps et ensuite pros-

crite. Après la création d'un pécule propre au fils de famille, on permit à l'*emancipator* de s'en faire donner une part, en dédommagement de son droit d'acquisition. Justinien crée ici un usufruit légal.

D. Quelles personnes peut-on émanciper ?

R. Toutes celles qu'on a en puissance paternelle ou en *manus*, quels que soient le degré et la source de l'agnation : naissance, légitimation, adoption, *in manum conventio*. Le *parens* peut émanciper les petits-fils sans l'agrément du fils, et les retenir quand il émancipe leur père.

D. L'émancipation est-elle entièrement libre ?

R. Sauf pour celui qui a adrogé un impubère et qui ne peut l'émanciper, que de l'autorisation du magistrat, à peine de payer la quarte Antonine. Faite par un *parens* fou elle est nulle, et, par un mineur, sujette à restitution.

D. Et la *coemptio* pour la fille ?

R. Elle peut s'y refuser, s'il s'agit de prostitution ; plus tard, même de mariage, contre son gré ; mais la coemption, alors, était peut-être perdue.

D. Vous dites que l'*avus* peut émanciper son fils en retenant les petits-enfants, mais quel est le sort de ceux qui naissent ultérieurement ?

R. A cet égard, on fait abstraction du droit strict de l'*emptor*, et, ne tenant compte que de ceux de l'émancipé et du *parens*, on attribue l'enfant à l'un ou à l'autre, suivant que la conception se place avant ou après la dernière mancipation qui a dissous la puissance paternelle.

D. Mais si le fils ou petit-fils meurt *in mancipio* après cette mancipation ?

R. En ce cas, le part naît *sui juris*.

D. C'est bien, pour l'émancipation. Mais s'il y a une mancipation sérieuse, pour l'abandon noxal, par exemple ?

R. Le part appartient au *mancipator* ou à l'*emptor*, sauf à ce dernier à tenir compte de sa valeur.



Sous Gaius déjà, cet abandon noxal ne se fait plus.

D. N'y a-t-il pas aussi des acquisitions rétropectives, pour les biens, grâce à l'émancipé ?

R. Vous voulez dire celles conditionnelles. Oui, mais il faut distinguer si la condition à laquelle elles étaient subordonnées, reçoit, un effet rétroactif.

D. Où se puise cette distinction ?

R. La condition a un effet rétroactif dans les obligations, et non dans les testaments.

D. Les enfants peuvent-ils exiger l'émancipation ?

R. Non, à l'origine (Gai, I, § 137). Mais l'adoucissement des mœurs leur permet d'obtenir que leur *parens* fût privé de son pouvoir, comme le *dominus*, quand il en abusait.

D. Quels sont les cas d'émancipation forcée ?

R. 1° Quand le père maltraite ses enfants, les expose, les laisse sans secours.

2° S'il veut prostituer sa fille ou petite-fille ;

3° Quand un adrogé en minorité attaque son adrogation ;

D. Est-il besoin alors d'émancipation ?

R. Il est possible que non, le magistrat qui doit juger les griefs prononce sans doute la libération.

D. Quel est l'effet de l'émancipation ?

R. Elle rompt le lien civil entre le père et l'enfant. Le premier ne peut gouverner le second, en disposer, acquérir par lui des biens ou des enfants, sauf ceux conçus et des droits conditionnels. Il y a extinction de la vocation héréditaire pour l'enfant.

D. Ces effets ne sont-ils pas réparés ?

R. Oui, quant au père, par les moyens que j'ai indiqués ; quant à l'émancipé et à ses descendants, par la *bonorum possessio contra tabulas* ou *unde liberi*.

D. L'émancipation est-elle irrévocable ?

R. Elle peut être révoquée en faveur du *parens* mineur, s'il en est lésé ; et, en outre, par l'adoption ou, à titre de peine, en cas d'ingratitude.

D. Comment cette adoption ?

R. Quand on veut réparer une émancipation qu'on regrette ; mais on ne le peut si c'a été celle d'un adopté.

D. En quels cas y a-t-il ingratitude ?

R. Le magistrat avait jadis un libre pouvoir d'appréciation. Puis les causes légales ont été ainsi déterminées au Code : l'attentat à la vie, le délit ou l'injure grave (Cf. C. C.955).

D. Quel rapprochement faites-vous ici ?

R. L'affranchissement était révocable aussi pour ingratitude, ainsi que les donations. Les causes légales pour ce dernier cas sont identiquement celles que j'ai citées. On les retrouve sur la même matière dans la loi française, qui a ajouté le refus d'aliments.

---

### SECTION 3<sup>e</sup>. — *Effet de certaines dignités.*

D. Les honneurs libéraient-ils les fils de famille ?

R. Non, à l'origine, pas plus que l'âge, ni les noces. Le consul, le dictateur, obéissaient à leur père. Certains agitateurs, qui dominaient le peuple du haut de la tribune, étaient ensuite par leur père punis du fouet. La loi des Douze-Tables rappelait contre les fonctionnaires le droit paternel de les flageller et tuer.

D. Quelles exceptions furent d'abord reçues ?

R. Les vestales et les flamines de Jupiter, que leur dieu était censé avoir en puissance, étaient de plein droit libérés de celle de leur *parens*.

D. L'usage ne vint-il pas aussi de libérer son fils promu, par exemple, au consulat ?

R. Oui, mais il s'agit là d'une émancipation, et libre.

D. Quelles exceptions furent encore admises ?

R. Après celles-ci, perdues avec le paganisme, Justinien décida de même pour les dignités de patrice,

d'évêque, de consul, de préfet, de *magister militum*.

D. Qu'était-ce que le patriciat ?

R. Une dignité créée par Constantin, comme une retraite, pour les personnages qui sortaient des hautes fonctions, qu'il se donnait pour conseillers intimes, dont il reconnaissait l'autorité morale. Justinien ne veut pas que ceux-là obéissent à leur *parens* que l'empereur vénère en fils : de même pour les évêques, les pères des fidèles.

D. Ces considérations les font priver d'héritage !

R. Nullement. L'empereur écarte cette conséquence des principes, en décidant que ces personnages conservent tous leurs droits de famille.

D. Auront-il aussi (sauf les évêques), leurs enfants en puissance ?

R. Seulement ceux conçus depuis leur élection ; sur les autres, ils gardent la puissance de second main et les acquerront à la perte de l'*avus*.

---



## TITRE XII (*bis*).

### Dissolution de la Manus et du Mancipium.

---

#### SECTION 1<sup>re</sup>. — *De la manus*.

D. Comment se dissout la *manus* ?

R. En général et logiquement, par les causes qui dissolvent la *patria potestas*, la femme *in manu* étant *loco filiae* ou *neptis*.

D. Énoncez les causes applicables.

R. 1<sup>o</sup> La mort naturelle ou civile, soit de la femme, soit du mari ou *coemptionator* ;

2<sup>o</sup> La mancipation employée par ce dernier ou son *parens* ;

3<sup>o</sup> La dignité de vestale pour la femme.

D. N'y a-t-il pas un autre mode ?

R. C'est l'affranchissement solennel pour celui qui a la femme *in manu*, sans l'avoir *loco filiae*, pour celui-là ou son *parens*.

D. Pourquoi parlez-vous du *parens* ?

R. Parce que la *manus* acquise par un fils de famille l'est pour son *parens*, qui seul en dispose.

D. Le *parens* pourrait-il donc vendre la bru ou la libérer, sans l'aveu du fils ?

R. Oui, puisqu'il pouvait dissoudre directement le mariage.

D. Dans quel but cet emploi de la mancipation ?

R. 1<sup>o</sup> La coemption fiduciaire par le mari ou son *parens* ;

2<sup>o</sup> Ou *matrimonii causa* par un *coemptionator* ;

3<sup>o</sup> Celle pour consommer l'abandon noxal ;

4<sup>o</sup> Enfin pour l'émancipation.

D. Cette émancipation est-elle parfois forcée ?

R. 1<sup>o</sup> Comme pour une fille native ou adoptive, si la femme *in manu* fuit ainsi la prostitution ;

2<sup>o</sup> Quand, mariée, elle est autorisée à divorcer.

3<sup>o</sup> Quand le *parens* a en *manus* la femme d'un enfant qu'il émancipe ou qui sort autrement de la famille ;



## SECTION 2<sup>o</sup>. — *Du mancipium.*

D. Comment se dissout le *mancipium* ?

R. Par l'affranchissement, généralement public.

D. L'affranchissement, alors, n'est-il pas favorisé ?

R. Oui, il n'y a aucun des empêchements que j'ai signalés, d'après les lois *Ælia Sentia* et *Furia Caninia*, à raison de l'âge du mancipé ou de son maître, des droits des créanciers ou du patron de ce dernier, enfin de la restriction à l'affranchissement testamentaire.

D. Les individus mancipés fictivement n'étaient-ils pas libérés, en tous cas, à un certain terme ?

R. Oui, à toutes les fins de lustre, au renouvellement du cens ; parce que, étant libres, ils doivent y être inscrits et que cela emporte leur libération. Ils reprennent alors leurs droits politiques.

D. Et si cela est contraire à la fiducie ?

R. Le *mancipator*, dont la puissance ne serait pas épuisée, refera la vente.

D. L'émancipé à titre onéreux ne peut-il donc obtenir sa libération que du gré de son maître, tout comme un esclave de droit ?

R. Si fait ; s'il vient à bout, ou un tiers, de



fournir la valeur équitablement due à celui-ci, pour son éducation ou le préjudice causé par la *noxia*. Ce dédommagement peut même résulter de faits tels que la longueur des services.

D. L'esclave d'un maître dur bonifie donc sa condition en commettant quelque délit!

R. Si vous voulez. Mais cette assimilation de l'esclave au mancipé n'a été admise que bien tard et encore faut-il que le maître fasse l'abandon.

D. Comment se dissout le *mancipium*, né de la *manus injectio*?

R. Par la libération ou la servitude.

D. Les libérés du *mancipium* sont-ils affranchis?

R. Non, ingénus, mais soumis au patronage.

D. S'ils ont eu des enfants en cette condition, sont-ils acquis au maître?

R. Jamais dans le *mancipium* fictif.

D. Et dans le *mancipium* à titre onéreux?

R. Oui; mais je distingue. La personne *in mancipio* est-elle une femme? Ses enfants sont ingénus et elle peut les racheter, soit avant, soit après elle. Est-ce un homme, qui a eu des relations avec une *ancilla*? Cela ne constitue pas le concubinat et les enfants conçus de sa paternité incertaine sont des vermes, à l'entière disposition du maître.

---

## TITRE XIII.

### Des tutelles.

---

D. Comment arrivons-nous à ce sujet ?

R. Par une subdivision des personnes *sui juris*.

D. Quelle est donc cette subdivision ?

R. J'ai subdivisé les personnes *alieni juris*, en les classant sous divers pouvoirs, que j'ai étudiés. J'arrive à observer que, parmi celles *sui juris*, les unes sont entièrement indépendantes, et d'autres assujéties à certaines espèces d'autorité, qu'on nomme tutelle et curatelle.

D. Pourquoi, alors, distinguer ces dernières personnes de celles *alieni juris* ?

R. Parce qu'il n'y a là qu'un pouvoir léger, comportant tout au plus l'administration de ces personnes et de leurs biens, nullement l'acquisition et la disposition.

D. Parlez de la tutelle. Qu'est-ce donc ?

R. *Tutela est vis ac potestas in capite libero, ad tuendum eum qui propter ætatem (vel sexum), se defendere nequit, jure civili data ac permissa.*

D. Y a-t-il deux idées en *vis ac potestas* ?

R. On s'est ingénié, à tort selon moi, à les chercher, soit en appliquant *vis* à la personne en tutelle et *potestas* à ses biens ; soit en rapportant *vis* aux pupilles et *potestas* aux femmes.

D. Ne peut-on pas être, chez nous, soumis à la puissance paternelle et à la tutelle à la fois ?

R. Oui, différence à noter (C. C., art. 390)

D. Que veut dire *in capite libero* ?

R. Sur une personne non seulement libre, mais *sui juris*. Celles soumises à l'un des pouvoirs que je viens d'étudier, sauf toutefois la *manus* moindre, sont sous le gouvernement d'un maître et n'ont pas besoin d'une protection particulière.

D. Ne peut-on aussi le prendre pour le tuteur ?

R. Non, la phrase y résiste autant que la raison, car le tuteur peut être *alieni juris*, fils de famille.

D. Quelles sont les causes de la tutelle ?

R. Deux, générales, de faiblesse : l'âge et le sexe.

D. Les femmes étaient donc en tutelle, toutes ?

R. Oui, toutes celles *sui juris*, sauf les vestales.

D. Nous en parlerons plus loin. Pourquoi y a-t-il encore *data ac permissa* ?

R. Parce que le tuteur peut être désigné, soit par la loi ou le magistrat, soit par le citoyen à qui elle confie ce pouvoir ; c'est une concession.

D. Quel rapprochement faites-vous ?

R. C'est ainsi que la loi nous permet le choix de celui qui recueillera nos biens après nous et ne le désigne qu'à défaut de testament.

D. Que signifient les mots tutelle, tuteur ?

R. Protection, protecteur, (de *tueri*).

D. La tutelle est-elle bien du droit civil ?

R. On peut la regarder comme du droit des gens, parce que les nécessités de la société prescrivent de protéger les personnes faibles d'esprit ; mais cette protection avait été organisée par les Romains d'une façon spéciale et rigoureuse, qui fait que leur tutelle se classe dans les matières de droit civil.

D. Quel est le caractère de la tutelle ?

R. Une fonction civile et virile, c'est-à-dire qui ne peut être remplie que par des citoyens mâles.

D. Qu'appellez-vous un pupille ?

R. L'enfant ou adolescent *sui juris*.

D. Combien y a-t-il d'espèces de tutelle ?

R. Trois, celles testamentaire, légitime et dative



ou atilienne. On en nomme d'autres encore ; mais elles viennent de ce que la tutelle légitime se donne à différentes classes de personnes.

D. Le droit français est-il ainsi ?

R. Oui ; nous pratiquons encore les trois tutelles : *testamentaire*, donnée par le dernier mourant des père et mère ; *légitime*, de la mère veuve et des ascendants mâles ; *dative*, conférée par le conseil de famille.

D. Ne peut-on diviser le sujet autrement ?

R. On peut, à un autre point de vue, distinguer la tutelle active, relativement au tuteur et celle passive, dans le rapport de la personne qui y est soumise. Toute tutelle est ainsi active et passive.

---

## TITRE XIV.

### De la tutelle testamentaire.

---

#### SECTION 1<sup>re</sup>. — *De la tutelle testamentaire.*

D. Qu'est-ce qu'un tuteur testamentaire ?

R. Celui qui a été désigné pour ses descendants, dans son testament, par le choix du père de famille dont la puissance vient de s'éteindre par la mort naturelle.

D. Pourquoi dites-vous ainsi, puisque cette puissance s'éteint aussi par la mort civile ?

R. Parce qu'elle aurait annulé le testament.

D. D'où vient le droit de choisir ainsi un tuteur ?

R. De la loi des Douze-Tables, qui dit : *Paterfamilias uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto.*

D. Pour quels descendants cette désignation ?

R. Pour ceux qui se trouvent à la mort du *parens*, héritiers siens impubères.

D. Pour lesquels ne peut-elle avoir lieu ?

R. 1° Pour les descendants des 2° et 3° degrés, en puissance indirecte, et qui doivent retomber sous celle du 1<sup>er</sup> ou 2°;

2° Pour les héritiers siens pubères ;

3° Pour les descendants du 1<sup>er</sup> degré, impubères, mais sortis de la puissance paternelle par l'émancipation, la dation en adoption ou en *manus*.

D. Pourquoi pas à ces derniers ?

R. Quelques-uns d'entre eux peuvent avoir besoin de tuteur ; mais le droit de le désigner par le testament, étant un attribut de la puissance paternelle, est perdu pour le *parens* ; en outre, ils ne sont pas héritiers siens.

D. Le *parens* ne peut-il donc donner de tuteur qu'aux descendants qui recueillent effectivement ses biens ?

R. Non, il peut le faire en les exhérédant.

D. Le *parens* ne peut-il même désigner le tuteur d'héritiers siens non existants ?

R. Oui, des enfants conçus.

D. Ce pouvoir fut-il toujours admis ?

R. Non, parce que l'enfant conçu est une personne incertaine, et que, sauf exception, il fut défendu jusqu'à Justinien de disposer pour de telles personnes.

D. Quelles applications reçoit ce pouvoir ?

R. Le *parens* peut disposer, par exemple, pour un futur pupille, qui naîtra après le testament, de son vivant ou après sa mort ; enfin, pour un de ses descendants actuellement existants, en puissance médiate, pour le cas où il entrerait en puissance directe par l'*in filii locum successio*, après le testament.



D. Comment nomme-t-on ce pouvoir?

R. Dispositions relatives aux postumes et quasi-postumes siens. Je l'exposerai plus loin.

D. Que sont les postumes et quasi-postumes siens?

R. Des personnes qui entrent dans la famille, ou tout au moins sous la puissance directe du chef, après la confection de son testament.

D. La mère peut-elle désigner le tuteur?

R. Non; elle n'a pas de puissance paternelle.

D. Sa désignation est-elle inutile?

R. Non, bien qu'elle soit nulle pour un vice de forme intrinsèque, elle est, comme certaines autres du même genre, confirmée par le magistrat.

D. Cette désignation est-elle reçue chez nous?

R. Oui, mais avec des différences (C. C., 397).

D. Faites cette comparaison.

R. 1<sup>o</sup> La désignation n'appartient qu'aux ascendants du premier degré, à la mère aussi bien qu'au père; 2<sup>o</sup> elle ne se fait pas nécessairement par un acte testamentaire (C. C. art. 391, 392).



## SECTION 2<sup>e</sup>. — *Qui peut être désigné tuteur testamentaire?*

D. Qui peut être donné pour tuteur testamentaire?

R. La capacité, à cet effet, est restreinte par diverses règles.

D. De quels principes découlent-elles?

R. Les Romains, d'abord, exigent la même capacité pour être nommé tuteur en un testament que pour y être institué héritier, la faction de testament; ensuite il faut la capacité spéciale de la tutelle.

D. Cette dernière capacité est-elle, en effet, toujours rigoureusement exigée?

R. Il faut distinguer, d'une part, la jouissance

de la tutelle ou capacité de droit, et l'exercice ou capacité de fait.

D. Que sont ces deux espèces de capacité ?

R. La capacité de droit permet de recevoir le titre de tuteur, d'en jouir ; celle de fait est l'aptitude physique à en remplir la fonction, et on l'exige seulement pour l'exercice.

D. Que ressort-il de là ?

R. Que, si l'on a la faction du testament et la capacité de droit d'être tuteur, on peut être désigné, mais qu'on n'exercera qu'après avoir acquis la capacité de fait.

D. Quelles personnes sont incapables, faute de la faction de testament ?

R. 1<sup>o</sup> Les pérégrins, les latins et les affranchis latins, qui n'ont pas la cité ; les exilés et déportés, qui l'ont perdue ;

2<sup>o</sup> Les enfants incestueux, pour leurs parents ;

3<sup>o</sup> Les personnes incertaines, dont l'individualité n'est pas déterminée pour le testateur, etc.

D. Justinien ne lève-t-il pas cette incapacité ?

R. Oui, mais pas pour la désignation de tuteur, qui est une affaire de confiance personnelle.

D. Peut-on désigner un postume ?

R. Non, puisque c'est personne incertaine.

D. Quelles personnes sont écartées par les règles de la capacité spéciale ?

R. Les femmes, les esclaves, les impubères, les sourds, les muets, les militaires et les évêques.

D. Les femmes ne sont-elles jamais tutrices ?

R. Les premiers empereurs ont accordé à quelques veuves, déterminées, la tutelle de leurs enfants ; sous Justinien, les ascendantes sont toujours capables.

D. Quelles conditions exige-t-on des femmes ?

R. 1<sup>o</sup> Qu'elles jurent de ne pas convoler en secondes noces ; 2<sup>o</sup> qu'elles renoncent au bénéfice du sénatus-consulte velléen, qui leur défend de s'obliger sans intérêt.

D. Les esclaves ne peuvent-ils pas être tuteurs ?

R. Oui, s'il dépend du testateur de les libérer.

D. Quels esclaves peuvent donc être désignés ?

R. Tous peuvent l'être, avec la liberté ; mais il faut, à cet égard, distinguer deux périodes.

D. Exposez le droit sous la première.

R. On y applique les principes. La désignation d'esclave pour tuteur ne sera valable qu'autant que le testateur aura donné la liberté : directe, si c'est un *servus proprius* ; fidéicommissaire, pour l'*alienus*.

D. Exposez le droit sous la seconde période.

R. Comme on s'attache à la volonté seule, et que la désignation manifeste cette volonté d'affranchir, elle emporte à elle seule la liberté directe, au premier cas, fidéicommissaire pour le *servus alienus*. Les Instituts (*hic*, § 1) sont complétés par le Code.

D. La désignation est alors toujours valable ?

R. Non ; en certains cas, elle ne peut s'exécuter :

1° Si le testateur ignorait la condition de l'esclave *alienus*, ou même *proprius* ;

2° S'il a nommé ce dernier, ainsi : *cum liber erit* :

3° Si quelque autre présomption existe qu'il n'ait pas voulu ou maintenu l'affranchissement, comme s'il a vendu l'esclave, l'a donné, etc.

D. Si le maître du *servus alienus* ne veut pas le vendre, que devient la tutelle ?

R. On la fait gérer provisoirement.

D. Les mineurs sont-ils valablement désignés ?

R. Par respect pour la volonté du défunt, et comme ils ont la capacité de droit d'être tuteurs, on leur en laisse le titre, et on nomme un tuteur provisoire jusqu'à ce qu'ils aient la capacité de fait.

D. N'en est-il pas ainsi pour d'autres ?

R. Oui, pour le fou, le prodigue, le sourd-muet, pour lesquels on attend le retour de leurs facultés ou la sentence relévatoire.

D. Le mineur est-il toujours maintenu ?



R. Non ; on voit parfois qu'il ne pourra jamais exercer ; c'est-à-dire, avant que le mineur ait atteint l'âge de 25 ans, pour cela, le pupille sera pubère.

D. N'avez-vous pas dit qu'à 17 ans on est réputé capable de gérer les affaires d'autrui ?

R. Oui, celles d'un tiers qui vous en charge ; mais le pupille ne saurait consentir à recevoir un administrateur *non perfectæ ætatis*, qui ne pourrait prendre vis-à-vis de lui des engagements définitifs.



### SECTION 3<sup>e</sup>. — *Formes et modalités de la désignation.*

D. En quelle forme se fait la désignation ?

R. Disposition testamentaire, elle doit être faite en un testament, acte de dernière volonté, assujetti à des règles de forme intrinsèque et extrinsèque.

D. Ne permet-on point un autre acte ?

R. Oui, sous l'Empire, on admit une sorte d'acte testamentaire moins solennel, appelé *codicille*, et, s'il était confirmé par un testament, la désignation du tuteur pouvait y être renfermée.

D. Quel est le sort de la désignation irrégulière ?

R. Elle est parfois maintenue par le magistrat.

D. Dans quelles conditions ?

R. Tantôt d'emblée, tantôt après instruction.

D. Quelle distinction suit-il donc ?

R. Il confirme d'emblée la désignation faite par un père de famille dénué de puissance paternelle, pour des enfants émancipés ou ceux naturels, qu'il institue. Il confirme, après une instruction, s'il le juge bien choisi, le tuteur désigné par une mère, un ascendant maternel, ou même un étranger qui a institué le pupille.

D. Quelle règle fallait-il jadis observer, vis-à-vis de l'institution d'héritier ?

R. La désignation solennelle de l'héritier est le fondement de tout testament et devait y être écrite en tête. La désignation de tuteur mise avant eût été réputée nulle.

D. Que devint cette règle ?

R. Les Proculiens la condamnèrent les premiers, à raison de ce que la désignation de tuteur n'est pas une disposition des biens ; puis Justinien permet d'en faire de toute nature sans avoir égard au rang de l'institution.

D. Comment peut-être faite la désignation ?

R. Purement ou avec modalité, c'est-à-dire une mention qui en restreint l'étendue.

D. Quelles sont les principales modalités ?

R. 1<sup>o</sup> Le terme, c'est-à-dire l'indication d'un jour, à l'arrivée duquel on renvoie, d'une façon fixe ou incertaine, le début ou l'issue de la tutelle ;

2<sup>o</sup> La condition, événement futur et incertain, auquel on subordonne l'un ou l'autre.

D. Ces deux espèces de terme et de condition sont-elles permises dans la désignation ?

R. Oui, bien que, dans l'institution d'héritier, on proscrive le terme et l'on permette seulement la condition suspensive.

D. Peut-on donner un seul tuteur à deux pupilles et plusieurs tuteurs à un seul pupille ?

R. Oui certes, mais en observant de ne pas désigner tel d'entre eux pour tel et tel bien.

D. Pourquoi cette règle ?

R. A cause du principe que le tuteur est donné à la personne, non aux biens.

D. N'arrivait-il pas, cependant, que le pupille ayant un procès contre son tuteur, on lui en nomme un autre pour le procès et que, s'il a des propriétés lointaines, on nomme un tuteur pour leur gestion ?

R. Oui. Ce sont là des exceptions.



## TITRE XV.

De la tutelle légitime, (de celle des agnats).

---

### SECTION 1<sup>re</sup>. — *De la tutelle légitime.*

D. Qu'est-ce que la tutelle légitime ?

R. Celle déferée d'après la loi, en vertu de son texte ou de l'interprétation.

D. Quand y a-t-il lieu à cette tutelle ?

R. A défaut de tutelle testamentaire, ce qui se rencontre en deux cas : 1<sup>o</sup> lorsque le *paterfamilias* est décédé intestat quant à la tutelle ; 2<sup>o</sup> lorsque la gestion du tuteur désigné prend fin par la mort, la perte d'état ou la volonté du *parens* défunt.

D. Qu'appellez-vous intestat ?

R. Celui qui meurt sans laisser d'héritier testamentaire : soit en fait, parce qu'il n'a pas dressé de testament ; soit en droit, parce que son testament n'a pu sortir effet.

D. Pourquoi dites vous *quant à la tutelle* ?

R. Pour le cas où c'est seulement quant à ce que ses dispositions testamentaires font défaut, comme s'il a, jadis, désigné le tuteur avant l'héritier ou si le tuteur est incapable ou décédé avant lui.

D. Si la disposition sur la tutelle n'est pas aussitôt exécutée, comment pourvoit-on ?

R. Par la 3<sup>e</sup> espèce de tutelle, celle dative, et non par la seconde : *quandiu testamentaria speratur tutela, legitima cessat.*

D. Quel rapprochement faites-vous ici ?

R. C'est qu'il en est exactement ainsi en matière de succession. Celle légitime s'ouvre seulement au cas et au moment où l'on ne peut plus espérer celle testamentaire.

D. Faites l'application de la règle.

R. 1° Un fou, un mineur, a été désigné pour tuteur. Jusqu'à ce qu'il puisse gérer, on appelle un tuteur datif.

2° J'ai désigné purement un tuteur capable et institué un héritier sous condition. Comme son acceptation tient en échec toutes mes dispositions testamentaires et qu'elle ne peut avoir lieu avant l'événement, il y a encore lieu au tuteur datif ;

3° Si c'est à la venue du tuteur même que j'ai mis la condition ;

4° Si je l'ai différée par un terme, certain ou incertain.

D. Mais si le tuteur, appelé purement ou non, après avoir pris ses fonctions, les quitte ensuite d'excuse ou de destitution ?...

R. Ici encore, vient le tuteur datif, quoique l'interruption de la tutelle ne résulte ni de sa mort ni de la volonté du testateur. Le préteur, dit-on, a créé la vacance ; c'est à lui d'y pourvoir.

D. Ne voit-on donc jamais se succéder les tuteurs testamentaire et légitime ?

R. Si fait ; ce dernier, qui ne peut jamais venir avant, viendra après en ces trois cas :

1° Du décès du tuteur testamentaire, en fonction ;

2° De l'événement du terme *ad quem* ;

3° De l'issue de la condition résolutoire.

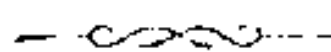
D. Pourquoi cette distinction entre les deux espèces de terme et de condition ?

R. Parce que, dans le cas de terme *a quo* et de condition suspensive, on attend, on espère le tuteur testamentaire ; tandis que la tutelle testamentaire est

épuisée dans les deux autres modalités et ne fait plus échec à la tutelle légitime.

D. Combien y a-t-il d'espèces de cette dernière ?

R. Quatre espèces : celles des agnats, des patrons, des ascendants et fiduciaire.



## SECTION 2<sup>e</sup>. — *Tutelle des agnats.*

D. D'où découle la tutelle des agnats ?

R. Cette tutelle, la première légitime, découle du texte des Douze-Tables (tab. V).

D. Que sont les agnats ?

R. Ceux qu'unit l'agnation.

D. Qu'est-ce que l'agnation ?

R. Ce mot a deux sens, désignant une espèce de parenté et les faits qui l'engendrent.

D. Relativement à ces faits, n'y a-t-il pas deux sortes d'agnation ?

R. Oui, suivant qu'on exprime l'entrée d'une personne dans une famille, par la naissance (agnation), ou par les faits y assimilés (quasi-agnation).

D. Qu'est-ce que la parenté d'agnation ?

R. Le lien civil unissant toutes les personnes qui, par la *manus* ou la *potestas*, ont pu se trouver en dépendance d'un même *paterfamilias*.

D. Quelle est la notion élémentaire des agnats ?

R. Un *paterfamilias* quelconque, pris comme auteur commun, et tous ses descendants par les mâles à l'infini, sont agnats.

D. Quelles erreurs sont à éviter ?

R. 1<sup>o</sup> Les agnats ne sont pas des mâles seuls ;

2<sup>o</sup> Ce ne sont pas tous les parents paternels ;

3<sup>o</sup> Ni les personnes qu'unit une parenté exclusivement par des mâles.

D. Mais Justinien dit cependant : *Cognati a patre* (Inst. III. II, § 1.)



R. Cette locution, précédée du mot *quasi*, ne doit pas nous tromper. La mère de mon père est ma parente paternelle et non agnate, en général. Elle est née dans une famille, moi dans une autre.

D. Pourquoi dites-vous en général ?

R. Pour tenir compte de la *manus*, qui crée l'agnation en dehors de ces principes. Cette aïeule est mon agnate, si elle était ainsi venue en ma famille.

D. Comment reconnaît-on l'agnation ?

R. En ligne directe, dans une généalogie, la parenté qu'on reconnaît est celle civile, si, en remontant d'une personne d'un sexe ou de l'autre, on trouve des mâles à tous les degrés : le père du père d'une femme est son agnat ;

2° En ligne collatérale, de même, sauf qu'aux deux degrés extrêmes peut être une femme ;

3° On tient compte de la *manus* en posant les femmes comme filles ou petites-filles de celui qui avait sur elle cette puissance, *matrimonii causa* ;

4° On tient compte aussi des portes d'agnation.

D. Faites application de ces règles.

R. 1° Tout homme est l'agnat de ses enfants légitimes et des descendants de ses mâles, vivant soit même fictivement de son vivant, c'est-à-dire au moins conçus à sa mort ;

2° Je suis agnat de la femme dont mon père est l'oncle paternel et non de celle dont il est l'oncle maternel ; parce que, dans le parcours, sur la généalogie, je trouve la mère, une femme ; peu importe ici la survie de l'auteur commun ;

3° Si mon père avait *in manu* ma mère, ou mon aïeul paternel ma grand'mère, chacune est mon agnate.

D. Cependant, la généalogie marque ici comme souche une femme et la parenté est directe ! Cela est contraire à la règle posée.

R. Non, il y a cognation ou parenté naturelle directe. Mais ce qui fait notre agnation, c'est une

parenté collatérale fictive, dont les chaînons sont moi, mon père, son père, et la fille de celui-ci, son épouse *in manu*.

D. Que signifie cognation ?

R. D'abord, la parenté en général, dont l'agnation n'est qu'une espèce ; ensuite, une autre espèce, savoir la parenté naturelle, celle du sang.

D. Quels sont les effets de la cognation ?

R. 1<sup>o</sup> Les empêchements au mariage ;

2<sup>o</sup> Les cognats ont le droit de figurer au tribunal ou conseil de famille ;

3<sup>o</sup> De plaider parfois l'un pour l'autre ;

4<sup>o</sup> D'être préférés dans l'exercice des actions populaires ou dans l'adjudication des *bonorum venditiones*, relatives à leurs proches.

5<sup>o</sup> Ils sont exceptés des dispositions des lois Furia, Cincia et caducaires ;

6<sup>o</sup> Ils sont *potiores tutores* ;

7<sup>o</sup> La cognation est la base de certaines successions prétorienne, de celles légitimes dites nouvelles, enfin de toutes les successions *ab intestat*, d'après les Novelles.

D. Les agnats sont-ils toujours cognats ?

R. On n'est jamais agnat sans être cognat, je l'ai dit, mais non réciproquement. Cela aboutit à une conséquence remarquable, dans l'adoption, ou pour motiver l'agnation, il faut admettre la cognation.

D. Les agnats ont le droit de tutelle ?

R. Oui, c'est-à-dire que, lorsqu'il faut un tuteur à un pupille, à qui le *parens* ne l'a pas désigné, la loi appelle ses parents agnats à la fonction.

D. L'ordre des agnats est-il appelé en masse ?

R. Non, le plus proche en degré seulement, le frère avant l'oncle paternel ; sauf le sexe, qui est incapable : le cousin avant la tante.

D. Et s'il se trouve plusieurs agnats à ce degré ?

R. Ils reçoivent tous la tutelle *ex æquo* ; sauf les femmes ou autres incapables.



D. Vous avez dit *que les droits d'agnation se perdent* par la *capitis deminutio* ?

R. Oui. Les *capite minuti* ne peuvent être tuteurs plus que les femmes agnates.

D. N'omet-on pas aussi les agnats trop jeunes pour administrer, ou fous etc. ?

R. Non, on laissait le titre aux tuteurs légitimes comme à ceux testamentaires, et l'on faisait administrer par un tuteur datif, jusqu'à ce qu'ils fussent capables.

D. Cette règle est-elle conservée ?

R. Non, Justinien l'a abrogée, dans la const. 5 *de legit. tut.* pour toutes les tutelles légitimes et dative.

---

## TITRE XVI.

### De la dégradation d'état.

---

#### SECTION 1<sup>re</sup>. — *Définition, division.*

D. Qu'appellez-vous *capitis deminutio* ?

R. Un changement, désavantageux, au moins en apparence, dans l'état du citoyen.

D. Comment traduisez-vous *capitis deminutio* ?

R. Par dégradation d'état.

D. Cela n'est conforme ni au texte ni à l'interprétation littérale, d'après laquelle la *capitis deminutio* est toujours le retranchement, la diminution d'une tête, dans une certaine classe, des gens libres, des citoyens, de la famille.

R. Ce système, de Hotoman, n'est pas le meilleur.

D. Comment expliquez-vous donc cela ?

R. Nous savons que le *caput*, ou état civil, comprend trois éléments, la liberté, la cité, la famille. Si Titius perd l'un de ces éléments, il faut modifier un *caput*, souvent le supprimer, au livre du cens ; de là *capitis deminutio*.

D. L'effet est donc plus ou moins étendu ?

R. Oui, il y a trois espèces de *capitis deminutio*, répondant aux trois éléments de l'état.

D. Quelle est la première espèce ?

R. *Maxima capitis deminutio*, la perte de la liberté, entraînant les autres.

D. Quelle est la seconde espèce ?

R. La perte de la cité, amenant celle non de la liberté, mais de la famille.

D. Quels événements l'entraînent ?

R. 1° La sortie définitive de Rome, ou émigration :

2° L'interdiction de l'eau et du feu ;

3° Plus tard, la déportation et l'exil.

D. Qu'est-ce que l'émigration ?

R. Le départ, sans esprit de retour immédiat, de Rome ou de la ville où l'on est citoyen romain. Avant Gaius, il suffisait d'aller ainsi aux colonies, pour n'être plus que latin (Gai. I, § 131).

D. Et l'interdiction de l'eau et du feu ?

R. Comme on ne pouvait chasser de Rome les citoyens coupables, on leur interdisait l'eau et le feu pour les pousser à l'émigration.

D. Qu'est-ce que la déportation ?

R. Cette peine, inventée par Auguste, consiste à transférer un citoyen dans une île ?

D. Est-ce donc la relégation ?

R. Non : ce n'est pas la même peine, surtout à notre point de vue. La relégation n'emporte pas de dégradation, comme nous l'apprend l'exemple d'Ovide.

D. Y a-t-il deux espèces d'exil ?

R. Oui. Cette peine, adoptée aussi par les empereurs, consistait à fixer à quelqu'un un séjour déterminé ou seulement à lui interdire certains lieux.

D. Quelle est la troisième dégradation d'état ?

R. La *minima capitis deminutio*, qui fait perdre la famille.

D. Qu'appellez-vous perdre la famille ?

R. Perdre les attributs de sa situation de famille, le nom, le culte, l'agnation, et, en certain cas, le titre même de *paterfamilias*, de *sui juris*.

D. Quelles personnes sont ainsi atteintes ?

R. 1<sup>o</sup> L'adrogé; 2<sup>o</sup> le légitimé; 3<sup>o</sup> leurs descendants en puissance; 4<sup>o</sup> le simple adopté; 5<sup>o</sup> l'enfant mancipé; 6<sup>o</sup> les émancipés; 7<sup>o</sup> la femme entrant *in manu*.

D. Dans tous les cas de la *manus* ?

R. Oui, quand même elle n'est pas *plena*, sauf sans doute quand Tibère décida que la *manus* naîtrait de la *confarreatio*, seulement *quoad sacra*.

D. Quand on subit plusieurs mancipations, est-on à chaque fois *deminutus* ?

R. Oui; le *mancipium* sérieux entraînait sans doute la *capitis deminutio maxima*, puisqu'en pareil cas le mancipé n'était point inscrit comme libre au recensement.

D. L'émancipation anastasienne ou justinienne, et l'adoption simple, qui se fait aussi enfin sans mancipation, entraînent-elles la perte d'état ?

R. Oui, par respect des traditions.

D. Alors, il est exact de dire que la *capitis deminutio* résulte toujours d'une perte réelle ou apparente de la cité, au moins par l'*imaginaria servitus* ?

R. Non. Si l'*imaginaria servitus* se rencontre dans les rites anciens d'adoption simple et d'émancipation, de *coemptio* même, elle fait défaut dans les autres sources de la *manus*, dans l'adrogation surtout et la légitimation, (soit pour le *paterfamilias*, soit pour ses enfants).

D. Ne donne-t-on pas parfois une classification bipartite de notre sujet ?

R. Oui, sous les noms de *magna* et *minima*, en



réunissant sous le premier les deux grandes espèces définies ci-dessus, qu'on nomme mort civile.

---

SECTION 2<sup>e</sup> — *Effets de la dégradation d'état.*

D. Quels sont ceux de la *minima*?

R. On peut les envisager au point de vue de la famille, des droits personnels et réels.

D. Parlez de la famille, d'abord?

R. Le *capite minutus* en est généralement retranché, perdant l'agnation et les droits accessoires.

D. Quels droits se rattachent à l'agnation?

R. Ceux de tutelle, de succession, de patronage, de gentilité; le nom et le culte.

D. Pourquoi dites-vous *perd généralement*?

R. Parce qu'en certains cas, le *capite minutus* n'est pas retranché de la famille. Il en est ainsi dans le droit nouveau, de l'enfant sien donné en adoption *extraneo*, et des frères et sœurs, qui retiennent tous leurs droits, d'après la constitution d'Anastase, en cas d'émancipation.

D. N'est-il pas un cas où la *capitis deminutio minima* fait perdre même la cognation?

R. C'est celui où l'on sort d'une famille dans laquelle on était entré seulement par l'adoption ou l'assignation d'enfant. Il n'y a plus alors empêchement au mariage, en ligne collatérale; et, s'il subsiste en ligne directe, cela tient aux convenances.

D. Et pour les droits personnels?

R. Le *capite deminutus* est libéré de toutes ses dettes, sauf de celles attachées à la personne naturelle dettes d'aliments ou nées d'un délit; peut-être en était-il ainsi jadis de toutes ses créances. En tout cas, certaines ne survivent pas à la dégradation, celles de l'*adstipulator*, par exemple, et de l'*operarum promissio*.

D. Ce résultat était bien déplorable!

R. Aussi le prêteur rescindait-il la *capitis deminutio*, dans l'intérêt du créancier et il faisait sans doute ainsi pour le patron et l'*adrogator* du père naturel, si l'on veut admettre que la modification de la personne agissait sur les droits personnels actifs.

D. Pourquoi citez-vous ces cas seulement?

R. Parce que le *capite minutus, sui juris*, peut seul avoir des créances; celles des autres, qui sont en puissance paternelle, appartiennent au *parens*.

D. Quel est l'effet sur les droits réels?

R. 1° La perte de certaines servitudes personnelles : usage et usufruit;

2° Celle de la puissance paternelle, de première ou seconde main;

3° Celle du testament.

D. Justinien a-t-il modifié cela?

R. Il n'y a plus de servitudes personnelles perdues.

D. N'y avait-il pas un cas où l'on sortait de la famille sans dégradation?

R. Oui, celui des vestales et des *flamines diales*.

D. Quels sont les effets communs des deux dégradations, réunies sous le nom de *magna*?

R. La mort civile entraîne tous les effets ci-dessus et d'autres encore.

D. Qu'y a-t-il de plus pour la famille?

R. 1° La perte de la cognation ou de ses effets;

2° La dissolution du mariage, jusqu'à l'Empire.

D. Pourquoi citez-vous aussi la cognation?

R. Justinien dit qu'elle est perdue. Ce lien du sang ne peut se dissoudre que s'il est fictif, comme dans l'adoption; précisément, l'empêchement au mariage subsiste. Il faut donc l'entendre seulement de ses effets les plus importants, la perte des successions et des tutelles nouvelles.

D. Et au point de vue des droits personnels?

R. La mort civile devait dissoudre entièrement au moins les créances nées des contrats propres aux



citoyens, le *nexum*, la stipulation, l'expensilation. Elle opère ainsi pour des contrats même du droit des gens, la société et sans doute le mandat.

D. Quel est l'effet sur les droits réels ?

R. La propriété quiritaire, en outre, est dissoute. Cela confirme ce que j'ai dit des droits personnels nés du *nexum*.

D. Le mariage était-il toujours dissous ?

R. Non, avant la réforme des princes chrétiens, il subsistait quand la femme avait rejoint le captif, et revenait avec lui à Rome.

D. Y a-t-il restitution sur la mort civile et la *minima capitis deminutio* ?

R. 1° Le *postliminium* pour l'esclavage ;

2° La grâce, plus ou moins étendue, pour le cas de perte pénale de la cité ;

3° La rescision prétorienne susindiquée, pour la perte des droits personnels ;

4° De même celle de tous les effets dommageables, en cas d'adrogation Antonine ;

5° Celle dans l'intérêt du *parens*, en cas de *revocatio in potestatem*.

D. L'affranchissement du mancipé n'opère-t-il pas restitution ?

R. Non, le mancipé ne recouvre rien.

## TITRE XVII.

### Tutelle légitime des patrons (et des gentils).

---

D. Quelle est la 2<sup>e</sup> tutelle légitime ?

R. Celle des patrons.

D. A quelles personnes s'applique-t-elle ?

R. Aux seuls affranchis, passivement.

D. Comment est-elle légitime ?

R. Par interprétation des Douze-Tables.

D. Quelle est cette interprétation ?

R. Cette loi appelle les agnats à la tutelle et ensuite à la succession. Je pense qu'il en était de même des gentils. On en induisit de la part du législateur un système ainsi formulé : *Ubi successionis est emolumentum, et onus tutelæ esse debet*. Or, la loi ayant donné expressément aux patrons la succession des affranchis, les prudents en induisirent qu'elle leur en destinait la tutelle.

D. N'y a-t-il pas un autre motif ?

R. Oui, meilleur encore. La succession du patron a pour base son assimilation à un agnat ; ce qui lui donne naturellement succession et tutelle.

D. Pourquoi cette assimilation aux agnats ?

R. Parce que l'affranchi n'en peut avoir au moment de sa libération, où il devient pupille.

D. Le patron peut-il seul être tuteur ?

R. Non. Sauf les empêchements, la tutelle passe aux descendants du patron.

D. Pourquoi dites-vous *us empêchement* ?

R. Parce que la tutelle ne compètera ni aux filles, ni aux impubères.

D. Et pour les autres incapables, les mineurs, etc.

R. On leur donnait le titre nu, comme nous l'avons vu à la *tutelle testamentaire*.

D. Cela a-t-il été plus tard réformé ?

R. Oui, par Justinien, pour toute tutelle légitime ou dative.

D. Les enfants exhérodés sont-ils tuteurs ?

R. Oui, parce que ce droit, comme celui de succession, tient à l'agnation fictive. Si le patron est agnat de l'affranchi, les descendants également. C'est ainsi que le fils déshérité n'en succède pas moins à la puissance paternelle de son *parens*.

D. La tutelle du patron passe-t-elle aussi passivement sur les descendants de l'affranchi ?

R. Cela est indiqué par les principes de la logique ; mais le silence des textes fait supposer que cette tutelle se perdit sous l'Empire.

D. Où s'arrête donc la sujétion de la race servile envers celle patronale ?

R. C'est un point obscur. Je croirais volontiers qu'à l'origine elle était perpétuelle et que les descendants du patron sont les *gentiles*, à qui appartiennent des droits de tutelle, succession et autres ignorés.

D. Bien pour la succession ; mais où voyez-vous un droit de tutelle ?

R. Le premier est écrit dans la table V ; il me semble que le second s'ensuit, par une corrélation perpétuée jusqu'à Justinien. La même table montre la tutelle du fou donnée à ses agnats et à défaut à ses gentils, comme l'hérédité. Gaius avait défini les gentils au comm. I (comm. III, § 17) ; et, comme ce texte



est perdu, on suppose qu'il occupait la lacune qu'on trouve à la tutelle dans son manuscrit. (I § 164.)

D. A qui appartient la tutelle du latin ?

R. A son *dominus quiritarius*.

D. C'est alors la tutelle du patron ?

R. Non, pas toujours. Si l'infériorité de l'affranchissement vient de celle de la propriété, le *dominus* est encore réputé avoir l'esclave *in potestate*, mais il ne le gouverne que comme un tuteur.

D. Qu'a de particulier cette tutelle ?

R. C'est qu'on ne trouve pas ici la corrélation ordinaire entre les droits de tutelle et de succession : les biens du latin, qui, du reste, ne constituent pas une hérédité, sont recueillis par le maître bonitaire.

D. Qu'arrive-t-il si le maître quiritaire affranchit le latin ou le désigne comme tuteur à ses enfants ?

R. C'est la naturalisation *iteratione*.

---

## TITRE XVIII

Tutelle légitime des ascendants (paternels).

---

D. Qu'elle est la troisième tutelle légitime ?

R. Celle des ascendants (Cf. C. C. 403).

D. Peuvent-ils tous la recevoir ?

R. Non, seulement les mâles et ceux de la ligne paternelle, parce que cette tutelle naît de l'abandon de la paternelle, qui ne compète pas aux autres.

D. Sur qui s'exerce cette tutelle ?

R. Sur les personnes émancipées.

D. Pourquoi ont-elles une tutelle à elles propre?

R. L'émancipé ne peut avoir ni tuteur testamentaire, puisque son *parens* vit encore; ni tuteur agnat, à raison de la *capitis deminutio*, accompagnant l'émancipation. On lui donne son *parens* pour patron.

D. Quelle est la base de ce droit de tutelle?

R. C'est que, en général, le *parens* ayant émancipé *contracta fiducia*, l'affranchissement définitif émane de lui et lui confère le droit de patronage.

D. Comment est-elle légitime?

R. Parce qu'elle vient de la loi des Douze-Tables par une double interprétation, créant d'abord la tutelle pour les patrons et donnant ce titre au *parens*.

D. Le *parens* a-t-il toujours cette tutelle?

R. 1<sup>o</sup> Il ne l'a pas dans l'émancipation forcée;

2<sup>o</sup> Ni s'il a négligé le contrat de fiducie;

3<sup>o</sup> Enfin l'incapable de fait perd l'administration.

D. Que décide ici Justinien?

R. Qu'on ne donnera plus le titre de tuteurs aux incapables de fait; cette règle est pour toutes les tutelles légitimes et celle dative.

D. N'y a-t-il pas une autre réforme?

R. C'est que l'émancipation justinienne, comme celle d'Anastase, au cas où on l'employait, confère toujours les bénéfices du contrat de fiducie.

D. Est-ce toujours comme *manumissor* qu'on a la tutelle de l'émancipé?

R. On peut l'avoir encore comme je vais le dire.



## TITRE XIX

### Des Tutelles fiduciaires,



#### SECTION 1<sup>re</sup>. — *Tutelle fiduciaire ancienne.*

D. Qu'est-ce que la tutelle fiduciaire ?

R. C'est celle qui naît de la fiducie de l'émancipation.

D. A quelles personnes s'applique-t-elle ?

R. Naturellement, dès-lors, aux émancipés.

D. Y en a-t-il plusieurs espèces ?

R. Oui, deux espèces comme il y a deux fiducies différentes.

D. Quelles sont ces clauses fiduciaires ?

R. 1<sup>o</sup> On convient toujours que l'*emptor* affranchira le *mancipium*, et telle est l'origine de la tutelle fiduciaire ancienne.

2<sup>o</sup> On convient souvent qu'il remancipera l'enfant au *parens*, après la dernière mancipation ; de là naissent la tutelle des ascendants et celle fiduciaire nouvelle.

D. Quelle est l'ancienne tutelle fiduciaire ?

R. Celle du *manumissor extraneus*.

D. Est-elle légitime ?

R. Oui, tout aussi bien que celle des ascendants, puisqu'elle est née du patronage.

D. Pourquoi la nomme-t-on fiduciaire ?

R. Parce que la confiance du *parens* a permis à l'étranger d'être patron.

D. Pourquoi la dites-vous ancienne?

R. Parce qu'on ignorait, à l'origine, la clause fiduciaire spéciale, ayant pour effet de dépouiller l'*emptor* des droits de patronage; que cette clause fut de plus en plus usitée, et enfin suppléée dans l'émancipation anastasienne et justinienne.



## SECTION 2<sup>e</sup>. — Tutelle fiduciaire nouvelle.

D. Quelle est cette tutelle fiduciaire?

R. Rattachée à celle des ascendants, elle naît aussi de la clause fiduciaire spéciale, qui transporte au *parens* les droits de patron.

D. Expliquez cette succession de tutelles.

R. L'émancipé affranchi du *mancipium* par son *parens* l'a pour tuteur; mais celui-ci, devenant incapable, est remplacé par ses enfants.

D. Quels parents sont ainsi tuteurs?

R. Ce sont les frères du fils émancipé, le père et les oncles paternels du petit-fils, d'ailleurs suivant leur degré.

D. Comment disiez-vous donc qu'un ascendant paternel a deux espèces de tutelle?

R. Précisément ainsi: tutelle d'ascendants, s'il a émancipé lui-même *contracta fiducia*, et celle fiduciaire, si l'émancipation émane de son père, qui aura exercé lui-même, la tutelle d'ascendants sur l'émancipé.

D. Pourquoi est-ce une tutelle de droit nouveau?

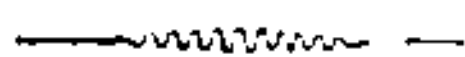
R. Parce que Justinien la nomme seule, l'autre étant perdue, comme je l'ai expliqué.

D. Cette tutelle est-elle légitime?

R. Non, pas à proprement parler.

D. Si l'ascendant patron est tuteur légitime, ses fils peuvent-ils l'être à un autre titre ?

R. Oui bien. On en donne deux raisons : 1<sup>o</sup> on pense que le droit de patronage fictif était personnel ; 2<sup>o</sup> les enfants du patron étaient héritiers, et, comme tels, tuteurs ; tandis que les père, frères, oncles de l'émancipé ne lui succèdent pas, d'après le droit civil du moins, la corrélation fait ici défaut.



### SECTION 3<sup>e</sup>. — *Résumé des tutelles légitimes.*

D. En résumé, comment s'appliquent ces tutelles ?

R. Il faut distinguer si le pupille est ingénu ou non, et, au premier cas, s'il est devenu pupille avec ou sans dégradation d'état.

D. Comment devient-on pupille sans perte d'état ?

R. Par la mort naturelle ou civile du *parens*.

D. Quels tuteurs a-t-on alors ?

R. On peut avoir le tuteur testamentaire, celui datif auparavant, et les agnats ensuite.

D. Quels tuteurs a l'affranchi ?

R. La tutelle du patron et de ses descendants ou de celui d'entre eux à qui on l'a assigné ; à défaut, celle dative.

D. Et l'ingénu émancipé ?

R. Il faut sous-distinguer s'il y a eu *contracta fiducia* ou non. Au premier cas, tutelle du *parens*, et ensuite tutelle fiduciaire ; au second, tutelle du *manumissor extraneus*.

D. Ces règles ne perdirent-elles pas leur utilité ?

R. Oui, peu après leur exposition, aux Instituts, par la législation des Nouvelles.

D. Exposez leurs nouveaux principes.

R. L'empereur a édicté un système successoral



nouveau et complet, d'où l'agnation, base des hérédités anciennes, est effacée. Il décide que la vocation pour la tutelle sera la même.

D. Qu'est-ce à dire ?

R. Quand on veut savoir qui doit prendre la tutelle d'un pupille, on n'a qu'à rechercher qui recueillerait sa succession *ab intestat*.

D. N'y a-t-il pas des exclusions ?

R. Oui, comme je l'ai dit, à raison de l'incapacité ; mais celle du sexe n'atteint plus les ascendants ; nous avons dès lors une tutelle légitime nouvelle.

D. La tutelle des père et mère s'ouvre-t-elle donc alors comme chez nous ?

R. Non, en droit français, le décès de l'un ou de l'autre des époux y donne lieu ; en droit romain, celui du père seul, la mère n'ayant pas la puissance.

D. Avons-nous gardé la tutelle d'ascendantes ?

R. Seulement pour la mère (C. C., 390, 402).

---

## TITRE XX

### Des Tuteurs datifs.

---

D. Qu'est-ce qu'un tuteur datif ?

R. C'est celui désigné par le magistrat.

D. Quand y a-t-il lieu à cette élection ?

R. 1<sup>o</sup> Quand il n'y a point de tuteur désigné par testament ni par la loi ;

2° En attendant l'événement de la condition ou du terme porté au testament ;

3° Pendant que l'héritier délibère ;

4° Quand un fou, captif ou mineur, est tuteur testamentaire, et même jadis quand un fou, un mineur est tuteur légitime ;

5° Quand le tuteur en exercice est révoqué ou destitué.

D. Quel est le caractère de la désignation ?

R. C'est une action de juridiction gracieuse.

D. Le magistrat, dès lors, ne peut élire un tuteur sous une modalité !

R. Le tuteur datif est élu définitivement, mais exclu, en fait, par les circonstances.

D. Quels magistrats désignent les tuteurs ?

R. Cette attribution a été souvent déplacée. Il faut distinguer quatre périodes.

D. Quelle est la première ?

R. On ignore les règles à ce sujet, jusqu'aux lois Atilia et Julia Titia.

D. Qu'est-ce que la loi Atilia ?

R. Un plébiscite, qu'on place hypothétiquement à l'an 567 U. C., donnant aux préteurs, sur l'avis de la majorité des tribuns, soit six, l'élection des tuteurs, à Rome ; les tuteurs datifs sont dits aussi

D. Et la loi Julia Titia ?  
atiliens.

R. Rendue sous Auguste, en 723 ou 728, elle confère l'élection du tuteur au gouverneur, pour la province ; d'où ce tuteur est appelé *juliotitianus*.

D. Quelle est la seconde période ?

R. Celle des premières constitutions impériales, modifiant ces lois.

D. Comment et pourquoi les a-t-on modifiées ?

R. Elles étaient imparfaites, en ce qu'elles ne contraignaient pas les tuteurs à gérer et ne donnaient pas de garanties suffisantes à leur égard.

D. Quelles sont ces premières constitutions ?



R. 1<sup>o</sup> Celle de Claude, donnant l'élection aux consuls, assujettis à faire enquête ;

2<sup>o</sup> Une autre d'Antonin le Pieux, la donnant aux préteurs ou à un préteur tutélaire, avec la même formalité ;

3<sup>o</sup> Une enfin, de Marc-Aurèle, étendant le droit d'élection en dehors des gouverneurs de province.

D. Quel est le troisième état de droit ?

R. La législation du Digeste, réglant l'élection à Rome et en province.

D. Qui fait l'élection à Rome ?

R. A Rome, et dans la zone de cent milles à l'entour, le préfet et le préteur.

D. Pourquoi ces deux magistrats à la fois ?

R. Non pas à la fois, mais suivant leur juridiction respective sur les personnes.

D. Qui fait l'élection dans les provinces ?

R. Les magistrats de chaque cité, avec droit de préférence pour le président de la province.

D. C'est donc une délégation de pouvoir ?

R. Non, le droit d'élection ne se délègue pas. La loi l'a donné en propre à ces magistrats.

D. Comment, en fait, le concours se règle-t-il ?

R. Les magistrats locaux doivent informer le président de l'élection à faire, et il s'en acquitte lui-même si le pupille est opulent.

D. Quelle est ici la législation justinienne ?

R. L'empereur 1<sup>o</sup> fixe la limite des patrimoines riches au *minimum* de 500 solides, 2<sup>o</sup> supprime le référé au président au-dessous de ce taux.

D. Quels magistrats font alors l'élection ?

R. Les magistrats locaux, qui portent des noms différents : *defensores*, *duumviri juridicundo*, *juridicus*, et doivent prendre l'avis de l'évêque.

D. Quelle différence y a-t-il entre leur élection et celle que fait le président ?

R. Cette dernière a lieu avec enquête, sans caution ; celle des magistrats inférieurs, sans enquête

et avec une caution reçue sous leur responsabilité.

D. A-t-on modifié l'élection pour la capitale ?

R. Non, les règles subsistent, pour Constantinople.

D. Peut-on nommer plusieurs tuteurs datifs ?

R. Oui, si les biens pupillaires sont écartés ou trop importants et d'une gestion difficile.

D. Les magistrats ne peuvent-ils être suppléés ?

R. Oui, les magistrats municipaux, en cas d'absence, par les décurions.



## TITRE XXI

(De la gestion), de l'autorisation des Tuteurs.



### SECTION 1<sup>re</sup>. — *Administration des tuteurs.*

D. Comment débute la gestion tutélaire ?

R. Par certaines formalités à remplir avant tout acte d'administration.

D. Quelles sont ces formalités ?

R. 1<sup>o</sup> La caution, pour certaines classes de tuteurs ;

2<sup>o</sup> Pour tous, l'inventaire (C. C., 451).

D. L'inventaire a-t-il toujours lieu ?

R. Oui, même si le père de famille défunt en dispense ou l'interdit.

D. N'y a-t-il pas un autre acte préliminaire ?

R. D'après les Nouvelles, seulement, le tuteur doit prêter serment de bien gérer.

D. Quel est le premier acte d'administration ?

R. La vente des biens périssables.

D. Quelles choses sont ainsi vendues ?

R. Tous les biens corporels, à l'origine, sauf les meubles indispensables au pupille, les fonds ruraux et les esclaves attachés à leur exploitation.

D. Quelles modifications furent apportées ?

R. 1<sup>o</sup> Un sénatus-consulte, sous Alexandre Sévère, décida que le magistrat serait consulté avant qu'on vendît les bâtiments ;

2<sup>o</sup> Constantin généralisa cette règle, sauf pour les vêtements et animaux superflus (C. C., 452, 796).

D. Le testateur peut-il empêcher la vente ?

R. Aucunement, dans l'ancien droit. Sous Alexandre Sévère, il peut ordonner celle des immeubles. Sous Constantin, le magistrat appréciera.

D. Qui a la garde du pupille ?

R. Elle peut avoir été réglée par le testament. Hors de là, elle est fixée par le tuteur, de l'avis du magistrat. Sous l'Empire, on la donne à la mère.

D. Quel danger craint-on donc du tuteur ?

R. Dans les tutelles légitimes proprement dites, il a intérêt à supprimer le pupille, dont il est l'héritier présomptif. Aussi, chez les Grecs, en donnant la tutelle aux agnats, on remettait la personne aux cognats, et certains auteurs pensent qu'à Rome, pour ce motif, on la remettait à l'agnat le plus éloigné.

D. Que doit faire ensuite le tuteur ?

R. Faire déterminer l'entretien du pupille et les revenus à y affecter (C. C., 454).

D. Quelle est la sanction de ce devoir ?

R. Distinguons s'il a été négligé de bonne ou mauvaise foi. Au premier cas, si le tuteur a fait seul la fixation, il a droit au remboursement de ce qu'il aurait sagement avancé. S'il a mal apprécié, il est



responsable. S'il a refusé le nécessaire, on le contraint à agir par une *missio in possessionem*. On peut, de plus, le destituer.

D. Qu'est-ce qu'une *missio in possessionem* ?

R. Une mainmise judiciaire sur les biens de quelqu'un, pour le contraindre, comme par voie de garnison. Ici on commet, aux frais du tuteur réfractaire, un *curateur*, qui fera emploi des revenus de ses biens.

D. Quels sont les actes successifs de la gestion ?

R. 1<sup>o</sup> La rentrée des capitaux, la poursuite des débiteurs en retard ;

2<sup>o</sup> L'administration des biens et la perception de leurs revenus ;

3<sup>o</sup> L'emploi des fonds surabondants ;

4<sup>o</sup> Le paiement de toutes les dettes ;

5<sup>o</sup> Le soutien des instances (C. C., 464, 465).

D. Comment se fait l'emploi et dans quels délais ?

R. On doit placer en mains sûres et surtout en biens fonds, dans les six mois des premières rentrées, et ensuite dans les deux mois (C. C., 455, 456).

D. Quelle est la sanction ?

R. Après le délai expiré, le tuteur est débité de l'intérêt d'usage, et de l'intérêt légal *maximum*, 12 p. 0/0, s'il a employé les fonds pour lui-même.

D. Quelle est la mesure de la responsabilité ?

R. Le tuteur répond de ses fautes légères, mais appréciées *in concreto*.

D. Comment se divise l'administration et la responsabilité entre plusieurs tuteurs ?

R. Il peut y avoir ici trois combinaisons.

D. Exposez la première.

R. Un ou deux peuvent gérer (*tutores onerarii*), et les autres (*honorarii*) n'être responsables qu'en qualité de surveillants.

D. Qui détermine cette gestion privilégiée ?

R. Cela peut résulter d'une désignation faite

1<sup>o</sup> par le testament, 2<sup>o</sup> par le magistrat, 3<sup>o</sup> par la délibération des tuteurs, 4<sup>o</sup> de la caution.

D. Comment cela, *de la caution* ?

R. Entre tuteurs qui n'y sont pas assujettis, celui qui l'offre est préféré.

D. Quelle est la deuxième combinaison ?

R. Tous les tuteurs gèrent en commun ; les actes collectifs ou individuels, faits sans fraude, sont également bons. Tous en répondent *in solidum*.

D. Quelle est la troisième combinaison ?

R. La gestion est divisée par le testateur, le magistrat ou la délibération des tuteurs. Chacun d'eux a son lot et n'est pas responsable des autres, s'il s'y renferme.

D. Comment se fait ce cantonnement ?

R. Ou par nature d'affaires : capitaux, domaines, etc., ou par régions.

D. Mais cela est défendu au testateur ?

R. Pas précisément. Il ne peut charger un tuteur de la gestion de tel bien isolé, sans autorité sur le pupille. Mais ici, chacun intervient auprès de lui pour les affaires de son département.



## SECTION 2<sup>o</sup>. — *Gestion d'affaires par le tuteur.*

D. Comment le tuteur exerce-t-il sa protection ?

R. Quant à la personne du pupille, en la surveillant et gouvernant ; quant aux biens, en l'assistant ou en agissant lui-même.

D. Les deux façons sont-elles indifférentes ?

R. Pas toujours. En certains cas, le tuteur doit agir seul, (*negotium gerere*) ; en d'autres, le pupille peut agir avec ou sans l'assistance, qui est parfois nécessaire (*auctor fieri*).

D. Quand a lieu la gestion ?



R. Elle est nécessaire, quand le pupille ne peut agir lui-même à raison de l'absence ou de l'*infantia*, et, hors de là, facultative.

D. En est-il ainsi en droit français ?

R. Non. Le tuteur est un mandataire général qui agit seul tout le temps, sauf pour quelques actes solennels : le testament, le mariage.

D. En droit romain, il y a donc diverses périodes dans la pupillarité ?

R. Oui, trois, de la naissance à la puberté. Le pupille est d'abord *infans*, puis *infantiæ proximus*, et enfin, *pubertati proximus*.

D. Qu'appelle-t-on un *infans* ?

R. D'après une constitution d'Arcadius et Honorius, c'est le mineur de sept ans. Mais il est malaisé de savoir ce que c'était dans l'ancien droit.

D. Exposez les systèmes à ce sujet.

R. 1<sup>o</sup> *Infantia*, (*in-fari*), l'état de celui qui n'a pas encore la parole, cesse vers deux ans ;

2<sup>o</sup> Le droit ne peut faire acception des paroles d'un être de trois ou quatre ans. *Infantia* est donc l'état de celui qui ne parle pas intelligemment. On était en débat pour en fixer précisément l'issue, quand intervint la constitution précitée ; mais, ne pensant pas qu'elle ait pu bouleverser le sens donné aux mots, je suis le second système.

D. Quelle est l'étendue des autres périodes ?

R. Elle est doublement incertaine. Leur point de départ dépend du parti qu'on prend sur la précédente controverse. Quant à leur issue, elle est fixée : suivant les uns, à un âge déterminé ; suivant les autres, d'après une appréciation individuelle de l'intelligence du sujet. Je le crois ainsi.

D. Si, sorti de l'*infantia*, le pupille peut agir, quel intérêt a cette subdivision ?

R. Il se trouve à un autre point de vue. Le pupille *pubertati proximus* est seul *doli capax* et responsable à titre de délit, ce qui justifie mon avis,

D. Le tuteur, agit-il absolument en tout, à la place de l'*infans*?

R. Non, deux catégories d'actes lui sont interdites : ceux qui sont toujours désavantageux, ceux qu'on doit faire en personne.

D. Quels sont les actes désavantageux?

R. Les aliénations qui ne sont compensées par aucun retour : la donation, l'affranchissement, etc.

D. Quels sont les actes à faire en personne?

R. Ceux légitimes : la mancipation, l'acceptilation, l'addition d'hérédité, l'adrogation, l'action de la loi *in jure cessio* (mais non celles de juridiction contentieuse) et les actes qui puisent leur source dans ceux légitimes, la stipulation, la *pro herede gestio*.

D. Pourquoi n'ajoutez-vous pas les actes de cette nature prévus en droit français?

R. Chez nous, à cause de la longueur du temps pupillaire, il peut y être question de mariage et de testament ; mais non chez les Romains, où la première condition pour ces actes est la puberté.

D. Ne s'est-on pas départi de la règle rigoureuse de l'action individuelle ?

R. Oui, dans une grande mesure. Il y avait nécessité d'ailleurs. Le pupille *infans* devait parler pour stipuler et manquait de paroles.

D. Le tuteur peut-il faire l'addition ?

R. Non, en principe. Ensuite, Théodose le permit. On accorda aussi de bonne heure que la *pro herede gestio* par le pupille pût suppléer l'addition verbale et expresse. On faisait détruire par l'enfant quelque objet de mince valeur dépendant de l'hérédité.

D. Le tuteur peut-il faire acceptilation ?

R. L'acceptilation ou remise de dette lui fut doublement interdite, comme acte légitime et désavantageux. On en vint cependant à la lui permettre. Il se fait promettre par le débiteur et le libère ensuite en demeurant comptable de la dette.

D. Cette remise est-elle définitive ?

R. Elle ne saurait avoir plus d'effet que le paiement, et, quand on en vint à faire payer de nouveau le débiteur qui s'était libéré aux mains d'un tuteur devenu insolvable, on rescinda de même l'acceptation.

D. Le tuteur peut-il contracter avec son pupille ?

R. Non, ni louer ni acheter, ni même se rendre cessionnaire d'une créance contre lui. En ce dernier cas, le pupille ne doit rien ni au cédant ni au tuteur. (C. C. 450, 1596.)

D. Le tuteur peut-il stipuler, promettre, contracter pour le pupille ?

R. Il est ici dans la condition de tout mandataire, c'est-à-dire que, sa personne ne s'absorbant pas dans celle du pupille, c'est lui qui est débiteur ou créancier dans les affaires pupillaires ainsi traitées.

D. Cela ne s'est-il pas modifié ?

R. On a trouvé gênants les circuits d'actions qui s'ensuivent ; on a permis aux tiers d'actionner directement soit le mandant, soit le pupille et à celui-ci, ensuite, d'actionner aussi les tiers. Ces actions utiles furent d'abord admises dans les contrats de bonne foi.



### SECTION 3<sup>e</sup>. — *Autorisation du tuteur.*

D. Qu'est-ce que l'autorisation du tuteur ?

R. L'assistance d'un pupille non *infans*.

D. D'où viennent les mots *auctor fieri* ?

R. D'*augere*, augmenter, parce que la personne assistante du tuteur forme l'appoint de celle du pupille, incomplète.

D. N'est-elle pas parfois suffisante ?

R. Oui, l'acte du pupille seul vaut parfois.



D. Suivant quelle distinction cela ?

R. Selon que l'acte du pupille rend sa condition meilleure ou pire.

D. Mais comment supposer que le tuteur veuille l'autoriser au dernier cas ?

R. Il ne faut pas prendre ces mots au pied de la lettre. L'acte fait nécessairement naître ou périr un droit réel ou personnel; si la formation ou l'extinction de ce droit est pour le pupille, on dit qu'il y améliore sa condition; il l'empire, si l'événement se produit dans le rapport du co-contractant. Au premier cas, il a pu traiter seul au second, il lui fallait l'*auctoritas*.

D. Donnez des exemples.

R. La stipulation; une partie promet à l'autre et lui confère ainsi sur elle un droit personnel. La tradition, en remettant une chose à autrui, le *tradens* lui en transfère communément la propriété, droit réel. Le pupille peut jouer seul le rôle de stipulant et celui de l'*accipiens*, et acquérir ainsi le droit réel ou personnel. S'il s'est porté, seul, *promittens* ou *tradens*, le co-contractant n'a rien acquis.

D. Le pupille peut-il recevoir un paiement ?

R. Non, il doit être assisté.

D. Cependant, c'est une tradition, cela ?

R. Oui, mais combinée avec l'extinction d'un droit personnel, en faveur du *solvens*. En fait, il serait désastreux que le pupille reçût seul le montant de ses créances.

D. Peut-il accepter seul une hérédité ?

R. Non, parce que c'est un quasi-contrat, l'obligant envers les légataires, et cette raison suffit à motiver la négative.

D. En donne-t-on donc un autre motif ?

R. Oui, c'est que si le pupille peut faire seul les actes nécessitant *aliquem intellectum*, il est incapable de ceux exigeant la plénitude de jugement, l'*animi iudicium*; or, l'appréciation d'une hérédité est de ce nombre.

D. Le pupille peut-il plaider seul ?

R. Non, par les deux mêmes raisons, car, dans les procès, les cautions judiciaires appellent les plaideurs à s'obliger l'un envers l'autre.

D. Les procès pupillaires peuvent-ils tous être soutenus par le tuteur *negotium gerens*, dans l'*infantia*, ensuite *auctor* avec le pupille ?

R. Tous, sauf les questions d'état. Lorsqu'elles se soulèvent avant la puberté, on en remet le débat, d'après l'édit carbonien. Le tuteur peut aussi transiger seul. (C. C. 464, 467.)

D. Les contrats n'ont pas tous la physionomie tranchée de la stipulation. Dans plusieurs, les deux parties sont réciproquement obligées. Faut-il alors l'autorisation ?

R. Oui, puisque le pupille veut s'engager.

D. Et si elle a manqué, quel est le résultat ?

R. Il faut distinguer s'il y a eu ou non exécution.

D. S'il n'y a eu nulle exécution ?

R. Le pupille, assisté de son tuteur est libre d'opter pour faire valoir le contrat ou le dissoudre ; de même chez nous (C. C. 1125).

D. Et en cas d'exécution par l'une des parties ?

R. Il faut distinguer si elle a eu lieu avec ou sans l'assistance du tuteur. Au premier cas, elle confirme le contrat. Au second, c'est-à-dire si, seul, le pupille a payé, il est libre de répéter ; s'il a reçu, il n'est pas obligé par le contrat.

D. Quoi ! ne doit-il pas rendre ?

R. Sans doute, mais en vertu de l'adage que nul ne doit s'enrichir injustement.

D. S'il est obligé, qu'importe comment ?

R. Il importe beaucoup. D'abord, on ne peut lui demander ce qu'il a promis ; en outre, il ne doit même pas ce qu'il a reçu, s'il l'a dépensé sans nul profit (C. C. 1241, 1312).

D. Hors de cette hypothèse, le pupille n'est-il pas obligé par ses actes ?



R. Il l'est seulement de l'obligation naturelle, s'il a compris la portée de ce qu'il faisait.

D. Quand le pupille a plusieurs tuteurs, qui doit l'assister ?

R. Il faut distinguer l'ancien et nouveau droit.

D. Quelle distinction faisait-on jadis ?

R. On tenait compte de la façon dont l'administration avait été répartie et ensuite de la confiance que les tuteurs méritent, vu le mode d'élection.

D. Exposez la première distinction.

R. Les tuteurs honoraires ne sont pas appelés à autoriser. Si l'administration est cantonnée, il suffit de l'autorisation du tuteur à qui ressortit l'affaire.

D. Quelle est la seconde distinction ?

R. Les tuteurs testamentaires, choisis par le père de famille, et ceux nommés par les magistrats supérieurs avec enquête, méritent plus de confiance que les autres tuteurs datifs et tous ceux légitimes. Si donc le pupille a plusieurs tuteurs, onéraires et non lotis, de ces deux dernières classes, il faut l'autorisation de tous. S'ils sont de l'une des deux premières classes, l'autorisation d'un seul suffit.

D. Ne fallait-il pas l'autorisation de tous les tuteurs, en un certain cas ?

R. Oui, pour la solennité de l'adrogation.

D. Quelle est la règle du droit nouveau ?

R. Il y avait eu des tiraillements avant Justinien. Il y coupe court, en décidant qu'en tout cas l'autorisation d'un seul tuteur suffit.

D. Quel est le caractère de l'*auctoritas* ?

R. C'est un acte légitime, d'où suit qu'elle devait être donnée en personne, en termes solennels et de façon pure et simple.

D. Ne s'est-on pas relâché du formalisme ?

R. Oui, en ce qui concerne les termes. On interrogeait jadis les tuteurs, qui devaient répondre congruement : « *Auctorne fis? — Auctor fio.* » On admit ensuite la simple manifestation de l'adhésion

D. L'adhésion peut-elle être donnée par lettre ?

R. Non, ni par messenger. La présence du tuteur est toujours requise. Il doit être au moins auprès de son pupille, si le contractant est éloigné. En ce cas, son consentement est porté par une lettre, à l'autre partie, mais il accompagne celui du pupille.

D. Le tuteur peut-il simplement ratifier ?

R. Non. L'effet du contrat bilatéral, dont j'ai parlé plus haut, résulte de son exécution plutôt que de la ratification du tuteur.

D. L'*auctoritas* est-elle la seule intervention du tuteur dans les affaires du pupille hors de l'*infantia* ?

R. Non, il peut encore agir personnellement pour l'absent et même le pupille capable en fait.

D. Le tuteur peut-il se faire suppléer ?

R. Si le pupille n'est *infans* ni absent, il peut constituer un mandataire, avec l'autorisation du tuteur qui en répond. Ce mandataire fait tous les actes de la tutelle, autres que l'*auctoritas*, qui, ai-je dit, ne se donne pas par procureur.

D. Et s'il y a absence ou *infantia* ?

R. Le tuteur empêché ne peut se faire suppléer que par un agent, *actor*, choisi par le magistrat ; mais ici, il ne peut plus être question d'*auctoritas*.

D. Le tuteur est-il aussi suppléé d'office ?

R. Oui, toutes fois qu'il est en opposition d'intérêt avec son pupille, parce que *nemo potest auctor esse in rem suam*.

D. Comment se fait cette suppléance ?

R. Cela varie avec l'époque de droit et les motifs d'opposition d'intérêt.

D. Comment supplée-t-on le tuteur en un procès, dans l'ancien droit ?

R. Par un tuteur *prætorius* ou *prætorianus*.

D. Et ensuite ?

R. Par un agent, qui, procédant encore de l'élection du magistrat, ne reçoit plus que le nom de curateur.

D. Y a-t-il un motif de cette différence ?

R. Oui ; dans les actions de la loi, qui constituaient l'ancienne procédure, on ne pouvait figurer par fondé de pouvoir. La nécessité amena le relâchement de cette règle dans le rapport du tuteur, seul, et on devait donner le titre au suppléant pour qu'il jouit de l'exception.

D. La règle s'est-elle entièrement effacée ?

R. Non ; il subsista longtemps des instances dites *judicia legitima*, où s'appliquait encore la procédure des actions de la loi. Dans les procès de ce genre, on nommait encore le tuteur *prætorius*.

D. Ces instances se sont donc perdues ?

R. Oui, sous le troisième et dernier système de procédure. On supplée, sous Justinien, le tuteur dans tous procès contre son pupille, par un curateur.

D. N'y a-t-il pas d'autre opposition d'intérêt ?

R. Oui, toutes les fois que le tuteur veut traiter avec le pupille, ou lorsqu'il devient son créancier. Justinien fait alors nommer un co-tuteur.

D. Y a-t-il toujours ainsi à suppléer le tuteur ?

R. Seulement quand le tuteur est unique. S'il y en a plusieurs, l'assistance des autres supplée celle du tuteur opposé d'intérêt.





## TITRE XXI *bis*.

### Tutelle perpétuelle des femmes.

---

#### SECTION 1<sup>re</sup>. — *Diverses espèces de tutelle perpétuelle*

D. Combien y en a-t-il ?

R. Trois espèces, comme-ci-dessus, mais avec des subdivisions différentes.

D. Qui peut désigner le tuteur testamentaire ?

R. Celui qui a sur la femme la puissance paternelle réelle ou celle fictive de la *manus*.

D. Comment est désigné le tuteur ?

R. La désignation peut en être faite par le testateur, comme pour le pupille, ce qu'on appelle la tutelle testamentaire dative, ou être remise au choix de la femme, ce qu'on nomme tutelle optive.

D. Comment est donnée cette option ?

R. 1<sup>o</sup> En termes généraux ou restreints, c'est-à-dire portant ou non sur une classe déterminée ;

2<sup>o</sup> Pour une ou plusieurs fois ; de façon que la femme éteigne son droit d'option par l'usage.

D. Parlez de la tutelle légitime ?

R. Les femmes ont les mêmes tuteurs légitimes que les pupilles dans les mêmes cas ; c'est-à-dire, pour l'ingénue, les agnats, les gentils, le *manumissor ex-*

*traneus*, ou le *parens* et ses enfants; pour l'affranchie, le patron et ses descendants ou l'assignataire.

D. Les impubères sont-ils tuteurs ici?

R. Oui, et lors du relâchement de la tutelle des femmes, on ne remplaçait pas ces tuteurs inutiles.

D. Quelle particularité offre cette tutelle?

R. La tutelle légitime est cessive.

D. Qu'entendez-vous par là?

R. C'est qu'il est permis aux agnats, gentils, etc., de s'en exonérer par deux moyens d'acquérir le domaine quiritaire, une action de la loi de juridiction gracieuse l'*in jure cessio* et un acte légitime, la *mancipatio*.

D. Ces deux modes sont-ils identiques?

R. 1° L'*in jure cessio* n'exige pas le consentement de la femme, requis à la mancipation;

2° La *manus* éteint la vocation du premier tuteur et en donne une propre au second, tandis que le cessionnaire (*cessicius tutor*) n'est qu'un suppléant; d'où il résulte qu'en cas de mort ou *capitis deminutio* du cessionnaire le cédant reprend la tutelle, que, si c'est lui qui est ainsi frappé, le cessionnaire la perd;

3° La cession de la tutelle est sérieuse et motivée précisément par la durée de l'assujétissement du devoir perpétuel, tandis qu'on reçoit la mancipation quand la tutelle devint de pure forme;

4° La coemption faite, même avec l'assistance du tuteur légitime, donne lieu à la tutelle fiduciaire, différente de nom et de caractère, c'est-à-dire non sérieuse;

5° La coemption éteint présentement la tutelle.

D. Parlez de la tutelle dative?

R. A défaut des tuteurs précédents, les femmes reçoivent ceux *atiliens* et *juliotitiens*.

D. Le magistrat les nomme-t-il d'office?

R. Oui, sans doute, à l'origine; mais ensuite on ne les donne que sur demande. Seulement cette demande est souvent imposée à la femme

D. Faut-il toujours le défaut des premiers tuteurs?

R. Non. Comme pour les pupilles, le tuteur datif



est souvent donné à titre de suppléant, pour remplacer ceux testamentaires ou légitimes, fous, impubères, absents.

D. Peut-on suppléer toute espèce de tuteur ?

R. Ni le patron ni l'ascendant, pour que la femme leur reste soumise.

-----

### SECTION 2<sup>e</sup>. — *Conditions générales de la tutelle perpétuelle.*

D. Quelles fonctions y remplit le tuteur ?

R. On ne peut le préciser sans distinguer deux périodes où le tuteur perpétuel a eu des fonctions de caractère différent par suite du relâchement du droit.

D. Que faisait originairement ce tuteur ?

R. Il assistait la femme, vraisemblablement, dans tous les actes de son administration.

D. Ne pouvait-il aussi gérer pour elle ?

R. Je pense qu'il le faisait, à l'origine, remplissant pour la femme, bien qu'on n'y admit pas de procureur, les *civilia negocia*, dans la stipulation, l'*in jure cessio*, la mancipation, l'expensilation et l'acceptilation verbale, etc. Mais la concesssion de ces actes ayant été faite aux femmes, le tuteur n'eut plus à gérer. C'est une différence importante avec la tutelle pupillaire.

D. N'y en a-t-il pas aussi dans la capacité ?

R. Oui, la femme ne fut plus incapable que de certains actes particulièrement importants, tels que l'aliénation des *res Mancipi*, et par suite la confection du testament, l'adition d'hérédité, les instances à soutenir. Elle dut avoir, pour ces actes, l'*auctoritas* du tuteur présent et en demander un spécial, si le sien était absent ou empêché. Mais elle pouvait, seule, prêter, payer, quand la mancipation cessa d'y être employée, recevoir un paiement.

D. Quel est le motif de cette tutelle ?

R. La faiblesse des femmes, dit-on ; mais plutôt 1<sup>o</sup> leur infériorité dans l'organisation de la famille romaine ; 2<sup>o</sup> le maintien de l'état de ces familles ; 3<sup>o</sup> le grand nombre des *civilia negotia* ; et de là vient qu'elle fut peu à peu supprimée.

D. Quelles femmes étaient mises en tutelle ?

R. Celles *sui juris* seulement et quel que fût leur âge ; il n'y a d'exceptées que les vestales.

D. La femme ne peut-elle être *in manu* et en tutelle ?

R. Oui ; c'est au cas où, constituée en faveur d'un étranger ou par la confarréation, la *manus* n'est pas pleine et ne place pas la femme *in potestate*.

D. Quelles atteintes subit cette tutelle ?

R. Les dispositions des lois *Papia Poppæa* et *Claudia*, sans parler du droit non écrit.

D. Que décidait ici la loi *Papia Poppæa* ?

R. Elle affranchissait, comme prime de la fécondité, la femme de la tutelle quand elle avait obtenu le *jus liberorum*.

D. Comment s'obtenait ce privilège ?

R. En justifiant qu'on avait subi un certain nombre d'accouchements, quatre pour se libérer de la tutelle patronale, trois pour toutes les autres.

D. C'est-à-dire trois pour l'ingénue et quatre pour l'affranchie ?

R. Cela n'est pas identique. L'affranchie peut être dans une tutelle différente ; celle fiduciaire, si elle a fait coemption avec l'assistance du patron ou de ses descendants tuteurs ; celle dative, si le droit de patronage appartient à des femmes ou si son tuteur patronal est frappé de la *capitis deminutio*.

D. Qu'observez-vous ici ?

R. Que le droit de patronage est mieux défendu chez les hommes que chez les femmes, ce que nous verrons mieux aux *Successions*.

D. Que dispose la loi *Claudia* ?

R. Rendue sous Claude en 798, cette loi ne maintint parmi les tutelles légitimes que celles nées du droit de patronage pour les ascendants et patrons.

D. Que sont devenues alors les autres espèces ?

R. La tutelle testamentaire dative se soutient pour les femmes à qui le père de famille juge bon de l'imposer (conf. C. C., 391); celle légitime des agnats et gentils est supprimée; celle atilienne donnée seulement sur demande.

D. Pourquoi maintenir cette tutelle légitime ?

R. Ce n'est qu'une garantie conservatoire du droit de réserve compétant aux ascendants et patrons sur les biens des femmes, une mesure politique, conçue, comme leur exclusion des hérédités opulentes, en vue de maintenir l'assiette des familles.

D. N'a-t-elle pas ainsi changé de caractère ?

R. Oui, comme on le voit. Il n'est plus question de la légèreté de la femme, comme pouvant compromettre ses intérêts, mais ceux des légitimaires.

D. Quand doit-on demander le tuteur atilien ?

R. 1<sup>o</sup> Quand l'affranchie n'a qu'une patronne;  
2<sup>o</sup> Ou un patron qui meurt sans enfants mâles;  
3<sup>o</sup> Quand le père ou les descendants, par la *capitis deminutio*, perdent la tutelle légitime; c'est une manière de la leur rendre indirectement et de leur maintenir la succession.

D. Qu'observez-vous dans ces divers cas ?

R. 1<sup>o</sup> Qu'il s'agit de l'affranchie seule, qu'on peut croire plus disposée à frustrer le droit de légitime patronale, que ne l'est une fille à priver ses ascendants de leur réserve;

2<sup>o</sup> Que ce droit compète à des personnes qui ne peuvent le défendre par elles-mêmes, en s'opposant comme tuteurs aux actes dommageables pour elles.

D. Est-ce la femme qui fait la demande ?

R. Ce peut être elle, mais aussi et plus généralement les intéressés, qui feront nommer des tuteurs à leur discrétion.



D. La tutelle fiduciaire existe-t-elle aussi?

R. Oui; celle en faveur des fils de l'ascendant émancipateur, qui peuvent être légitimaires et celle du *manumissor extraneus* à qui la femme a été mancipée par son *parens* ou son patron.

D. Mais celui-là, certes, n'est pas légitimaire?

R. Il est vrai; mais il est constitué par la fiducia gardien de la légitime du mancipant, pour empêcher les actes qui l'atténueraient.

D. Quelle portée a la tutelle hors de là?

R. Aucune portée sérieuse. Le magistrat intervient même pour forcer le consentement du tuteur quand sa résistance n'est pas justifiée.

D. Ne le fait-il jamais pour ceux légitimes?

R. Oui, mais seulement quand les actes sont de haute nécessité pour la femme; de même qu'on aliène parfois la dot, en principe inaliénable. La tutelle des femmes aboutit ainsi à l'indisponibilité de leurs biens, pour que le peu qui leur advient du patrimoine de la famille ait chance d'y rentrer.

D. Le tuteur perpétuel doit-il un compte?

R. Non, parce que sa gestion constitue un droit, non un devoir, ou n'est que de forme.

D. Quand s'est perdue la tutelle des femmes?

R. Sans doute insensiblement. On a prétendu qu'elle avait duré jusqu'à Justinien; mais, en ce cas, elle eût laissé quelque trace en ses lois.

D. Quelles différences y a-t-il entre la tutelle pupillaire et celle perpétuelle sous Gaius et Ulpien?

R. 1° Tous les pupilles sont en tutelle, et n'ont moyen de s'en racheter, ni faute de diligence, ni par aucun privilège;

2° On ne leur donne jamais l'option du tuteur;

3° Leur tuteur ne peut céder sa charge;

4° Ils ne peuvent le changer;

5° Les impubères appelés à la tutelle légitime sont suppléés, même non appelés sous Justinien; tandis que, pour les femmes, ils restent en charge;

6° La tutelle d'agnats est maintenue pour les pupilles mâles seuls, jusqu'à Constantin;

7° Leur tutelle est un devoir créé dans leur intérêt, non un droit d'indisponibilité en faveur du tuteur;

8° Le tuteur atilien leur est nommé d'office;

9° Le tuteur perpétuel ne gère jamais; il ne procède que par autorisation.

10° Certains tuteurs doivent donner caution, et tous rendre compte, deux obligations que ne comporte pas la tutelle perpétuelle.

11° La tutelle perpétuelle a des causes spéciales d'extinction.



## TITRE XXII

### Extinction de la Tutelle.

D. Comment finit la tutelle ?

R. Par deux ordres de causes, qu'on peut appeler réelles et personnelles.

D. Quelles causes appelez-vous réelles ?

R. Celles qui éteignent la tutelle même.

D. Et les causes personnelles ?

R. Celles qui mettent fin à l'administration d'un tuteur, remplacé.

D. Citez les causes réelles d'extinction ?

R. Il y a en trois : la puberté, la mort du pupille et sa dégradation d'état.

D. La puberté se reconnaît-elle, dans la tutelle, comme pour le mariage ?



R. Oui, sauf qu'ici il n'y a jamais eu d'appréciation physique, quant aux femmes.

D. Pourquoi cela ?

R. A l'origine, parce qu'elles étaient en tutelle perpétuelle; plus tard, par décence.

D. Et sous l'Empire ?

R. Les Sabinienus voulaient maintenir ce contrôle pour les hommes; mais on suivit l'avis des Proculienus, en faveur d'un terme légal uniforme.

D. Comment le pupille peut-il subir la *maxima capitis deminutio* ?

R. 1° S'il est pris par l'ennemi, des *non socii*;

2° Si, affranchi ou enfant d'affranchi, il se rend gravement ingrat envers le patron;

3° Si, jugé *doli capax*, il devient *servus poenae* ou subit la peine du vol manifeste.

D. Et la *media capitis deminutio* ?

R. En encourageant la déportation, l'exil.

D. Comment subit-il la *minima* ?

R. Par l'*in manum conventio*, si c'est une femme, et l'adrogation Antonine pour les deux sexes.

D. Quelles sont les causes personnelles ?

R. La mort ou la dégradation d'état du tuteur, la captivité, l'événement du terme et de la condition, exprès ou tacites, l'excuse, la destitution. Sous Justinien, il faut ajouter la folie, l'absence du tuteur, sauf celui testamentaire.

D. Ces causes modifient-elles toujours la constitution de la tutelle ?

R. Elles y sont parfois indifférentes; si, par exemple, tous les tuteurs gèraient en commun, ou si c'est un *honorarius* qui est frappé de retraite,

D. Les héritiers du tuteur sont-ils obligés ?

R. Oui, comme ceux du mandataire, d'avertir de la mort de leur auteur ses co-tuteurs ou le magistrat, de préparer le compte de sa gestion, d'achever les actes interrompus et urgents.

D. La *capitis deminutio* du tuteur dissout-elle toujours la tutelle ?

R. Oui, pour les deux grandes espèces. Quant à la plus petite, elle n'éteint que la tutelle légitime, qui se rattache à l'agnation.

D. Pourquoi dites-vous : *Terme exprès ou tacite* ?

R. Un tuteur est nommé par le magistrat jusqu'à l'entrée en fonctions d'un tuteur désigné par testament pour deux ans. Tous deux seront écartés par l'arrivée du terme, tacite pour le premier, exprès pour le second.

D. En est-il de même de la condition ?

R. Le magistrat comble la vacance laissée par un tuteur testamentaire appelé sous condition suspensive. Cette dernière est expresse ; le tuteur datif sera écarté par l'événement du même fait, formant condition résolutoire, tacite.

D. Quelles causes éteignent la tutelle perpétuelle ?

R. Indépendamment de celles citées, il y en a d'autres, réelles et personnelles.

D. Quelles sont celles réelles ?

R. 1<sup>o</sup> L'entrée de la femme au culte de Vesta ;

2<sup>o</sup> La *coemptio*, qui, momentanément au moins, éteint la tutelle.

3<sup>o</sup> L'effet du *jus liberorum*.

D. Quelles sont les causes personnelles ?

R. Le remplacement du tuteur absent ou captif, au cas où la femme peut l'obtenir.

D. Pourquoi n'ajoutez-vous pas la cession ?

R. J'ai dit que le cédant retient virtuellement son titre et l'exercice de la fonction.

## TITRE XXIII

(Incapacité des pubères). De la Curatelle  
(Demande de Tuteurs et Curateurs).



### SECTION 1<sup>re</sup>. — *Curatelle, définition, division.*

D. Qu'est-ce que la curatelle?

R. Une autorité donnée sur les biens d'une personne capable, en général, mais hors d'état de les administrer, à un mandataire légal, dit curateur.

D. Pourquoi dites-vous sur les biens?

R. Parce que le curateur n'est pas ici donné à la personne, qui n'a pas besoin de complément.

D. Pourquoi dites-vous capable en général?

R. Pour distinguer les personnes en tutelle et en curatelle. Ces dernières ont, en principe, la capacité de disposer de leurs biens: mais elles sont, soit par le droit civil, soit par le droit prétorien, déclarées incapables en fait.

D. Combien y a-t-il d'espèces de curateurs?

R. Deux espèces: les légitimes et les datifs.

D. Que nommez-vous curateurs légitimes?

R. Ceux appelés par la loi, comme à la tutelle, et dans le cas qu'elle désigne.

D. Les mêmes personnes sont-elles appelées à la tutelle et à la curatelle légitimes?

R. Non; les agnats et gentils sont seuls appelés



à la curatelle. Les ascendants et patrons ne la reçoivent pas. Il n'y a pas non plus de curatelle fiduciaire.

D. Quel est le motif de cette distinction ?

R. C'est que la curatelle ne pourrait être envisagée comme une charge corrélatrice du droit d'hérédité, l'adulte pouvant avoir des enfants qui sont préférés. Pour eux seuls, qui sont agnats, la corrélation existe.

D. Quels sont les curateurs datifs ?

R. Ceux désignés par les magistrats, dans les cas déterminés par le droit prétorien même ou droit honoraire. Aussi les appelle-t-on encore curateurs honoraires.

D. Quels magistrats nomment les curateurs ?

R. Les mêmes qui désignent les tuteurs.

D. Y a-t-il des curateurs testamentaires ?

R. Non, pas à proprement parler. Le magistrat confirme bien celui désigné par le père de famille, mais seulement à défaut de curateur légitime.



## SECTION 2°. — *Cas de curatelle. Minorité, interdiction.*

D. Quand y a-t-il lieu à curatelle ?

R. Dans deux ordres de circonstances, comme je l'ai indiqué, prévues, les unes par la loi des Douze-Tables, les autres par le droit prétorien.

D. Quel est le premier groupe ?

R. Les Douze-Tables créèrent la curatelle des furieux et des prodigues seuls.

D. Quel est le second groupe ?

R. Le préteur a développé les curatelles légitimes et en a créé de nouvelles.

D. En quoi a-t-il développé la loi ?

R. En étendant le sens des mots *furiosi*, *prodigi*.

D. Expliquez cette extension.

R. Suivant son sens littéral, le premier désignait le fou furieux, et le préteur l'entendit de tous. *Prodigi* désignait les imprudents qui dissipaient le patrimoine reçu *ab intestat* de leur père de famille. Le préteur généralise et interdit tous les dissipateurs.

D. Est-ce donc dans leur intérêt seulement ?

R. Naturellement aussi dans celui de leur postérité. Dans la formule d'interdiction, cet intérêt est même seul visé; mais c'est pour entrer plus apparemment dans l'esprit de la loi, réprimant la dissipation des seuls biens qui pouvaient sembler un dépôt dans l'intérêt de la famille.

D. Quelle différence y a-t-il entre l'interdiction en droit français et en droit romain ?

R. Différence dans les personnes et les effets.

D. Précisez cela.

R. 1° En droit français, on interdit les fous, et à Rome les prodigues;

2° Chez nous l'interdit est entièrement incapable (art. 502 C. C.) à Rome, il pouvait faire tous les actes de nature à améliorer sa condition, et on le privait de faire sans contrôle les autres, entraînant contre lui la naissance ou la perte d'un droit, soit réel, soit personnel.

D. Quelles personnes sont chez nous dans la condition des interdits romains ?

R. Celles pourvues d'un conseil judiciaire, auxquelles on interdit de faire seules les actes les plus compromettants, pour faiblesse d'esprit ou infirmité grave (C. C., 313, 514).

D. N'y a-t-il pas encore une autre classe de personnes en curatelle ?

R. Oui, ce sont les mineurs de 25 ans.

D. Leur condition est-elle identique ?



R. Non ; ils ne sont pas de plein droit et tous en curatelle. Longtemps même on n'admit aucune incapacité à raison de l'âge pour les pubères mâles.

D. D'où résulte donc leur condition spéciale ?

R. De trois dispositions seulement connues de nous : 1<sup>o</sup> la loi *Plætoria*, 2<sup>o</sup> l'*in integrum restitutio* prétorienne, 3<sup>o</sup> une constitution de Marc-Aurèle.

D. Qu'est-ce que la loi *Plætoria* ?

R. Un plébiscite, rendu en 568 de Rome, et que Plaute appelle loi des 25 ans.

D. Quelles étaient ses dispositions ?

R. 1<sup>o</sup> Certaines peines étaient portées contre celui qui abuserait de la faiblesse d'un mineur ;

2<sup>o</sup> La curatelle était créée pour eux dans des conditions peu connues. Les mineurs dissipateurs, ou faibles d'esprit, recevront un curateur. Les autres (ou ceux qui traitaient avec eux, pour échapper à l'accusation), pouvaient demander le curateur pour cause déterminée.

D. Qu'est-ce que l'*in integrum restitutio* ?

R. La rescision de tout acte dommageable au mineur, c'est-à-dire que le préteur ne tient nul compte, en ce cas, de ses promesses, déclarations, etc., lui donne action, ou la refuse contre lui, comme si elles n'avaient eu lieu.

D. Que décide Marc-Aurèle ?

R. Qu'on donnera des curateurs aux mineurs sur leur demande *non redditis causis* et que, dans trois cas spéciaux, ils pourront en recevoir contre leur gré.

D. Quels sont ces trois cas particuliers ?

R. La reddition du compte de tutelle, un paiement à recevoir et un procès à soutenir.

D. Y a-t-il une différence entre le curateur demandé par le mineur et ceux qu'on lui impose dans l'un des cas spéciaux ?

R. Quant à la fonction et à sa durée, oui. Les derniers n'assistent le mineur que pour l'affaire spé-

ciale. Les autres demeurent toujours en fonction.

D. Cette condition est-elle commune à tous les mineurs ?

R. Non ; certains d'entre eux en sont relevés par la *venia ætatis*.

D. Que faut-il pour obtenir cette dispense ?

R. 1<sup>o</sup> Que le mineur ait atteint 18 ans pour les hommes, 20 ans si c'est une fille ;

2<sup>o</sup> Qu'il fasse une demande, avec avis conforme de ses parents ;

3<sup>o</sup> Une enquête pour savoir s'il est prudent, discret, de bonne conduite ;

4<sup>o</sup> Enfin un rescrit, accordant la *venia ætatis*.

D. La capacité du mineur devient-elle entière ?

R. Non ; il reste soumis à la prohibition d'aliéner ou engager ses biens immobiliers sans un *decretum prætoris*.

D. N'y a-t-il pas chez nous quelque chose de semblable à la *venia ætatis* ?

R. Oui. C'est l'émancipation des mineurs, qui ne peut être accordée avant 15 ou 18 ans pour les deux sexes, suivant les cas, et leur donne la faculté d'agir par eux-mêmes seuls, même pour les actes d'administration, mais non les aliénations. (C. C., 476 et s.)

D. En résumé, quand nomme-t-on des curateurs ?

R. Pour trois sortes de causes, qu'on peut ranger ainsi, suivant un certain ordre chronologique :

1<sup>o</sup> Avant la puberté, on donne un curateur au pupille, dont le tuteur plaide contre lui, est empêché, absent ou a une excuse temporaire ;

2<sup>o</sup> Après la puberté, jusqu'à 25 ans, les mineurs sont, en général, assistés par le curateur (même les femmes, quand cesse leur tutelle) ;

3<sup>o</sup> Enfin, au-dessus de 25 ans, on donne le curateur aux prodigues, fous, idiots, gens atteints d'une infirmité ou maladie perpétuelle entravant leur administration.

D. Quelle différence y a-t-il donc entre les cas de la tutelle et ceux de la curatelle ?

R. On peut observer que les premiers sont généraux et absolus, savoir : la faiblesse du sexe et de l'âge ; les seconds, particuliers et relatifs.

D. Mais la faiblesse des mineurs et celle de l'âge est bien commune à tous ?

R. Pas précisément, à notre point de vue. La loi *Plætoria* n'admet pas qu'ils demandent des curateurs pour cette cause générale, et si Marc-Aurèle le permet, en tous cas, il n'impose pas le curateur.



### SECTION 3<sup>e</sup>. — *De la demande des tuteurs et curateurs.*

D. Comment sont nommés les tuteurs ?

R. Le magistrat peut les nommer d'office s'il connaît les besoins de tutelle. Mais, en général, il l'ignore, on le lui dénonce.

D. Qui fait cette dénonciation ou demande ?

R. Pour certaines personnes elles est obligatoire, et pour d'autres facultative.

D. Quelles sont ces premières personnes ?

R. La veuve et les affranchis du père de famille.

D. La mère et les affranchis sont-ils aussi tenus de demander un curateur ?

R. Non pas de la demande de tous ceux qui peuvent être donnés, mais seulement de celui à désigner durant la tutelle.

D. Quelle est la sanction pour la mère ?

R. Si l'enfant meurt avant la puberté, elle est privée de sa vocation légitime à son hérité, suivant un rescrit de Sévère.

D. Et contre les affranchis ?



R. Il y a une peine extraordinaire, prononcée, suivant la gravité des cas, et qui peut aller jusqu'à les faire retomber, comme ingrats, en servitude.

D. Comment la mère et les affranchis encourent-ils leur peine respective?

R. De plusieurs façons. En omettant : 1<sup>o</sup> de demander le tuteur datif, toutes les fois qu'il y a lieu ; 2<sup>o</sup> de le faire suppléer, de même, par un curateur ; 3<sup>o</sup> de le faire remplacer quand il est destitué ou excusé ; 4<sup>o</sup> en en désignant un mauvais.

D. Pour qui la demande est-elle facultative ?

R. Les proches, les amis, les précepteurs, ceux qui y ont intérêt, parce qu'ils veulent payer le pupille, l'actionner, acheter de lui ; enfin, pour toute personne, vu l'intérêt public.

D. La désignation des curateurs est-elle aussi d'intérêt public ?

R. Non, et il en résulte ces deux différences :

1<sup>o</sup> Que la demande n'est obligatoire pour personne ;

2<sup>o</sup> Qu'elle n'est même pas permise à tous.

D. Qui donc en peut faire la demande ?

R. 1<sup>o</sup> Le mineur, soit en personne, soit par mandataire s'il est absent ;

2<sup>o</sup> Ceux qui ont à faire avec lui l'un des trois actes où il doit nécessairement être assisté ; c'est-à-dire le tuteur ou ses héritiers pour la reddition de comptes, le débiteur qui veut payer, et l'adversaire dans un procès.

D. L'a-t-on toujours admis pour ces derniers ?

R. Depuis Gordien seulement. Ils ne pouvaient, auparavant, que le contraindre à demander le curateur, en se refusant à traiter avec lui, jusqu'à ce qu'il fût en règle ; ce qui était même sans application pour les procès.



SECTION 4<sup>e</sup>. — *Administration et fin de la curatelle.*

D. Comment administre le curateur ?

R. De deux façons, à peu près comme le tuteur : tantôt en gérant pour la personne incapable, tantôt en l'assistant, ce qui est le droit commun.

D. Quand y a-t-il lieu à gestion ?

R. Dans l'incapacité de fait absolue ; au cas, par exemple, d'un furieux, d'un absent, d'un sourd ou muet, qui ne peuvent stipuler.

D. L'administration du curateur est-elle donc identique à celle du tuteur ?

R. Non, il y a deux grandes différences :

1<sup>o</sup> Ce n'est qu'en cas d'incapacité de fait qu'il y a gestion par le curateur, tandis que le tuteur peut gérer encore après l'*infantia* ou le retour du pupille ;

2<sup>o</sup> Le consentement du curateur, tout en validant les actes de celui qu'il assiste, ne complète point sa personne et n'a pas la nature de l'*auctoritas tutoris*.

D. Comment exprime-t-on cette différence ?

R. En disant, précisément, que le tuteur est donné à la personne, non aux biens et inversement du curateur qui peut être désigné à une affaire.

D. Le curateur du fou gère-t-il toujours ?

R. Le fou n'est incapable qu'à cause et dans la mesure de son incapacité de fait. S'il a des intervalles lucides, il recouvre, pendant leur durée, la capacité de droit commun et peut faire valablement tous actes même onéreux. Hors de là, il n'en peut faire même de favorables.

D. Le curateur assiste-t-il le fou ?

R. D'après cela, il ne doit jamais l'assister. Le



fou ne peut figurer en nul acte que s'il est lucide, et, dans un tel moment, l'assistance est superflue.

D. Cette théorie est-elle admise chez nous ?

R. Elle est condamnée par l'art. 502 pour les fous interdits et ne peut être soutenue que pour les personnes placées dans les établissements d'aliénés, sous l'empire de la loi du 30 juin 1838. Pourtant, on a tenté de relever la théorie des intervalles lucides, quant à la validité des actes à titre gratuit.

D. Le curateur peut-il faire tous actes pour l'incapable de fait ?

R. Non, pas plus que le tuteur. Toutes les actions de la loi de juridiction gracieuse ou contentieuse, lui sont interdites par les principes aussi bien que les actes légitimes. On autorise ensuite le curateur à faire adition d'hérédité et à plaider pour l'incapable, sauf dans les *judicia legitima*.

D. Ne reste-t-il pas des actes réservés ?

R. Oui, ceux qui entraînent une sorte d'affectation de la personne, le mariage et l'adrogation. Ces actes, d'ailleurs, sont interdits au fou.

D. Et pour les contrats ?

R. Le curateur *negotium gerens*, faisant un contrat de sa gestion, devient, comme le tuteur pour la sienne, créancier ou débiteur, d'après les principes. Mais on admet également, par la suite, une certaine absorption de la personne du mandataire légal. On donne, sous le nom de quasi-institoires, des actions directes aux tiers contre l'incapable, puis à celui-ci contre eux.

D. L'individu en curatelle, dûment assisté, peut-il faire tous actes ?

R. Oui, sauf l'aliénation et engagement des biens immobiliers, qui ne peut avoir lieu par lui ou le curateur gérant que de l'autorité de justice.

D. Peut-il revenir sur les actes réguliers ?

R. La logique, la bonne foi, les principes mêmes du droit prétorien s'y opposaient. Cependant ici,

comme pour la tutelle, la jurisprudence finit par admettre l'*in integrum restitutio*, pour les actes où son curateur l'a trahi, s'est laissé tromper, par exemple, au cas où il a mal dirigé la défense, où il a perdu le montant d'un paiement.

D. Comment prend fin la curatelle ?

R. Comme la tutelle par deux ordres de causes, les unes réelles, les autres personnelles.

D. Quelles sont celles réelles ?

R. La cessation de la cause de curatelle, la mort ou la grande dégradation d'état.

D. Comment cesse la cause de curatelle ?

R. Par des faits variés comme elle-même. Pour le sourd, le muet, le fou, c'est le rétablissement de l'organe ou des facultés ; pour le prodigue, un jugement qui le relève de l'interdiction ; pour le mineur, l'avènement de ses 25 ans.

D. La *media capitis deminutio* éteint la curatelle ! La cause ne cesse pas pour cela.

R. Non, et elle peut être admise par la loi spéciale, étrangère, sous laquelle va vivre le citoyen retranché de Rome ; le préteur, ni le droit civil ne s'en occupent. On peut distinguer, comme à la tutelle, la curatelle du droit des gens et celle du droit civil.

D. Quelles sont les causes personnelles ?

R. La mort ou perte d'état du curateur, l'excuse ou la destitution.

D. Quand opère ainsi la dégradation d'état ?

R. Les deux grandes espèces éteignent toute curatelle, et la *minima* celle légitime seule.

D. La fin de l'affaire est-elle une cause réelle ?

R. Oui, en général. En cas de retraite du curateur constitué pour une affaire spéciale, à moins qu'il ait été appelé à en suppléer un, par suite de l'opposition d'intérêt, il ne reste plus de curatelle constituée.

## TITRE XXIV

### Caution des Tuteurs et Curateurs



D. Quels sont les premiers devoirs du curateur ?

R. Comme pour le tuteur, la caution, l'inventaire et, sous Justinien, le serment.

D. Qu'est-ce qu'une caution ?

R. Une garantie, une sûreté quelconque (de *cavere*), par exemple, un gage, un billet, une promesse verbale, soit de la partie intéressée, soit d'un tiers qui s'engage à payer à son défaut.

D. Comment appelle-t-on cette dernière caution ?

R. La *satisfactio* ou la *cautio*, en prenant ce dernier mot dans le sens étroit.

D. Quelle *cautio* donnent les tuteurs et curateurs ?

R. La *satisfactio* précisément, en fournissant des garants ou fidéjusseurs.

D. Que promettent ces personnes ?

R. Que les biens du pupille seront sauvegardés. On nomme cette caution *rem pupilli salvam fore*.

D. Les tuteurs et curateurs sont-ils tous assujettis à fournir cette caution ?

R. Non, à cet égard, et à raison de leur origine, les tuteurs peuvent se diviser en quatre catégories : ceux testamentaires, ceux légitimes ; les tuteurs donnés, les uns par les magistrats supérieurs, les autres



par ceux inférieurs. Les tuteurs des première et troisième classes sont dispensés de la caution.

D. Quels tuteurs, en définitive, en sont dispensés?

R. Ceux testamentaires et ceux datifs, nommés par les magistrats supérieurs.

D. Quel est le motif de cette dispense?

R. La confiance qu'ils sont réputés mériter : les premiers, pour avoir été choisis par le testateur ; les autres, à cause de l'épreuve de l'enquête.

D. Mais, depuis le testament, le tuteur testamentaire peut avoir démérité, être insolvable, etc.

R. En ce cas, on l'écarte, du consentement présumé du testateur.

D. Ne dispense-t-on pas de caution des tuteurs, donnés pourtant sans enquête?

R. Oui, quand ils sont désignés irrégulièrement par le testament du *parens* ; on les regarde, par bienveillance, comme tuteurs testamentaires.

D. Ne dispense-t-on pas des tuteurs légitimes?

R. Oui, parfois, les ascendants, les patrons. Mais c'est là une dispense purement individuelle, que le magistrat n'accorde que *causa cognita*.

D. Quelle est la règle pour les curateurs?

R. Elle est identique. Ceux qu'on peut appeler testamentaires, confirmés seulement, ainsi que ceux désignés par les magistrats supérieurs, sont dispensés. Les autres curateurs datifs et ceux légitimes sont assujettis.

D. Les tuteurs ou curateurs qui en sont dispensés ne donnent-ils pas parfois la caution?

R. Oui, quand un ou plusieurs, parmi les appelés à une même tutelle ou curatelle, offrent la caution, en vue d'être admis à gérer de préférence.

D. Qu'est-ce que cette caution?

R. Un contrat verbal de stipulation ou, proprement dit, de fidéjussion. Comme elle n'est pas spontanée et se fait *in jure*, c'est une stipulation préto-rienne.

D. Quelle est la sanction du devoir de caution ?

R. 1<sup>o</sup> Le tuteur ou curateur assujetti est sans qualité, tant qu'il n'a pas satisfait au devoir. Tous ses actes sont nuls par suite ;

2<sup>o</sup> On saisit ses biens pour le contraindre, *pignoris captis*, moyen de droit commun prétorien ;

3<sup>o</sup> S'il persiste, on l'écarte, comme suspect.

D. La tutelle pouvant être considérée comme un fardeau, que devient cette sanction ?

R. Elle est très-sérieuse, parce que le tuteur est responsable pour les actes qu'il n'a pu faire, faute de qualité, ou qu'il a accomplis irrégulièrement. En outre, si c'est par sa mauvaise foi qu'il a manqué à fournir caution, le tuteur destitué l'est avec une note d'infamie.

D. En quoi consiste ici la stipulation ?

R. Dans une interrogation : *spondesne rem pupilli salvam fore* ? A quoi les fidéjusseurs disent de même : *spondeo*.

D. Qui doit faire l'interrogation ?

R. En principe, c'est l'incapable lui-même : pupille, prodigue, mineur, etc.

D. Mais n'est-il pas souvent hors d'état de le faire ?

R. Il a assez généralement la capacité de droit, puisqu'il s'agit de contracter une créance. Mais encore n'a-t-il pas toujours celle de fait. Ainsi l'*infans*, l'absent, le fou, le sourd, le muet, ne peuvent stipuler.

D. Comment fera-t-on donc ?

R. On fera faire l'interrogation par un esclave du pupille ou de la personne qui reçoit un curateur. Celle-ci, étant pubère, peut même avoir des enfants en puissance. On peut encore lui acheter un esclave.

D. Comment cela donnera-t-il action au pupille contre les fidéjusseurs ?

R. Parce que les stipulations des esclaves, ou fils de famille, font de plein droit naître la créance chez le maître ou *parens* ?



D. Et s'il n'y a pas de quoi acheter un esclave ?

R. On fait stipuler par un *servus publicus* ; ce qui, comme je l'ai dit, fait naître l'action utile pour l'incapable.

D. Faut-il que le tuteur ou curateur s'engage ?

R. Il est surperflu qu'il rende le pupille ou l'incapable créancier vis-à-vis de lui, vu que celui-ci a déjà, par le fait même de la tutelle, une action légale et de droit strict, dite *tutelæ*, et qu'on étend, comme utile, à la curatelle.

D. Que demandera-t-on au fidéjusseur ?

R. Le reliquat du compte de tutelle et la réparation des fautes du tuteur ou curateur, si celui-ci ne paie pas intégralement les condamnations rendues.

D. Et si ni l'un ni l'autre ne paie ?

R. Il peut y avoir encore une action subsidiaire contre le magistrat, devant qui la caution a été reçue et qui a eu le tort d'accepter un répondant insolvable.

D. Mais s'il ne l'était pas alors ?

R. Le magistrat s'en fera une exception. Il ne serait, en ce cas, fautif ni responsable.

D. Les pupilles et les mineurs en curatelle n'ont-ils pas une autre garantie ?

R. Oui, un droit de préférence, pour les condamnations obtenues par l'action *tutelæ directa* ou *utilis*, sur les autres créanciers du tuteur ou curateur.

D. Comment cette préférence est-elle assurée ?

R. D'après les Prudents, c'est un simple privilège sur les créanciers chirographaires seuls ; mais Constantin l'a étendu aux créanciers hypothécaires. C'est l'hypothèque légale tacite (C. C., 2121-2°).

---

## TITRE XXV

### Excuses des Tuteurs et Curateurs.

---

#### SECTION 1<sup>re</sup> — *De l'excuse en général; diverses espèces.*

D. N'y a-t-il pas une matière encore commune à la tutelle et à la curatelle ?

R. Oui, c'est celle des excuses.

D. Qu'est-ce que l'excuse ?

R. Un fait dont l'existence est plus ou moins inconciliable avec l'exercice de la tutelle ou curatelle.

D. Pourquoi est-il ici question d'excuse ?

R. Parce que ce sont des charges publiques et que certains faits sont plus ou moins incompatibles avec l'exercice de toutes. A l'origine, on pouvait, sans motif spécial, refuser les tutelles, sauf celle légitime. Peu à peu, sous Claude, tout au moins, on les envisagea comme des charges publiques.

D. Pourquoi : *plus ou moins inconciliables* ?

R. Parce que certains faits vous excluent de la gestion de ces charges et certains autres peuvent vous en faire exempter, sur votre demande.

D. D'où vient le mot d'excuse ?

R. D'*ex causa*, voulant dire qu'on *excipe d'une cause* déterminée en cas d'excuse, ou qu'elle vous met *hors d'état* de gérer.

D. Combien y a-t-il d'espèces d'excuses ?

R. Deux : celles nécessaires et volontaires,

D. En quoi se distinguent-elles ?

R. Cela ressort de ce qui précède. L'excuse nécessaire écarte absolument de la tutelle ceux dans le rapport de qui se produisent les faits qui la constituent. Celle volontaire fait écarter seulement qui l'invoque. Les premières sont des cas d'exclusion et les autres de dispense.

D. N'y a-t-il pas d'autre division des excuses ?

R. Oui, il y en a deux autres divisions.

D. Quelle est la première ?

R. Certaines excuses sont assez puissantes pour nous faire quitter la tutelle même que nous administrons ; d'autres ne peuvent opérer qu'à l'égard de celle non encore entreprise : on distingue donc *excusæ a suscepta* et *a suscipienda tutela vel cura*.

D. Quelle est la dernière division ?

R. Quelques excuses, purement temporaires, opèrent pendant un temps déterminé de la tutelle entreprise ; d'autres vous rendent étrangers définitivement à la tutelle ou curatelle, commencée ou non.

D. Quelle est la base des excuses nécessaires ?

R. Soit une incapacité de fait de l'administrateur, soit un danger pour le pupille ou l'incapable.

D. Pourquoi pas l'incapacité de droit aussi ?

R. Parce qu'en ce cas, il n'y a pas de vocation, partant pas d'excuse.

D. Quelle est la première de ces excuses ?

R. Une infirmité nous rendant impropre aux affaires, la folie, la surdité, le mutisme, etc.

D. Le fou appelé est-il toujours écarté ?

R. Non. Quand c'est un tuteur légitime, ou testamentaire, on lui laisse le titre, et, sauf pour la tutelle des femmes, on nomme un administrateur provisoire.

D. Quelle est la deuxième excuse ?

R. La minorité. De même qu'au cas de folie, on laissait le titre, en général, aux mineurs. Justinien a décidé, le premier, qu'ils seraient écartés. (C. C. 442),



D. Quelle est la troisième excuse ?

R. Celle des militaires, pour qu'ils ne soient pas détournés du service. (C. C. 428).

D. N'y a-t-il pas une exception ?

R. Oui. On permet au militaire de prendre la tutelle ou curatelle de ses enfants et de ceux d'un compagnon d'armes, difficiles à pourvoir autrement.

D. Quelle est la quatrième excuse ?

R. Celle des prêtres, moines, etc., pour ne les pas détourner du culte.

D. Cette excuse est-elle absolue ?

R. Oui, pour les évêques et moines ; mais les prêtres restent admis aux tutelles légitimes.

D. Quelle est la cinquième excuse ?

R. Un procès engagé ou simplement imminent avec le pupille, parce que le tuteur est alors un peu suspect. (Cf. C. C. art. 443.)

D. N'y a-t-il pas une sorte d'excuse semblable ?

R. Oui. Justinien décide qu'un administrateur sera adjoint au tuteur, par cela seul qu'il se trouvera créancier du pupille.

D. Quelle est la sixième excuse ?

R. Elle est propre à la curatelle, tandis que toutes les autres s'appliquent à la tutelle également. Le mari est dispensé de la curatelle de son épouse mineure.

D. Quel est le motif de cette excuse ?

R. Celui même de la précédente. Le mari eût été placé souvent entre son devoir et son intérêt.

D. Pourquoi est-ce particulier à la curatelle ?

R. Parce qu'il ne saurait être question du mari d'une pupille, d'une impubère. (Cf. C. art. 506.)

D. Quelle est la septième excuse ?

R. Celle des infâmes, exclus de toute fonction.

D. Quelles sont les excuses volontaires ?

R. Comme elles sont nombreuses, il est bon de les classer, et je le fais en deux groupes.

D. A quelles causes se rattachent-elles donc ?

R. 1<sup>o</sup> A un privilège ;

2° A certains inconvénients ou inconvénients pour le tuteur.

D. Quelle est la première excuse privilégiée?

R. Celle tirée du nombre d'enfants.

D. Quel est le nombre légal, pour l'excuse?

R. Trois à Rome, quatre en Italie et dans les pays dotés du droit italique, cinq dans les provinces.

D. Compte-t-on les enfants adoptifs, les morts?

R. Non, seulement ceux natifs, naturels, légitimes ou légitimés. On compte les enfants morts, seulement sur le champ de bataille. On ne compte pas les enfants adoptifs, les petits-enfants *ex filia*.

D. D'où résulte cette excuse?

R. De la loi Papia Poppéa, rendue sous Auguste, à moins qu'on admette qu'à cette époque, la tutelle n'était pas encore une charge publique.

D. Est-ce là le *jus liberorum*?

R. On donne le nom de *jus liberorum* plus particulièrement au privilège, étranger à la tutelle, par lequel la femme acquiert divers droits actifs, par exemple d'hérédité dans les successions d'affranchi et vis-à-vis de ses enfants, à raison d'un certain nombre d'accouchements.

D. En quoi diffèrent les deux privilèges?

R. Ce que l'on compte dans le *jus liberorum* pour admettre la concession de ces droits à la femme, ce sont les accouchements fructueux et non les enfants survivants. Ici, il s'agit de l'homme et le point de vue devait être différent. (C. C. art. 436.)

D. N'en avons-nous pas déjà vu des exemples?

R. Oui, l'acquisition de la cité pour l'affranchie latine, par le *triplex enixus*, et sa libération de la tutelle par trois ou quatre accouchements.

D. La dispense fondée sur le nombre d'enfants ne revient-elle pas au principe de l'inconvénient de la charge publique pour le tuteur?

R. C'est ce qui l'a fait admettre chez nous. Mais, en droit romain, il faut y voir réellement un privilège,



de la nature de ceux qu'Auguste créa pour porter les citoyens au mariage et obtenir la repopulation de Rome. Ceux qui ont le nombre déterminé d'enfants sont dispensés de toutes les charges publiques, sans qu'on recherche si elles entravent ou non le gouvernement de leur propre famille.

D. Quelle est la deuxième excuse privilégiée ?

R. Celle des administrateurs du trésor public.

D. Qu'est-ce que le trésor public ?

R. On en eut successivement un seul, puis plusieurs espèces. A l'origine, il n'y eut que l'*ærarium*, ou trésor du peuple romain. Sous l'Empire, on distinguait 1<sup>o</sup> le fisc, ou trésor du prince, comprenant les tributs payés par les provinces de César, les aubaines, les biens en déshérence et le produit des confiscations (comme le nom l'indique), 2<sup>o</sup> le trésor public comprenant les impôts pour l'entretien des divers services, les tributs des peuples vaincus, et, 3<sup>o</sup> le *patrimonium principis*. Ce trésor, composé des biens personnels de l'empereur, n'a pas le caractère du fisc, qui n'est qu'une dépendance des biens de l'état affectée à l'entretien de la cour, comme chez nous la liste civile.

D. Quelle est la troisième excuse privilégiée ?

R. Celle des absents pour service public.

D. N'excuse-t-on pas les absents pour toute cause ?

R. Non : il serait trop aisé de se soustraire à la charge. Quand on s'absentait de Rome pour son plaisir ou ses affaires personnelles, on demandait souvent une *légation libre*, qui donnait au porteur le caractère et la sécurité d'un légat du peuple romain. Cette légation ne dispense pas de la tutelle (C. C., art. 428 et s.)

D. Quelle est l'étendue de l'excuse ?

R. Il faut distinguer entre la tutelle *suscepta* et celle *suscipienda*. L'excuse, temporaire quant à l'une, est perpétuelle quant à la dernière.

D. Qu'est-ce à dire ?

R. Que l'absence *reipublicæ causa* vous dispense

entièrement de la tutelle non commencée, tandis qu'elle donne lieu simplement à vous remplacer pour la durée de l'absence, quand vous êtes déjà tuteur.

D. N'y a-t-il pas encore pourtant alors, des cas, de dispense définitive?

R. Oui, quand l'absence doit être très-longue par exemple au delà des mers, ou résultant de la collation d'une fonction perpétuelle.

D. Quand est-on dispensé *a suscipienda tutela*?

R. Quand la tutelle s'ouvre pour vous, non-seulement pendant la durée de l'absence, mais encore dans l'année qui suit votre retour et qu'on nomme l'*an de vacation*, qu'on vous laisse pour remettre vos affaires en ordre.

D. Quelle est la quatrième excuse privilégiée?

R. Les magistrats sont dispensés de la tutelle sur leur demande, quand ils jouissent de l'*imperium*, du droit d'arrestation ou de la juridiction, qui en sont des attributs ordinaires (C. C., 427).

D. Quels sont les magistrats excusés?

R. Les consuls, préteurs, censeurs, dictateurs, préfets de la ville et du prétoire.

D. Les édiles, les duumvirs sont-ils excusés?

R. Ils ne l'étaient pas à l'origine, leurs fonctions ne constituant pas de hautes dignités. Ils le furent ensuite, dans le cas où ils exerçaient la *jurisdictio*, c'est-à-dire dans l'Italie et les villes dotées du droit italique. Il en fut de même pour les édiles romains et questeurs provinciaux, qui, entre autres attributions, avaient le contentieux des marchés publics.

D. Quelle est la cinquième excuse privilégiée?

R. Celle accordée aux philosophes, rhéteurs, littérateurs, jurisconsultes, médecins, c'est-à-dire aux gens exerçant les professions libérales.

D. N'est-elle pas subordonnée à quelques conditions?

R. 1° Qu'ils fussent classés, c'est-à-dire compris dans les limites d'un tableau de patente de ces pro-

fessions, dressé pour chaque cité par l'empereur ;

2<sup>o</sup> Qu'ils exerçassent en leur pays ou à Rome, la patrie commune ;

3<sup>o</sup> Qu'ils fussent bien méritants.

D. Quelle observation générale concerne toutes les excuses privilégiées ?

R. Qu'aucun privilège ne peut être opposé à un privilégié. C'est-à-dire que le rhéteur ou le magistrat, ne peut refuser d'administrer la tutelle ou curatelle pour la famille d'un autre rhéteur, d'un autre magistrat ou pour lui-même, c'est-à-dire pour ses enfants.

D. Quelle est la première excuse volontaire fondée sur l'incommodité de la charge ?

R. Le cumul de trois tutelles. Chez nous la même excuse existe à deux (C. C., 435).

D. Le nombre est-il fixé à forfait ?

R. On le croirait, mais cette fixation laisse place à l'appréciation du magistrat. Par exemple, on ne fait pas acception d'une tutelle sur le point de finir. Trois tutelles faciles seront comptées pour deux ou une, une tutelle très-onéreuse, prise pour deux ou trois.

D. Comment compte-t-on celle de plusieurs frères ?

R. Pour une seule, s'il n'y a qu'une administration. C'est par les comptes à rendre, et non par les personnes, qu'on chiffre les tutelles.

D. Quelle est la seconde excuse de cet ordre ?

R. La pauvreté : on ne veut pas employer gratuitement le temps de l'homme qui vit au jour le jour.

D. Un tel tuteur offre bien peu de garantie au pupille : pourquoi ne fait-on pas de la pauvreté un cas d'exclusion ?

R. Cela se comprendrait chez nous, où la sûreté des personnes en tutelle est réelle et consiste dans les biens du tuteur ; mais, à Rome, avons-nous vu, elle est surtout personnelle. Les répondants du tuteur pauvre peuvent être opulents.



D. Quelle est la troisième excuse ?

R. Une maladie grave et chronique, nous refusant la gestion de nos propres affaires (C. C., 434).

D. Quelle est la quatrième de cet ordre ?

R. Celle qui compète aux gens illettrés.

D. N'est-ce point là une excuse nécessaire ?

R. Non, les gens illettrés peuvent être intelligents et probes ; mais ils peuvent se refuser à la tutelle, à raison de l'incommodité qu'il y aurait pour eux à en rendre les comptes. Aussi n'exempte-t-on pas ceux qui savent tenir note de leurs achats et fournitures à l'aide de tailles (*bacillis fissilibus*).

D. Quelle est la cinquième excuse ?

R. L'âge de 70 ans, qui forme excuse pour toutes les charges publiques. Il en est de même, en droit français, pour la tutelle *suscepta* ; mais, dès 65 ans, on peut refuser celle *suscipienda* (C. C., 433).

D. Quelle est la dernière excuse de cet ordre ?

R. Celui qui déclare avoir été l'ennemi du père des enfants dont on l'appelle à prendre la tutelle ou curatelle, peut s'en faire dispenser.

D. Mais où est ici l'incommodité de la gestion ?

R. C'est un danger dont il s'agit. L'appelé peut craindre qu'on le soupçonne de trahir les enfants, alors même qu'il gèrerait fidèlement.

D. N'y a-t-il pas un motif particulier d'excuse, s'il est désigné par testament ?

R. Oui, si l'on peut croire, contre la vraisemblance, que c'est par un sentiment haineux que le défunt l'a désigné : longtemps les dispositions testamentaires faites *pœnæ nomine* ont été nulles.

D. N'y a-t-il pas une excuse propre à la curatelle ?

R. Le tuteur sortant n'est pas obligé d'accepter la curatelle du mineur ou du fou.

D. N'y a-t-il pas une exception ?

R. Oui, pour l'affranchi. Si son maître, après l'avoir désigné pour tuteur testamentaire à ses enfants,



l'appelle encore à leur curatelle, la gratitude ne lui permet pas de décliner ce cumul.

D. N'y a-t-il pas une faculté particulière et analogue à l'excuse?

R. C'est le *jus potiolem tutorem nominandi*.

D. Expliquez ce bénéfice?

R. Sauf dans les tutelles légitimes, formant un devoir de famille, et testamentaire, où le choix répond aux qualités individuelles on peut, au lieu d'excuses, proposer au magistrat qui vous désigne quelque personne que, plutôt que vous, il devait choisir, à raison des rapports d'amitié ou de famille avec le père défunt (Cf. C. C. 433).

D. Ce droit compète-t-il à tous?

R. 1° En sont privés ceux qui ont été les collègues du *parens* dans une corporation,

2° Les cognats et alliés jusqu'au 7° degré,

3° L'affranchi, et sans doute ses fils.



## SECTION 2°. — *Comment sont présentées et jugées les excuses.*

D. Celui qui a des excuses est-il de plein droit exclu ou dispensé de la tutelle?

R. Non; mais, comme la plupart des faits qui les constituent comportent une certaine appréciation, et que le tuteur désigné ne peut préjuger la décision du juge, il doit prendre la gestion provisoire; avec protestation, si son excuse est volontaire.

D. Qui fait valoir les excuses nécessaires?

R. S'il les connaît d'avance, le magistrat écarte et remplace l'exclu. De même, s'il les apprend après coup, par exemple par ceux qui doivent demander tuteur. Elles peuvent aussi être présentées par l'appelé.



D. Et pour les excuses volontaires ?

R. Elles doivent être présentées au magistrat, qui ne les supplée pas d'office.

D. Qu'est-ce qui détermine ce magistrat ?

R. C'est celui qui vous désigne, si vous êtes tuteur ou curateur datif, vous confirme si vous êtes sujet à confirmation et qui eût pu, hors de là, vous nommer un suppléant.

D. Agissait-on toujours ainsi jadis ?

R. Dans le cas où il y avait eu désignation, il fallait se pourvoir par appel. Marc-Aurèle a réformé cette règle qui était ici l'application du droit commun en fait de charges publiques.

D. Le principe nouveau est-il plus sage ?

R. Oui, parce que la désignation du tuteur est un acte de la juridiction gracieuse.

D. N'y a-t-il donc plus lieu à l'appel ?

R. Si fait, mais quand l'excuse offerte aura été rejetée, ce qui est un acte de juridiction contentieuse ; l'appelé aura, de la sorte, deux degrés de juridiction.

D. Quel est le délai pour présenter les excuses ?

R. Il est de cinquante jours pour Rome et un rayon de 400 milles. On ajoute un jour par 20 milles, au-delà de cette distance. Cette procédure s'applique aussi à la désignation du *tutor potior*. (C. C., 438, etc.)

D. Quand une excuse est rejetée, en premier ressort ou en appel, peut-on en proposer une autre ?

R. Oui et plusieurs même successivement, jusqu'à l'expiration du délai.

D. Le délai échu, n'en peut-on plus offrir aucune ?

R. Si fait, mais autant seulement qu'elle serait née depuis la désignation, par exemple l'âge de 70 ans, seulement alors révolu, ou une absence pour service public.

D. Comment cessent les excuses ?

R. 1<sup>o</sup> Par la renonciation expresse, si l'ayant-droit avait promis de gérer ;

2° Par la renonciation tacite s'il s'est immiscé, sans protestation;

3° Par l'expiration du délai ce qui revient à la cause précédente;

4° Par la cessation du fait fondant l'excuse. comme le retour de la santé, un héritage vous relevant de la pauvreté, etc.



## TITRE XXVI

### Des Tuteurs et Curateurs suspects.



D. Qu'est-ce qu'un tuteur ou curateur suspect ?

R. Celui qui ne gère pas bien ou fidèlement.

D. Pourquoi ces deux mots : *bien et fidèlement* ?

R. Pour prévoir deux ordres très-différents de mauvaises gestions, provenant de la négligence ou inexpérience, d'une part, et, d'autre part, du dol.

D. Qu'est-ce que l'action de tuteur suspect ?

R. Une action populaire, qu'on intente contre un tuteur et curateur suspect, pour le faire destituer et souvent même, en outre, punir.

D. D'où dérive cette action ?

R. D'un article perdu de la loi des Douze-Tables.

D. Qu'appellez-vous une action populaire ?

R. Celle que tout citoyen peut intenter, à raison de ce qu'elle est d'intérêt public.

D. Qui pourra donc exercer cette action ?

R. Elle est facultative pour tous, on le voit, mais, de plus obligatoire pour quelques-uns.

D. Quelles personnes sont obligées à la dénonciation ?

R. Les cotuteurs, la mère et les affranchis.

D. Quelle est la sanction de leur obligation ?

R. Nous la connaissons déjà pour la mère et les affranchis. Pour les cotuteurs, c'est la responsabilité solidaire des fautes du tuteur en charge, ou de ses malversations.

D. Si plusieurs demandent à exercer l'action facultative, comment régler leur concours ?

R. Le préteur la donnera de préférence aux proches, puis à ceux qui y auraient quelque intérêt matériel ou moral, aux amis, aux voisins, au besoin. C'est le droit commun en matière d'actions populaires.

D. Une femme peut-elle aussi intenter l'action ?

R. De droit commun, la femme n'exerce pas les actions publiques ou populaires. Mais on voit que celle-ci est obligatoire pour la mère. Elle est, en outre, accessible à toute autre femme, pourvu qu'elle ne soit mue par un mobile peu avouable.

D. La femme pouvait-elle accuser son tuteur ?

R. Oui, quand l'administration était sérieuse. Mais, sous, Marc-Aurèle, il n'en était plus ainsi, les tuteurs sérieux l'étaient pour leur intérêt, et les autres n'avaient plus de gestion.

D. Le pupille et l'incapable en curatèle peuvent-ils accuser leur tuteur ou curateur ?

R. Oui, pour l'incapable, non pour le pupille, qui ne peut ester en justice.

D. L'incapable n'est-il pas soumis à certaines conditions ?

R. Oui, il faut 1° qu'il soit sensé ; 2° qu'il ait 17 ans pour postuler ; enfin, 3° qu'il ait l'aveu d'un conseil de famille, parce que son accusation est peu sûre.



D. Et si personne ne forme l'action ?

R. Le magistrat lui-même peut l'introduire d'après ses renseignements et informer d'office ; comme pour les actions publiques, le cas y étant assimilé.

D. Un tuteur opulent peut-il être accusé ?

R. Oui, parce que sa fortune, qui peut disparaître, est toujours impuissante à rassurer la société et qu'il vaut mieux défendre nos droits qu'avoir à en réprimer la violation. L'action, par contre, ne naît pas de la pauvreté ou de la ruine seule du tuteur.

D. Le tuteur peut-il arrêter la poursuite en offrant caution ?

R. Pas plus que par l'aspect de sa propre solvabilité, du moins s'il s'agit de fraude.

D. L'accusation peut-elle être formée contre des tuteurs ou curateurs de tout ordre ?

R. Oui, testamentaires légitimes et datifs.

D. Qu'y a-t-il de particulier pour ceux légitimes ?

R. C'est que, en fait, rarement l'action sera donnée ou pourra aboutir. Cette accusation est infamante, et ne peut être formée par l'incapable, quand il doit à son curateur l'*officium pietatis*. Hors de là les tuteurs ou curateurs sont généralement les proches du pupille et on ne sauverait ses intérêts qu'en perdant l'honneur de sa famille. Elle ne peut se rencontrer que dans le rapport du *manumissor extraneus*.

D. Quel moyen donc pour éviter la ruine ?

R. On adjoint un curateur à l'administrateur en titre, ou on l'écarte par une action *in factum*.

D. A quoi tend l'accusation du tuteur suspect ?

R. A la destitution du tuteur ou curateur.

D. Quelle mesure est prise en premier lieu ?

R. La suspension et la suppléance de l'inculpé. C'est le droit commun, en cas d'accusation contre toute personne en charge.

D. Quelle est la suite de la procédure ?

R. Une instruction sur la gestion de l'inculpé, d'après laquelle enquête on juge.

D. Que décide-t-on alors ?

R. La destitution du tuteur ou curateur, des mesures d'adjonction ou son maintien en fonction pur et simple, en lui donnant recours contre le dénonciateur.

D. Quelles sont les résultats accessoires ?

R. L'infamie et les peines ordinaires ou extraordinaires.

D. Cela se rencontre-t-il dans tous les cas ?

R. Non, mais suivant les circonstances.

D. Qu'est-ce que l'infamie ?

R. La perte de l'*existimatio*, par suite de laquelle en est frappé de diverses incapacités. Les infâmes ne peuvent voter, tester ni être témoins aux testaments, gérer les charges ou fonctions publiques. On ne peut épouser des ingénus ou gens de race sénatoriale.

D. Quand l'infamie est-elle encourue ici ?

R. Quand il y a eu dol.

D. Qu'entend-on par dol ?

R. L'intention, le dessein de nuire.

D. Y assimile-t-on la faute lourde ?

R. Cette assimilation, générale en matière de contrat, cesse ici, à cause de la nature de l'action.

D. Et s'il y a eu seulement refus injuste, comme d'aliments au pupille ?

R. Si l'on est forcé alors d'en venir à exclure le tuteur, ce sera sans infamie ; mais il pourra être puni.

D. Quand a lieu cette répression ?

R. Soit normalement, quand la conduite du tuteur ou curateur constitue un crime ou délit de droit commun, comme s'il a volé le pupille ou attenté à ses jours ; soit à l'extraordinaire, quand son fait est d'une malice scandaleuse, non prévue par les lois pénales, mais méritant cependant une répression.

D. Donnez-en des exemples ?

R. Ainsi, on sévira toujours à l'extraordinaire, en cas de dol, contre l'affranchi, désigné pour tuteur aux enfants de son patron par son testament ou le



magistrat. La peine sera fréquemment la déclaration d'ingratitude qui le fera rentrer dans la *familia*, c'est-à-dire en puissance dominicale des pupilles héritiers. On punit aussi le tuteur qui a mensongèrement prétendu que le pupille n'avait pas de quoi vivre, ou qui a gagné les agents du magistrat, faisant enquête, pour se faire nommer ou confirmer.

D. Est-ce le préteur qui prononce ces peines?

R. Non. N'ayant pas la juridiction pénale, il doit renvoyer au préfet de la ville l'administrateur à punir.

D. Dans quel cas cesse l'action?

R. 1° Par la mort du tuteur ou curateur;

2° Sa *capitis deminutio*, d'une nature propre à éteindre la tutelle ou curatelle;

3° L'avénement de la puberté, dans la tutelle;

4° Toute autre cause réelle d'extinction, la décharge de la tutelle passive des femmes par le nombre d'enfants, le retour de la santé, etc.

D. Les deux premières causes sont-elles égales?

R. Non, la première est toujours absolue; tandis que, si l'administrateur survit à sa décharge on peut poursuivre l'action pour les peines secondaires.

D. Mais la forme-t-on pour l'infamie seule?

R. Non : c'est un accessoire plutôt qu'une peine.

D. En résumé, quelles actions ont rapport à la tutelle et à la curatelle?

R. 1° L'*actio tutelæ directa*, qui compète au pupille pour se faire rendre le compte, payer le reliquat et des dommages-intérêts pour les fautes du tuteur;

2° L'action *ex stipulatu*, contre les cautions du tuteur, pour son débit;

3° L'action *tutelæ contraria*, qui compète à lui-même, pour le recouvrement de ses avances avec intérêts, à la fin de la tutelle;

4° L'action *de rationibus distrahendis*, ou de discussion du compte de tutelle,

5° L'action populaire du tuteur suspect.

D. Quelles actions s'appliquent à la curatelle?

R. Toutes celles-ci : celle *ex stipulatu* de plein droit, les autres par extension.

D. Sont-elles toutes de la même nature ?

R. On y voit plusieurs différences ; notamment, l'action *tutelæ contraria* a été créée par le préteur ; le tuteur n'en avait pas jadis pour rentrer dans ses fonds.

D. Cette action le désintéresse-t-elle ?

R. Pas entièrement ; car elle ne peut être formée avant l'époque où s'ouvre l'action directe, c'est-à-dire la fin de la gestion ; le tuteur devra donc attendre.



## LIVRE II

---

### TITRE I

#### Division des Biens.

---

SECTION I<sup>re</sup>. — *Diverses classifications des choses et des biens.*

D. Que signifie le mot *res* ?

R. Chose et bien, car l'homme ne peut avoir sur les objets de la nature que des avantages, des droits constituant son patrimoine.

D. Ne désigne-t-on pas l'un de ces droits sous le nom même des choses ?

R. Oui ; c'est la propriété, le plus absolu. Ainsi, on dit : j'ai un cheval, un esclave.

D. Quelle est l'importance de ce droit ?

R. C'est d'abord de fournir la première division des choses, suivant qu'elles sont ou non susceptibles d'appropriation soit publique, soit privée, en *res divini* et *res humani juris*.

D. Comment se subdivisent les choses du droit divin ?

R. En *res sacræ, religiosæ, sanctæ*.



D. Que sont les *res sacræ* ?

R. Celles régulièrement consacrées aux dieux supérieurs.

D. Quelles étaient les formes pour cela ?

R. La loi Papiria prohibait la consécration de tout immeuble sans une loi, suivie de rites pontificaux ; sous l'Empire, une simple constitution suffisait, l'empereur étant législateur et pontife.

D. Sous Justinien, les choses consacrées au culte chrétien ne peuvent-elles être acquises ?

R. Oui, dans un but pieux, pour racheter les captifs, nourrir le peuple en famine, payer les dettes de l'Eglise ; enfin, quand elles sont purgées de leur affectation au culte.

D. Que sont les choses religieuses ?

R. Certaines parcelles de sol, consacrées aux dieux infernaux par une sépulture.

D. Chacun peut-il rendre un sol religieux ?

R. Oui, si 1<sup>o</sup> cette terre est une propriété privée ; 2<sup>o</sup> si elle se trouve hors de la ville ; 3<sup>o</sup> s'il a le droit d'en disposer ainsi, étant le maître ou autorisé par le maître ?

D. Le *dominus* d'un sol grevé d'usufruit peut-il y inhumer ?

R. Non, ni lorsqu'il l'est d'une servitude réelle, dont cette affectation gênerait l'exercice.

D. Le copropriétaire peut-il ainsi le consacrer ?

R. Non ; si ce n'est d'une façon indirecte, en demandant d'y être inhumé.

D. Le champ entier est-il alors perdu ?

R. Seulement un pourpris, fixé par des règlements.

D. Le terrain religieux n'est-il pas affecté de la propriété ?

R. Non, pas précisément ; mais seulement d'une jouissance privée, à titre de sépulture, qu'on peut céder à des tiers ou transférer à ses héritiers.

D. Que sont les choses *sanctæ* ?

R. Les choses *sanctæ*, dont le nom exprime deux idées, sont l'objet d'une attribution religieuse aux héros ou demi-dieux et en outre défendues par la sanction du sacrilège. Tels sont les murs des villes. Il y a aussi des *personæ sanctæ*, *legati*, tribuns.

D. Comment subdivisez-vous les *res humani juris* ?

R. En cinq classes : les *res communes*, *publicæ*, *universitatis*, *nullius*, *privatæ*.

D. Sur quoi repose cette classification ?

R. Les jurisconsultes, admettant la théorie stoïcienne, que l'homme fait partie de trois sociétés, sa cité, son état et l'humanité, donnent pour patrimoine à ces trois associations les choses qui, sans être dévouées au culte, échappent à l'appropriation privée.

D. Que sont les *res communes* ?

R. Le patrimoine de l'humanité, l'air, l'eau douce, la mer, son rivage.

D. Qu'est-ce que le rivage de la mer ?

R. Le sol que recouvre la plus haute marée d'hiver. Ainsi le définit encore, chez nous, l'ordonnance de 1681.

D. Quelle jouissance en peut-on avoir ?

R. Chacun a le droit de s'en servir pour la pêche ou la navigation, et de l'occuper transitoirement. Mais, pour y faire quelque établissement, il faut une autorisation du pouvoir public, comme chez nous, où il y a en outre des règlements sur la pêche, etc.

D. Que sont les *res publicæ* ?

R. Le patrimoine de l'Etat : la nappe des fleuves, les voies, les ports, les forteresses, etc.

D. Pourquoi dites-vous la *nappe des fleuves* ?

R. Parce que le fleuve, en tant que cours d'eau, est à l'Etat, mais non sa cuvette, d'après certains jurisconsultes, et certainement pas les bords.

D. Quel droit y a l'Etat ?

R. Une servitude, en vertu de laquelle les navigateurs et pêcheurs peuvent tirer parti des banquet-



tes, sur une largeur déterminée, sans que le riverain les contrarie par des plantations ou constructions. Il en est de même chez nous pour les hautes berges, mais non pour la cuvette. Tout le sol recouvert par le *plenissimum flumen* forme son lit et appartient à l'Etat.

D. Que sont les *res universitatis* ?

R. Les choses qui sont à l'usage commun de certaines personnes, dont l'ensemble est doué de personnalité civile, c'est-à-dire le domaine public des cités : les places, rues, ponts, ports, théâtres, bains, stades et les objets de même nature appartenant à des associations reconnues comme personnes morales.

D. Comment cela ?

R. Un privilège impérial peut concéder la construction et l'exploitation privée d'un pont, d'un port, ou autre objet, voué à l'usage public.

D. Comment se créent les personnes morales ?

R. En la forme législative, c'est-à-dire successivement par la loi, sénatus-consulte et rescrit. Ce caractère est reconnu d'une façon générale : 1<sup>o</sup> aux municipales; 2<sup>o</sup> aux *vici*, qui sans former une circonscription administrative sont propriétaires, comme chez nous les sections de commune; 3<sup>o</sup> aux sociétés d'approvisionnement, concessionnaires de l'Etat, pour l'exploitation du sel, des mines d'argent et d'or; 4<sup>o</sup> aux nombreux *collegia*, formés par les pontifes, les fonctionnaires et certaines associations industrielles.

D. Que sont les *res privatæ* ou *singulorum* ?

R. Des biens meubles ou immeubles appropriés à un particulier, que leur nature destine à la jouissance d'un seul. Ces mêmes choses sont *nullius*, si personne ne les a; elles peuvent être biens privés d'une université.

D. Quelle différence y a-t-il dans la jouissance ?

R. C'est *ut universi* que les citoyens ont celle des *res universitatis*, qui sont au municipe et non à chacun d'eux, et *ut singuli* qu'ils jouissent des *res pri-*

*vatae*, prenant leur part des fermages, en co-propriétaires. C'est ainsi qu'on distingue, chez nous, les biens communaux ou domaine public de la commune, de son patrimoine ou domaine privée.

D. Passez à une autre division.

R. On distingue les choses mobilières ou immobilières, les genres et les choses spécifiées, celles fongibles, celles *quæ primo usu consumuntur*, celles *mancipi* et *nec mancipi*, les biens corporels ou incorporels.

D. Qu'appelle-t-on meubles, immeubles ?

R. Les meubles sont les choses qu'on peut mouvoir ou qui se déplacent elles-mêmes, comme les esclaves, les récoltes détachées ; au contraire des immeubles.

D. N'y a-t-il pas des meubles immobilisés ?

R. Oui, le bétail ou les esclaves attachés à un fonds, les matériaux dans une construction, les tuyaux, chaudières (Cf. C. C. 522 et s.)

D. Que sont les genres et les choses spécifiées ?

R. Les Romains, par suite d'une dégradation dans l'emploi de ces termes philosophiques, appellent genre une chose qui n'est désignée que par son espèce, par exemple, un cheval, en général, et chose spécifiée celle déterminée par son individualité. On dit, *in concreto*, *genus*, *species*.

D. Quelle est l'utilité de ces divisions ?

R. Certaines règles, sur l'usucapion, par exemple, sont différentes pour les meubles et les immeubles. Dans les obligations, la perte fortuite de la chose libère le débiteur seulement *si species debeatur*.

D. Que sont les choses fongibles ?

R. Des choses qui s'apprécient *numero*, *pondere*, *mensurave*, se prennent communément *in genere* et se remplacent indifféremment, à conditions égales.

D. Et celles *quæ primo usu consumuntur* ?

R. Celles dont on ne peut tirer de parti usuel sans les détruire, du vin, de l'huile, par exemple, qui ne servent guère qu'à boire ou à brûler.

D. Ces choses se confondent donc avec celles fongibles, d'après vos exemples ?

R. 1<sup>o</sup> Les choses *quæ primo usu consumuntur* sont désignées par leur usage naturel ; celles fongibles le sont, même en dehors de la nature, par la convention des parties ; un livre, un habit, peuvent en recevoir ce caractère ;

2<sup>o</sup> De même la convention peut le leur retirer, comme si l'on prête du vin *in specie*, l'on fait un dépôt de somme cacheté, etc.

D. Quelle utilité ont ces divisions ?

R. Les choses fongibles sont seules l'objet du contrat de *mutuum* et la vente en est d'une nature particulière. Celles consommées au premier usage donnent lieu au quasi-usufruit.

D. Que sont les *res Mancipi* ?

R. Celles dont la remise doit, pour être translatrice de propriété, se faire avec mancipation. Si on peut l'omettre, il y a *res nec Mancipi*.

D. Quel est le caractère des *res Mancipi* ?

R. Ce sont les choses agricoles surtout, premiers biens reconnus comme précieux à Rome.

D. Enumérez-les donc.

R. 1<sup>o</sup> Les biens du sol italique, champs ou bâtiments, situés dans l'Italie et les pays dotés du *jus italicum* ; 2<sup>o</sup> les servitudes rurales ; 3<sup>o</sup> les bêtes de somme, ou animaux non sauvages *quæ collo dorsove domantur* ; 4<sup>o</sup> les esclaves ; 5<sup>o</sup> les enfants et les femmes.

D. Quel est l'usage de cette division ?

R. Elle est utile d'abord pour la translation de propriété ; en outre, pour la validité des aliénations de la femme en tutelle, qui ne peut sans autorisation disposer de ses *res Mancipi*, réputées plus précieuses, comme chez nous les immeubles, à raison du vieux dicton *vilis mobiliū possessio*.

D. Cette division subsiste-t-elle sous Justinien ?

R. Non, et les traces en sont effacées au Digeste.



D. Ne s'est-elle pas perpétuée jusqu'à lui ?

R. Oui, car c'est lui qui a supprimé la division entre le sol italique, dont on pouvait avoir la vraie propriété et les fonds des provinces, les unes à César, les autres au peuple : où les détenteurs n'avaient qu'un droit d'emphythéose ou bail indéfini, que Justinien consolide en domaine ; comme on l'a fait chez nous, par la suppression de la directe seigneuriale, pour certains fonds.

D. Quels sont les biens corporels, incorporels ?

R. Cela revient à dire biens palpables et biens tombant sous les sens. L'homme, qui n'emporte rien au tombeau, n'a véritablement que des biens palpables ; mais, en prenant le plus absolu, la propriété, pour la chose même qu'elle frappe, on arrive à dire que nos biens sont ou des objets matériels ou des abstractions.

D. Classez donc les biens, à ce point de vue.

R. La propriété et les pouvoirs dont elle est la base sont les seuls biens corporels. Ceux incorporels comprennent tous les autres droits : la servitude, l'obligation, etc.

---

## TITRE II

(Des diverses espèces de droits ; Division des modes d'acquérir.)

---

D. Les droits sont-ils tous de même nature ?

R. Non, les facultés qui nous sont garanties par la loi s'exercent vis-à-vis des personnes, c'est le droit personnel ; ou des choses et c'est le droit réel.

D. Définissez les deux espèces de droits.

R. Le droit réel est celui en vertu duquel une chose est soumise à notre usage, à notre jouissance et à notre disposition ; le droit personnel est celui qui nous permet d'exiger un fait de telle personne déterminée.

D. Comment désignait-on ces droits ?

R. Le droit réel par *jus in re*, droit affectant la chose résidant en elle, lui constituant une qualité morale passive ; le droit personnel par *jus ad rem*, ou un droit qui ne procure la chose qu'au moyen du fait de dation ou de prestation à obtenir de la personne, dans la vente, l'échange, etc.

D. Cette dernière locution est-elle bonne ?

R. Elle va assez bien pour ces exemples ; mais elle est mauvaise quand il s'agit d'obligation de pur fait, dont l'exécution ne nous fait rien acquérir.



D. Quelles différences y a-t-il entre les droits réels et celui personnel ?

R. 1<sup>o</sup> Le premier porte sur les choses et le dernier contre les personnes ;

2<sup>o</sup> Le premier est perpétuel et le second temporaire ;

3<sup>o</sup> Nos droits de toute espèce passent aux successeurs de notre personnalité, appelés pour cela ayants-droit ; les ayants-cause, ou ceux qui sont dans le même état que nous pour la chose, ne succèdent qu'au droit réel activement ou passivement ;

4 Suivant leur nature, les droits donnent lieu aux actions personnelles ou réelles. Par les premières, on demande un fait ou un dédommagement pour son inexécution ; par les autres, on prétend qu'une chose vous est soumise, absolument ou pour tel usage déterminé.

5<sup>o</sup> Les actions personnelles se donnent contre qui est tenu de l'obligation et celles réelles contre tout détenteur.

6<sup>o</sup> Le nom du défendeur à ces actions n'est pas même énoncé en la formule ; on poursuit la chose en ses mains, sans, pour ainsi dire, rien lui demander.

D. Combien y a-t-il de droits réels ?

R. Il n'y en a qu'un personnel, l'obligation. Quant à ceux réels, on en compte parfois un seul, la propriété, traitant tous les autres comme ses démembrements. Mais il vaut mieux distinguer les servitudes, le gage et d'autres droits moins pratiques, l'emphytéose, la superficie.

D. Qu'est-ce que la propriété ?

R. Le droit absolu de l'homme sur les choses.

D. Quels en sont les attributs ?

R. L'*usus*, le *fructus*, l'*abusus*.

D. Définissez ces attributs.

R. *Uti*, c'est tirer de la chose des profits successifs qui se distinguent des fruits ; — *frui*, c'est en

recueillir les produits périodiques, formant revenu, et *fructus* désigne ces produits, — *abuti*, c'est tirer de la chose un parti qui ne peut se renouveler, la léguer, donner, vendre, détruire.

D. N'ajoutez-vous pas le droit de revendiquer ?

R. La revendication, ou faculté de reprendre notre chose partout où on la trouve, n'est qu'un droit sanctionnateur, garantie des autres, une action.

D. Le droit de propriété est-il réellement absolu ?

R. Non, il est restreint par des obstacles de fait (les éléments) et de droit, la loi, *lato sensu*.

D. Expliquez ces restrictions.

R. 1<sup>o</sup> Les éléments : le fond des fleuves est aux riverains, d'après l'opinion la plus générale dans l'ancien droit, et l'eau les empêche d'en jouir ;

2<sup>o</sup> La loi établit des restrictions ; elle prohibe les constructions et plantations à proximité des fleuves et des forteresses ;

3<sup>o</sup> Elle vous défend de mésuser, en proscrivant le droit de mort sur les enfants ou les esclaves, etc.

4<sup>o</sup> Elle vous enlève votre propriété par l'usucapion et l'expropriation pour cause d'utilité publique (Cf. C. C. 544, 545).

5<sup>o</sup> Le testament, qui a la forme d'une loi, et la convention, qui fait celle des parties, peuvent vous interdire certains attributs de la propriété, le droit d'affranchir, etc. (C. C. 1134.)

6<sup>o</sup> Ils peuvent assujettir votre chose à des services envers telle ou telle autre personne, comme de servir de passage à Titius ou aux eaux de son champ.

D. Y a-t-il plusieurs espèces de propriété ?

R. 1<sup>o</sup> C'est une institution du droit des gens réglementée par les Romains, d'où suit qu'on distinguait jadis le domaine *quiritaire* et celui du droit des gens, l'*in bonis*, d'où l'on a fait *bonitaire* ;

2<sup>o</sup> Plus tard, à un autre point de vue, on admit, dans le droit, l'exercice des attributs de la propriété

dite alors utile , par opposé à celle directe. Tel est le cas du droit d'emphythéose et de celui que le préteur sanctionne par les actions publiciennes.

D. Quel avantage a le vrai domaine ?

R. 1° Il permet seul , en droit strict, la disposition de la chose ;

2° Comme de l'aliéner, en rendant *dominus l'accipiens*, sans le secours de l'usucapion ;

3° De faire les affranchis citoyens ;

4° L'exercice de certaines actions : la revendication, la *condictio furtiva*, l'action de la loi Aquilia ;

5° L'abandon noxal.

D. Comment s'acquièrent les droits réels ?

R. En général, par le cumul de deux causes ; l'une éloignée, est le titre d'acquisition qui la légitime et d'où naît le *jus ad rem* ; l'autre, créant le *jus in re*. La convention ne suffit pas à Rome, comme chez nous quant aux corps certains (C. C. 1138).

D. Expliquez cela par un exemple.

R. J'ai acheté un esclave , qu'on m'a mancipé. La vente est mon titre d'acquisition. La mancipation est la source directe de ma propriété.

D. Si on vous mancipe un esclave sans que vous en donniez d'équivalent , n'en serez-vous donc pas propriétaire ?

R. La libéralité est un titre, *pro donato*.

D. Ces causes sont-elles toujours séparées ?

R. Elles peuvent être concomitantes. Par exemple, je peux confondre la vente avec la mancipation ; faire et exécuter immédiatement avec vous un pacte de donation ou de dation en paiement.

D. Pourquoi avez-vous dit en général ?

R. Le *jus in re* naît de la convention même :

1° Dans la société universelle, où chaque associé est aussitôt rendu copropriétaire ;

2° Dans le testament où s'ouvre, dès la mort du défunt, ou l'adition, l'hérédité, dont les anciens faisaient un droit réel spécial ;



3° Dans les legs faits jadis en certaines formes et, sous Justinien, dans tous les legs et fidéicommiss ayant un objet matériel déterminé ;

4° Pour les servitudes négatives, où il n'y a pas de tradition possible ;

5° L'hypothèque résulte du pacte prétorien et constitue aussitôt son droit réel ;

6° De même la propriété résulte du pacte de dation en paiement, dans le droit prétorien.

7° Dans les cas où la propriété est attribuée par le magistrat ou le juge, la sentence en emporte transport.

Ici, comme dans le testament, le titre constitue en même temps un mode d'acquérir.

D. Comment se divisent les modes d'acquérir ?

R. A plusieurs points de vue.

D. Dites la première classification.

R. Par les modes originaux, nous acquérons ce qui n'était à personne, et par ceux dérivés ce qui nous est transmis. On subdivise ces derniers en modes entre-vifs et modes à cause de mort, suivant que nous recevons par aliénation ou succession.

D. Dites la seconde classification.

R. Les modes d'acquérir sont à titre onéreux ou gratuit, selon qu'on fournit ou non un équivalent pour ce qu'on reçoit.

D. Donnez la troisième classification.

R. A titre universel ou particulier, suivant qu'on acquiert un ensemble de biens, un patrimoine entier, comme l'hérédité, ou un objet isolé, animal, esclave, etc.

D. Y a-t-il une autre classification ?

R. Oui, celle en modes du droit des gens et modes du droit civil, propres aux citoyens, donnant seuls le domaine quiritaire sur les *res mancipi*.

D. Quelle est l'utilité de ces distinctions ?

R. La première n'en a qu'au point de vue de la recherche des origines de la propriété ; on doit jus-

tifier de celle de ses auteurs, pour les modes dérivés. Les autres sont beaucoup plus importantes. La dernière sert ici de cadre à notre étude.

D. Quels sont les modes de droit naturel ?

R. L'occupation, l'accession, la tradition.

D. Et ceux du droit civil ?

R. La mancipation, l'addiction, l'adjudication, la loi.



## TITRE II (*bis*)

(Examen des divers modes d'acquérir.)



### SECTION 1<sup>re</sup>. — *De l'occupation.*

D. Qu'est-ce que l'occupation ?

R. Un mode originaire, à titre particulier et gratuit, par lequel on acquiert les *res nullius*, en les appréhendant *animo domini*.

D. Qu'entendez-vous par appréhender ?

R. Prendre possession de la chose, suivant sa nature, en la portant sur soi, ou l'enfermant, etc.

D. Et par *res nullius* ?

R. Une chose susceptible d'appropriation privée, mais présentement sans maître.

D. Comment une chose est-elle ainsi ?

R. Originairement, pour la plupart des objets créés par la nature ; par le laps de temps pour les choses dont on a oublié le maître ; enfin, par le fat



de l'homme, pour celles qu'on ne veut plus, *derelicta*.

D. Que résulte-t-il de ce principe?

R. 1<sup>o</sup> Que nous ne pouvons occuper les choses dont le maître a simplement abandonné la possession ; — 2<sup>o</sup> Qu'il ne suffit pas de la voir pour se dire maître d'une *res nullius*, et, réciproquement, de l'appréhender, si l'on n'a pas la volonté d'acquérir ; — 3<sup>o</sup> Qu'il est des personnes qui, en général, ne peuvent acquérir la possession, par exemple le fou, l'*infans*.

D. Dans quelles conditions?

R. Le fou ne le peut qu'en ses intervalles lucides. Le pupille le peut, hors de l'*infantia* ; enfin, l'*infans* même de l'autorité du tuteur, ou par ses esclaves péculés.

D. Doit-on toujours occuper par soi-même ?

R. On le peut par les gens en votre puissance à qui on laisse un pécule et par un mandataire quelconque, si l'on connaît sa prise de possession.

D. Combien y a-t-il de sortes d'occupation ?

R. On peut en compter quatre : la *venatio*, l'occupation simple, celle militaire, l'invention.

D. Qu'est-ce que la *venatio* ?

R. L'occupation appliquée aux animaux sauvages. On en distingue trois espèces : *piscatio*, *aucupium*, *venatio* proprement dite.

D. Comment distinguer les animaux sauvages ?

R. Il y a trois catégories d'animaux : 1<sup>o</sup> ceux sauvages, qui vaguent naturellement et dont on ne peut s'emparer sans leur faire violence ; 2<sup>o</sup> ceux qui, s'attachant aux demeures de l'homme, y savent revenir ; 3<sup>o</sup> ceux apprivoisés, qui ont passé de la première dans la seconde catégorie. Les premiers seuls sont *res nullius* et peuvent être occupés ?

D. Comment les acquiert-on ?

R. Par l'appréhension *animo domini*, selon leur espèce, en les mettant hors d'état de fuir. Les abeilles seules font exception et s'acquièrent autrement. Il suffit de les mettre en ruche pour cela.

D. Comment perd-on l'animal occupé ?

R. S'il s'échappe. Par exception à ce que j'ai dit et à la perpétuité de la propriété, c'est une chose qui devient *nullius*, dès qu'on en a perdu la possession.

D. Comment expliquer l'occupation militaire des propriétés de l'ennemi ?

R. Parce que la conquête supprime chez lui le domaine public et privé, principe digne de la barbarie des temps anciens.

D. Le soldat pille donc légitimement ?

R. Oui ; mais c'est pour le profit de l'Etat, sauf quand les chefs accordent le pillage libre.

D. Comment cesse la propriété acquise par le soldat, par l'Etat ou ses concessionnaires, sur les biens de l'ennemi ?

R. Par le principe du *postliminium*, c'est-à-dire la reprise.

D. Qu'est-ce que l'occupation simple ?

R. L'occupation, en dehors des animaux, des choses *nullius* qui n'ont pas eu de maître, des fruits sauvages, minéraux, pierreries, coquillages.

D. Qu'est-ce que l'invention ?

R. L'occupation appliquée aux choses qui n'ont plus de maître : les *derelicta*, le trésor, les épaves, ou choses dont le maître ne se présente pas.

D. Que désigna d'abord ce nom d'épaves ?

R. Les animaux effrayés, qui avaient quitté le troupeau, *expavefacta*.

D. Le fer à cheval tombé sur la route, ou le ballot d'un char, ou les marchandises en mer, sont-ils aussitôt épaves ?

R. Non, même si le maître les a jetées, sans renoncer à les ravoir, par exemple, dans la tempête, *navis levandæ causa*.

D. Qu'est-ce que le trésor ?

R. Un dépôt d'objets précieux, anciens et dont le souvenir s'est perdu.

D. Le seul fait que l'auteur d'un dépôt secret est mort en fait-il un trésor ?

R. Non. Quand les faits se révèlent ainsi, par exemple, à l'aide de l'effigie des écus, on les rend à son héritier.

D. Le trésor est-il acquis entièrement, par occupation, à l'inventeur ?

R. Non. Il y a là un autre mode d'acquérir, l'accession, militant en faveur du propriétaire de l'immeuble où le dépôt se trouve et aux auteurs duquel il est présumable qu'il a appartenu. Les jurisconsultes penchaient, les uns, pour l'occupation et l'inventeur, les autres pour l'accession et le propriétaire, jusqu'à un rescrit d'Adrien qui partage le trésor entre eux, et a presque toujours été suivi, depuis. (C. C. 716 et s.)

D. Le trésor n'appartient-il pas en entier parfois au propriétaire ?

R. 1<sup>o</sup> Quand il est lui-même l'inventeur ;

2<sup>o</sup> Quand c'est un ouvrier loué par lui, exprès pour en faire la recherche ;

3<sup>o</sup> Quand l'inventeur s'est introduit chez le propriétaire, dans ce but (Cf. art. 716).

D. Qu'est-ce que l'accession ?

R. L'acquisition de ce qui se rattache à notre chose (C. C. 546, 712).

D. Cela ne peut-il s'expliquer par la préexistence du droit de propriété ?

R. On l'a essayé, en prétendant que les Romains n'ont pas reconnu ce mode d'acquérir. Mais le système n'embrasse pas toutes les applications de l'accession. La question historique me paraît tranchée par le Code civil.

D. Combien y a-t-il d'espèces d'accessions ?

R. L'Ecole a distingué celles naturelle, industrielle, et celle mixte, où se rencontre le concours de la nature et de l'art de l'homme.

D. Quelles sont les applications de l'accession naturelle ?



R. La progéniture, l'île, la violence du fleuve, l'alluvion, l'essaim.

D. Quelle progéniture acquiert-on ainsi ?

R. Tout ce qui naît d'une mère en notre pouvoir : *partus ventrem sequitur*. J'en ai fait l'application aux esclaves.

D. Expliquez l'acquisition des îles.

R. Cette acquisition ne s'applique pas à celles qui peuvent naître dans la mer et qui sont communes ou *res nullius*.

D. Et pour celles formées aux cours d'eau ?

R. Il y a encore une hypothèse où on ne trouve pas d'acquisition. C'est quand un fleuve détache dans les terres un bras qui va en encadrer une portion. (C. C. 562). Quant aux îles naissant au sein des cours d'eau, sans distinction de nature, elles sont aux riverains (C. C. 560, 561).

D. Est-ce indivisément ?

R. Non pas. Pour l'attribution, on mène une série de lignes en prolongement de la limite des héritages riverains et perpendiculairement à la ligne médiane du fleuve. Chacun a droit à la tranche au-devant de son fonds et l'île peut ainsi être à un seul si les lignes ne la coupent point.

D. Quand est-ce que la violence du fleuve donne lieu à l'accession ?

R. 1<sup>o</sup> Quand il change ouvertement de lit,

2<sup>o</sup> Quand il transporte des parcelles entières d'un fonds riverain sur un point d'aval de la rive ou sur le bord opposé.

D. A qui appartiennent ces parcelles ?

R. Il y a deux solutions opposées suivant la manière de lire la L. 7 § 2 *de adquir. rerum dom.* Dans un premier système, que je crois meilleur, ce sol reste indéfiniment à son maître, sauf la prescription. Dans un autre, auquel notre législateur semble avoir cru, la propriété en est transférée au maître du sol auquel elles se rattachent, quand leurs arbres y

ont poussé des racines. Jusque-là, le maître original peut revendiquer. Pour éviter la recherche difficile de ce terme, le droit français lui impartit un an. (C. C. 559).

D. A qui appartient ce lit abandonné?

R. Aux riverains, qui se le partagent au droit de leur propriété. Chez nous on le donne aux propriétaires qui fournissent le lit nouveau. Cela est illogique pour les petits cours d'eau et l'art. 563 en désaccord avec celui 561, qui se rattache à la théorie romaine de la propriété des riverains.

D. Comment voyez-vous là une acquisition?

R. Le caprice des fleuves déplace toujours insensiblement leur lit; de telle sorte qu'au cas d'abandon brusque, les terres que reçoivent les riverains ne sont pas celles dont leurs auteurs eurent la propriété nominale.

D. Et si le nouveau lit est abandonné?

R. D'après Justinien, le sol en serait rendu, non pas aux propriétaires qui l'ont fourni, mais aux riverains. Le transport de propriété est ici bien sensible, mais on ne suit sans doute cette rigueur des principes que si l'occupation du fleuve a été très-prolongée.

D. Qu'est-ce que l'alluvion?

R. L'accroissement insensible qui s'attache à la rive et que son maître acquiert par l'accession (C. C. 556, et s.).

D. La propriété préexistante l'explique bien.

R. Elle n'explique pas tous les effets et quelques-uns la contrarient.

1<sup>o</sup> Le limon fourni vient des terres supérieures,

2<sup>o</sup> Le fleuve n'accroît, en général, l'une des rives, celle de forme convexe, qu'en rongant la concavité de l'autre. C'est par ce travail que l'*alveus* se déplace insensiblement. Le riverain favorisé s'avance ainsi parfois au-delà de la ligne médiane originale, sur l'ancienne propriété submergée.

3<sup>o</sup> Les îles seront très-rarement attribuées aux



riverains d'après la loi énoncée plus haut. En effet, comme elles naissent à l'état de noyau et s'étendent par l'alluvion, elles demeureront à un seul propriétaire, bien que dépassant le front de son héritage et la ligne d'axe du fleuve.

D. L'alluvion est-elle toujours au riverain ?

R. Non, au moins avant Justinien, s'il a un *ager limitatus*, c'est-à-dire auquel son titre de propriété assigne une contenance déterminée. Le sol nouveau est alors public, du domaine privé de l'Etat. De même pour l'acquisition d'île.

D. Combien de sortes d'accession industrielle ?

R. L'adjonction, la spécification, la commixtion.

D. Comment à lieu l'adjonction ?

R. Par les divers procédés des arts industriels, le tissage, l'inclusion, la soudure ou la forge, l'édification quand on adjoint des matériaux au sol.

D. Comment acquiert-on là par accession ?

R. D'après cette règle générale : *accessio cedit principali*. J'acquiers donc la garde d'autrui, soudée à mon glaive par lui, moi ou un tiers, les fils d'or tissés dans mon étoffe, le galon dont on a bordé mon vêtement.

D. N'y a-t-il pas difficulté parfois pour distinguer le principal de l'accessoire et décider lequel des propriétaires acquiert la chose de l'autre ?

R. Oui. Au cas d'inclusion d'un diamant dans l'or d'une bague, celle-ci est le principal, le diamant, bien que plus précieux, ne faisant que l'orner. Au cas de peinture, le tableau, comme accessoire, était adjugé au maître de la toile, mais Justinien a renversé cela. (Cf. C. C., art. 565, 567.)

D. L'un des maîtres est donc frustré ?

R. Il ne peut revendiquer ; mais il a une action personnelle qui aboutira, soit à la restitution de sa chose, soit au paiement de la valeur. C'est l'action *ad exhibendum*, en général, quand le maître de la

chose principale est de bonne foi. Ce sont les actions *furti* et *conditio furtiva*, s'il est de mauvaise foi.

D. Le maître de la chose adjointe n'est-il pas parfois privé de l'action *ad exhibendum* contre le possesseur de bonne foi ?

R. Oui, au cas où l'adjonction d'un objet métallique a eu lieu à un autre de même métal par une soudure identique aussi, procédé nommé *ferruminatio*.

D. Pourquoi cette particularité ?

R. Sans doute parce qu'il est difficile de trouver le point de jonction de la *res extincta* et de la remettre dans son individualité.

D. La chose venant à être détachée, le maître en a-t-il la revendication ?

R. Oui, en principe, et sauf encore au cas où il y avait eu *ferruminatio*.

D. Qu'y a-t-il de spécial au cas d'édification ?

R. Les Douze-Tables, dans un but d'intérêt public, proscrivent spécialement la revendication des matériaux édifiés ; mais elles donnent au propriétaire ainsi dépouillé une action *de tigno juncto*, au double, dans laquelle il doit prouver sa propriété, comme pour la revendication, contre la présomption, reproduite chez nous (C. C. 553), en faveur du maître du sol. Il en est de même pour les bois liés aux vignes (Douze-Tables, VI, 7 et 8).

D. Faut-il que le défendeur les ait volés pour qu'on donne contre lui, relativement aux matériaux, cette action au double ?

R. C'était l'avis de quelques jurisconsultes ; mais la loi ne l'exigeait pas, ni Justinien.

D. Le texte n'en parle pas (§ 29).

R. Pas directement, mais il dit que le maître des matériaux ne peut les revendiquer, après la démolition, s'il a exercé l'action de *igno juncto*. Or, l'exercice de cette action contre le voleur n'empêcherait pas la revendication. Justinien la suppose donc formée contre un *aedificator* de bonne foi.

D. Si le maître des matériaux est l'auteur de l'adjonction, comment peut-il agir ?

R. Il a droit, en général, à une indemnité qu'il obtient par des voies différentes, suivant qu'il a ou non cessé de posséder le sol.

D. Supposez qu'il possède encore le sol ?

R. S'il est de bonne foi, c'est-à-dire, s'en croyait propriétaire, il opposera le droit de rétention au revendiquant, jusqu'à ce que celui-ci lui fasse raison des matériaux et du prix de main-d'œuvre. Au cas de mauvaise foi, il doit toujours restituer.

D. Supposez qu'il ne possède plus ?

R. Il n'a que la ressource d'une action *in factum*, ou *præscriptis verbis*, s'il était de bonne foi, ou *negotiorum gestorum*, s'il a agi en gérant d'affaires. On donnera encore une action *in factum* au possesseur de mauvaise foi, dépouillé par la revendication, toutes les fois qu'il n'aura pas agi dans un but de malveillance ou de libéralité. Ce que les textes lui refusent, c'est seulement le droit de rétention ; mais nul ne peut s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui.

D. Quand y a-t-il spécification ?

R. Quand, avec la matière d'autrui, on a fait un objet nouveau, *species*, puisque ce mot désigne l'individu. (C. C. 570 et s.)

D. Cela ne revient-il pas à l'adjonction ?

R. La différence consiste dans la dénaturation de la matière faite au corps nouveau.

D. Quelle règle gouverne cette hypothèse ?

R. La règle générale de l'accession ; mais les Ecoles étaient divisées sur le point de savoir quelle était la principale, de ces choses, la forme ou la matière. Les Sabinien, préférant la matière, rendaient au maître l'objet nouveau ; les Proculien, partisans de la forme, le donnaient au spécificateur. Justinien a suivi un système mixte déjà indiqué avant lui.

D. Quelle règle posa-t-il donc ?

R. On distinguera si, oui ou non, la matière



peut être restituée à son état primitif. Si oui, comme c'est elle qui domine, on suit l'avis des Sabinien si non, l'objet nouveau reste au spécificateur, comme le voulaient les Proculien ; ou, si c'est un ouvrier, à celui pour qui il a travaillé. L'art. 570 C. C. vise cette distinction.

D. Justinien veut-il qu'on détruise la chose ?

R. Non ; ce serait puéril. On recherche s'il est possible de reconstituer la matière, seulement pour trancher le conflit sur la propriété du nouvel objet. Celui des deux prétendants à qui on l'attribue fait compte à l'autre du prix de la matière ou de la main-d'œuvre.

D. Supposez que celui qui a fait ou fait faire l'objet nouveau ait, en outre, fourni une partie de la matière.

R. En ce cas, on néglige la distinction et la chose est toujours à lui.

D. Quand y a-t-il commixtion ?

R. Quand les choses se mélangent ; ce qui, suivant leur nature, a des effets très-différents, car il y a parfois naissance d'une tierce matière ; ce qui est une sorte de spécification.

D. Comment se règle alors la propriété ?

R. Suivant la façon dont s'est fait le mélange : par la volonté de l'un des maîtres, ou celle des deux, ou par cas fortuit.

D. Prenez la première hypothèse ?

R. Il n'est pas alors question d'accession. Il y a communauté ou même société. Le mélange appartient à ses auteurs dans la proportion de la quantité et de la qualité de ce qu'ils y ont mis ou celle réglée par l'accord.

D. Et dans la seconde hypothèse ?

R. On distingue entre le mélange des solides et celui des choses liquides, spécialement dit confusion, parce qu'il est plus intime. Dans ce cas, le mélange appartient pour le tout à son auteur, sauf à



désintéresser l'autre maître. Dans le mélange de solides, chacun peut revendiquer.

D. Et dans la troisième hypothèse ?

R. Il n'y a pas accession, plus que dans la première. Les maîtres agissent par la revendication ou l'action de partage, *communi dividundo*, suivant que les choses existent ou non en nature.

D. Des grains de quantité différente ont été mêlés ; Justinien dit que le maître les reprendra, comme ses bœufs mêlés aux moutons d'autrui. Ce triage laborieux, s'il est possible, n'est-il pas puéril ?

R. En effet, certes. Aussi ne le fera-t-on pas. On partage l'amas en proportion des droits des parties. En ce cas la revendication et l'action *communi dividundo* ont le même résultat.

D. Quelles applications reçoit l'accession mixte ?

R. Au cas d'ensemencement, de plantation, de perception de fruits.

D. Parlez de l'ensemencement.

R. La semence placée dans le sol d'autrui en est l'accessoire et ne peut être revendiquée, quel que soit son état. Il y a seulement indemnité.

D. Et pour la plantation ?

R. La plante, au contraire, peut, en pareil cas, être revendiquée jusqu'au moment où elle a repris racine. Alors il n'y a qu'un droit à l'indemnité.

D. Ce principe n'est-il pas pris en considération à un autre point de vue ?

R. Oui, en ce qui concerne la répartition des fruits d'un arbre mis aux confins de deux fonds, de façon à pousser des racines des deux parts. Elle se fait au *pro rata* de l'étendue de ces racines. Notre droit, pour éviter cette recherche difficile, n'examine que la position du tronc par rapport aux confins. En outre, il prescrit les distances pour les plantations et permet de couper sur son propre fonds les racines des arbres d'autrui, ce que n'admet pas le droit romain (C.C. 672).



D. Quelle application reçoit l'accession, dans l'acquisition des fruits ?

R. Ces applications sont contestables : en faveur du *dominus*, première application qui peut s'expliquer par la propriété préexistante ; ensuite en faveur du *non dominus*, possesseur de bonne foi.

D. Qu'acquerrait ainsi le *dominus* ?

R. Les produits périodiques de ses fonds, le croît des animaux, le poil, le lait, etc. (C. C. 547.)

D. Le part de l'*ancilla* est-il un fruit ?

R. Non, parce que ce n'est pas un produit normal et périodique. Aussi est-il toujours au maître, quand les fruits de sa propriété sont à un usufruitier ou possesseur de bonne foi.

D. A quelles conditions cette dernière acquisition ?

R. Ce sont : 1<sup>o</sup> la possession civile ; 2<sup>o</sup> la bonne foi entière et continue ; 3<sup>o</sup> le juste titre, normalement acquisitif ; 4<sup>o</sup> la consommation. (C. C. art. 549, 550.)

D. Pourquoi dites-vous *bonne foi entière, etc.* ?

R. *Entière* : le doute seul anéantirait ses effets. *Continue* : ils cessent si le possesseur perd la conscience erronée qu'il a d'être propriétaire.

D. Qu'est-ce que la consommation ?

R. L'emploi des fruits naturels ou industriels, par l'alimentation, la vente, la confusion, etc.

D. Qu'appellez-vous fruits naturels, industriels ?

R. Les premiers sont les produits de la terre ; les autres les revenus en argent.

D. Est-il donc nécessaire que le possesseur de bonne foi les ait employés, pour que le propriétaire ne puisse revendiquer les fruits naturels ou industriels ?

R. Oui, selon moi. Le système qui les lui fait perdre par le seul fait de la perception, viole cette règle admise en droit romain que nul ne saurait sans cause s'enrichir aux dépens d'autrui et dénature le caractère de cette acquisition. Ce n'est qu'au regard des tiers qu'elle a lieu par la séparation.

D. Quel est donc vraiment ce caractère ?

R. Il serait singulier de voir l'accession s'attacher à la simple possession et se retourner précisément contre le propriétaire. L'acquisition résulte, suivant moi, de la loi, qui ne permet pas au propriétaire négligent de ruiner le possesseur de bonne foi, en lui demandant compte des revenus consommés.

D. Dans ce système, qui est effectivement celui sanctionné par Justinien, le possesseur ne doit-il pas compte des fruits, s'il s'est enrichi en les consommant ?

R. Pas absolument. Le sénatus-consulte Juvenien, voté sous Adrien, le décide ainsi, pour l'héritier apparent. Hors de là, le propriétaire ne peut exiger ce compte par action, mais seulement s'en prévaloir par voie d'exception. C'est-à-dire que si, à sa revendication, le possesseur oppose le droit de rétention pour des impenses au fonds, ce qui est une exception, il répondra par une réplique, tirée de ce que ces impenses seraient faites précisément de la capitalisation des fruits de sa propriété.

D. Ne se peut-il faire qu'en échouant dans sa revendication, il ait droit aux fruits ?

R. Oui, s'il est repoussé par l'usucapion ; parce que ce mode d'acquérir, qui se fonde sur les mêmes éléments que l'acquisition des fruits par la bonne foi, en diffère sous ce rapport.

D. Expliquez cette différence.

R. Pour l'usucapion, il suffit d'une bonne foi initiale. Ici, au contraire, elle doit être continue. Il peut donc arriver que le possesseur soit dispensé de faire compte des fruits, bien que condamné à restituer le fonds, faute d'avoir possédé assez longtemps pour l'usucapion ou par l'effet d'un vice de la chose, et, au contraire, qu'il puisse usucaper et doive compte des fruits perçus avant le terme de l'usucapion, consommés même, tout au moins s'il y a interruption.

D. Qu'est-ce que la tradition ?

R. Un mode d'acquérir dérivé, par lequel, en

en remettant la possession, le *dominus* transfère la propriété de sa chose, ou tout autre droit réel.

D. Quelles sont les règles de ce mode ?

R. 1° La tradition doit être précédée d'un titre d'acquisition,

2° Emaner d'un propriétaire,

3° Et capable d'aliéner : le fou, le pupille non assisté, ne peuvent la faire, non plus que la femme pour ses *res mancipi*, à l'origine ;

4° Elle peut se faire par mandataire ;

5° Être reçue par un mandataire, une personne en notre puissance ou un tiers ;

6° Les deux parties doivent avoir la volonté d'aliéner et d'acquérir.

7° L'*accipiens* doit être capable d'acquérir,

8° Et de prendre possession.

D. Quelle est la sanction de ces règles ?

R. 1° Si le *tradens* est dénué de la capacité ou de la propriété, la tradition n'est pas acquisitive ;

2° Si les parties n'ont pas la volonté appropriée à la translation de la propriété, il n'y a de transféré que la possession ou la garde de la chose, selon que les parties ont voulu faire entre elles un prêt (*commodatum*), le dépôt, le gage.

3° La possession même n'est pas transférée, si l'*accipiens* ne peut avoir l'*animus domini*, est un fou, un pupille *infans* et non assisté.

D. L'*accipiens* peut-il être *incerta persona* ?

R. Je ne le pense pas. L'opinion contraire s'étaie sur l'exemple de Justinien, des consuls répandant jadis l'argent sur le peuple, à leur inauguration. Mais, en ce cas, les écus sont vraiment *derelicta* et acquis au premier occupant par un mode originaire, non par tradition.

D. La tradition avec les conditions que vous indiquez est-elle toujours translatrice ?

R. Oui, sauf dans trois cas exceptionnels :

1° S'il s'agit de *res mancipi*, il faut, pour en transférer la propriété, un mode civil ;



2<sup>o</sup> D'une chose vendue, pour laquelle le vendeur n'a pas été satisfait (Douze-Tables, VI, 10).

3<sup>o</sup> Au cas d'erreur d'une des parties.

D. Expliquez cette dernière exception.

R. L'erreur est l'ignorance de ce qui est ou la fausse créance à ce qui n'est pas.

1<sup>o</sup> Elle peut porter, ici, *in corpore*, sur la chose livrée. Je suis propriétaire de deux meubles, je prends l'un pour l'autre, dans la tradition. Elle n'est plus translatrice ;

2<sup>o</sup> Sur l'existence de la propriété. Si je vous livre, comme mandataire de Titius, une chose que je crois à lui et qui est à moi ;

3<sup>o</sup> Sur la nature de l'affaire. Si nous n'avons pas l'un et l'autre l'idée de la même, comme si vous pensez à une donation et moi à un louage et réciproquement. En tout cas, il n'y a pas acquisition.

D. La tradition admet-elle des modalités ?

R. Oui ; ce n'est pas un acte légitime. Il peut donc être convenu que vous jouirez en propriétaire, seulement dans un an ou si telle chose arrive, etc.

D. Y a-t-il plusieurs espèces de tradition ?

R. Oui, parce qu'il fallait conformer ce mode d'acquérir, le plus usuel, aux rapports sociaux et aux diverses natures de choses. On distingue donc la tradition naturelle, celle symbolique, la tradition de longue ou de brève-main, et la quasi-tradition.

D. Qu'est-ce que la tradition naturelle ?

R. Celle par laquelle on vous remet la chose, pour l'appréhender selon sa nature, un écu dans la main, un animal dans sa cage, une maison, un champ, en vous y introduisant, etc.

D. Quand y a-t-il la tradition symbolique ?

R. Quand, au lieu de la chose, on vous en remet le signe : les titres de propriété pour un champ ; les clefs, pour une maison ou des marchandises.

D. Quand y a-t-il tradition de longue-main ?

R. Quand le *tradens* met l'*accipiens* et la chose



en présence, pour qu'il l'appréhende ultérieurement ; comme si, du haut d'une tour, je vous montre le champ, la voiture que je vous vends.

D. Et tradition de brève-main ?

R. Quand celui à qui on veut livrer la chose ensuite d'un titre d'acquisition, la possède déjà à un autre titre. C'est, par exemple, quand je prête une somme au dépositaire, que je vends mon champ au fermier. Réciproquement, quand, vendant à Titius le champ que je possède, je le retiens, comme usufruitier, fermier, créancier gagiste. Par cette rétention, qu'on nomme constitut possessoire, l'acheteur me fait tradition de brève-main.

D. Expliquez ce terme-là.

R. Il exprime une simplification dans les remises. Les parties sont censées, faisant toucher la main qui donne et celle qui reçoit, se restituer deux fois la chose, sans qu'elles la déplacent.

D. Qu'est-ce que la quasi-tradition ?

R. Les choses corporelles se prêtant seules au mode d'acquérir que je viens d'expliquer, on en a cependant admis pour les autres une sorte d'extension, qui a lieu par la jouissance de l'une des parties et la tolérance de l'autre, par exemple, pour les servitudes.

D. Qu'est-ce que la mancipation ?

R. Un acte légitime, accompli sous la forme d'une vente translatrice de propriété, et solennelle par ses termes et l'assistance de témoins.

D. Quels en étaient les rites ?

R. On réunissait cinq témoins, citoyens romains, pubères, et un autre dit *libripens*, parce qu'il portait une balance de cuivre. Le *mancipator*, l'*emptor*, devaient être aussi présents, ainsi que l'objet du marché, ou sa représentation, s'il était immobilier. L'*emptor* prenait cet objet (d'où le nom du rite), et disait : *Hanc ego rem ex jure Quiritium meam esse aio, eaque mihi empta est hoc aere aeneaque libra.*



Puis on faisait la pesée du métal, à l'origine, et, plus tard, l'acheteur frappait seulement la balance d'un lingot, qu'il remettait au *mancipator*, par forme de prix sérieux. Le *libripens*, qui pesait jadis les lingots, demeura sans doute une sorte de courtier, chargé de dresser acte du rite et des accords qui l'avaient accompagné. Quant aux cinq témoins, peut-être figuraient-ils les cinq tribus anciennes, qui, dans les *nundinæ*, pouvaient, à l'origine, assister aux transactions de leurs membres.

D. Quels droits naissent de la mancipation ?

R. Des droits personnels, indépendamment de la propriété quiritaire. Les parties échangeaient librement, dans ce rite, leurs accords sur les conditions de la translation de propriété, par exemple, les clauses fiduciaires. Ces pactes adjoints à la mancipation, étaient obligatoires, bien que les pactes en général ne le fussent pas. Le tout formait un contrat, le *nexum*, qui s'est perdu de bonne heure et qu'on connaît mal (Douze-Tables, VI, 1).

D. Quels étaient ses avantages ?

R. De donner : 1° une créance qui s'éteignait seulement par un mode spécial, le paiement *per æs et libram* ; 2° une action, alors qu'elles étaient rares ; 3° le bénéfice de l'exécution rigoureuse de la *manus injectio*.

D. Peut-on procéder à la mancipation par un mandataire ?

R. Non, n'y insérer des modalités, à l'inverse de la tradition et à cause de son caractère d'acte légitime.

D. Quand usait-on de la mancipation ?

R. 1° Ce fut sans doute la seule manière de contracter, originellement, *re et verbis*, c'est-à-dire que le *nexum* aurait été d'abord l'unique contrat des Romains, puisque ceux littéraux et consensuels sont de création ultérieure ;

2° Privilège des citoyens, ce rite était néces-

saire, lors de la tradition des *res Mancipi*, pour leur en donner le domaine quiritaire ;

3° On l'employait aussi pour les autres choses ;

4° Il servait pour l'abandon noxal, pour émanciper les enfants, les donner en adoption, pour créer la *manus* ;

5° On l'employait ensuite aussi pour tester, encore sous Gaius et Ulpien ; puis la mancipation finit par tomber en oubli.

D. Les *res privatae* peuvent-elles toutes être soumises à l'*in bonis* ?

R. Non, mais seulement celles *Mancipi*. Si on veut bien aliéner une chose de cette nature, sans l'emploi de la mancipation ou de l'*in jure cessio*, l'*accipiens* ne l'acquiert qu'*in bonis*. Mais, pour les *res nec Mancipi*, la tradition suffit, entre citoyens, à créer le domaine quiritaire.

D. En quoi importe ce domaine ?

R. Pour sa translation ; pour l'affranchissement ; l'institution d'un esclave pour héritier ou sa désignation comme tuteur ; la revendication ; les legs, etc.

D. Qu'est-ce que l'*addictio* ?

R. L'attribution du droit réel par le magistrat chargé de la *jurisdictio*.

D. Quel est son caractère ?

R. C'est une action de la loi de juridiction gracieuse, empruntée à l'ancienne procédure. Il s'ensuit que le droit, pas plus que dans la mancipation, n'y peut naître sous une modalité.

D. Y en a-t-il plusieurs applications ?

R. 1° La *bonorum sectio*, la vente des biens publics, appartenant au peuple, ou saisis sur un particulier pour dette envers l'Etat, confiscation, etc. L'*emptio sub corona* n'est qu'une application de cette procédure à des captifs de guerre, qui paraissaient au prétoire ornés d'une couronne ;

2° La *bonorum venditio*, ou vente aux enchères de biens privés à la requête d'un syndic de créanciers

3° L'addiction *libertatum servandarum causa*, qui est une espèce de succession ;

4° L'*in jure cessio*, abandon en justice ;

5° L'attribution d'esclave, dont j'ai parlé ;

6° Sans doute aussi, la *bonorum possessio* ou succession prétorienne, créant le droit réel sur une universalité de biens.

7° La *missio in possessionem* définitive, qui a lieu en certains cas, par exemple, dans la caution *damni infecti* ;

D. Ce mode est-il propre aux citoyens ?

R. Oui, pour l'*in jure cessio*, que j'ai expliquée déjà, à propos de l'adoption et où se trouve bien le caractère des actions de la loi ; mais non dans d'autres applications tardivement créées par le droit prétorien ou impérial, la *bonorum venditio*, la *bonorum possessio*, l'addiction en faveur des affranchissements. L'*addictio* est alors du droit des gens.

D. Quel domaine donne l'addiction ?

R. Le domaine quiritaire dans la *bonorum sectio* et l'*in jure cessio* ; le domaine bonitaire, dans toutes ses autres applications où elle peut être étendue aux pérégrins.

D. Qu'est-ce que l'*adjudicatio* ?

R. L'attribution du droit réel par le juge.

D. Cela revient donc à l'*addictio* ?

R. Nullement. Le magistrat chargé de la *jurisdictio*, est un fonctionnaire, fort différent du juge, simple citoyen commis par lui, avec son mandat limitatif, pour décider, en fait, tel ou tel procès déterminé.

D. Quels sont les cas d'*adjudicatio* ?

R. Il n'y en a que trois, où le juge attribue la propriété ou les servitudes, à titre particulier, savoir les trois actions divisoires.

D. Précisez donc la différence entre l'*addictio* et l'*adjudicatio*.

R. 1° L'attribution du droit réel par le magistrat



*in jure*, est l'*addictio* ; celle par le juge, *in judicio*, l'adjudication. Elles diffèrent par le lieu et le sujet.

2<sup>o</sup> Les cas d'*addictio* ont été accrus par le droit civil et surtout le préteur ; l'adjudication n'a pu s'étendre hors des trois actions divisoires ;

3<sup>o</sup> Certaines formes d'*addictio* sont spéciales aux citoyens, et non l'adjudication ;

4<sup>o</sup> Le juge peut attribuer le droit réel à temps ou sous condition ; et non le préteur ;

D. Le juge peut-il, d'après le droit civil, adjudger, dans toute action en partage ou en bornage ?

R. Non. Il faut rechercher le caractère de l'instance. C'est dans celles dites légitimes seules que ce pouvoir lui appartient d'après la loi. Dans les *judicia imperio continentia*, il ne résulte que du droit prétorien.

D. Quelle est la différence ?

R. 1<sup>o</sup> Qu'en cas de constitution de propriété, il y a domaine quiritaire au premier cas, et bonitaire, dans le second ;

2<sup>o</sup> Que l'adjudicataire ne fait alors reconnaître son droit réel qu'à l'aide d'actions utiles et d'exceptions.

D. Quand y a-t-il acquisition *lege* ?

R. Quand un droit réel nous est donné de plein droit, à raison de ce que nous sommes dans des conditions où la loi l'a voulu ainsi.

D. Citez les applications de ce mode.

R. 1<sup>o</sup> L'hérédité légitime ;

2<sup>o</sup> Celle testamentaire, car le testament a force, et jadis forme de loi ;

3<sup>o</sup> Certaines successions anormales ;

4<sup>o</sup> L'acquisition des legs et parts d'hérédité, d'après les lois caducaires ;

5<sup>o</sup> Certaines servitudes, dites légales ;

6<sup>o</sup> Des hypothèques, qualifiées de même ;

7<sup>o</sup> Le gage tacite pour le bailleur sur les choses qui sont dans la maison ou le fonds loués, avec certaines distinctions.

## TITRE III

### Des Servitudes.



#### SECTION 1<sup>re</sup>. — Généralités.

D. Qu'est-ce que la servitude ?

R. Un droit établi sur la chose d'autrui, par l'effet duquel son propriétaire ou possesseur est tenu de s'abstenir de certains faits ou de souffrir certains faits, pour l'avantage d'une personne ou d'une chose immobilière.

D. Pourquoi dites-vous un droit ?

R. Dans le rapport de celui pour la personne ou la chose de qui la servitude existe, c'est un droit, ou faculté garantie par la loi ; pour la chose, c'est une charge dont ses possesseurs successifs sont tenus, en quelque sorte en son nom, *propter rem*.

D. Comment exprime-t-on cela ?

R. Par une alliance de mots, connue des Romains, *obligatio rei*.

D. Pourquoi dites-vous chose d'autrui ?

R. Parce qu'il n'y a pas servitude, mais exercice de la propriété, si j'emploie ma chose à mon utilité ou à celle d'un immeuble qui m'appartient ; comme la source de mon jardin, à irriguer mon pré. *Res sua nemini servit*. Mais, si je maintiens cette affectation, en aliénant le pré, il y a servitude dans le rapport de



ce fonds, ma propriété sur la source étant démembrée.

D. Quels attributs de la propriété peuvent en être ainsi détachés ?

R. Tous, d'une façon plus ou moins étendue : l'*usus*, si je vous concède le droit de passage ; le *fructus*, celui de recueillir mes fruits ; l'*abusus*, si je m'interdis de bâtir, de planter, etc.

D. Comment diviser les servitudes ?

R. A divers points de vue, on distingue celles personnelles, prédiales, positives, négatives, continues, discontinues.

D. Quand y a-t-il servitude personnelle et quand servitude réelle ?

R. Suivant que la charge grève une chose, meuble ou immeuble, au profit d'une personne, ou un immeuble pour l'avantage d'un autre.

D. Y a-t-il servitude personnelle par cela seul qu'on jouit d'une chose ?

R. Non, il faut qu'on le fasse, en outre, en vertu d'un droit réel, distinct de la propriété directe ou utile.

D. Expliquez cela par des exemples.

R. 1<sup>o</sup> Le propriétaire a le droit de jouissance et de disposition, sans servitude ;

2<sup>o</sup> Ainsi l'emphytéote, propriétaire utile ;

3<sup>o</sup> Le possesseur n'a qu'une jouissance de fait et le locataire ou fermier, le bénéficiaire d'une obligation personnelle du bailleur.

D. En quoi diffèrent donc les deux espèces de servitudes ?

R. 1<sup>o</sup> Par leur objet, qui peut être mobilier ou immobilier dans celles personnelles, purement mobilier dans celles réelles ;

2<sup>o</sup> Par leur sujet ; c'est une personne, au premier cas ; une chose, au second ;

3<sup>o</sup> Par leur extinction, en cas de perte de ce sujet. La servitude personnelle ne survit pas à l'extinction, même purement civile, de la personne qui en

jouissait; celle réelle au contraire subsiste tant que reste le fonds dominant, qui est censé créancier de cette jouissance.

D. Combien y a-t-il de servitudes personnelles?

R. Quatre: l'usage, l'usufruit, l'habitation, les *operæ servorum*.

D. Reprenez la seconde division.

R. Les servitudes sont positives ou négatives, selon qu'elles consistent en un fait positif, ou d'abstention.



## SECTION 2<sup>e</sup> *Des servitudes prédiales.*

D. D'où vient cette autre dénomination des servitudes réelles?

R. Du mot *prædium*, immeuble.

D. Quels sont leurs caractères?

R. 1<sup>o</sup> Ces servitudes existent entre deux fonds comme charge de l'un pour la culture, la commodité ou l'agrément de l'autre;

2<sup>o</sup> Le propriétaire du fonds servant n'est jamais obligé à aucun fait, en principe;

3<sup>o</sup> Elles sont continues ou discontinues;

4<sup>o</sup> Mais, en tout cas, l'état de servitude doit y être perpétuel.

5<sup>o</sup> Elles sont indivisibles;

6<sup>o</sup> Susceptibles d'hypothèque et de servitude.

D. Suivant quelle distinction les servitudes sont-elles continues ou discontinues?

R. Selon qu'il y a ou non besoin, pour l'exercice du fait présent de l'homme. Par exemple, le passage est une servitude discontinue; les vues, l'aqueduc, sont continus. (C. C. 688).

D. Comment l'état est-il perpétuel?

R. *Causa servitutis perpetua esse debet*, règle subtile du droit, d'après laquelle la servitude suppose un état de choses actuel, permanent, tel que l'exercice du droit n'exige pas un travail préalable du maître du fond servant et n'empêche pas un exercice futur.

D. Quelles applications reçoit la règle?

R. 1<sup>o</sup> Un aqueduc ou un puisage d'eau ne peut s'établir, à titre de servitude, sur une citerne; parce qu'il l'épuiserait.

2<sup>o</sup> De même de l'égout d'eaux ménagères.

3<sup>o</sup> Le fait d'avoir un trou, donnant d'une pièce chez le voisin, pour la décharge des eaux dont on lave le pavé, constitue ou non une servitude, selon que ces eaux sont naturelles ou non.

D. Parlez de l'indivisibilité?

R. Les servitudes sont indivisibles, sinon quant à leur exercice, qui peut se restreindre, du moins quant à leur établissement et leur existence. On ne comprend pas, on n'acquiert pas la moitié du passage, de la vue, etc.

D. Quelles conséquences s'ensuivent?

R. 1<sup>o</sup> Quand les fonds, dominant, et servant, sont détruits en partie ou partiellement confondus dans les mêmes mains, *servitus integra per partes retinetur*;

2<sup>o</sup> L'acquéreur de partie d'un fonds n'a pas la servitude active, pas plus que l'acquéreur d'un seul co-propriétaire.

3<sup>o</sup> L'usage par l'un des copropriétaires empêche la perte pour tous, (C. C. 709.)

4<sup>o</sup> De même la suspension de prescription dont jouit l'un d'eux (C. C. 710).

D. Comment les servitudes sont-elles susceptibles d'hypothèque et de servitude?

R. En ce qu'on peut concéder l'usage et l'usufruit sur toutes celles prédiales; mais l'engagement



n'est admis que pour l'espèce de celles dites rurales.

D. Quelle est donc cette subdivision ?

R. Les servitudes réelles sont dites urbaines ou rurales, selon qu'elles semblent appropriées a des fonds urbains ou ruraux.

D. Quels fonds nommez-vous ainsi ?

R. Dans son état naturel, dénué de construction, un fonds est rural. S'il y a construction, *superficies*, il est dit urbain, qu'il soit à la ville ou à la campagne.

D. Définissez-donc vos servitudes.

R. Eh bien, en définitive, elles sont urbaines ou rurales, suivant qu'elles comportent ou non des constructions existant sur le fonds servant ou celui dominant.

D. Quels caractères ont celles rurales ?

R. 1<sup>o</sup> De s'exercer sans construction,  
2<sup>o</sup> De servir l'exploitation agricole,  
3<sup>o</sup> De consister toutes *in patiando*,  
4<sup>o</sup> De se prêter seules à l'hypothèque,  
5<sup>o</sup> D'être *res mancipi*,  
6<sup>o</sup> D'être continues ou discontinues,  
7<sup>o</sup> En ce dernier cas, de s'éteindre par le simple non-usage.

D. Et celles urbaines, par opposé ?

R. 1<sup>o</sup> Leur exercice exige des constructions ;  
2<sup>o</sup> Elles sont *res nec mancipi* ;  
3<sup>o</sup> Toutes servitudes continues ;  
4<sup>o</sup> Ne s'éteignant pas par simple non-usage,  
5<sup>o</sup> Insusceptibles d'hypothèque.

D. Pourquoi cette dernière différence ?

R. Parce que les servitudes agricoles, bien que convenant seulement, à la vente, à quelques voisins, sont de meilleure défaite que celles urbaines.

D. Énoncez les principales servitudes rurales.

R. Les diverses espèces de passage : *iter*, *actus*, *via* ; l'aqueduc, le puisage, l'abreuvement, etc.

D. Et les principales servitudes urbaines ?

R. *Oneris ferendi, tigni immittendi, stillicidii et fluminis recipiendi, vel non altius tollendi vel non, jus luminum, etc.*

---

SECTION. 3<sup>e</sup> — *Examen des principales servitudes  
prédiales.*

D. Qu'est-ce que l'*iter* ?

R. Le droit de passage pour l'homme ?

D. Qu'est-ce que l'*actus* ?

R. Le droit de conduite, ou de passage pour un homme, menant des bestiaux, une bête de somme chargée, une brouette, etc.

D. L'*iter* rentre-t-il dans l'*actus* ?

R. Oui, de droit commun ; mais on peut l'en détacher, en interdisant le simple passage.

D. Qu'est-ce que la *via* ?

R. L'usage d'un chemin libre en hauteur et largeur, de sorte qu'on y puisse passer un char chargé.  
*Via* renferme *iter* et *actus*.

D. Quelles différences faites-vous donc entre les trois espèces de passage ?

R. 1<sup>o</sup> *De caractère*, qu'exprimeraient nos mots : sentier, allée, chemin. La largeur de la voie est fixée par les XII Tables ; elle est de huit pieds, et de douze dans les coudes ;

2<sup>o</sup> *D'objet*, *iter* étant le passage de l'homme seul, même pour l'agrément, et les autres servitudes des passages à usages agricoles.

D. La différence ne serait-elle pas la *via* avait seule une assiette, et que les autres passages se prenaient *indiscrete*, à travers le fonds soumis.

R. Ce système me paraît insoutenable.

D. Qu'est-ce que l'*aquæductus* ?



R. Le droit d'amener, sur le fonds d'autrui, de l'eau pour l'usage du sien.

D. Si le fonds dominant est une maison et l'eau destinée aux bains, etc., l'aqueduc devient-il servitude urbaine ?

R. Le but ne modifie pas son caractère ; mais il en est autrement du moyen, pour l'aqueduc élevé sur des arceaux, même destiné au service d'un champ.

D. Citez d'autres servitudes rurales.

R. *Aquæhaustus, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ*, l'abreuvoir, le pacage.

D. Sont-ce bien des servitudes réelles ?

R. Oui, en général. Mais ces droits constituent des servitudes personnelles, quand ils s'établissent pour l'utilité d'un tel, non de son fonds.

D. Qu'est-ce que celle *oneris ferendi* ?

R. Une servitude réelle urbaine, où un bâtiment est obligé à fournir l'appui à un autre contigu, sans empiètement sur le fonds servant.

D. Qu'y a-t-il ici de particulier ?

R. C'est que, d'après l'opinion générale, il y a charge pour le maître du fonds servant, *propter rem*, de prêter l'appui, d'entretenir le mur ou la colonne en état ; tandis que, de droit commun, les servitudes consistent *in patiendo*.

D. Est-ce une obligation du maître du fonds servant ?

R. Non. Il est contraint comme possesseur, comme un détenteur hypothécaire. Il peut délaisser s'il veut échapper à la contrainte.

D. Qu'est-ce que cette autre servitude *tigni immittendi* ?

R. L'appui pris par les poutres.

D. Cela revient au cas précédent !

R. 1<sup>o</sup> Dans cette dernière servitude les poutres empiètent sur le fonds servant, en pénétrant au mur ;

2<sup>o</sup> Le maître de ce fonds n'est pas tenu en fait, *propter rem*.

D. Qu'est-ce que la servitude *stillicidii vel fluminis recipiendi* ?

R. Celle qui assujétit un fonds à recevoir les eaux découlant des bâtiments supérieurs, soit goutte à goutte, (*stillicidium*) soit réunies, (*flumen*.)

D. Qu'est-ce que la servitude contraire ?

R. Plusieurs explications en ont été données. La plus plausible suppose des arrêtés administratifs assujétissant la propriété à recevoir les eaux des fonds supérieurs. Le maître d'un fonds qui se rachète de cette servitude légale est placé en dehors du droit commun et a sur le fonds supérieur une charge réelle.

D. Qu'est-ce que *non altius tollendi* ?

R. La prohibition d'exhausser.

D. Et la servitude *altius tollendi* ?

R. Elle est plus difficile à expliquer que celle *fluminis non recipiendi*. Je le ferai de la même façon, en supposant qu'un propriétaire obtient le droit, contre les propriétés avoisinantes, d'élever au-dessus de la limite déterminée, dans leur intérêt par le statut local.

D. Que sont la vue, le prospect ?

R. Il était chez les Romains, comme chez nous, (C. C. art. 675 et s.) proscrit d'ouvrir des vues dans les murs mitoyens ou de façon à dominer de près le fonds d'autrui. Ce droit était *jus luminum*. Le prospect est la faculté de voir au loin, par-dessus les fonds d'autrui.

D. Quelle différence faites-vous entre le *jus luminum* et la servitude *ne luminibus officiatur* ?

R. Il y a deux systèmes.

1<sup>o</sup> *Jus luminum* indiquerait les simples jours éclairant les appartements et *ne luminibus officiatur* la servitude de vue ;

2<sup>o</sup> Celle *luminum* oblige le propriétaire servant simplement à laisser subsister les baies sans les boucher ; celle-ci l'oblige à leur laisser l'air et la lumière en reculant ses plantations et constructions à la limite du statut local.

D. Citez d'autres servitudes urbaines.

R. 1<sup>o</sup> Le balcon, qui donne sur le fonds d'autrui une vue générale, plus commode ;

2<sup>o</sup> Celle d'avancement, par les balcons ou les étages en galerie sur autrui ;

3<sup>o</sup> L'avant-toit, *protectum*, portant saillie et généralement *stillicidium* sur le fonds, contigu, pour l'assainissement de notre propre mur.



#### SECTION 4<sup>e</sup>. — *Etablissement des servitudes réelles.*

D. Comment s'établissent-elles ?

R. On peut diviser à plusieurs points de vue les diverses manières d'établir les servitudes et distinguer : 1<sup>o</sup> Les modes entre-vifs et ceux à cause de mort ; 2<sup>o</sup> ceux du droit civil, ceux du droit des gens ; 3<sup>o</sup> tenir compte de ce que la constitution se fait par *translatio* ou *deductio*.

D. Quels sont les modes d'acquérir qui s'appliquent aux servitudes ?

R. La mancipation, l'*in jure cessio*, la loi, la prescription, la quasi-tradition, la convention.

D. Qu'appellez-vous établissement de servitude par *translatio* et par *deductio* ?

R. Il y a *translatio*, quand on la constitue directement et principalement, soit entre vifs, soit par legs, et *deductio*, quand on la réserve dans la translation du fonds.

D. Parlez de la mancipation :

R. Elle se prête à ces deux façons d'agir. On peut constituer ainsi, par *translatio* les servitudes rurales seulement et, par *deductio*, toutes, en se les réservant à la mancipation d'un fonds italique.



D. Pourquoi ces distinctions ?

R. Parce que les servitudes urbaines et les fonds provinciaux sont *res nec Mancipi*.

D. Quelle application a ici l'*in jure cessio* ?

R. C'était, avec la mancipation, la seule façon d'établir entre-vifs les servitudes sur le fonds italique et elle s'appliquait, de plus, seule, pour la *translatio*, à celles urbaines.

D. Comment se fait-elle alors ?

R. Si l'on veut établir par *deductio*, on emploie l'action commune, la revendication ; le défendeur l'admet, moins la servitude, qu'il retient ainsi avec titre. Si l'on veut la constituer directement, par *translatio*, celui qui doit l'acquérir, au contraire forme une action réelle spéciale, dite confessoire, tendant à voir dire que la servitude existe pour son fonds et dont on lui adjuge les conclusions.

D. Quand s'applique ici l'*adjudicatio* ?

R. Dans les cas où le juge pourrait attribuer la propriété, selon les circonstances, il peut créer des servitudes, pour éviter les enclaves, accommoder les lots, les desservir.

D. Comment opère la loi ?

R. Trois sources des servitudes se rangent sous ce titre, 1<sup>o</sup> la loi proprement dite ; 2<sup>o</sup> le testament ou le legs ; 3<sup>o</sup> La donation à cause de mort, qu'on y a assimilée.

D. Citez des servitudes légales.

R. 1<sup>o</sup> L'obligation de recevoir les eaux fluant naturellement des fonds supérieurs (art. 641).

2<sup>o</sup> Le passage sur les rives des fleuves.

D. Comment opère le testament ?

R. A titre de legs ou défidéi commis, on peut créer une servitude, (*translatio*), ou disposer d'un fonds en réservant la servitude pour d'autres, (*deductio*). De même pour la donation *mortis causa*.

D. La servitude, *translata*, est-elle établie dès le décès ?

R. Il y a plusieurs systèmes, à ce sujet. Je suivrai l'affirmative au moins pour les legs propres à conférer, par leur forme, le droit réel. La servitude, suivant moi, est alors constituée à ce titre dès le moment où les légataires acquièrent les legs.

D. L'usucapion s'applique-t-elle ici ?

R. On l'avait admis jadis, ce que proscrivit une loi *Scribonia*.

D. Ne s'appliquait-elle donc plus ?

R. 1° L'usucapion, tout au moins, peut faire recouvrer une servitude perdue, par non-usage ;

2° Celui qui prescrit un fonds en acquiert de même indirectement toutes les servitudes actives.

D. Et la prescription, les fait-elle acquérir ?

R. Oui, dans les mêmes conditions que la propriété ; c'est-à-dire 1° par 10 et 20 ans, si la servitude a été concédée *a non domino*, ou transmise *a domino* par la simple quasi-tradition ; 2° quand, s'agissant de servitude rurale, il eût fallu la manciper ou céder *in jure* ; 3° par 30 ans, s'il n'y a pas juste titre et bonne foi,

D. N'y a-t-il pas lieu de distinguer ici les servitudes urbaines et rurales ?

R. Non, dans un premier système et nullement si elles sont continues ou discontinues. D'après un autre, on n'acquerrait ainsi que les servitudes continues, savoir celles urbaines et certaines rurales, comme l'aqueduc. (C. C. 690.)

D. Et s'établissent-elles par ce que nous appelons destination du père de famille ?

R. Les Romains l'ignorèrent (C. C. 692 et s.)

D. Parlez de la quasi-tradition.

R. Le préteur l'a admise *utilitatis causa*, pour les servitudes des fonds provinciaux qui, même rurales, se refusaient à la mancipation et à l'*in jure cessio*. En droit strict, les détenteurs de ces fonds, ne pouvaient céder de démembrement d'une propriété qu'ils n'avaient pas ; le préteur en admettait la *translatio* ou la *deductio*.



D. Quelles applications reçoit ce mode ?

R. Aucune autre. Les servitudes même urbaines, sur fonds italique, ne peuvent s'établir comme la propriété des *res nec mancipi*, par la convention suivie de quasi-tradition, ni par *translatio*, ni par *deductio*. Il faut nécessairement l'emploi d'un mode du droit civil. Sous Justinien seulement, on put établir toutes les servitudes, soit par leur quasi-tradition, *per translationem*, soit par la tradition du fonds même, *per deductionem*.

D. Quand donc la servitude peut-elle s'établir par simple convention ?

R. 1<sup>o</sup> Pour les servitudes négatives ;

2<sup>o</sup> Pour toute même, à l'époque de Justinien, suivant une certaine opinion ?

D. Est-ce que vous ne l'admettez pas, comme pour le legs et avec le texte ?

R. Non. Dans le legs et la donation *mortis causa*, la propriété elle-même est transférée, sans l'emploi d'aucun mode ; mais cela ne peut résulter de la simple convention. Or, le texte n'a rien innové, reproduisant Gaius (II, § 31).

D. C'est peu important, en fait.

R. Souvent beaucoup. Si, après vous avoir promis une servitude sur mon fonds, sans que vous en ayez joui, je le vends à Titius, suivant l'un ou l'autre système, le fonds est libre ou grevé en ses mains.

D. Expliquez donc votre système.

R. 1<sup>o</sup> Je stipule la servitude, il en résulte le droit personnel ;

2<sup>o</sup> Le constituant me laisse exercer, le fonds est assujéti et j'ai acquis le droit réel par la quasi-tradition.

D. Expliquez donc *pactis et stipulationibus* ?

R. Cela indique un cumul de conventions, devenu superflu à Justinien.

1<sup>o</sup> La servitude sur un fonds provincial, dont parle ici Gaius, n'étant pas dans le commerce, vous me la promettez nuement, sans stipulation ;

2<sup>o</sup> Mais je stipule une clause pénale comme sanction de l'obligation naturelle ;

3<sup>o</sup> Puis viennent la tradition et le droit réel.

D. Peut-on établir la servitude avec modalité, d'après ces diverses façons ?

R. Non ; les servitudes s'y refusent, soit à raison de la *causa perpetua*, soit par assimilation à la propriété, droit absolu, soit parce que les modes constitutifs *jure civili*, sauf le legs, n'admettent point de modalités.

D. N'y a-t-il pas des exceptions prouvant que cette dernière raison est la bonne ?

R. 1<sup>o</sup> Le fidéicommiss était libre ;

2<sup>o</sup> Le legs comportait la condition suspensive et le terme *a quo*, seulement ; on ne peut en donner d'autres sûrement.

D. N'y avait-il pas du moins des remèdes ?

R. Oui, le remède du prêteur, les exceptions de pacte et de dol, par lesquels il permettait de repousser l'action confessoire. Comme pour les droits personnels, si je veux faire reconnaître comme pur le droit à la servitude que vous n'avez constituée que sous condition ou pour un temps expiré, j'échoue, grâce à ces moyens de procédure.

D. N'y a-t-il pas une sorte de modalité, tout au moins, partout admise ?

R. Oui, le *modus* ; ce qui signifie ici la façon d'user de la servitude. On peut régler les jours et saisons où elle s'exercera, le nombre des gens, les dimensions des voitures destinés au passage, etc.



SECTION 5<sup>e</sup>. — *Extinction des servitudes réelles.*

D. Quelles sont les causes d'extinction ?

R. La confusion, la résolution du droit du constituant, le non-usage, l'*interitus rei*.

D. Quand y a-t-il confusion ?

R. Quand les deux fonds, dominant et servant, sont entièrement réunis ; car, s'ils ne le sont qu'en partie, la servitude, ai-je dit, se conserve.

D. Et si la confusion vient à cesser ?

R. Il faut distinguer à quelle cause cela est dû. Est-ce *causa antiqua*, par exemple, la rescision ou nullité de la vente ? la servitude subsiste. Est-ce *causa nova*, par une revente ? la cause subsiste et l'effet extinctif en est maintenu.

D. La résolution du droit du constituant ou de l'acquéreur a-t-elle le même effet ?

R. Non, certes. *Resoluto jure dantis, resolvitur et jus accipientis*. Si donc le fonds est enlevé au constituant, par une rescision de la vente ou de la donation, l'exercice d'une clause de réméré, la servitude par lui constituée est éteinte. Que si l'acquéreur de la servitude, au contraire, est dépouillé, elle subsiste et constitue un accroissement du fonds.

D. Comment se fait la remise ?

R. Par l'exercice d'accord de l'action négatoire. C'est une action réelle, propre à la matière des servitudes. Elle appartient au propriétaire seul, non au fermier ou possesseur, sauf les concessions préto-riennes. On la dirige contre quiconque use de la servitude dont on soutient son immeuble exempt, et, quand le débat est sérieux le juge est appelé, comme dans l'action affirmative, dite confessoire, à examiner si une servitude n'a pas été effectivement constituée.



Le demandeur prétend, ici, sans contradiction, que son fonds est libre; les conclusions sont adjugées. C'est de l'*in jure cessio*.

D. Comment opère le non-usage?

R. Si personne n'a usé *per modum et tempus* du chef du fonds dominant.

D. Que veut dire *per modum et tempus*?

R. *Per modum* de la façon déterminée; si l'on a pris l'eau la nuit au lieu du jour, par exemple, il y a encore non-usage. *Per tempus*, pendant un certain laps de temps.

D. Quelle est la durée nécessaire?

R. Celle de l'usucapion, ancienne, soit 2 ans; puis nouvelle, 10 ou 20 ans.

D. N'y a-t-il pas une autre condition?

R. Oui, pour les servitudes discontinues et celles rurales, qui ont communément ce caractère, la prescription libératoire ne suffit pas; il faut de plus, celle acquisitive, résultant de ce que le maître du fonds servant a consommé quelque fait contraire à son assujétissement, bouché, par exemple, les ouvertures servant au passage, à la vue, à l'appui.

D. Et s'il y avait obstacle de force majeure?

R. En droit strict, le non-usage ainsi motivé n'en est pas moins extinctif. Mais le prêteur y subvient et fait restituer ensuite la servitude.

D. Quand y a-t-il *interitus rei*?

R. Quand l'un des fonds est détruit entièrement, ou *res extincta*, par exemple, confisqué, consacré. Mais il faut perte entière.

D. Quel en est l'effet sur la servitude?

R. L'extinction du droit réel, comme s'éteint le droit personnel, au cas de perte de l'un des êtres entre qui il existe.

D. Si le fonds perdu revit, restitué par le fleuve, rendu au droit privé?

R. Les servitudes réelles reviennent alors aussi. L'*interitus rei* est donc plutôt un obstacle de droit à leur exercice, qu'une cause de leur extinction.

## TITRE IV

### De l'usufruit.

---

#### SECTION 1<sup>re</sup>. — *Nature et caractères. Droits, devoirs, de l'usufruitier.*

D. Qu'est-ce que l'usufruit ?

R. Une servitude personnelle, permettant à un individu déterminé d'user de la chose d'autrui, sans en altérer la substance et d'en recueillir les fruits. (C. C. 578.)

D. Quels attributs de la propriété en sont démembrés, en cette servitude ?

R. Deux : l'*usus* et le *fructus*.

D. Qu'est-ce que la *substance de la chose* ?

R. Sa manière d'être constitutive, ce qui lui donne son *nomen appellativum*. Par exemple l'usufruitier d'un étang qu'on n'avait pas l'habitude d'exploiter alternativement en assec, n'a pas le droit de le faire : cela ne s'appellerait plus un étang, mais une prairie et la substance serait altérée.

D. Pourquoi donc *sans l'altérer* ?

R. Pour exclure le troisième attribut de la propriété, l'*abusus*.

D. Pourquoi dites vous *chose d'autrui* ?

R. Parce que l'usufruit est une servitude ; or, *res sua nemini servit*.

D. On omet, en général, cette mention.



R. Oui, l'École distinguait deux espèces d'usufruit et il était : *causal*, en tant qu'exercé à titre de propriété ; *formel*, en faveur d'un autre que le propriétaire. Mais cette division est inutile et l'usufruit dit formel est le seul vrai, constituant la servitude personnelle.

D. Pourquoi ne pas dire *chose immobilière* ?

R. Parce que, à l'encontre des servitudes réelles, pour ce dites prédiales, celles personnelles peuvent s'établir sur des meubles. (C. C. 581. )

D. N'y a-t-il pas d'autres différences ?

R. 1<sup>o</sup> Ces servitudes consistent *in patiendo* ;

2<sup>o</sup> Elles ne sont pas nécessairement indivisibles ; l'usufruit, par exemple.

D. Quels produits recueille l'usufruitier ?

R. Les produits de la chose se divisent en *fruits*, produits normaux et périodiques, et *produits extraordinaires*. L'usufruitier n'a droit qu'aux fruits.

D. Citez des produits extraordinaires.

R. Des minéraux, des marbres, un trésor, extraits du sol ; des arbres de haute futaie, même, l'usufruitier jouit de l'alluvion, mais ne l'acquiert pas. (C. C. art. 596. )

D. Dans quelle catégorie rentre la progéniture des animaux, des *ancillæ* ?

R. Dans le fruit est comprise celle des animaux ; mais non celle des *ancillæ*, prises pour travailler, non pour leurs vermes.

D. Quel est l'avantage de la nue-propriété ?

R. 1<sup>o</sup> Le droit de recueillir les produits extraordinaires de la chose ;

2<sup>o</sup> D'y faire même des travaux, sans porter atteinte à l'usufruit ; le nu-propriétaire d'un fonds, ne pourrait y ensevelir ;

3<sup>o</sup> D'aliéner la chose fructuaire ;

4<sup>o</sup> D'y imposer des charges réelles sous la même restriction, par exemple une hypothèque pour une dette exigible à la fin de l'usufruit, une servitude négative ;

50 Enfin, suivant la majorité des jurisconsultes, tous droits réels, avec le consentement de l'usufruitier.

D. Quand s'acquièrent ici les fruits ?

R. A la perception, non à la séparation. Des fruits tombés sur le sol n'appartiennent donc pas à l'usufruitier. S'ils sont recueillis alors par quelqu'un de mauvaise foi, c'est au *proprietaryus* qu'appartient la revendication ou la *condictio furtiva*. En cas de possession de bonne foi, au contraire, ces actions appartiendraient au possesseur lui-même, qui, au regard des tiers, acquiert les fruits par la séparation.

D. L'usufruitier peut-il louer ou céder son droit ?

R. Oui ; mais cela ne change pas le sujet de la servitude. Son existence en reste donc la condition, la mesure. (C. C. art. 595.)

D. Peut-il acquérir ou imposer des servitudes pour le fonds ?

R. Non ; d'après le droit civil, mais il le pourra d'après le droit prétorien, qui admet les servitudes temporaires.

D. A l'extinction de l'usufruit, comment se fait entre le propriétaire et les héritiers de l'usufruitier, ou lui-même, s'il survit, le partage des fruits de l'année courante ?

R. Il n'y a pas lieu, en général. Les fruits *naturels*, les récoltes, n'appartenant à l'usufruitier qu'autant qu'ils les a recueillis, les héritiers les retiennent ; même les fruits qu'il aurait détachés, de bonne foi, avant la maturité. Le nu-propriétaire prend tout ce qui est sur pied, même par suite de négligence. Il n'y a de partage que pour le cas où l'usufruitier a loué son droit ; les loyers ou salaires qu'on nomme fruits civils, sont acquis au jour le jour et se divisent entre le nu-propriétaire et les héritiers de l'usufruitier, au prorata du temps de la jouissance de celui-ci. (C. C. art. 583 et s.)

D. Cette règle est-elle absolue ?

R. Une certaine opinion en exceptait les fermages, qui, les figurant, se seraient réglés comme

les récoltes elles-mêmes; et le C. C. a pris soin de la condamner deux fois. (C. C. 584, 586.)

D. Comment doit jouir l'usufruitier ?

R. En bon père de famille, c'est-à-dire faisant les récoltes en leur temps, entretenant les terres et évitant de les épuiser, nourrissant, habillant, occupant les esclaves selon leur condition; exerçant les servitudes actives, remplaçant les arbres fruitiers et les têtes de bétail, qui tombent, d'après un compte de compensation à faire, entre les naissances et les pertes, d'une façon absolue, comme chez nous, et non par année. (C. C. art. 597, 616.)

D. Quelles fautes doit-il prester ?

R. La faute légère, *in concreto*.

D. Quelle obligation active lui incombe donc ?

R. Il doit supporter toutes les charges de la jouissance et faire les dépenses d'entretien et acquitter les impôts grevant la chose ?

D. Le propriétaire est-il obligé de faire les grosses réparations ?

R. Non, d'après les principes. Non-seulement il n'est pas tenu de relever ce qui est tombé de vétusté, mais même de prévenir les ruines. Le préteur en vint sans doute à l'y contraindre. (C. C. art. 605 à 608).

D. Et pour les travaux nouveaux ?

R. En vertu de l'*abusus*, le *proprietaryus* peut faire tous ceux qui ne diminuent pas la jouissance de l'usufruitier. Quant à lui, si, pour l'augmenter, il voulait innover, on était fort rigoureux. Il ne pouvait faire une prairie de l'étang, ni une maison avec des murs ruinés.

D. Quelle est sa dernière obligation ?

R. Celle de restituer la chose, quand l'usufruit s'éteint.

D. Où est la sanction de ces obligations ?

R. Elle n'existait pas en droit civil. Elle fut créée par le préteur, qui l'assujétit à fournir satisfaction :



1° de jouir en bon père de famille et sans altérer la chose ; 2° de la restituer, à l'extinction de son droit.

D. Peut-il y avoir dispense ?

R. 1° Dans l'usufruit légal ; 2° dans la constitution entre-vifs.

D. Et non dans celle *mortis causa* ?

R. Le prêteur n'admettait pas que l'on compromît ainsi le droit de l'héritier.

D. Et si l'on ne trouve pas de caution ?

R. La chose est remise à un sequestre, qui en servira les fruits à l'usufruitier. Il en est de même chez nous où l'usufruitier doit, de plus, faire inventaire. (C. C. 600 et s.)

D. Quel est l'avantage de la caution ?

R. 1° Elle donne, dans le fidéjusseur, un second débiteur au nu-propriétaire ;

2° Elle lui garantit la réparation, des fautes même d'abstention, desquelles, de droit commun, l'usufruitier n'eût pas dû la prestation, la loi *Aquiliana* ne réprimant que le dommage causé par une faute active.

D. N'y a-t-il pas des cas où l'usufruitier ne rend pas l'objet de l'usufruit ?

R. Oui, dans le quasi-usufruit, qui s'établit sur les *res quæ primo usu consumuntur*.

D. Cela est-il possible ?

R. Non, pas sans une subversion des principes de l'usufruit, puisque le nu-propriétaire doit garder la disposition de la chose, l'usufruitier ne pas l'altérer et que cela ne se peut pour de tels objets. Mais un sénatus-consulte a disposé qu'on peut, par legs, soumettre ces choses à un droit que les commentateurs nomment le quasi-usufruit.

D. Comment est réglé ce droit ?

R. Les choses sont estimées, et remises au quasi-usufruitier, qui en devient propriétaire et s'engage, sous caution, à rendre au terme soit l'estimation, soit l'équivalent en nature : (C. C. art. 587).

D. Cela ressemble au *mutuum* ?

R. Beaucoup plus qu'à l'usufruit. Le quasi-usufruitier a sur les choses le plein droit réel, en a les risques et la disposition.

D. Où sont donc les différences ?

R. 1° Le *mutuum* est un contrat ; le quasi-usufruit est issu du testament ;

2° Le mutuataire est exempt de caution ;

3° Il peut devoir des intérêts, ce à quoi n'est pas soumis l'usufruitier ;

4° Le terme de restitution, dans le *mutuum*, est variable au gré des parties ; dans le quasi-usufruit, c'est communément la mort de l' *accipiens*.

D. N'y a-t-il pas une autre combinaison qu'on peut nommer quasi-usufruit ?

R. Oui ; c'est l'usufruit appliqué à des objets incorporels, créances et servitudes réelles.



## SECTION 2<sup>e</sup> — *Comment s'établit et s'éteint l'usufruit.*

D. Comment se constitue l'usufruit ?

R. On peut distinguer ici, comme pour les servitudes réelles, l'établissement par *translatio* ou *deductio*, par les modes soit entre-vifs ou à cause de mort, soit du droit civil ou du droit prétorien.

D. Quels modes s'y prêtent donc ?

R. 1° La mancipation ; 2° l'*in jure cessio* ; 3° l'adjudication ; 4° la loi ; 5° la quasi-tradition.

D. Comment s'applique la mancipation ?

R. Seulement par *deductio*. L'usufruit, n'étant pas une chose corporelle, ne peut être transféré directement par ce mode.

D. Comment se fait ici l' *in jure cessio* ?

R. Comme pour les servitudes réelles, en for-



mant, d'accord, l'action confessoire, qui s'applique également aux servitudes personnelles.

D. Quand a lieu l'*adjudicatio* ?

R. Dans les cas que j'ai déjà rappelés ; soit *jure civili* dans les *judicia legitima*, soit *jure prætorio* dans les autres instances et *exceptionis ope*.

D. Et l'établissement par la loi ?

R. Dans ce mode d'une application très-fréquente, il faut distinguer : 1<sup>o</sup> la loi proprement dite, source de l'usufruit légal ; 2<sup>o</sup> le testament opérant par legs ou fidéicommis ; et suivant l'une de ces trois combinaisons, le testateur a pu léguer un fonds, *usufructu deducto* ; ou charger l'héritier ou le légataire, gratifié du fonds, d'en transférer l'usufruit ; ou enfin transférer directement, à titre particulier, l'usufruit à un gratifié, la nue propriété à l'autre.

D. Citer des cas d'usufruit légal ?

1<sup>o</sup> Par exemple, en faveur du *parens* sur les biens du pécule adventice ;

2<sup>o</sup> En faveur de l'un des époux convolant en secondes noces, sur les biens que son conjoint lui a donnés ou a laissés aux enfants communs ;

3<sup>o</sup> Sous Justinien, dans les hérédités légitimes, le père et la mère concourant avec des frères et sœurs ont chacun un tiers en usufruit ;

4<sup>o</sup> Si le père est seul, en concours avec eux, il a l'usufruit du tout.

D. Enfin parlez de la quasi-tradition ?

R. C'est un mode purement prétorien, admis ici dans les mêmes conditions que pour les servitudes réelles. On ne pouvait, par la simple tradition, transférer l'usufruit sur une *res Mancipi* ou *nec Mancipi* ; ni le déduire en aliénant les fonds provinciaux. Le préteur seul admettait la translation et la déduction quant à ces biens. Sous Justinien, leur condition spéciale n'existe plus et ce mode est généralisé.

D. La convention n'établit-elle donc jamais l'usufruit ?

R. Non, d'après ce que j'ai expliqué.

D. Vous ne parlez pas de la prescription ?

R. Les auteurs se partagent en deux systèmes, à l'égard de son application à l'usufruit. L'ambiguïté de la possession qu'on nommerait *pro fructuario* me fait pencher vers la négative.

D. Les modes d'acquérir examinés par vous, admettaient-ils les modalités ?

R. Non, en général, comme on l'a vu. Mais il y avait ici beaucoup plus d'exceptions, parce que l'usufruit n'est pas perpétuel, qu'il constitue une simple charge, et non une part de la propriété. (C. C. 580).

D. Quelles sont donc ces exceptions ?

R. 1<sup>o</sup> Le fidéicommiss, entièrement libre,

2<sup>o</sup> Le legs, admettant, soit dans la déduction, soit dans la translation la condition suspensive, le *dies a quo*, même le *dies ad quem* ;

3<sup>o</sup> L'adjudication, l'*in jure cessio* admettant la constitution à temps ;

4<sup>o</sup> Enfin, certains jurisconsultes permettaient toutes les modalités à la *deductio*, par l'*in jure cessio* ou la mancipation.

D. Comment s'éteint l'usufruit ?

R. 1<sup>o</sup> Par la remise, 2<sup>o</sup> la consolidation, 3<sup>o</sup> la perte de la chose, 4<sup>o</sup> le non-usage, 5<sup>o</sup> la résolution du droit du constituant, 6<sup>o</sup> la mort, 7<sup>o</sup> la *capitis deminutio* de l'usufruitier, 8<sup>o</sup> la condition et le terme extinctifs, quand ils ont pu être apposés. (C. C. art. 617).

D. Est-ce, à proprement parler, la perte de la chose qui est extinctive ?

R. Non, simplement la perte de la substance ; par conséquent la transformation même éteint l'usufruit. Une maison brûle, sur laquelle j'aurais l'usufruit, mon droit est éteint, bien qu'il reste le sol ; de même si la prairie emportée par le fleuve, est remplacée par un étang. (C. C. art. 623, 624).

D. Revit-il, en cas de restitution ?

R. Non ; même s'il s'agit simplement d'une chose

confisquée ou consacrée, qui serait ensuite rendue au domaine privé.

D. Comment opère le non-usage ?

R. Comme on l'a vu, quand l'usufruitier reste sans jouir *per modum et tempus*.

D. Quel est le temps fixé ?

R. Successivement les termes de l'usucapion et de la prescription ; savoir, d'abord, 1 an pour les meubles, et 2 ans pour les immeubles ; ensuite, 3 ans pour les meubles, et 10 ou 20 pour les immeubles.

D. Est-il nécessaire que la *proprietas* ait, durant ce laps de temps, recouvré la jouissance de sa chose et possédé à l'encontre de l'usufruitier ?

R. Un certain système le prétend ainsi. Mais je ne pense pas que ce cumul de la prescription acquisitive soit exigé ici.

D. N'y a-t-il pas des cas où l'usufruitier ne peut pas perdre son droit par non usage ?

R. 1<sup>o</sup> Si ce droit est à terme : il n'en peut même jouir ;

2<sup>o</sup> S'il est sous condition : il ne peut s'éteindre avant de naître ;

3<sup>o</sup> Si l'usufruitier a cédé ; la négligence du cessionnaire ne lui nuit pas ;

4<sup>o</sup> Si la prescription est suspendue pour lui, comme pupille, etc.

D. Qu'est-ce que la consolidation ?

R. La réunion de la nue propriété, sur la tête de l'usufruitier, à son droit réel, opérée avec un titre d'acquisition quelconque.

D. Quand a lieu l'extinction, en ce cas ?

R. Dès qu'intervient le titre d'acquisition ; parce que, l'usufruitier étant déjà en possession, il se consomme une tradition de brève-main qui lui donne la propriété.

D. Comment opèrent la remise, la résolution du droit du constituant ?

R. Comme je l'ai dit aux servitudes réelles. L'ac-



tion négatoire s'applique également à l'usufruit.

D. Pourquoi la mort de l'usufruitier et sa dégradation d'état sont-elles extinctives de son droit?

R. Parceque l'existence de toute servitude est subordonnée à l'existence de son sujet.

D. Toute *capitis deminutio* éteint-elle l'usufruit?

R. Oui, jadis; mais cela est modifié quant à la *minima*, sous Justinien.

D. Un usufruit, acquis au *paterfamilias* du chef d'un descendant ou d'un esclave, était-il perdu par la mort, la dégradation d'état, l'aliénation de celui-ci?

R. Non, à moins qu'il eût été acquis *mortis causa*, en gratuité. Sous Justinien, sans distinction, c'est toujours la personne du *paterfamilias*, dont l'extinction détermine celle de l'usufruit.

D. Ne lui survit-il pas même parfois?

R. Oui, l'empereur décide, par humanité, que le fils de famille jouira, après son *parens*, de l'usufruit qu'il lui aurait fait acquérir.

D. Quel expédient employait-on pour conjurer l'effet de la dégradation d'état?

R. On faisait parfois le legs d'usufruit par jour, mois ou année; de façon que la *capitis deminutio* ne faisait perdre son droit à l'usufruitier que pour celle de ces périodes où elle le frappait.

D. Les personnes morales du moins ne pouvaient être atteintes par ces causes?

R. Pour les assimiler aux individus, on limitait l'usufruit établi en leur faveur, à 100 ans, *maximum* de la vie humaine. L'usufruit s'éteignait aussi, s'il était à une cité rasée par l'ennemi; ce qui imitait la *capitis deminutio*. (C. C. art. 619.)

D. Ce droit ne s'éteignait-il pas aussi par l'abus de jouissance?

R. Non, pas en général; mais seulement l'usufruit légal du *parens* sur le pécule. (C. C. 618.)

---

## TITRE V.

### De l'usage, de l'habitation, (des œuvres d'esclaves).

---

#### SECTION 1<sup>re</sup>. — *Nature de ces droits.*

D. Qu'est-ce que l'usage ?

R. En principe, l'usage est l'attribut de la propriété désigné sous le nom d'*usus* ; mais on y ajoute souvent la jouissance des fruits, dans la limite des besoins de l'usager.

D. Comment est-on arrivé à constituer ce droit mixte ?

R. A l'origine, la concession d'usage s'interprétait conformément aux principes, et, sur un champ, par exemple, ne conférait que le droit de s'y promener, d'y étendre le linge, etc. On trouva cette jouissance peu en rapport avec la volonté de celui qui constitue l'usage, généralement à titre de libéralité et on accorda à l'usager, suivant les cas et les époques du droit, une certaine partie du *fructus*, mais au plus à concurrence de ses besoins personnels.

D. Pourquoi *suivant les cas* ?

R. Parce que cette concession n'est pas générale et n'a pas lieu quand l'*usus* est d'une sérieuse utilité, comme sur un esclave, des meubles meublants, etc.

D. On a souvent défini l'usage différemment, par exemple dans l'art. 630 C. C ?



R. C'est qu'il y a divers systèmes sur l'étendue de ce droit. La proposition absolue du C. C. me semble une erreur historique.

D. Quels sont les droits de l'usager ?

R. 1<sup>o</sup> L'*usus*, c'est-à-dire tous les avantages qu'on peut retirer indéfiniment de la chose et qui ne constituent pas des revenus, quand même le profit dépasserait les besoins de l'usager.

2<sup>o</sup> Quelque partie du *fructus*, selon les concessions de la jurisprudence, et la nature de la chose ; par exemple, du fumier, du lait, s'il s'agit d'un troupeau ; des fruits pour ses besoins, pour un champ, un jardin.

D. L'usage est-il divisible ?

R. Non, à la différence de l'usufruit, parce qu'on peut prendre partiellement le *fructus*, comme je l'ai montré non l'*usus*.

D. Peut-on louer le droit d'usage ?

R. Non et encore moins le céder, surtout à raison de l'extension que la jurisprudence avait donnée au simple *usus*. D'une part, à ce point de vue, la concession en est l'effet de la bienveillance personnelle et, d'autre part, le besoin de l'usage étant la mesure du droit, on ne peut se substituer personne dans son exercice (C. C. 631).

D. Existe-t-il un quasi-usage, comme un quasi-usufruit ?

R. Non ; les deux choses se confondent, s'agissant de *res quæ primo usu consumuntur*.

D. L'usager doit-il caution ?

R. Oui, comme chez nous (C. C. art. 626), il doit jouir en bon père de famille, comme l'usufruitier.

D. Qu'est-ce que l'habitation ?

R. Le droit d'usage appliqué aux édifices, avec une nature particulière.

D. Qu'y a-t-il de particulier ?

R. 1<sup>o</sup> Dans l'ancien droit, l'habitation n'était pas

regardée comme une servitude, mais comme un simple fait ; d'où une différence dans l'extinction ;

2<sup>o</sup> On concéda au titulaire le droit de louer les locaux excédant ses besoins ;

3<sup>o</sup> Et sous Justinien, la faculté même de céder l'intégralité du droit, d'une façon relative, comme l'usufruit.

D. Que sont les *operæ servorum* ?

R. Un droit analogue à la servitude, comportant la jouissance, en usage et en revenu, du travail d'un esclave déterminé.

D. Ne peut-on constituer, en ce sens, une véritable servitude ?

R. Oui, servitude prédiale, au cas où les esclaves d'un fonds, réputés immeubles, devraient à perpétuité faire les labours ou travaux sur un autre fonds.

D. Peut-on louer les *operæ servorum* ?

R. Oui ; c'est jouir du revenu civil.

D. En quoi les *operæ servorum* diffèrent-elles des *operæ libertorum* ?

R. Les esclaves sont des choses, mobilières ou immobilières ; ils sont tenus comme tels, par un droit réel. Les affranchis sont des personnes, dont le lien forme l'obligation.



## SECTION 2<sup>e</sup>. — *Etablissement et extinction des droits d'usage, etc.*

D. Comment s'établissent ces droits ?

R. Comme l'usufruit, très-généralement entre-vifs, plus souvent *mortis causa*.

D. L'extinction est-elle identique ?

R. Non ; il y a des règles particulières pour l'habitation et les *operæ servorum*, qui ne sont pas de véritables servitudes.

D. Quelles exceptions pour l'habitation ?

R. Elle ne s'éteint pas par le non-usage, ni par la *capitis deminutio* du titulaire, ni même de plein droit par sa mort.

D. Combien dure-t-elle alors ?

R. La fin de l'année ; sans doute parce qu'on avait soin de rendre communément le legs annuel. On croit aussi que l'habitation, constituée entre-vifs, s'éteignait par la mort du donateur.

D. Et pour les *operæ servorum* ?

R. Ce droit ne s'éteint nullement par la mort ou *capitis deminutio*.

D. Comment cesse-t-il donc ?

R. Par la mort ou l'affranchissement de l'esclave individuellement assujetti, c'est-à-dire par la perte de la chose.



## TITRE V *bis*.

(Des autres droits réels : gage, hypothèque etc.)



D. Qu'est-ce que le droit de gage ?

R. Un droit réel par lequel une chose se trouve affectée, pour sûreté, au paiement d'une dette, et remise à cette fin au créancier.

D. Et le droit d'hypothèque ?

R. C'est exactement la même nature de droit. Les deux choses diffèrent principalement par la remise de possession au créancier. L'hypothèque est l'enga-



gement par simple convention, à la sûreté de la dette, d'une chose, généralement immobilière, dont on retient la possession.

D. Le gage peut-il porter sur des meubles et des immeubles ?

R. Oui, indifféremment ; tandis que, chez nous, les meubles seuls font l'objet du gage proprement dit (C. C. 2072, 2114).

D. Quel est le caractère du gage ?

R. Ce droit réel naît, par la tradition, à la suite d'un contrat du même nom, admis par le droit civil.

D. Et celui de l'hypothèque ?

R. Ce droit réel naît de plein droit d'un pacte prétorien ; c'est-à-dire d'une convention, que le droit civil méconnaissait et que le prêteur seul avait sanctionnée.

D. De quelle manière ?

R. Par une action dite quasi-servienne ou hypothécaire.

D. Quels sont, pour le créancier, les attributs de ces droits réels ?

R. 1<sup>o</sup> Le droit de faire vendre la chose obligée à sa créance ;

2<sup>o</sup> Celui d'être payé sur le prix de préférence aux autres créanciers (C. C. 2073) ;

3<sup>o</sup> Le droit de suite.

D. Quel exercice comporte ce dernier droit ?

R. Pour le gage, la faculté de reprendre aux mains des détenteurs la chose obligée dont le créancier aurait perdu la possession ; et pour l'hypothèque, celle de les actionner *propter rem* et de leur faire payer sa dette.

D. Qu'est-ce qui avertit un acquéreur de l'existence d'un tel droit sur la chose ?

R. Rien, sans doute, si celui qui la lui transfère en ignore ou dissimule l'existence. C'était le vice du système hypothécaire ancien, qui a été corrigé chez nous, L. du 11 brumaire an VII et du 23 mars 1855.)

D. N'y a-t-il pas un dernier attribut ?

R. Vous voulez dire l'indivisibilité. Mais quels que soient ses avantages, c'est plutôt là un caractère qu'un attribut du droit réel.

D. Quelles sont les conséquences de l'indivisibilité du gage ou de l'hypothèque ?

R. 1<sup>o</sup> Chaque partie de la chose engagée est intégralement affectée à la dette. Le détenteur peut être poursuivi *in solidum*, quand même il n'a qu'une partie de la chose, soit qu'elle ait péri, ou soit auprès d'autres pour le surplus.

2<sup>o</sup> Au décès du débiteur ou du créancier qui laisse plusieurs héritiers, la dette ou la créance se divise entre eux ; mais, à raison de l'indivisibilité du gage, nul héritier du débiteur n'en peut demander sa part, en acquittant la dette dans cette proportion ; et nul héritier du créancier ne peut remettre sa part du gage au préjudice de ses cohéritiers non désintéressés. (C. C. 2083).

D. Quelles différences y a-t-il entre le gage et l'hypothèque ?

R. 1<sup>o</sup> Le gage est sanctionné par le droit civil et l'hypothèque seulement par le droit prétorien ;

2<sup>o</sup> L'un comporte livraison de la chose au créancier ; l'autre la laisse au débiteur ; aussi le gage s'est-il spécialisé progressivement pour les meubles (C. f. C. C. 2072, 2114).

3<sup>o</sup> En conséquence, le droit de gage se forme normalement par la tradition, tandis que celui d'hypothèque naît de l'accord des parties ;

4<sup>o</sup> Ainsi encore, le gage ne porte que sur les biens corporels, présents et forme un droit apparent ; l'hypothèque, au contraire, peut s'asseoir sur des biens futurs ou incorporels, comme la servitude rurale, et constitue encore en certains pays un droit occulte (*Secus*, C. C. 2134, 2146, etc.)

D. Qu'est-ce que l'emphytéose ?

R. Un démembrement plus étendu que l'usufruit,



du droit de propriété, consistant à en remettre les attributs à quelqu'un pour toujours, ou pour un très-long temps, moyennant paiement d'une redevance annuelle.

D. Qu'est-ce que la superficie ?

R. C'est un droit de jouissance et de disposition sur les constructions seulement.

D. Comment s'acquièrent ces deux droits ?

R. Par la tradition que fait le *dominus*.

D. En quoi diffèrent-ils ?

R. 1<sup>o</sup> La superficie porte seulement sur les constructions, abstraction faite du sol; et l'emphytéose, droit créé sur les biens ruraux, quant on finit par l'étendre aux édifices en embrassant le sol;

2<sup>o</sup> L'emphytéose est devenu un contrat: la superficie, comme convention, a gardé le caractère prétorien.



## TITRE VI.

### De l'usurpation (et de la prescription).



#### SECTION 1<sup>re</sup>. — *De la possession.*

D. Qu'est que c'est que la possession ?

R. C'est le fait ou le droit d'occuper une chose, d'en pouvoir matériellement user.

D. La possession est-elle un droit ?

R. Il y a plusieurs systèmes. 1<sup>o</sup> On dit que non. La possession ne pourrait être qu'un droit réel; or, si elle offre quelques-uns des caractères du droit, si

elle est sanctionnée comme ce droit, ce n'est que parce qu'elle en constitue communément la manifestation. La possession sans droit, en effet, est une chose anormale.

2o Qu'est-ce qu'un droit? Une faculté garantie par l'action. Or, en certains cas, la loi ou le prêteur sanctionnait par les actions ou les interdits, la possession, qui est la faculté d'user ou disposer d'une chose. Il me semble que la possession arrivée, au degré de force qui lui fait obtenir cette sanction, constituait un droit réel, bien que d'une physionomie spéciale.

D. Y a-t-il donc plusieurs espèces de possession?

R. Non, quant au fait extérieur; mais oui, en droit. Il y en a plusieurs degrés et je suivrai le système de M. Savigny qui en reconnaît trois.

D. Quels sont-ils?

R. La détention, la possession naturelle, la possession civile.

D. Qu'est-ce que ce premier degré?

R. On l'exprime par *in possessione esse*. Il ne comporte pas de sanction, en dehors des rapports contractuels. Telle est la possession du locataire et du dépositaire.

D. Expliquez le deuxième degré?

R. La possession naturelle, dite aussi *ad interdicta*, parce qu'elle est sanctionnée par les actions possessoires prétoriennes, nommées interdits. C'est la possession du créancier gagiste, du précariste.

D. Reprenez le troisième degré.

R. La *possessio civilis*, dite aussi *ad usucapiendum*. Elle est pleinement sanctionnée par la loi, en ce qu'après un certain legs, elle confère la propriété au possesseur.

D. Comment s'acquiert la détention?

R. Par le fait d'appréhension de la chose, conformément à sa nature.

D. Et la véritable possession?

R. Par la réunion de deux éléments : l'un matériel, l'autre morale ; dits *corpus* et *animus* : *corpus*, le fait d'appréhension ou détention ; *animus domini*, ou *rem sibi habendi*, c'est-à-dire l'intention de se comporter en propriétaire, ou d'avoir la chose par devers soi, pour l'emploi déterminé par la convention.

D. Chacun peut-il posséder ?

R. Non. Le fou ne peut acquérir la possession, sauf en ses intervalles lucides, et, d'après les principes, l'*infans* ne le pourrait jamais.

D. Quel temperament y admit-on ?

R. 1° On permet, *utilitatis causa*, que l'*infans* pupille pût acquérir la possession, assisté par son tuteur, exceptionnellement ;

2° Par lui-même, sous les premiers empereurs ;

3° Enfin par le tuteur même.

D. En quoi l'acquisition de possession par le pupille *infans*, mais assisté de son tuteur, était-elle une dérogation aux principes ?

R. 1° Les pupilles *infantes* sont représentés, d'après les principes, non assistés par leur tuteur ;

2° Ils n'ont pas l'*animus*, la volonté. Or, l'*auctoritas* est faite pour compléter le consentement, non pour le suppléer.

D. Doit-on par soi-même acquérir et conserver la possession ?

R. On peut être suppléé dans l'élément matériel seulement, soit pour l'acquisition, soit pour la conservation.

D. Pour la conservation de la possession, faut-il la perpétuité de ces deux éléments, le *corpus* et l'*animus*.

R. Le système généralement suivi consiste à distinguer entre la possession des meubles et celle des immeubles.

D. Quelle est la règle pour les meubles ?

R. Les deux éléments doivent persévérer. Quand un ballot tombe, par accident, d'un char sur la route,



le chargeur en reste propriétaire; il a perdu la possession, que lui conservait le voiturier, son dépositaire. De même du cas où un bateau, chargé de pierres, sombre dans le Tibre.

D. Et pour les immeubles ?

R. La possession s'en conserve *animo tantum*, tant qu'il dépend de nous d'en jouir, bien que nous ne le fassions pas. Ainsi j'ai perdu la possession de mon champ, si le fleuve le recouvre, si vous m'en expulsez, mais non par cela seul que j'en suis absent. Cette règle, d'abord admise pour les paturages, où l'on ne va qu'en certaines saisons, *estivi, hibernique saltus*, fut ensuite généralisée.



SECTION 2<sup>e</sup>. — *Usucapion et prescription; ancien droit.*

D. Quest-ce que l'usucapion ?

R. Un mode d'acquérir du droit civil et à titre particulier, qui, grâce à la possession dans certaines conditions déterminées, nous transfère le droit réel, principalement le domaine quiritaire.

D. Quel en est le motif rationnel ?

R. Pour éteindre les contestations fondées sur le droit strict, souvent mal en rapport avec l'équité, la loi érige contre celui qui a négligé d'agir, le fait de possession en un droit absolu.

D. A quelles choses s'applique l'usucapion ?

R. A celles corporelles, (comme la possession, son principe), et qui sont dans le commerce.

D. Ne l'a-t-on pas étendue hors de là ?

R. J'ai signalé les applications qu'elle recevait dans les servitudes.

D. L'usucapion s'applique-t-elle à toutes les choses corporelles ?

R. A tous les meubles, oui; mais, pour les immeubles, à ceux seulement du sol italique, susceptibles de propriété quiritaire.

D. Quelles applications reçoit l'usucapion, quant à la propriété?

R. 1<sup>o</sup> Quand on a acquis une chose par un mode insuffisant qui ne vous en a transféré que l'*in bonis*.

2<sup>o</sup> Quand on a reçu la chose avec un mode d'acquérir parfait et *a domino*, mais sans acquérir pourtant, à cause de l'incapacité du *dominus*; par exemple une femme vous ayant mancipé seule son esclave, *sine tutoris auctoritate*.

3<sup>o</sup> Quand on a reçu la chose avec un mode d'acquérir parfait; mais *a non domino*.

D. Faites ressortir la différence des trois applications.

R. Au premiers cas, l'usucapion complète un autre mode d'acquérir; au dernier, elle agit seule et confère la propriété, qui n'existait aucunement.

D. Quand s'offre le premier cas?

R. 1<sup>o</sup> Quand une *res mancipi* qu'on veut me donner ou me vendre, m'est remise par la simple tradition;

2<sup>o</sup> Dans plusieurs applications de l'*addictio*, conférant simplement l'*in bonis*; par exemple, pour le *bonorum emptor*, le *bonorum possessor* et le demandeur dans la caution *damni infecti*;

3<sup>o</sup> Quand le juge prononce l'adjudication, hors des *judicia legitima*.

D. Quelles conditions exige l'usucapion?

R. Il faut, 1<sup>o</sup> qu'on ait un juste titre, 2<sup>o</sup> la bonne foi initiale, 3<sup>o</sup> la possession civile, 4<sup>o</sup> prolongée certain temps, 5<sup>o</sup> Que la chose ne se refuse pas à l'usucapion.

D. Pourquoi dites vous en général?

R. Parce que dans la seconde des applications indiqués plus haut, seulement, ces conditions sont toutes exigées.



D. Qu'appellez-vous juste titre ?

R. Un acte propre à transférer la propriété et qui l'eût fait acquérir en effet au possesseur, s'il eût été passé dans le rapport du *dominus*.

D. Pourquoi *propre à transférer la propriété* ?

R. Parce que l'usucapion est un mode d'acquérir et que ces modes n'opèrent, en principe, qu'avec un titre d'acquisition. Suivant une autre théorie, rattachant la condition du titre à celle de bonne foi et que je rejette, c'est parce qu'en recevant la chose à un titre propre à en conférer la garde, la possession, nul ne peut s'en croire propriétaire.

D. Pourquoi dire *et qui l'eût transférée* etc ?

R. Bien que translatif en principe, si l'acte invoqué ne l'était pas en fait, en le supposant intervenu avec le *dominus*, il ne peut fonder l'usucapion.

D. Quels titres présenteraient ce caractère ?

R. 1<sup>o</sup> Le titre nul. Telle serait la donation reçue d'un époux non propriétaire, ou la vente faite de même par un pupille seul ;

2<sup>o</sup> Celui simulé, qui dans sa réalité n'eût pas été translatif, comme la vente, avec remise de prix, passée entre époux, ou par un père incestueux à ses enfants : ces diverses personnes ne pouvant rien se donner, la donation que l'une fait à l'autre de la chose d'autrui n'est pas un juste titre ;

3<sup>o</sup> Celui conditionnel, c'est-à-dire faisant espérer la propriété sous une conditions suspensive, comme la donation à cause de mort ainsi convenue.

D. Pourquoi *la condition suspensive* seule ?

R. Parce que la condition résolutoire n'empêcherait pas la translation actuelle de la propriété si le *non dominus* l'avait. Le donataire avec clause de retour, l'acheteur à réméré, ont donc le juste titre pour usucaper.

D. Qu'est-ce que la bonne foi ?

R. La conscience d'être propriétaire ou d'avoir acquis quelque autre droit réel : mais, ici, nous parlons de la propriété.

D. Pourquoi dites-vous *initiale* ?

R. Par ce qu'il suffit de l'avoir à l'origine de sa possession. Quand on découvre ensuite les vices de son titre, l'usucapion continue. Certains auteurs faisaient exception pour le cas où la possession naît d'une libéralité.

D. Suffit-il, pour usucaper, de croire qu'on a un juste titre ?

R. Non, en général, et le titre putatif ne suffit pas ; il doit être réel.

D. Il y a donc des exceptions ?

R. Oui, on finit par admettre l'usucapion, dans les cas où le possesseur avait été égaré par des circonstances très-graves sur l'existence du titre ; comme s'il a cru la chose qu'il possède, achetée pour lui par un mandataire, ou qu'il a ignoré la révocation d'un legs qu'on lui en avait fait. Mais jamais l'erreur de droit ne saurait fournir ainsi le juste titre putatif.

D. Quel est le laps de temps exigé ?

R. Un an pour les meubles, et deux pour les immeubles italiques.

D. Vous dites *que la chose ne soit pas impropre*. Quand cela se rencontre-t-il ?

R. 1<sup>o</sup> Par la nature de la chose, quand elle est imprescriptible, hors du commerce, comme les *res divini juris, publicæ*, etc., les hommes libres ;

2<sup>o</sup> Par privilège, lorsque le *dominus* est protégé contre l'usucapion ; comme le pupille, la femme pour ses *res Mancipi*, car on les préserva de bonne heure contre l'usucapion, qui s'appliqua encore aux aliénations du fou ;

3<sup>o</sup> Pour les choses vicieuses ?

D. Le bien de pupille est-il absolument soustrait à l'usucapion ?

R. Non, mais seulement au cas où le tuteur l'a aliéné sans autorisation. Du reste, quand l'usucapion est dommageable aux mineurs, le préteur leur accorde la restitution.

D. Qu'appel-t-on choses vicieuses ?

R. Celles volées ou ravies de force.

D. Mais le voleur, étant de mauvaise foi, ne peut, d'ailleurs, les usucaper !

R. Il est vrai. C'est dans le rapport de ses ayants-cause qu'est faite cette règle. Celui à qui le *fur* ou le *raptor* vend, donne, lègue, etc., en dépit de sa bonne foi, ne peut usucaper.

D. En est-il ainsi indéfiniment ?

R. Non ; le vice peut être purgé. Cela arrive quand le *dominus* recouvre sa chose, bien sciemment. Celui qui en aura ensuite la possession civile, doit usucaper. Mais si vous achetez en foire te sans le reconnaître le cheval qu'on vous a volé, le vice n'est pas purgé.

D. La portée du vice est-elle la même pour les meubles et les immeubles.

R. Non ; car il n'y a pas de vice dans le fonds dont un *prædo* s'emparerait sans violence, tandis qu'en pareil cas il y a vol du meuble.

D. Mais alors l'usucapion des meubles est impossible. Toutes les fois que vous les recevrez *à non domino*, il y aura vice originaire ?

R. Pas absolument. Un usufruitier vend le *partus ancillæ*, croyant y avoir droit ; un héritier de bonne foi donne le cheval prêté à son auteur ; il n'y a pas vice.

D. N'y a-t-il pas des cas où l'usucapion s'accomplit plus facilement.

R. Oui c'est dans celle lucrative *pro hærede*, usuréception, où elle a lieu sans bonne foi, sans juste titre, et avec un laps de temps parfois réduit.

D. Que signifient ces mots *pro hærede* ?

R. Cette formule désigne le titre de la possession, qui se qualifiait *pro emptore*, *pro donato*, *pro dote*. *Pro hærede* indique qu'on prend possession d'une chose héréditaire ou un patrimoine entier s'en croyant ou non héritier, peu importe. L'usucapion pourrait



être signalée ici comme un mode à titre universel.

D. Et par quel laps l'acquiert-on ?

R. Par un an, sans distinction entre les meubles et les immeubles.

D. Pourquoi ces règles spéciales ?

R. Pour obliger les héritiers à prendre plus tôt qualité. On nommait cette usucapion lucrative, parce que, formant une sorte de peine contre l'héritier négligent, elle enrichissait le possesseur ; à la différence de celle commune, créée pour le préserver d'une perte.

D. Que devint l'usucapion lucrative ?

R. L'application en fut peu à peu restreinte, puis supprimée. En usurpant des biens héréditaires, on encourut le *crimen expilatæ hereditatis*.

D. Qu'est que l'*usureceptio* ?

R. La faculté de recouvrer la propriété d'une chose, qu'on avait aliénée *fiduciæ causa*, en en recouvrant la possession.

D. Durant quel laps de temps ?

R. Un an aussi, même pour les immeubles.

D. Pourquoi cette disposition ?

R. Parce que le propriétaire *fiduciæ causa* négligera souvent de retransférer son droit sur sa chose ; par exemple, il m'aura rendu mon esclave par simple tradition.

D. Suffit-il toujours, en ce cas, de la possession, pour usucaper ?

R. Sauf en un cas, celui où la translation avait eu lieu *pignoris causa* et où le créancier n'est pas payé. On excepte alors la possession du débiteur à titre précaire, c'est-à-dire comme dépositaire, fermier, précariste.

D. N'y a-t-il pas un autre exemple d'usucapion sans bonne foi ?

R. Oui, quand Titius me fait l'abandon noxal d'un esclave dont je lo sais simple possesseur, je l'usucaperai contre le maître, s'il n'agit pas.

D. Comment s'interrompt l'usucapion ?

R. Par la perte de la possession.

D. On peut perdre la possession par des circonstances étrangères au *dominus* et qui ne devraient pas nuire au possesseur déchu.

R. C'est la considération dont s'inspira le droit prétorien, en créant, outre les interdits pour recouvrer la possession, une action dite *publicienne*, revendication utile en faveur possesseur dépourvu, *in causa usucapiendi*.

D. L'action réelle qu'intente le *dominus* n'interrompt-elle pas l'usucapion ?

R. Non. Elle peut s'achever *inter moras litis*. Mais le préteur se mit à prescrire au juge d'interposer, en pareil cas, son *jussus*, pour que la chose fut restituée.

D. Cette règle du droit strict n'eut plus, dès lors, aucune importance ?

R. Si bien. L'ancien propriétaire, à qui on rendait sa chose, la recouvrait alors grevée des droits réels imposés par le possesseur, devenu propriétaire ; si le jugement eût été rendu plus tôt, il l'aurait recouvrée franche, ces charges ayant été mises *a non domino*.

D. Quel est l'effet de l'usucapion complète ? La chose est-elle franche de toutes charges ?

R. Le possesseur a la propriété quiritaire, comme s'il eût reçu la chose du maître, ayant ce domaine. Mais aussi il l'acquiert grevée des droits réels, hypothèques, servitudes etc.

D. Peut-on supposer qu'on possède deux ans un fonds sans connaître les charges réelles ?

R. Si elles se révèlent, cela détruit simplement la bonne foi du possesseur ; mais elles peuvent ne pas se révéler. Cela se comprend très-bien pour certaines servitudes, celles négatives surtout, et l'hypothèque, qui est occulte.

D. Mais pour l'usufruit ? Ou l'usufruitier aura



joui, ce qui exclut la possession chez un autre; ou il ne l'aura pas fait, et en ce cas, son droit est éteint *non utendo*.

R. 1° L'usufruit se conserve même par des actes de jouissance isolée;

2° Il peut avoir été constitué pendant le cours de la possession, de façon que l'usucapion extinctive ne soit pas accomplie quand le sera celle acquisitive;

3° Ou *ex die*, de façon que l'usufruitier n'ait pas encore eu à jouir;

4° Enfin, il a pu être cédé; cas auquel la non-jouissance du cessionnaire ne dépouille pas le cédant. — En tous ces cas, le fonds acquis par usucapion reste grevé d'usufruit.

D. D'où vient le mot de prescription?

R. De l'usage où était le magistrat d'insérer en tête de la formule certains moyens, proposés par le demandeur ou, plus généralement, par le défendeur. L'un des plus importants pour ce dernier et qui seul a retenu le nom du genre était tiré de la *possessio longi temporis*.

D. En quoi consistait cette défense?

R. C'était un bénéfice prétorien protégeant le possesseur contre l'exercice de tous droits réels.

D. Quelle était, à cet égard, la différence de ce moyen avec l'usucapion?

R. L'usucapion était acquisitive, la possession sanctionnée par le préteur libératoire *exceptionis* ou mieux *præscriptionis ope*. L'usucapion faisait acquérir l'usage de la revendication; la prescription l'écartait au contraire.

D. Cette différence ne disparut-elle pas?

R. Le préteur accorda la revendication utile au possesseur dépouillé dans les conditions exigées par l'usucapion, après le temps de possession fixé; et la publicienne, s'il l'était auparavant.

D. Quelle différence y avait-il donc?

R. C'est que la revendication réussissait, la pos-

session accomplie ; tandis que la publicienne échouait contre toute partie fondée en droit et en équité.

D. Quel était ce laps de temps ?

R. Dix ans entre présents, vingt entre absents ?

D. Expliquez ces termes.

R. Ce sont les parties qu'on appelle présents, absents, selon qu'elles sont, ou non, domiciliées dans la même province. Au premier cas s'applique le terme de dix ans, au second celui de vingt. En droit français, c'est le demandeur en reconnaissance de droit réel qu'on qualifie de présent ou d'absent, selon qu'il était ou non domicilié dans le ressort de la situation de l'immeuble ; cela est plus logique (C. C. 2265).

D. Comment expliquer ce manque de logique chez les Romains ?

R. Par leur procédure, qui n'admettait pas de condamnation par défaut. Quand le propriétaire, par exemple, était dans la même province que le possesseur, il lui avait été plus aisé de revendiquer, et il devait être plus tôt déchu.

D. Mais, quand le revendiquant aura été présent quant au possesseur, c'est-à-dire domicilié dans la même province, ne l'aura-t-il pas été, par cela même, au regard du fonds possédé ?

R. Non, puisqu'on peut posséder par un tiers, colon, usufruitier et même par la seule intention.

D. Pourquoi a-t-on créé la prescription ?

R. Par équité, pour mettre en harmonie avec la condition des fonds italiques celle des immeubles provinciaux, pour ne pas laisser la propriété dans l'incertitude ; car, sur ces fonds, celle du peuple ou de César était purement nominale.

D. La prescription est-elle donc sans application aux fonds italiques ?

R. Elle compète, sans distinction de la nature du fonds, à tout possesseur qui peut et veut l'invoquer. Or, pour les fonds italiques, l'usucapion ne purgeant que la propriété, le possesseur, s'il jouis-

sait plus longtemps sans trouble, avait un grand intérêt à faire valoir la prescription, purgeant tous les droits réels.

D. Comment la possession est-elle interrompue dans la prescription ?

R. Non-seulement par la dépossession, comme l'usucapion, mais encore par l'action réelle. Elle est en outre suspendue par l'impuberté, la captivité ou l'absence obligée, de celui contre qui on prescrit. Enfin, le prêteur restitue les mineurs de 25 ans, contre la prescription; de sorte qu'on peut compter la minorité, comme une nouvelle cause d'interruption.

D. Le possesseur faisant détenir le fonds par un fermier, peut s'absenter. Hors d'état de l'actionner, on n'aura nul moyen d'échapper à la prescription ?

R. Il n'y a pas alors de suspension; mais le prêteur donne une action fictive, dite contre-publi-cienne, qui s'applique aussi à l'usucapion, comme si le laps de temps n'eût pas été complet.

D. Le possesseur qui recouvre la chose après l'interruption consommée, peut-il profiter du temps antérieur de possession ?

R. Non; ni dans l'interruption naturelle, la possession devant être continue, ni dans l'interruption civile par une demande, sauf si elle est rejetée.

D. Résumez les différences entre l'usucapion et la prescription.

R. 1° L'usucapion est un mode d'acquérir du droit civil, translatif de propriété quiritaire; la prescription une simple exception, créée pour les fonds provinciaux et pour toutes personnes;

2° Le laps de possession n'est pas identique;

3° La prescription s'applique plus généralement aux objets incorporels;

4° La possession est interrompue par la demande réelle, dans la prescription; elle continue et opère dans l'usucapion.

5° L'usucapion donne la chose avec ses charges; la prescription purge tous les droits réels.



SECTION 3°. — *Prescription sous le droit impérial.*

D. Qu'est devenue la prescription ?

R. Mus par l'équité, les préteurs avaient étendu ses effets, ainsi que le laps de temps exigé pour l'usucapion. Les deux institutions s'étaient assimilées. Justinien les confond, tout en complétant les innovations de ses prédécesseurs en cette matière.

D. Signalez sommairement les réformes ?

R. 1° La courte possession des immeubles étant sans effet, et ceux provinciaux assimilés aux fonds italiques, on peut dire que l'usucapion est perdue ;

2° La prescription est pleinement acquisitive ;

3° A la place de l'usucapion, elle est aussi libératoire des droits réels ; ainsi les servitudes se perdent par 10 ou 20 ans, au lieu de 2.

4° Des prescriptions plus longues sont créées ;

5° Elle deviennent libératoires des droits personnels, par suite d'une constitution de Théodose.

D. L'imprescriptibilité n'est-elle pas étendue ?

R. Oui, aux privilèges admis sont venus se joindre ceux des impubères et des mineurs, de la dot, des biens substitués, des biens du fisc et de la maison de l'empereur.

D. Parlez des deux premiers privilèges.

R. Toute prescription est suspendue contre les impubères ; et contre les mineurs, celles moindres de 30 ans.

D. Celui de la dot est-il absolu ?

R. Non. Le fonds dotal est imprescriptible, sauf quand on l'a reçu avant la constitution.

D. Et celui des biens appartenant à l'Etat, aux municipales, aux sociétés reconnues ?

R. Il n'existe que pour ceux formant le domaine public de l'état, etc., ceux du domaine privé restent prescriptibles. (C. C., art. 2226, 2227.)

D. Et le privilège du fisc, etc ?

R. 1° Les biens revenant au fisc, comme les successions vacantes, ne sont imprescriptibles qu'après la dénonciation à ses agents ;

2° Ils peuvent même alors être acquis par la possession de 30 ans,

3° Et les biens patrimoniaux par 40 ans.

D. N'y eut-il pas aussi une prescription spéciale en faveur des acquéreurs de ces biens ?

R. 1° Marc-Aurèle réduisit à 5 ans la possession exigée des acquéreurs du fisc, pour repousser toute action réelle ;

2° Zénon la rendit instantanée. La vente d'un bien même vicieux, par le fisc, y purgeait tous droits réels, sauf ceux d'un mineur ;

3° Justinien étendit cette règle aux ventes par les agents de la maison impériale.

D. N'y avait-il au moins aucun recours ?

R. Pendant 4 ans, les parties pouvaient se pourvoir en indemnité, (V. de même une disposition révolutionnaire, L. 22 frim. an VIII, art. 94).

D. Quelles sont, quand au laps de temps, les diverses prescriptions enfin admises ?

R. 1° Celle de trois ans pour les meubles, Justinien l'appelle usucapion.

2° Celle de dix ou vingt ans, acquisitive des droits réels, avec juste titre et bonne foi, et libératoire des mêmes droits par le seul laps ;

3° Celle de trente ans, acquisitive, 1° des biens de pupille ou mineur, 2° des biens reçus de mauvaise foi ; 3° et, sous Justinien, de ceux que, de bonne foi, on a reçu d'un *prædo*, même d'un voleur ; en outre, libératoire des droits personnels, par le seul laps de temps, (C. C. 2262, 2265.)

4° Celle de 40 ans, acquisitive, 1° des biens du fisc et de la couronne ; 2° de ceux des villes ; 3° de ceux de l'Eglise, et libératoire, en outre, de l'action hypothécaire contre le débiteur.



D. Quelle anomalie offre cette application ?

R. A défaut de poursuites durant 33 ou 35 ans, le débiteur hypothécaire est libéré de l'action personnelle, mais reste tenu *propter rem*.

D. Comment se compte le temps de ces diverses prescriptions ?

R. On pense que le droit prétorien, plus équitable, laissait le dernier jour en entier au revendiquant. Sous le droit impérial, on fait une distinction, suivant que la prescription proposée ressemble à l'usucapion ou à l'exception prétorienne :

1<sup>o</sup> Pour la prescription acquisitive, on compte comme pour l'usucapion ancienne, de jour à jour et non d'heure à heure. Cette annale commencée le 1<sup>er</sup> janvier, était terminée le 31 décembre suivant à minuit ;

2<sup>o</sup> Pour celle libératoire, les fractions du jour terminal ne sont pas comptées, et, ici, il y aurait libération le 1<sup>er</sup> janvier à minuit.

Notre code suit cette règle-ci (art. 2261).

D. Le possesseur ne peut-il opposer que son temps de possession individuel ?

R. On lui tient compte parfois de celle de son auteur, suivant la théorie de la jonction.

D. Exposez cette théorie.

R. La jonction de possession, dans une acquisition à titre universel, entre l'auteur et son ayant-droit est forcée ;

2<sup>o</sup> La possession de ce dernier colorée de même ;

3<sup>o</sup> Il en est autrement pour l'ayant-cause ou acquéreur à titre particulier.

D. Donnez des exemples de l'application de ces règles.

R. 1<sup>o</sup> J'ai depuis 22 ans, comme son héritier de bonne foi, la chose d'autrui, que mon père avait reçue sciemment et possédée 3 ans. Le revendiquant triomphera alors ; je suis réduit à la prescription de 30 ans et n'ai que 25 ans de possession ;

2<sup>o</sup> Titius a possédé 3 ans de bonne foi le fonds d'un présent. Je l'ai reçu de même depuis 8 ans. Je puis joindre sa possession à la mienne et opposer la prescription de 10 ans;

3<sup>o</sup> Titius était de mauvaise foi, mais j'ai possédé 12 ans. Je répudie sa possession et oppose la mienne propre. Je triomphe encore.

D. Cette dernière application du principe n'est-elle pas modifiée par Justinien ?

R. Oui, dans la nouvelle 119, il dispose que l'acquéreur à titre particulier ne prescrira par 10 ou 20 ans que si son auteur est de bonne foi ou si le *dominus* connaît bien son droit et l'acte qui y porte atteinte. Dans le cas contraire, il y a jonction obligée de possession et assujétissement à la prescription trentenaire.

D. Si, dans une possession une ou successive, les parties n'ont pas toujours été présentes ou absentes, comment faire le calcul ?

R. On double les années, pour l'absence.



## TITRE VII

### Des donations (entre-vifs et à cause de mort).



#### SECTION 1<sup>re</sup>. — *Donations en général.*

D. Qu'est-ce que la donation ?

R. Un pacte qu'on fait pour s'appauvrir au profit de quelqu'un, en lui assurant, par un fait positif, soit l'acquisition de quelque droit réel ou personnel, soit la libération d'un droit semblable.

D. Pourquoi dites-vous un *pacte* ?

R. Parceque la donation, supposant le concours des volontés, rentre dans les conventions, dont il y a deux classes, pactes et contrats, et qu'elle n'a jamais été de la dernière.

D. D'après Justinien, ce semblerait être, au contraire, un mode d'acquérir.

R. On ne peut reconnaître ce caractère qu'à une espèce de donation et d'après lui seulement.

D. Pourquoi dites-vous *s'appauvrir* ?

R. Parceque la donation comporte une perte de valeur chez le donateur, et un enrichissement corrélatif pour le donataire. Ainsi l'affranchissement n'est pas une donation, la liberté étant inestimable.

D. Pourquoi *par un fait positif* ?

R. L'avantage que notre abstention peut procurer à autrui, comme si nous négligeons une hérédité lucrative, n'est pas une donation.



D. Vous signaliez plusieurs espèces du pacte de donation ?

R. Oui, à raison des circonstances où elles interviennent et de leurs règles différentes, on distingue : 1<sup>o</sup> Les donations entre vifs ; 2<sup>o</sup> celles à cause de mort ; 3<sup>o</sup> celles relatives au mariage.

D. Qu'est-ce que la donation entre-vifs ?

R. Celle commune, déterminée seulement par l'intention de se priver en faveur de quelqu'un.

D. Et la donation à cause de mort ?

R. Elle a lieu aussi entre personnes vivantes, mais dont l'une prévoit la mort, dispose sous cette condition et ne dépouille que ses héritiers.



#### SECTION 2<sup>e</sup>. — *Donations entre-vifs.*

D. Cette donation ne fait pas acquérir ?

R. Non jamais le droit réel, celui personnel seulement à certaine époque.

D. Les pactes n'obligent donc point ?

R. Non, en général. Certains d'entre eux ont été munis d'action, notamment ceux légitimes et l'on nomme *nuda pacta* les pactes demeurés sans action. Or, la donation a été, successivement, un pacte nu et un pacte légitime.

D. Dans la première période, on ne doit donc pas une libéralité qu'on a promise ?

R. Non, si elle ne l'a pas été, par un citoyen, en la forme solennelle du contrat de stipulation ou par une forme écrite nommée *expensilation*.

D. Pourquoi dites-vous *par un citoyen* ?

R. Le droit civil veut qu'il n'y ait action que pour les promesses solennelles ; or, la stipulation était originellement inaccessible aux pérégrins ; ils

restaient donc sous le régime du droit des gens, et quand la preuve était faite de leurs promesses, ils étaient condamnés à les exécuter. Il en était ainsi dans les actes écrits dits *chirographa* et *syngrapha*, où ils promettaient de payer, de donner. Hors de ces cas, personne n'avait action, contre un citoyen, pour exiger la mancipation, l'*in jure cessio*, des *res mancipi* promises, la stipulation ou l'acceptilation, pour les droits personnels, ou la simple tradition, contre un pérégrin.

D. Que vaut donc alors la donation ?

R. Elle est précieuse néanmoins, soit par son existence de fait, soit comme titre d'acquisition.

D. Qu'entendez-vous par son *existence de fait* ?

R. Que, si la promesse de libéralité est accomplie, on ne peut plus enlever le bénéfice au donataire, comme s'il y a tradition, mancipation, *in jure cessio*, acceptilation écrite ou verbale ; ce qui lui a procuré soit un droit réel ou personnel, soit la libération de sa chose ou de sa personne.

D. Et par le *titre d'acquisition* ?

R. 1° Si le *dominus*, capable, accomplit la tradition, la mancipation, etc., *donationis causa*, ce titre d'acquisition, avec un mode d'acquérir, transfère la propriété au donataire.

2° Si celui-ci reçoit de même, *a non domino* ou d'un donateur incapable, la libéralité lui est un juste titre, avec lequel il peut usucaper, sauf le privilège de l'incapable.

D. Quelles dispositions ont rendu la promesse de donation obligatoire ?

R. 1° Le *nudum pactum* obtint cet effet, parce qu'il constituait le pacte prétorien *de constitut* ;

2° Antonin-le-Pieux rendit la promesse de donation obligatoire, hors de ces conditions, quand elle avait eu lieu entre ascendants et descendants. Vers l'époque de Constantin, on décida que ces promesses de donation ne seraient valables, que sous l'observa-



tion de certaines formes, savoir : 1<sup>o</sup> un acte écrit, contenant la désignation des parties entre qui a lieu la libéralité et de son objet, 2<sup>o</sup> la présence de témoins, deux ou plutôt cinq, 3<sup>o</sup> la remise de la chose, avec concours de témoins aussi pour un meuble ; on permettait toutefois le constitut possessoire, c'est-à-dire que le donateur possédât le fonds donné pour le donataire, 4<sup>o</sup> l'insinuation.

3<sup>o</sup> Justinien supprima toute restriction quant aux personnes, mais conserva certaines règles de ses prédesseurs.

D. Il y a lieu d'étudier les conditions de forme ?

R. Oui, de forme intrinsèque et extrinsèque.

D. Qu'entendez-vous par ces mots ?

R. La forme intrinsèque comprend les règles de l'acte en lui-même, au point de vue immatériel ; celle extrinsèque, les règles de son accomplissement, la forme de l'*instrumentum*.

D. Quelles sont les premières ?

R. En dehors des règles sur la capacité, la plus grave est l'observation de la loi Cincia.

D. Qu'est-ce que cette loi ?

R. Un plébiscite, porté l'an 550 U. R. et dont le deuxième chef frappait les biens d'une indisponibilité relative, quant aux donations.

D. Qu'y a-t-il donc de relatif ?

R. 1<sup>o</sup> Ces donations restent libres, entièrement, dans le rapport de certaines personnes ;

2<sup>o</sup> Quant à toutes autres, les dons sont permis jusqu'à un taux fixe, demeuré inconnu.

D. Quelles personnes étaient exceptées ?

R. Celles présumées les plus chères, savoir ; 1<sup>o</sup> Tous les parents, jusqu'au 5<sup>o</sup> degré et un seul du 6<sup>o</sup>, le cousin issu de germain ; 2<sup>o</sup> toutes les personnes qu'ils avaient ou qui les avaient en puissance paternelle, *manus* ou *mancipium* ; 3<sup>o</sup> les alliés en ligne directe ; 4<sup>o</sup> le conjoint et même le fiancé.

D. Quelle était la sanction de la loi ?

R. Ce n'était que de simples exceptions.

D. Qu'entendez-vous par là ?

R. Le droit pour le défenseur d'exciper de la loi et de la nullité de la donation, contre l'action du donateur et de ses héritiers ; de telle sorte que la loi était violée impunément, s'il n'y avait pas d'action à exercer pour personne.

D. Expliquez cela par des exemples.

R. 1<sup>o</sup> Sous l'ancien droit, Titius m'a fait stipuler une donation exagérée, ou m'a même fait la mancipation d'une *res Mancipi*, qu'il a retenue. Je suis dès lors créancier au premier cas, propriétaire au second. Si je le poursuis, il m'opposera la nullité, à titre d'exception.

2<sup>o</sup> Sous le droit nouveau, où la promesse nue donne action, l'exception sert bien plus souvent.

D. Qui peut employer cette exception ?

R. Non-seulement le donateur, mais tout intéressé, par exemple celui à qui il a vendu ce qu'il m'avait mancipé. Aussi dit-on qu'elle est quasi-populaire.

D. L'exception ne pouvait-elle s'éteindre ?

R. Oui, par la mort de l'auteur de la donation exagérée. Ses héritiers ou les tiers étaient alors contraints de subir l'action.

D. La loi Cincia subsiste-t-elle encore à l'époque de Justinien ?

R. Non, elle s'est perdue depuis longtemps et sans qu'on en puisse préciser l'époque, sans doute par désuétude.

D. Parlez de la forme extrinsèque.

R. Durant une période, des formalités ont été exigées pour la validité de la donation entre les parties, puis à l'égard des tiers.

D. Quelles sont les premières formalités ?

R. A l'époque de Constantin, il fallait, pour justifier l'action exercée en suite d'une donation, 1<sup>o</sup> en présenter un acte écrit, 2<sup>o</sup> dressé en présence de témoins, comme je l'ai dit.

D. Mais pour la promesse exécutée ?

R. Les constitutions exigeaient encore la présence de témoins à la remise ; mais, comme elles ne portaient pas la nullité, le donateur n'avait pas d'action en répétition. Ces conditions furent supprimées par Théodose et Zénon.

D. Qu'exige-t-on à l'égard des tiers ?

R. La publicité, qui s'obtient par l'insertion de l'*instrumentum donationis* au greffe parmi les actes judiciaires. Créée par Constance Chlore, cette formalité s'est perpétuée et la transcription s'y rattache. (C. C., 939 et s.)

D. Les donations étaient-elles toutes soumises à l'insinuation ?

R. Non ; seulement les plus importantes, dépassant 200 sous d'or.

D. Justinien l'a-t-il maintenue ?

R. Oui, en élevant la limite à 500 sous.

D. Quelle est la sanction de cette règle ?

R. La nullité de plein droit, non pas de la donation, mais de l'excédant seul.

D. Quelles donations en sont dispensées ?

R. 1° Celles inférieures à la limite,

2° Celles à l'empereur ou faites par lui,

3° Celles qui ont un but de piété ou d'utilité publique, tel que celui pour lequel Justinien permet l'aliénation des choses sacrées, savoir : pour constituer la dot, reconstruire un édifice ruiné, racheter les captifs.

D. Le fils de famille et l'esclave péculés peuvent-ils faire une donation ?

R. L'esclave ne peut rien donner, n'ayant rien à lui. Le fils de famille le peut, si, expressément ou tacitement, le *paterfamilias* autorise cet emploi du pécule. Enfin, il peut disposer librement de celui qui lui appartient pleinement, du pécule adventice irrégulier, sauf restitution s'il est mineur.

D. Le *paterfamilias* peut-il faire donation à ses enfants en puissance ou aux esclaves ?



R. Non, à cause de l'identité de patrimoine, même après l'introduction du pécule adventice. La dot aux filles n'était pas une donation. Mais il était d'usage d'en faire aux enfants et aux esclaves en les libérant. L'esclave était donataire de son pécule, si on ne le lui reprenait pas à ce moment.

D. Les donations sont-elles irrévocables ?

R. Celle entre-vifs l'est en principe, à la différence de la donation à cause de mort; mais la règle est moins ferme que chez nous (C. C., art. 943 et s.), puisque l'imperfection de la convention et les prohibitions de la loi Cincia permettaient au donateur de ressaisir sa libéralité. Quand la donation fut mieux garantie, on en admit la révocation en des cas déterminés.

D. Quels sont-ils ?

R. L'ancien droit permettait déjà la révocation de la donation du patron seul à son affranchi, *ad nutum* d'abord, ensuite en deux cas déterminés : 1<sup>o</sup> pour survenance d'enfant ; 2<sup>o</sup> pour ingratitude de l'affranchi. L'ascendant pouvait aussi invoquer l'ingratitude du donataire. Enfin cette cause de révocation fut généralisée par Justinien.

D. Parlez de la survenance d'enfant.

R. Quand le patron, dépourvu d'enfant, avait traité à ce titre son affranchi en le gratifiant, ses libéralités étaient révocables en cas qu'il lui survînt une postérité. Cette cause a été étendue aussi par le droit moderne à toutes les libéralités et conservée ainsi chez nous. (C. C., 960 et s.)

D. Parlez de l'ingratitude.

R. 1<sup>o</sup> Quand elle était grave au point de faire rescinder l'affranchissement ou tomber l'enfant d'affranchi en servitude, le patron recueillait tous les biens de l'ingrat, non-seulement ce qu'il lui avait donné.

2<sup>o</sup> Il en était de même pour les ascendants, mais ils pouvaient révoquer la libéralité seule, sans vouloir

recouvrer leur puissance, pour ceux qui l'avaient eue.

D. Ce n'est donc pas comme patrons qu'ils ont l'action en révocation?

R. Non, les femmes ont ce droit, bien qu'elles ne puissent avoir émancipé; mais elles le perdent par les secondes noces.

D. Quand y a-t-il ingratitude?

R. Ce fut jadis une question d'appréciation pour le juge. Mais Justinien détermina les cas d'ingratitude, qui sont : 1<sup>o</sup> l'attentat à la vie, 2<sup>o</sup> une atteinte grave portée à la fortune du donateur, 3<sup>o</sup> l'injure atroce, 4<sup>o</sup> les violences, 5<sup>o</sup> l'inexécution des conditions mises à la libéralité. (Conf. C. C., art. 953 et 955.)

D. Ces diverses causes ont-elles même effet?

R. Non, la révocation pour l'une des quatre premières ne peut être opposée aux sous-acquéreurs; il en est autrement de la dernière, à cause de sa nature contractuelle. (C. C., 954 et 958.)

D. L'action est-elle transmissible?

R. Non, activement ni passivement; en cas de mort du donateur ou donataire, elle s'éteint, comme chez nous (art. 957, 2<sup>o</sup>), sauf au cas d'inexécution des conditions.

D. N'y a-t-il pas des exceptions?

R. 1<sup>o</sup> Si le donateur avait intenté ou seulement préparé l'action, les héritiers pouvaient la continuer; chez nous, il suffit qu'il soit mort dans l'année du fait.

2<sup>o</sup> S'il meurt des mains du donataire;

3<sup>o</sup> S'il y a inexécution des conditions, cas plutôt contractuel que délictueux, les actions des contrats étant seules pleinement transmissibles.

D. Y a-t-il des donations irrévocables?

R. 1<sup>o</sup> Celles rémunératoires,

2<sup>o</sup> Celle de dot, quand elle ne peut être révoquée sans préjudice pour le mari vis-à-vis de qui elle n'a pas ce caractère. (Conf. C. C., 959.)

D. La donation ne pouvait-elle être résolue aussi par une clause de retour?



R. Oui, stipulée, 1° en cas de prédécès du donataire seul, 2° ou du donataire et de ses enfants, 3° en faveur du donateur survivant, 4° ou de ses héritiers. En tolérant la deuxième clause, on proscriit chez nous la quatrième, par répugnance pour les fidéicommiss *post mortem* (art. 951).

D. Citez un dernier cas de révocation.

R. Celle que peut obtenir l'héritier légitimaire, des dons exagérés qui ont par avance épuisé la succession.

D. Quand y a-t-il exagération ?

R. Quand ces libéralités, dont on réunit fictivement le taux aux biens existants, ne laissent pas la légitime calculée sur la masse.

D. Comment se fait cette réduction ?

R. En commençant par la donation la plus récente et remontant, s'il est besoin, à celles antérieures (art. 920 et 923); elle s'obtient par *querela inofficiosæ donationis*, analogue à celle *inofficiosi testamenti*.



### SECTION 3<sup>e</sup>. — *Donations à cause de mort.*

D. Qu'est-ce que ces donations ?

R. Celles qu'on fait en prévision d'une mort, en général par la remise au donataire de la chose donnée; c'est alors comme un testament par tradition.

D. Pourquoi *en prévision d'une mort* ?

R. Du donateur ou d'un tiers; mais c'est là une condition distinctive de ces donations.

D. Pourquoi dites-vous aussi généralement *par la remise de la chose au donataire* ?

R. Parce que cette donation ne comporte guère que l'acquisition de propriété.

D. Ne peut-on ainsi éteindre des droits réels, servitudes, hypothèques ?

R. Oui, pour l'hypothèque simple pacte; non, pour la servitude, car l'*in jure cessio* n'admet pas la condition.

D. Et des droits personnels ?

R. Non plus; l'acceptation, écrite ou verbale, n'est jamais conditionnelle.

D. Ne peut-on constituer des droits de cette espèce, gratuitement, comme donation à cause de mort ?

R. Difficilement; car en stipulant conditionnellement, *post mortem meam*, le donataire fait un contrat nul en principe, sauf les expédients.

D. Quand il y a constitution de propriété, est-il indispensable que la chose soit livrée, et, à défaut, resterait-elle à l'héritier ?

R. Oui, sauf l'emploi de la mancipation, qui admet les clauses conditionnelles.

D. Ne suffit-il pas que la chose soit remise à un mandataire ?

R. Oui et sans distinguer s'il a mandat de la porter aussitôt au donataire ou de la retenir jusqu'au décès prévu; la chose est alors hors du patrimoine.

D. Et si le donataire, ignorant la libéralité, ne la connaît ainsi qu'après le décès ?

R. La donation, étant un contrat, devrait être nulle dès lors et notre jurisprudence, en ce cas, cesse de valider le don manuel. Les Romains décidaient autrement, à raison de leurs principes sur le mandat, et de ce qu'ils admettaient de plein droit la donation à cause de mort proscrite chez nous.

D. La simple promesse de donner à cause de mort est-elle valable ?

R. Nullement, d'après ce qui précède.

D. Et si l'héritier est chargé de l'exécuter ?

R. Il y a alors legs ou fidéicommiss, suivant la forme de cet ordre. Même purement verbal, sous Justinien, il est devenu obligatoire.

D. Y a-t-il plusieurs sortes de ces donations?

R. Elles sont révocables ou irrévocables ; on peut y employer, comme suspensive, la condition du prédécès du donateur par rapport au donataire, ou la suivre comme condition résolutoire.

D. Expliquez cela.

R. 1° Je vous remets une chose dans la prévision de ma mort, en me réservant de la reprendre soit à l'issue d'un danger, soit *ad nutum*;

2° Dans l'autre hypothèse, le retrait ne peut résulter que du retour, de la survie, non de la *pœnitentia* ; mais cette clause ne se présume pas.

D. La tradition ne rend pas propriétaire des *res mancipi*, l'héritier peut revendiquer !

R. Le donataire peut avoir accompli l'usucapion avant que la revendication se produise, au cas contraire, il a l'exception *rei donatæ et traditæ*.

D. L'usucapion sera-t-elle toujours acquise au donataire un an ou deux après la remise ?

R. Non. Cela dépend de l'accord des parties sur la translation de la propriété. Dans leur intention, la mort peut être mise comme une condition suspensive ou résolutoire à la propriété. Le donataire peut commencer à usucaper seulement dans le second cas, par ce qu'on ne le fait pas avec un titre conditionnel.

D. Dans le cas où la propriété a été ainsi acquise par l'usucapion, ou par la mancipation, comment le donateur survivant la recouvre-t-il des héritiers du donataire ?

R. 1° S'il peut se remettre en possession, l'exception *pacti* lui suffit contre leur revendication.

2° S'il y a eu mancipation, le pacte adjoint lui donne action, c'est le contrat de fiducie ;

3° On finit par admettre, avec Ulpien que la survie employée comme condition résolutoire opère de plein droit et donne la revendication.

D. Quand la donation est faite sous condition suspensive, comment acquiert le donataire ?



R. De plein droit, au décès, s'il y a eu tradition. En supprimant cette condition, Justinien assimile aux legs les donations à cause de mort.

D. N'y avait-il pas déjà des analogies ?

R. Oui les donations à cause de mort étaient déjà permises en dehors de la loi Cincia, sans insinuation et entre époux ; ce qui, en les isolant de celle entre-vifs, les rapprochait des libéralités testamentaires.

---

## TITRE VII (bis).

### Donations ayant trait au mariage.

---

#### SECTION 1<sup>re</sup>. — *Donation de fiançailles.*

D. Quelles donations ont trait au mariage ?

R. 1<sup>o</sup> Celles faites à l'un des fiancés par l'autre ou par un étranger ;

2<sup>o</sup> Celles faites aux futurs par un étranger ;

3<sup>o</sup> Celles que les futurs époux se font ;

4<sup>o</sup> Celles entre époux, *constante matrimonio*.

D. Quelle différence y a-t-il donc entre les dons au fiancé et au futur époux ?

R. Principalement à raison de leur importance ; des présents, en général, d'une part, et, de l'autre, des constitutions matrimoniales. Puis on s'occupe des dons de fiançailles, au cas où elles ont été rompues.

D. Que deviennent-ils, en ce cas ?

R. 1<sup>o</sup> On les considérerait d'abord comme donations ordinaires, irrévocables ; sauf l'intention expresse des parties, contrairement aux donations entre futurs époux ;

2<sup>o</sup> Sous Constantin, leur validité est subordonnée à l'exécution du contrat de fiançailles et celle des parties qui donne lieu à leur rupture perd les libéralités qu'elle a faites ou reçues.

D. En est-il toujours ainsi ?

R. Non ; l'abandon d'une union peut tenir à de hautes convenances ou à la force majeure.

D. Si on a fait donation à la fiancée d'une chose livrée, ou pris des engagements envers elle et qu'on rompe arbitrairement l'union, a-t-elle le droit de poursuivre, ou de retenir ?

R. Elle aura action, même revendication utile pour la propriété qui lui aurait été promise.



## SECTION 2<sup>e</sup>. — *Donation anténuptiale et antipherne.*

D. Définissez la donation anténuptiale ?

R. Celle faite à une personne sur le point de l'épouser, communément dans l'*instrumentum dotale*.

D. Quel en est le caractère original ?

R. Celui d'une donation commune ; sauf que, tacitement subordonnée à la célébration, elle est révoquée de plein droit à défaut de mariage. Il en serait de même d'une donation faite par un étranger à l'un des futurs, *matrimonii causa*. (C. C. art. 1038.)

D. Qu'est-ce que l'antipherne ?

R. La donation anténuptiale faite par le mari à titre de constitution correspondant à la dot et appartenant à la femme à peu près comme la dot à lui-même, (*αντί φερνή*) ; sans analogie chez nous.



D. Comment est née l'antipherne ?

R. Sous l'Empire, de l'usage seul, qui admet cette corrélation de l'antipherne à la dot.

D. En quoi se manifeste-t-elle ?

R. 1<sup>o</sup> L'antipherne, comme la dot soutient le ménage ou accroît le bien-être ;

2<sup>o</sup> Elle est inaliénable par la femme ;

3<sup>o</sup> Ne sert pas de gage aux créanciers ;

4<sup>o</sup> Doit être restituée au mari, ou à ses héritiers, à la dissolution du mariage ;

5<sup>o</sup> A moins que cette dissolution ne provienne de son divorce injuste, comme la femme alors perd la dot ;

6<sup>o</sup> S'il était convenu, dans l'*instrumentum dotale*, que le mari retiendrait une certaine quotité de la dot, en cas de survie, l'épouse survivante conservait une partie correspondante de l'antipherne.

D. Quelle est cette part ?

R. 1<sup>o</sup> Ce fut d'abord la même fraction ;

2<sup>o</sup> Puis, pour éviter l'écart qui se produisait au cas où le taux de la dot et celui de l'antipherne différait, les Novelles décidèrent que ce serait le même chiffre que sur la dot.

D. En quel sens l'antipherne est-elle soustraite au gage des créanciers ?

R. En ce que, l'épouse avait droit de s'en faire délivrer les biens, par actions personnelle et hypothécaire et même de les revendiquer contre les tiers.

D. Qu'appelle-t-on donation *propter nuptias* ?

R. Il était originellement impossible de modifier ni la dot ni les conventions faites pour le mariage, pendant sa durée, (*Sic* C. C. art. 1394, 1395, 1543.) Bien qu'il fut permis d'augmenter, de constituer même ainsi la dot, on n'avait pas étendu la dérogation à l'antipherne, Justin et Justinien le firent, en permettant, *constante matrimonio* : le premier, d'augmenter, le second de constituer même cette donation. Dès lors, la dénomination de donation anténuptiale était inexacte et on adopta celle de *propter nuptias*.

SECTION 2<sup>e</sup>. — *Des donations entre époux.*

D. Ces donations sont-elles permises ?

R. Il faut ici distinguer deux époques.

D. Parlez de la première.

R. Ces donations sont d'abord permises, exceptées même par la loi Cincia. En fait, elles seront souvent impossibles, la condition très-générale de la femme, *in manu*, lui donnant un patrimoine commun avec son mari.

D. Quelle est la seconde période ?

R. Celle où les donations furent prescrites entre époux, avec une sanction plus énergique que celle de la loi Cincia, la nullité absolue.

D. Qui a créé cette prohibition ?

R. On dit que c'est l'usage ; mais la nullité montre bien que ce furent les prêteurs, aidés sans doute de l'usage et des Prudents.

D. Qu'est-ce qui la motivait donc ?

R. 1<sup>o</sup> L'entraînement de la passion ;

2<sup>o</sup> La crainte qu'en le menaçant du divorce l'époux le plus hardi exploitât l'autre.

D. N'y avait-il pas des exceptions ?

R. 1<sup>o</sup> Pour les donations à cause de mort : à leur exécution, il n'y a plus mariage ;

2<sup>o</sup> *Divortii causa*, par le même motif ;

3<sup>o</sup> *Exilii causa*, par humanité.

D. N'en admit-on pas ensuite une autre ?

R. Oui ; un sénatus-consulte de Septime-Sévère décida que la nullité de la donation serait couverte par le décès du donateur sans révocation ; ce qui était en rapport avec les motifs du droit sur ce point. C'est alors seulement que naît la propriété ou la créance.

D. Quelle est la loi française à ce sujet ?

R. Le Code, où le divorce n'avait pas la même liberté que sous la république romaine, s'est borné; 1<sup>o</sup> à défendre que les libéralités entre époux, en cas de réciproque, soient contenues au même acte, (art. 1097), même testamentaire, (ce qui est le droit commun, art. 968); 2<sup>o</sup> à limiter ces donations, dans le rapport des réservataires, (art. 1094, 1098 etc); 3<sup>o</sup> à les rendre, en tous cas, révocables *ad nutum*, pour le donateur seul; non pour ses héritiers, ce qui rappelle le sénatus-consulte de Septime-Sévère.

---

SECTION 4<sup>e</sup>. — *Mode d'acquérir à titre particulier, relatif à l'affranchissement.*

D. Pourquoi parlez-vous de cela ici ?

R. Pour suivre l'ordre des Instituts.

D. Ce mode d'acquérir existe-t-il sous Justinien ?

R. Non ; au contraire, c'est lui qui l'a supprimée il faut donc distinguer, à cet égard, le droit ancien ; et le droit Justinien.

D. Comment ce mode opérait-il jadis ?

R. Quand un esclave commun était affranchi par l'un de ses maîtres de façon à devenir citoyen, comme ce maître ne pouvait éteindre la propriété des autres ni l'esclave être partiellement libre, il appartenait en entier aux *non manumissores*. C'est un mode d'acquérir à titre singulier, toujours partiel, qui ressemble à l'accroissement.

D. Pourquoi fallait-il un affranchissement parfait de tout point, propre à faire un citoyen ?

R. Parce que, hors de là, le droit du *manumissor* n'était pas pleinement éteint.

D. N'y avait-il pas une exception ?

R. L'affranchissement fait *testamento militari* d'un esclave commun, recevait exécution entière, sous



le droit impérial; à raison du privilège de ces testaments.

D. Qu'a donc décidé ici Justinien ?

R. Il a généralisé cette exception. L'esclave commun, affranchi d'une manière quelconque, (puisque'il n'y a plus de latin junien,) sera pleinement libre. Un cas d'expropriation a remplacé un mode d'acquisition détruit.

D. Comment l'empereur justifie-t-il sa loi ?

R. Le *manumissor* est censé avoir acheté les parts de ses copropriétaires. Il doit les indemniser, d'après un tarif inséré dans la constitution et dressé suivant l'emploi de l'esclave.

---

## TITRE VIII.

### De la capacité requise pour aliéner.

---

#### SECTION 1<sup>re</sup>. — Généralités.

D. Qu'est-ce qu'aliéner ?

R. *Dare, rem suam alienam facere*, c'est transférer la propriété de sa chose à autrui.

D. Qui peut aliéner ?

R. Celui qui a la propriété peut seul la transférer; c'est un acte d'*abusus* et *nemo plus juris dare potest quam ipse habet*.

D. Ce principe reçoit-il des exceptions ?

R. Oui, de deux ordres : certains propriétaires ne peuvent aliéner; certaines personnes en ont le droit sans être propriétaires.

D. Citez les exceptions du premier groupe.

R. 1° Le mari, propriétaire de la dot, ne peut l'aliéner toujours ; 2° Les personnes en tutelle et curatelle ne peuvent *dare* ; 3° Le fonds emphytéotique est indisponible pour le propriétaire direct ; 4° de même les biens fidéicommissés pour l'héritier ou légataire.

D. Citez les exceptions du second groupe ?

R. Le créancier peut aliéner le gage et le tuteur les biens pupillaires, sans avoir le droit de propriété sur ces biens.



## SECTION 2° — *De la dot.*

D. Qu'est-ce que la dot ?

R. Ce qui est apporté par la femme, ou de sa part, au mari, pour supporter les charges du ménage. Comme de la donation, l'objet en peut être la translation, la constitution, l'extinction, d'un droit soit réel soit personnel.

D. La dot est-elle une donation ?

R. Oui dans le rapport de la femme, si quelqu'un autre la fournit. Mais, pour le mari, c'est une convention à titre onéreux, à cause des charges.

D. Que résulte-t-il de là ?

R. 1° Qu'on admit de bonne heure l'épouse à constituer la dot, *constante matrimonio*, bien que les donations fussent proscrites entre époux ;

2° Que le mari ne peut être atteint par l'action calvisienne ou paulienne, s'il a reçu la dot, de bonne foi, de quelqu'un aliénant ainsi en fraude de son patron ou de ses créanciers. Notre jurisprudence décide ainsi à l'égard de ces derniers.

3° Que, de même, l'action de dol qu'on aurait pu former contre celui dont il tient la dot, son auteur,



et l'exception de dol qu'on eût pu opposer contre la revendication de celui-ci, ne lui sont pas opposables, parce qu'elles ne passent qu'à l'encontre des successeurs à titre gratuit, hors le cas de mauvaise foi.

D. Comment se constitue la dot ?

R. 1° *Dos, aut datur*, par tous les modes d'acquérir du droit civil, complétant le titre d'acquisition *pro dote*. On faisait ainsi à l'origine ;

2° *Aut dicitur*, par un contrat spécial, la *dotis dictio*, permis à la femme, à ses ascendants paternels et au débiteur qu'elle déléguait ;

3° *Aut promittitur*, par la stipulation. On peut ajouter le constitut et enfin, sous le droit impérial, la simple convention.

D. Y avait-il dot en tout mariage ?

R. Cela était superflu quand le rite nuptial produisait la *manus* ou qu'on devait l'acquérir *usu*. Tous les biens de la femme passaient alors au mari ou au *parens* de celui-ci. La dot naquit sans doute quand la *manus* s'amointrit ; elle fut employée, soit pour y suppléer, soit comme signe des justes noces.

D. Y a-t-il plusieurs espèces de dot ?

R. 1° Celle profectice, venant d'un ascendant paternel, *ex bonis vel facto ejus* ;

2° Celle adventice, d'un autre sans réserve ;

3° Celle réceptice, dont on s'est réservé le retour ;

D. Quelle importance a cette distinction ?

R. C'est au point de vue de la restitution.

D. Comment opère-t-elle, dans l'ancien droit ?

R. 1° La femme meurt *constante matrimonio*, la dot adventice reste alors au mari ; celle réceptice est rendue au constituant et celle profectice au *parens*, s'il existe.

2° La femme survit à la dissolution par décès, ou divorce, la dot est alors toujours restituée, à elle, ou à ses héritiers s'il y a un terme.

D. Et quand y a-t-il terme ?

R. Pour la dot composée de choses fongibles et qu'on rendra en trois paiements, échelonnés d'année en année; le mari, en cas de divorce motivé, par son inconduite, était déchu du terme. (Conf. C. C. art. 1564, et 1565.)

D. Et dans le droit nouveau?

R. Justinien décide que le mari doit toujours restituer la dot, profectice ou adventice à la femme ou à ses héritiers.

D. Ne peut-il exercer des retenues?

R. Au temps d'Ulpien, il le pouvait pour diverses causes: 1<sup>o</sup> *propter liberos*, 1/5 ou 1/6 à raison de chaque enfant, de façon à absorber parfois la dot; 2<sup>o</sup> *propter mores*, comme une amende envers la femme qui avait eu des torts; 3<sup>o</sup> *propter impensas*, pour indemnité des dépenses faites à la conservation ou amélioration des biens dotaux, 4<sup>o</sup> *propter res donatas*; 5<sup>o</sup> ou *amotas*, pour payer ce que l'épouse lui avait donné ou soustrait.

D. Quelle action était donnée?

R. Celle *rei uxoriæ*; et aussi la *condictio*, en cas de contrat verbal ou littéral. Justinien a aussi remanié l'action et le terme.

D. Quel est le droit du mari sur la dot?

R. A l'origine, l'emploi des modes constitutifs du droit civil, l'en rendait plein propriétaire; la femme n'avait pas même le domaine direct et le mari, même en cas d'éventualité de restitution, ne devait aucun compte de la dot. L'ascendant reprenait celle profectice si elle subsistait. (Cf. C. C. art. 1549, 1562.)

D. Ce pouvoir fut donc modifié?

R. Le mari n'a plus enfin sur la dot qu'une propriété utile, qui rappelle l'usufruit et la dot immobilière devient inaliénable (Conf. C. C. art. 1549, 1562.)

D. Où est écrite l'inaliénabilité?

R. Dans un plébiscite rendu sous Auguste, loi *Julia, de adulteriis et de fundo dotali* et une constitution de Justinien.

D. Que décide la première ?

R. Que le fonds dotal ne peut être aliéné sans le consentement de la femme et engagé même avec son consentement, parce que cela est plus dangereux. De même, notre jurisprudence n'admet pas que la faculté contractuelle d'aliéner emporte celle d'hypothéquer. (C. C. 1554, 1557.)

D. Qu'a fait Justinien ?

R. 1<sup>o</sup> Il défend l'aliénation, même consentie par la femme.

2<sup>o</sup> Puis, sous lui l'aliénabilité est générale, au point de vue territorial aussi, tandis que la loi Julia ne s'appliquait pas de plein droit aux fonds provinciaux.

D. Que résulte-t-il de ces lois ?

R. Que le mari, indépendamment de la propriété, du gage et de l'hypothèque, ne peut établir nul droit réel sur l'immeuble dotal : superficie ou emphytéose ; qu'il ne peut constituer de servitudes actives. L'imprescriptibilité ayant été admise, comme conséquence, ces droits ne peuvent être acquis indirectement ni leur libération (C. C. 1561).

D. L'inaliénabilité ne s'étend-elle pas en dehors du mariage ?

R. Oui : avant, quand la dot est constituée au fiancé, au futur époux ; après, jusqu'à la restitution. Il en est de même de l'imprescriptibilité. Mais si la possession a commencé avant le mariage, elle peut s'achever et le mari en répond.

D. N'y a-t-il pas des exceptions ?

R. 1<sup>o</sup> Au cas d'estimation, qui vaut vente au mari, sauf clause contraire (C. C. 1552).

2<sup>o</sup> Pour les aliénations forcées ;

3<sup>o</sup> Pour celles avantageuses ;

4<sup>o</sup> Toutes sont validées, quand, à la dissolution du mariage, il n'y a lieu de restituer la dot à l'épouse.

D. Qu'appellez-vous aliénations forcées ?



R. 1<sup>o</sup> Si le mari se laisse déposséder dans une procédure *damni infecti*, sauf sa responsabilité, s'il a délaissé à tort;

2<sup>o</sup> En cas d'indivision, quand l'adjudication se fait à son co-propriétaire ou co-héritier;

3<sup>o</sup> En cas de translation *in universum* par adrogation;

4<sup>o</sup> En cas de confiscation ou d'expropriation pour cause d'utilité publique;

5<sup>o</sup> Ou de servitudes légales nouvelles; comme celle *non ædificandi*, si on établit une forteresse près du fond dotal et celle de passage, s'il est riverain d'un fleuve qu'on soumet à la navigation. Il en est ainsi en droit français.

D. Et celles avantageuses?

R. Comme chez nous, pour l'établissement de s'enfants, le paiement des dettes préexistantes ou ruineuses, la réparation des immeubles (C. C. 1558).



### SECTION 3<sup>e</sup>. — *Indisponibilité des biens des personnes en tutelle ou curatelle.*

D. A qui défend-on ainsi d'aliéner?

R. Aux pupilles, aux femmes, aux fous, aux prodigues, aux mineurs, aux infirmes.

D. L'incapacité des femmes est-elle générale?

R. Elle s'applique aux *res Mancipi*; mais, outre cette restriction à l'usage de la mancipation, l'*in jure cessio* leur est interdite, comme *civile negotium*.

D. Et celles du fou, du mineur?

R. Le fou est capable dans ses intervalles lucides : le mineur peut aliéner à titre définitif, quand il a obtenu la *venia ætatis*, sauf pour les immeubles cependant.

D. Quels exemples Justinien a-t-il donnés de l'incapacité d'aliéner, du pupille ?

R. Trois exemples : le *mutuum* à fournir par lui, le paiement à faire ou à recevoir.

D. Parlez du *mutuum*.

R. Ce contrat est le prêt des choses fongibles, dont la tradition comporte essentiellement la translation à l'emprunteur, comme dans le quasi-usufruit. Le pupille, qui ne peut aliéner, ne peut donc consommer ce prêt. S'il le tente, *non contrahit obligationem*, il ne devient pas créancier,

D. Ne peut-il donc ravoir son argent ?

R. Oui, comme *dominus*, en revendiquant.

D. En est-il toujours ainsi ?

R. Non, la translation peut avoir lieu *ex post facto*, s'il y a consommation.

D. Quand y a-t-il consommation ?

R. Quand l'*accipiens* a détruit l'identité des choses, en les consommant réellement, ou mêlant avec d'autres pareilles.

D. Quelle action alors a le pupille ?

R. La *condictio certa* ou celle *sine causa*, si la consommation a eu lieu de bonne foi ; si c'est de mauvaise foi, l'action *ad exhibendum*, et, dans le cas où elle ferait représenter les choses, la revendication. Cette dernière action ne lui compète plus *de plano*, les choses étant *extinctæ*.

D. La propriété transférée et le pupille ayant la *condictio*, le *mutuum* est donc parfait *ex post facto* ?

R. Pas précisément. L'action naît d'un quasi-contrat : *nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui*. Le pupille n'est pas tenu d'observer le terme qu'il aurait consenti dans le prêt.

D. Parlez du paiement à faire.

R. C'est la même démonstration : pour payer, il faut transférer la propriété des écus. Une tradition faite par le pupille dans ce but, inutile, laisserait subsister l'action chez son créancier et lui donnerait la revendication.



D. Est-ce identiquement l'autre cas ?

R. 1<sup>o</sup> Si le pupille a payé une dette personnelle exigible sans la ressource d'une exception, celle de dol compète au créancier pour repousser sa revendication : *Dolo facit is qui petit quod redditurus est*;

2<sup>o</sup> Au cas de consommation, de bonne ou de mauvaise foi, le paiement est parfait (principes maladroitement reproduits, art. 1238 du C. C.) ; sauf si la dette n'était née, échue, ou personnelle au pupille.

D. Parlez du paiement à recevoir.

R. J'ai dit pourquoi le pupille n'est pas alors seul suffisamment capable. C'est donc ici le *solvens* qui peut revendiquer, sauf l'exception de dol.

D. Et s'il ne revendique pas ?

R. La créance n'est pas éteinte pour cela. Le pupille ou tuteur peut agir, sauf au débiteur à faire déduire en payant une seconde fois, ce dont le pupille se trouvera plus riche.

D. A qui doit-on payer une telle dette ?

R. D'après les principes, au pupille assisté, ou au tuteur seul, *negotium gerens*. Mais ensuite cela ne suffit plus. La jurisprudence admit qu'à défaut de représentation par le tuteur ou curateur, l'assisté aurait, subsidiairement à celle *tutelæ directa*, l'action de son ancienne créance.

D. Comment donc se libérer alors ?

R. Justinien fait cesser ce scandale. Les revenus seront payés conformément au principe ; pour les capitaux, on prendra, de plus, une permission de justice.



#### SECTION 4<sup>o</sup>. — *Du gage et de son aliénation.*

D. Qu'est-ce que le gage ?

R. Une chose livrée à quelqu'un pour sûreté de sa créance.

D. Comment est-il constitué?

R. Il y a eu trois procédés du droit pour donner la garantie réelle au créancier.

D. Parlez de la première époque.

R. On transférait la propriété du gage au créancier pour qu'il pût le vendre, avec une clause fiduciaire, pour l'obliger à le restituer en cas de paiement. Si le débiteur reprenait lui-même son gage ou si la restitution lui en était faite nuement, il en recouvrait la propriété par l'*usureceptio*.

D. Comment palliait-on à l'inconvénient de se dépouiller ainsi?

R. Le débiteur pouvait demander la chose à loyer ou précaire; mais, en ce cas, il n'y avait *usureceptio* qu'après le remboursement.

D. Parlez de la seconde époque.

R. On employa la tradition seulement pour remettre au créancier la possession naturelle du gage en autorisant la vente.

D. Est-ce une exception dès-lors à la règle qu'il faut être propriétaire pour aliéner?

R. Non, pas précisément. Pour faire vendre sa chose, on n'est pas obligé d'en transférer la propriété au mandataire, et le débiteur à gage conserve lui-même, comme *dominus*, la faculté d'aliéner. Pareille observation ne se fait pas pour la dot.

D. Et si la vente n'est pas autorisée?

R. Les contrats dits de bonne foi sous-entendent les clauses d'usage; la généralité de l'autorisation de vendre la fit suppléer. En ce cas seulement le créancier dut faire des sommations extraordinaires au débiteur: trois d'abord; plus tard ce fut une seule.

D. Et si le débiteur interdit la vente?

R. Cette clause est réputée non écrite. Elle oblige seulement aux trois sommations échelonnées après la mise en demeure.

D. Quels sont les délais et formalités suivis dans la vente du gage?

R. Justinien veut qu'on se conforme d'abord à la convention. A défaut, il règle ainsi la procédure : 1<sup>o</sup> le créancier donne, suivant la distinction indiquée, une ou trois sommations spéciales pour la vente du gage ; 2<sup>o</sup> deux ans après, il y peut procéder ; 3<sup>o</sup> toujours en justice, *sub hasta*.

D. Et s'il n'y a pas d'enchérisseurs ?

R. 1<sup>o</sup> Nouvelle sommation au débiteur ; 2<sup>o</sup> le délai de grâce à lui accorder est déterminé par le magistrat ; 3<sup>o</sup> le créancier demande à l'empereur l'attribution de la propriété ; 4<sup>o</sup> sur le vu du rescrit, le magistrat prononce le transport, en fixant un prix au gage ; 5<sup>o</sup> la propriété est résoluble durant deux ans encore, le débiteur la recouvrant s'il paie en capital intérêts et frais ; 6<sup>o</sup> plus tard même, s'il vend, le créancier fait compte du prix.

D. Qu'est-ce que le pacte commissaire ?

R. Ici c'est la clause qui autoriserait le créancier à s'appliquer le gage, à l'échéance, pour le montant de la dette.

D. Cette clause est-elle valable ?

R. Constantin l'a condamnée comme désastreuse pour les débiteurs, qui, en général, fournissent des gages d'un prix supérieur au montant de la dette et se font illusion sur la facilité de la payer. C'est pour en éviter l'apparence même qu'on a entouré de formalités l'*addictio* du gage au créancier.

D. Quelle est la troisième époque ?

R. L'invention prétorienne de l'hypothèque, dispensant le débiteur de se déposséder ou de solliciter sa remise en possession. On a le choix, du reste, entre tous les procédés.

D. Quand ces suretés réelles ont été données à plusieurs, comment se règle leur concours ?

R. Dans le gage il y a rarement question de préférence, et dans l'hypothèque elle est déterminée par l'ordre des conventions qui ont affecté la même chose à plusieurs : *prior tempore potior jure*.



D. N'y a-t-il pas d'exceptions ?

R. Oui dans ce qu'on nomme créances à hypothèque privilégiée, dont le rang se règle sur la faveur qui s'y attache et non d'après leur date.

D. Les créanciers à hypothèque peuvent-ils en faire vendre l'objet comme le créancier gagiste ?

R. Ce droit n'appartient qu'au premier, dont l'inertie ou la collusion peut préjudicier aux autres.

D. Est-ce sans raison ni remède ?

R. L'hypothèque est l'image du gage, qu'un seul créancier peut recevoir; voilà la raison. Quant au remède, c'est le *jus offerendi*, ou faculté pour un créancier hypothécaire d'acheter le droit d'un autre en le payant, notamment du premier.

D. Ce droit existe-t-il chez nous ?

R. Il est autorisé vis-à-vis des créanciers préférables, mais non inférieurs. Cette anomalie n'a pas même la raison qu'elle aurait eue, en droit romain, vis-à-vis du premier en ordre, tout créancier chez nous ayant qualité pour faire vendre (C. C. 1251 1<sup>o</sup>).

D. Ne pouvez-vous citer encore des exemples d'aliénation par un non-propriétaire ?

R. 1<sup>o</sup> Le tuteur aliène les biens pupillaires; 2<sup>o</sup> Et d'après les constitutions de Zénon et Justinien le fisc et la maison de l'empereur transmettent, par leurs ventes, la propriété qu'ils n'ont pas.

D. Le droit du tuteur est-il absolu dans l'aliénation des biens pupillaires ?

R. Septime-Sévère ne lui permet d'aliéner que les maisons de ville, en fait d'immeubles, et Constantin seulement les meubles sujets à dé périr.



## TITRE IX

Par qui on peut acquérir (les droits réels et la possession).

---

### SECTION 1<sup>re</sup>. — *Acquisition des droits réels.*

D. Comment acquiert-on les droits réels ?

R. Exclusivement par soi ou ses biens.

D. Pourquoi *par soi* ?

R. En thèse générale, on ne peut être suppléé dans cette acquisition par une autre personne.

D. Pourquoi *par ses biens* ?

R. 1<sup>o</sup> A raison de l'accession proprement dite. C'est mon arbre qui me fait acquérir les fruits, et mon champ l'alluvion.

2<sup>o</sup> Parce qu'on avait originairement comme biens toutes les personnes en puissance, pour lesquelles a subsisté une théorie comme l'accession.

D. La règle qu'on acquiert tout droit réel qui leur advient est-elle absolue ?

R. Il n'y a d'exception que pour l'usufruit et les droits analogues. Constitués par dernière volonté, ils reposent sur la tête de ces individus et sont perdus pour leur chef s'il se produit, par rapport à eux, une cause d'extinction, ou si l'esclave est affranchi.

D. Donnez des exemples de la règle.

R. 1<sup>o</sup> Ce qu'on livre à nos esclaves, fils de famille, etc., est à nous instantanément, sans que nous le sachions, même contre notre gré.



2<sup>o</sup> De même, ce qu'ils appréhendent dans la mancipation, l'occupation.

3<sup>o</sup> Si j'ai stipulé une servitude sur un fonds, pour l'acquérir comme droit réel, je l'exerce moi-même ou fais passer mon esclave.

D. Tous les modes d'acquérir sont-ils accessibles dans ce but aux personnes *alieni juris*?

R. 1<sup>o</sup> L'*adjudicatio* est exceptée, parce qu'elle suppose là une instance et le titre de propriétaire, et qu'elles ne peuvent avoir rien en propre ni figurer en justice;

2<sup>o</sup> L'*in jure cessio* pour les mêmes motifs;

3<sup>o</sup> Pour les femmes, filles ou *ancillæ*, tous les modes qui constituent *negotium civile*, l'*in jure cessio* et la mancipation; comme, pour les droits personnels, la stipulation jadis, l'expensilation et l'acceptilation verbale. La mancipation est accessible aux mâles, mais ils doivent la faire au nom du *pater familias*.

D. Pour qui sont les acquisitions de l'esclave appartenant à deux maîtres, en domaine quiritaire et bonitaire.

R. Pour celui qui a l'*in bonis*.

D. Et celles de l'esclave commun?

R. A ses maîtres, au *prorata* de leurs parts dans la propriété.

D. Y a-t-il ici des exceptions?

R. 1<sup>o</sup> Comme il faut, en principe, pour acquérir le droit réel, cumuler le titre et le mode, si l'esclave figure au second tandis que le titre d'acquisition appartient à l'un des maîtres, l'acquisition est pour celui-là seul; comme s'il a acheté et payé des bœufs, dont on fait la mancipation à l'esclave commun;

2<sup>o</sup> Quand, dans ce mode d'acquérir, l'esclave nomme un ou deux de ses maîtres, les autres n'acquiescent pas;

3<sup>o</sup> Quand, dans la tradition, les volontés sont d'accord pour la même exclusion;

4<sup>o</sup> Plus généralement, toute acquisition résultant de la prise de possession sera à celui des maîtres pour qui seul l'esclave se serait constitué possesseur; ainsi celle par tradition, par usucapion, même lucrative.

5<sup>o</sup> Quand il y a ordre d'un seul maître;

6<sup>o</sup> Quand la chose livrée ou mancipée ne peut convenir à tous les maîtres; comme s'il s'agit d'un fonds que l'un d'eux, fonctionnaire en la province, ne peut acquérir, ou d'une servitude pour laquelle le fonds d'un seul peut être dominant.

D. Faut-il avoir l'esclave en propriété pour acquérir par lui?

R. Non; c'est là un gain par accession, qui peut être divisé comme la propriété. Aussi suffit-il d'avoir sur l'esclave, l'usage, l'usufruit, les *operæ*, la possession de bonne foi pour acquérir, en principe.

D. Dans quelle mesure acquiert-on alors?

R. Les acquisitions sont réparties entre les trois attributs de la propriété :

1<sup>o</sup> A l'*usus* a trait ce qui vient *ex re sua*, en employant l'esclave à acquérir avec vos propres valeurs;

2<sup>o</sup> Au *fructus*, ce qu'il acquiert, *ex operis ejus*, par son travail;

3<sup>o</sup> A l'*abusus* toutes les autres acquisitions. Or, l'usager a droit aux acquisitions *ex re sua*; l'usufruitier à celles des deux premières catégories; le propriétaire au reste.

D. Appliquez cette répartition à des faits.

R. 1<sup>o</sup> On fait avec l'esclave *usuarius* la mancipation du cheval acheté et payé par l'usager; c'est celui-ci seul qui l'acquiert;

2<sup>o</sup> L'esclave reçoit des écus pour prix de ses journées de travail, puis il en achète quelque chose; les deux acquisitions successives sont pour qui jouit de l'usufruit ou du droit d'œuvres, ou le possesseur de bonne foi, ou, à défaut d'une telle personne, pour le *proprietary*;

3o Il reçoit un présent, un legs, est institué héritier, trouve un trésor; l'*ancilla* accouche; toutes ces acquisitions sont pour le maître.

D. L'acquisition *ex re sua* résulte de l'équité même; elle doit toujours être pour celui qui emploie un *servus alienus* à agir à sa place.

R. Il s'en faut tellement, qu'il n'y a pas, pour cette classe, exception à la règle posée pour l'esclave commun; le maître lésé rétablit ses intérêts par des recours.

D. L'acquisition ne peut-elle être, hors de ces termes, pour l'usager, l'usufruitier, le possesseur?

R. 1<sup>o</sup> Lorsqu'on a voulu lui faire acquérir, en livrant à l'esclave, en l'en faisant légataire, etc.

2<sup>o</sup> Quand le possesseur de bonne foi est un maître bonitaire, toutes les acquisitions sont pour lui.

D. Acquiert-on ainsi par une personne libre?

R. Non en principe; mais *error communis facit jus* et l'esclave putatif est traité comme un *servus fructuarius* pour le possesseur de bonne foi. Le *partus* d'une telle *ancilla* n'est pas une acquisition. L'hérédité, le trésor, sont à l'esclave putatif lui-même.

D. L'hérédité ne forme-t-elle pas exception à la règle que les acquisitions des personnes en puissance sont de plein droit pour le *paterfamilias*?

R. Oui, à cause des charges, comme le legs; il faut l'acceptation autorisée de lui.

D. Faut-il que ce soit le nom du *paterfamilias* qui soit écrit au testament ou celui du fils, etc.?

R. Le legs et l'institution doivent être acceptés par la personne en puissance elle-même, s'ils sont nominatifs. Elle peut encore *adire jussu*, comme mandataire, pour le *paterfamilias*, si c'est lui qui est nommément gratifié au testament.

D. Qu'importe cette distinction?

R. 1<sup>o</sup> Si le maître ou *parens* change entre la



confection du testament et l'acceptation, la disposition est ou non perdue pour lui, selon qu'elle est ou non nominative.

2<sup>o</sup> Hors de ces événements, il peut y avoir perte de la disposition non écrite pour le *paterfamilias*, si l'esclave meurt ou s'enfuit, si le fils refuse d'agir.

Justinien, en ce dernier cas, permet au père de faire acceptation.

D. L'adition sans ordre a-t-elle un effet ?

R. Dans l'ancien droit, elle peut servir seulement à l'individu en *mancipium* sérieux à constituer sa rançon. Dans le droit nouveau, pour le fils de famille, il y a acquisition.

D. Doit-on donc appliquer également aux fils de famille la règle et les distinctions exposées ?

R. On peut avoir un enfant putatif; on acquerra alors par lui *ex re sua*, tout au plus, mais non comme fondé en usufruit ou usage.

D. Et pour les personnes libres *in mancipio* ?

R. On peut acquérir pleinement. Le doute de Gaius, sur ce point, vient peut-être de l'emploi fictif qu'on faisait de cette puissance à son époque; on y réservait les acquisitions des personnes qu'on y soumettait pour elles ou leurs parents. Mais dans le *mancipium* sérieux, les acquisitions doivent être comptées pour la rançon.

— o o o —

SECTION 2<sup>e</sup>. — *Dérogation admise pour les fils de famille et les femmes in manu plena à la règle de l'acquisition.*

D. D'où résulte cette dérogation ?

R. De ce qu'on permit à ces personnes d'avoir des pécules qui leur appartenissent en propre.

D. En fut-il de même pour les esclaves et les personnes libres *in mancipio* ?

R. 1<sup>o</sup> Jamais. Le pécule servile fut toujours re-trayable *ad nutum*.

2<sup>o</sup> Pour les mancipés, la réserve qu'on faisait de leurs enfants et d'autres acquisitions sans doute, imite de loin le pécule en propriété.

D. Quel avantage a donc le pécule servile ?

R. 1<sup>o</sup> J'ai montré l'influence qu'y gagne l'esclave ;

2<sup>o</sup> Si son maître l'admet à racheter sa liberté, l'usage lui permet de puiser là sa rançon ;

3<sup>o</sup> S'il est affranchi entre-vifs, il emporte son pécule, sauf si le maître use du droit de retrait.

4<sup>o</sup> S'il l'est *testamento*, le legs du pécule, quoique moins facilement présumé que la donation, peut être tacite.

D. Quel caractère a le pécule filial ?

R. Il y en a plusieurs genres, et d'abord le pécule militaire, celui bourgeois.

D. Qu'est-ce que le pécule militaire ?

R. Le pécule comprenant, pour les mâles seuls, les acquisitions faites dans le service, *militia*.

D. N'y en a-t-il pas aussi plusieurs espèces ?

R. On distingue la *militia sagata*, service militaire donnant lieu au pécule castrense, et celle *togata*, service du prince, donnant lieu au pécule quasi-castrense.

D. Que comprend le pécule castrense, et quand fut-il introduit ?

R. Il comprend les libéralités faites au fils pour s'équiper, celles de ses compagnons, dons ou legs, sa solde, ses parts de butin et toutes les acquisitions faites de ces valeurs. C'est sans doute l'usage qui a créé et successivement accru ce pécule. Mais les empereurs y ont contribué ensuite : Auguste, Nerva, Adrien notamment.

D. Et pour le pécule quasi-castrense ?

R. Créé par Constantin, il comprend le traitement des officiers du palais impérial, les dons qu'ils



reçoivent, notamment de l'empereur et de l'impératrice, et tout ce en quoi ils les emploient. Ce pécule fut ensuite concédé à toutes les professions libérales pour les acquisitions y relatives, aux professeurs, médecins, jurisconsultes, aux prêtres même.

D. Quel droit a-t-on sur ces pécules ?

R. Le fils de famille est réputé *pater familias* quant à ces biens, dont il est plein propriétaire. Il en jouit seul et peut en disposer, les donner et vendre ; il exerce les actions qui y rentrent.

D. Peut-il aussi tester à leur égard ?

R. Les empereurs l'admirent de bonne heure pour le pécule castrense, et dans divers cas successivement pour celui quasi-castrense. Sous Justinien enfin, ils ont été assimilés dans cette concession.

D. Y a-t-il plusieurs pécules bourgeois ?

R. Le pécule profectice et celui adventice.

D. Que comprenait ce dernier à l'origine ?

R. Constantin l'a constitué de ce que la succession de leur mère resterait en propre aux fils ou filles.

D. Quelles extensions a-t-il ensuite reçues ?

R. Les empereurs y ont fait entrer les successions des ascendants maternels, (Honorius et Arcadius), puis celle du conjoint ; Justinien l'a fort étendu en y comprenant les successions ou libéralités reçues par le fils et la fille de famille, les fruits de leur industrie, tout ce qu'ils reçoivent, en un mot, en dehors du parent.

D. Quel droit a l'enfant sur ce pécule ?

R. Il en est nu-propriétaire ; à ce titre, il peut disposer, sauf le droit paternel d'usufruit. Si le *parens* dispose des biens, l'acquéreur ne les prescrira que par la possession de 30 ans. Le *parens* a l'exercice des actions dépendant du pécule.

D. A sa mort, que devenait ce pécule ?

R. Le droit de tester n'y étant pas admis, il y avait consolidation jadis : le *parens*, jusqu'à Justi-

nien, prenant ces biens *jure peculii, non successionis*. Il en était de même pour les pécules militaires, dont le fils de famille n'aurait pas testé.

D. Qu'importe cette distinction ?

R. 1° Personne ne prime le *parens*, et les enfants au moins de l'enfant péculé lui seraient préférés, s'il y avait succession ;

2° Il devrait supporter alors les obligations relatives au pécule, tandis qu'il n'en est pas tenu.

D. L'empereur a donc modifié ce retrait ?

R. Complètement, en le subordonnant à la vocation successorale chez le *parens*, et lui donnant le titre d'hérédité. C'est ainsi que j'entends la disposition controversée des Inst. II, XII, Pr. aux mots *jure communi*.

D. Le *parens* a-t-il toujours l'usufruit ?

R. Non, quand le pécule adventice est irrégulier.

D. Quelles exceptions indique cette épithète ?

R. 1° Un fils de famille peut accepter une hérédité, sous Justinien, contre le gré de son *parens*; celui-ci n'en sera pas usufruitier. Ce droit compétant aux mâles seuls, les filles n'ont point ainsi le pécule irrégulier.

2° Quand le *parens* et ses enfants sont appelés à une même hérédité, par exemple à celle de l'*avus*, qui avait émancipé ce père avant qu'il eût des enfants, pour ne pas rompre l'égalité entre cohéritiers, on fait cesser l'usufruit ;

3° En cas d'abus de jouissance du *parens*;

4° Quand des biens sont donnés ou légués, à la condition qu'il n'en jouira pas. (C. C., 337, 2°).

D. L'émancipation éteint-elle l'usufruit légal ?

R. Oui, de même que la dation en adoption. Les empereurs permirent, comme compensation, de retenir à l'enfant émancipé une part du pécule, qui était déterminée, du tiers.

D. Justinien n'a-t-il pas proscrit cela ?

R. Il a seulement modifié l'avantage du *parens*, qui gardera, de plein droit, un usufruit de moitié.

D. N'y a-t-il pas usufruit légal dans un autre cas, sur les biens d'émancipé ?

R. Oui, quand l'épouse du *parens* meurt après qu'il a émancipé ses descendants. Comme dédommagement, il concourt avec eux, pour une part virile, sur la succession de la mère défunte, mais seulement en usufruit.

D. Signalez les différences de l'usufruit légal paternel en droit romain et en droit français ?

R. 1<sup>o</sup> C'est, de part et d'autre, un attribut de la puissance paternelle ; mais, chez nous, il compète au père, à la mère et jamais à un autre ascendant ;

2<sup>o</sup> Il porte sur tous les biens advenus en propre à l'enfant, sauf son industrie ; le droit romain exceptait les pécules militaires, non les gains personnels ;

3<sup>o</sup> Il est limité chez nous à l'âge de 18 ans pour les enfants ; à Rome, pas de limitation ;

4<sup>o</sup> Il ne cesse pas, en cas de concours, à une succession, du père ou de la mère avec ses enfants ;

5<sup>o</sup> L'émancipation l'éteint de part et d'autre : mais chez nous, où son caractère est tout autre, on ne peut y mettre de conditions de retenue.

D. Que comprend le pécule profectice ?

R. Ce que le fils ou la fille a reçu du père à sa considération, par exemple, un présent qu'il aurait refusé.

D. Quel droit a-t-il sur ce pécule ?

R. Aucun, pas plus que l'esclave sur le sien. Le *parens* peut le retrayer arbitrairement, le donner à un étranger, grossi par l'industrie de l'enfant.

D. Quelle en est donc l'utilité pour celui-ci ?

R. 1<sup>o</sup> En fait, il en use, en consomme les fruits ;

2<sup>o</sup> A l'émancipation, il le garde généralement ;

3<sup>o</sup> Si les biens du *parens* sont confisqués, on en excepte ce pécule, en faveur de l'enfant, comme s'il était à lui.



SECTION 3<sup>me</sup>. — *Acquisition de la possession.*

D. Par qui acquiert-on la possession ?

R. 1<sup>o</sup> Par les personnes en sa puissance ;

2<sup>o</sup> Par celles non libres, sur lesquelles on a une servitude personnelle, ou qu'on possède de bonne foi ;

3<sup>o</sup> Enfin *per extraneam personam*, par celui qui ne nous est rien ; concession de droit postérieure.

D. Cette acquisition se fait-elle de la même manière que celle du droit réel ?

R. 1<sup>o</sup> Celle-ci a lieu même *in scio*, tandis que l'*animus*, ne pouvant se déléguer pour acquérir la possession, on ne le peut que sciemment.

2<sup>o</sup> Il faut posséder *ex justa causa* la personne *alieni juris*, pour qu'elle vous acquière la possession.

D. Que ressort-il de ces conditions ?

R. 1<sup>o</sup> Le *dominus* qui a constitué l'*in bonis* sur son esclave, n'acquiert plus la possession par lui qu'à titre d'*extranea persona* ;

2<sup>o</sup> De même s'il l'a constitué en gage ;

3<sup>o</sup> De même du créancier gagiste qui a la possession, mais sans juste titre.

D. Ces conditions sont-elles sans exception ?

R. 1<sup>o</sup> L'usager et l'usufruitier d'un esclave peuvent acquérir par lui la possession, comme ses possesseurs ;

2<sup>o</sup> On le peut de même par les fils de famille et les femmes *in manu*, insusceptibles de possession ;

3<sup>o</sup> Celui qui a un esclave à pécule, ayant voulu, une fois pour toutes, acquérir tout ce qui y entrerait, en acquiert la possession *in scius*. Même raisonnement pour qui laisse à son fils en puissance un pécule *profectice*.

D. Que résulte-t-il de là ?

R. Que les fous et pupilles *infantes*, les captifs,



les municipes, les hérédités *jacentes*, personnes sans individu, peuvent acquérir ainsi indirectement la possession.

D. Le *parens* capable ne peut-il l'acquérir par son *infans* sans lui donner un pécule ?

R. Non, quand même, ayant l'*animus*, il lui manque seulement l'appréhension que peut faire l'*infans* ou le fils *furiosus*. Il en est de même de l'acquisition par l'esclave.

D. Pour usucaper ensuite d'une possession prise par un fils ou esclave, chez qui doit être la bonne foi ?

R. Chez vous-même en général ; mais, si la possession est acquise *ignoranti*, chez la personne en puissance et capable de discernement.

D. L'acquisition de la possession par l'esclave commun, ou soumis au droit d'usage ou d'usufruit, est-elle subordonnée aux distinctions exposées quant à celle de la propriété ?

R. Oui, en général ; mais pas nécessairement, puisque cette acquisition peut avoir lieu même *per extraneam personam*. La possession est pour la personne qui a l'*animus*, outre le droit sur l'esclave, quand même l'intention de celui-ci ne cadrerait pas ; sauf au cas d'occupation, s'il y a pécule, pour celui des maîtres, même *insciis*, qui l'a fourni ; en cas de tradition, pour celui que veut le *tradens*.

D. L'acquisition de la possession par autrui fut-elle toujours admise ?

R. A l'origine, l'*extranea persona* pouvait seulement nous conserver une possession acquise par la nôtre ou ses membres. C'est une concession faite de bonne heure, du reste.

D. Ne s'ensuit-il pas qu'on put, en certains cas, acquérir ainsi même la propriété ?

R. Oui, dans les cas où il ne manquait pour cela que la prise de possession.

D. Quels sont ces cas ?



R. La tradition et l'usucapion ou prescription.

D. Expliquez cela par des exemples :

R. 1<sup>o</sup> J'ai acheté des moutons et chargé Titius d'en recevoir la tradition. Comme elle est translatrice, précédée de mon juste titre, il m'acquiert en même temps la propriété ;

2<sup>o</sup> Mon fermier prend possession d'un domaine que j'ai acquis de bonne foi, *a non domino* ; sa possession prolongée m'en rendra propriétaire ;

3<sup>o</sup> De même pour la prescription instantanée, et sans juste titre dans celle trentenaire.

D. Résumez donc les cas où l'on peut exceptionnellement acquérir la propriété par autrui :

R. 1<sup>o</sup> Dans ceux que je viens d'exposer ;

2<sup>o</sup> En possédant de bonne foi un homme libre ;

3<sup>o</sup> Quand le droit impérial finit par permettre que le tuteur acquit pour le pupille.



## TITRE X.

### Règles des testaments.

---

#### SECTION 1<sup>re</sup>. — *Historique.*

D. Qu'est-ce que la succession ?

R. Dans le sens le plus usuel, c'est le fait de recueillir à titre universel les biens d'une personne défunte ; les Romains nomment cela *hæreditas*, et il y en a de deux espèces, selon que le successeur tient les biens de la volonté du mort ou de la loi.

D. Quelle est l'hérédité la plus usuelle ?

R. Celle testamentaire, de beaucoup. Comme en matière de tutelle, la loi ne fait la désignation de l'héritier qu'à défaut du défunt, et on tient en cette matière la règle : *quandiu speratur testamentaria hæreditas, legitima cessat*.

D. L'hérédité ne peut-elle être conventionnelle ?

R. Non : les dons réciproques d'hérédité et les pactes sur succession future sont nuls (C. C. 791, 1130, 1600), sauf l'exécution de dons à cause de mort.

D. Qu'est-ce que le testament ?

R. La manifestation légale de ce que nous voulons faire exécuter après notre décès, pour l'attribution de nos biens, la tutelle de nos enfants, etc.

D. A quelles règles est subordonné cet acte ?

R. A celles de forme intrinsèque, réglant l'acte en lui-même (titres XII, XIII), et celles de forme extrinsèque, relatives à sa dresse (titres X, XI, XIV).

D. Quelles sont les formes extrinsèques ?

R. On peut distinguer, à cet égard, trois époques : 1<sup>o</sup> les testaments *calatis comitiis* et *in procinctu* ; 2<sup>o</sup> ceux *per æs et libram* et prétorien, 3<sup>o</sup> ceux tripartit et noncupatif.

D. Comment testait-on *calatis comitiis* ?

R. On pensait, à l'origine, qu'on pouvait déroger à la loi successorale seulement par une autre loi. Le testament se faisait donc en cette forme. Un magistrat de l'ordre sénatorial interrogeait le peuple s'il consentait à ce que tel fut héritier de tel citoyen, et le peuple votait. Longtemps encore, on appela *legislatio* l'institution d'héritier.

D. Quels inconvénients avait cette forme ?

R. De ne pas assurer le secret et la libre confection ou révocation des testaments, les comices spéciaux pour cet objet se réunissant tous les six mois.

D. Comment testait-on *in procinctu* ?

R. Debout, à son rang, quand l'armée était en campagne, en déclarant à haute voix ses intentions devant ses *comilitones*.

D. Quel inconvénient avait cette forme ?

R. Elle ne s'employait qu'en temps de guerre, et le testament pouvait être perdu, au retour, par suite du défaut de témoins.

D. Qu'est-ce que le testament *per æs et libram*, quels actes comprend-il ?

R. Ce testament se faisait à l'aide d'une mancipation du patrimoine par le testateur à l'héritier lui-même, à l'origine, plus tard à un ami. On donnait ses instructions, au premier cas, pour les legs, et plus tard pour la désignation de l'héritier. On pouvait le faire secrètement par un écrit préparé d'avance. Le testateur, tenant ces tablettes, déclarait solennellement en confirmer les dispositions. Le premier acte était la *mancipatio familiæ* ; le second, la *nuncupatio heredis*.

D. Comment admit-on ces rites ?



R. En spéculant sur le texte de la table VI 1° : *cum nexum faciet, mancipiumve...* pour pouvoir éluder en tout temps la loi successorale. Mais la mancipation, accompagnée d'une clause de fiducie, laissait la possession et la propriété même de ses biens au testateur, et l'on admettait une noncupation de pure forme pour aboutir au secret.

D. Quelle forme permet le prêteur ?

R. 1° Un acte rédigé ; 2° le concours de sept témoins qui l'aurent entendu lire ou vu clore ; 3° leurs cachets sur l'enveloppe.

D. Cela se rattache à la forme précédente ?

R. Oui. Le nombre des témoins est celui des personnes qu'exigeait la mancipation. Le prêteur en écarte le rite, soit comme suranné, soit plutôt peut-être comme inaccessible aux pérégrins.

D. Ce testament-là est-il aussi efficace ?

R. Non ; il n'est sanctionné que par la *bonorum possessio*, qui peut être *sine re*, le prêteur la faisant céder au droit de l'héritier légitime. Aussi le citoyen qui, pouvant tester *per æs et libram*, l'aura fait autrement, échouera si l'héritier légitime se présente. Mais, comme l'hérédité du pérégrin n'est pas réglée par la loi, la possession y sera toujours définitive.

D. Qui a créé les dernières formes ?

R. Théodose-le-Jeune, en 439.

D. Comment se fait le testament tripartit ?

R. 1° Par écrit ; 2° avec le concours de sept témoins, requis ; 3° avec signature du testateur ou d'un témoin supplémentaire ; 4° celle des témoins ordinaires ; 5° qui apposent, en outre, leur cachet, pour sceller l'enveloppe ; 6° le tout *uno contextu*.

D. D'où vient ce nom *testament tripartit* ?

R. De ce qu'il réunit des éléments des trois époques dans les sept formalités qu'il exige : 1° la réquisition des témoins et l'unité de contexte rappellent les comices ; 2° leur nombre, l'acte écrit et les cachets qu'ils doivent y apposer sont empruntés au droit pré-

torien ; 3<sup>o</sup> les signatures exigées dans la constitution.

D. Comment a lieu le testament noncupatif ?

R. 1<sup>o</sup> Par une déclaration solennelle de ses volontés ; 2<sup>o</sup> que fait le testateur personnellement ; 3<sup>o</sup> en présence de sept témoins, requis.

---

SECTION 2<sup>me</sup>. — *Règles de forme extrinsèque.*

D. Qu'entend-on par la réquisition ?

R. Une convocation, appel exprès des témoins, qui ne peuvent être pris au passage.

D. Et par l'unité de contexte ?

R. L'unité de temps dans la confection. Il est interdit aux témoins de sortir, tandis qu'on reconnaît et scelle le testament, ni de s'occuper de rien autre. Cela rappelle la séance des comices, où, les pontifes ayant pris les auspices, on ne se séparait pas sans avoir terminé ce qu'ils autorisaient ainsi.

D. De quel cachet doit-on sceller ?

R. Dans la forme prétorienne, chaque témoin employait le sien, parce que le cachet était alors le signe de l'individualité. Plus tard, la signature étant préférée dans ce rôle, le cachet perd de son importance, et on permet l'emploi de tel ou tel, du même pour tous. Mais, en le permettant ainsi, l'usage fit rétablir l'individualité des cachets au moyen d'une signature mise à côté du sien par le témoin. C'est la *superscriptio* ou signature extérieure.

D. Quelles signatures sont exigées ?

R. 1<sup>o</sup> En tout cas, celles intérieures des témoins, *subscriptiones* ;

2<sup>o</sup> Celle du testateur, qui peut s'en dispenser ; s'il a écrit l'acte en entier ;

3<sup>o</sup> On y supplée, s'il ne peut ou ne sait signer,



par la signature du huitième témoin, qui doit être requis, et présent constamment. L'article 976 vise cette règle en disant, dans notre code français : « sans qu'il soit besoin, en ce cas, d'augmenter le nombre des témoins. »

D. Ne lui imposa-t-on pas une autre condition ?

R. Oui, Justinien voulait qu'il écrivît en tout cas, de sa propre main, le nom de l'héritier, dans le testament tripartit ; ce qui privait de cette forme les gens empêchés d'écrire, et annulait la concession relative à la signature. Mais, par la nov. 119, il a rapporté cette disposition.

D. Qui peut être témoin au testament ?

R. Ceux envers qui on a faction de testament, c'est-à-dire qu'on peut prendre pour héritiers.

D. Cette règle est-elle bien exacte ?

R. Elle l'est dans le droit ancien, à l'époque où règne la forme *per æs et libram*, mais non sous Justinien. Il y a alors des personnes qu'on peut instituer dans son testament, mais qui n'y peuvent concourir comme témoins : les femmes, les impubères, les esclaves, les prodigues, les infâmes, les fous, sourds, muets.

D. Pourquoi les femmes et les prodigues ne remplissent-ils pas la fonction de témoin ?

R. Ils le pourraient, certes, en fait. La raison historique se tire de la forme de tester à la seconde époque, et réside dans l'exclusion des femmes des *civilia negotia* en général, et dans celle des prodigues de la mancipation en particulier.

D. N'arrive-t-il pas qu'un testament peut valoir, auquel a concouru un témoin incapable ?

R. 1<sup>o</sup> S'il y en avait outre le nombre légal ;

2<sup>o</sup> Si tout le monde, trompé par les circonstances, ignorait son incapacité. Un esclave parvint, à Rome, à gérer toute une année la préture ; on valida ses actes en admettant cette règle : *error communis facit jus*.

D. Qui sont les personnes infâmes ?

R. 1<sup>o</sup> Celles condamnées pour adultère, concussion ou diffamation écrite, *carmen famosum*, et qu'on déclare *intestabiles*, ne pouvant en rien concourir aux testaments ;

2<sup>o</sup> Celles qui exercent, ou dont les parents ont exercé quelque métier infime, comédien, aubergiste, etc., d'après la novelle 90 seulement ;

3<sup>o</sup> Les hérétiques ne peuvent être témoins.

D. La perte de la capacité des témoins avant l'ouverture vicie-t-elle le testament ?

R. Non, celle seule du testateur importe.

D. La règle qu'on peut prendre pour témoins ceux qu'on peut instituer ne souffre-t-elle pas d'exceptions, même à l'origine ?

R. Oui, des exceptions qui se rattachent à son principe. Indépendamment de l'incapacité absolue, ou d'être témoin à tout testament et dont j'ai parlé, il y a celle relative, qui vous écarte de celui de certaines personnes, à qui vous prêteriez le *domesticum testimonium*.

D. Qu'est-ce que cela ?

R. Le témoignage sur une affaire intéressant votre commune *familia*. Le mancipation fait ressembler le testament à un marché ; nul ne peut être témoin dans ses propres affaires ; et, à cause de l'identité de personne, on exclut celles de la *familia* du testateur ou de l'héritier, à l'époque où l'héritier n'est pas encore remplacé, à la mancipation, par un *emptor fiduciaire*.

D. Faites des applications de cette règle.

R. 1<sup>o</sup> Quand on fait le testament de Titius en faveur de Lælia, les fils de famille de Titius et les frères en puissance du père de Lælia, avec elle, ne peuvent être témoins, non plus que les personnes en puissance de Lælius, son mari, ou assujetties à la même puissance que lui, si Lælia est *in manu*. De même pour le *mancipium*.

2° Quand un fils de famille teste de son pécule militaire, le *parens* ne peut être pris pour témoin ni les autres enfants en puissance.

D. Quand la mancipation ne se fait plus avec l'héritier, mais avec un *emptor*, dans le rapport de qui s'observent les empêchements résultant de l'identité de personne ?

R. Vis-à-vis de l'*emptor* seul, ce qui est peu logique. Les personnes en puissance peuvent être, avec l'héritier même, au nombre des témoins, sans qu'il y ait nullité.

D. Si deux témoins sont de la même *familia* ?

R. Ils sont sans intérêt dans l'affaire, l'acte vaut.

D. Y a-t-il empêchement pour ceux que le testateur appelle à un legs ou un fidéicommiss ?

R. Non, quoiqu'ils soient intéressés. C'est que les Romains tiennent ces dispositions pour fort secondaires, dans les testaments.

D. Quelle autre capacité faut-il aux témoins ?

R. Ces règles sont celles de la capacité de droit; il leur faut la capacité de fait. Ainsi, en outre, les aveugles, les prodigues, les gens en démence ou ne comprenant pas la langue du testateur, ne peuvent remplir la fonction.

D. Le testament noncupatif a-t-il les mêmes règles ?

R. Oui, concernant le nombre, la réquisition, la double capacité des témoins et l'unité de contexte.

D. Chez nous qui peut être témoin ?

R. Les hommes, majeurs, français, non privés des droits civils. L'incapacité relative atteint les légataires et leurs parents ou alliés jusqu'au 4° degré, les clercs du notaire qui instrumente (C. C. art. 975, 980).

---



SECTION 3<sup>e</sup>. — *Règles de forme intrinsèque.*

D. Énoncez les règles gouvernant l'acte testamentaire pris en lui-même, sa conception ?

R. 1<sup>o</sup> Il faut avoir capacité de tester ;

2<sup>o</sup> Le faire dans une des formes reçues par la loi ;

3<sup>o</sup> Instituer un héritier, en le désignant capable, au rang et dans les termes voulus ;

4<sup>o</sup> L'investir de son entier patrimoine ;

5<sup>o</sup> Mentionner ses héritiers siens, suivant les prescriptions du droit civil ou prétorien à cet égard.

6<sup>o</sup> Observer l'*officium pietatis*, envers les personnes et de la façon déterminées par la loi.

D. Quel est le sort du testament dénué des formes légales ou de l'institution d'héritier ?

R. Longtemps la nullité absolue. Sous l'Empire, on admit un acte testamentaire moins solennel, le codicille. Si le testament nul en remplit les conditions, on l'exécute en fidéicommiss. S'il ne forme pas même codicille, sous Justinien les dispositions non douteuses du défunt obligent ses héritiers légitimes, quand elles seraient purement verbales et établies par l'épreuve du serment.

D. Pourquoi doit-on tester du tout ?

R. *Nemo paganus partim testatus, partim intestatus mori potest* ; cela tient sans doute à l'origine du testament. La nation déclarant qui succéderait à la personnalité du citoyen et entretiendrait son culte domestique, cette succession devait être intégrale. Chez nous on voit normalement concourir les hérédités légitime et testamentaire.

D. La règle n'a-t-elle pas deux applications ?

R. Oui, car on peut mourir pour partie *intestat*, soit au point de vue de la quantité, quand on n'a pas institué un héritier pour le tout, soit à celui du temps,



si sa vocation n'est pas immédiate à la mort et définitive; s'il ne doit venir que dix ans après le décès ou restituer plus tard.

D. Quelle est la sanction de la règle?

R. Ce n'est pas la nullité. Les restrictions apportées à la vocation intégrale, immédiate et définitive de l'héritier sont réputées non écrites, comme toutes les clauses contraires aux lois le sont en matière de testament. Si donc on institue héritier pour une moitié, pour certains immeubles, pour dix ans, etc., toutes ces modalités sont effacées immédiatement par la loi et l'effet de la vocation est intégral, en principe.

D. Ces mentions demeurent-elles toujours ainsi sans effet?

R. Oui en droit strict; mais elles en produisent parfois par l'exécution en fidéicommiss qu'admet le droit impérial, au cas dont je parlerai à la révocation des testaments.

D. Peut-on faire exécuter plusieurs testaments?

R. Non, car dans chacun d'eux il n'y aurait qu'institution partielle. Aussi, en droit romain, tout testament annule-t-il le précédent. Au surplus, sous Justinien, on l'exécute en fidéicommiss, si le testateur n'a entendu le révoquer. C'est à peu près notre loi. (C. C. 1036).

D. Pourquoi faut-il instituer héritier? ne suffit-il pas de distribuer tout son bien?

R. Non. Ce procédé ne créerait au défunt que des successeurs particuliers, qui ne représentent pas la personne. Or l'institution, comme l'indiquent son nom (*in statu*), et sa forme originelle, a pour objet essentiel la transmission de la personnalité, non celle des biens.

---



## TITRE XI.

### Des testaments militaires (et autres privilégiés).

---

#### SECTION 1<sup>re</sup>. — *Testaments militaires.*

D. En quoi les militaires sont-ils privilégiés ?

R. En ce qu'ils sont dispensés d'une façon générale des règles de forme intrinsèque et extrinsèque.

D. A quelle époque remonte cette étrange faveur et quel en est le motif ?

R. Il y eut dès l'origine une forme spéciale et plus accessible pour tester en temps de guerre, celle *in procinctu*. A cette époque, les hommes pouvaient seuls tester et étant tous militaires, il n'y avait pas privilège, à proprement parler. Jules César le premier et après lui les empereurs, ayant besoin de s'appuyer sur les légions et désireux de se les dévouer, leur offrirent à titre de faveur la dispense de toutes les règles sur les testaments (C. C. 981 et s).

D. Les textes donnent pour motifs l'ignorance des soldats, l'urgence résultant de leurs dangers.

R. Ce sont des mensonges impériaux. L'impérialité des soldats eût pu s'arranger de l'observation des règles non irritantes, comme celle *nemo partim testatus*... ou conformes au droit naturel, comme celle concernant les héritiers siens. Quant au danger, il n'existe qu'en guerre, et le privilège était général, jusqu'à Justinien, qui le restreint aux temps d'expéditions.

D. Cependant cette restriction est écrite en des lois antérieures ?

R. Oui, deux constitutions d'Antonin et Constantin, mais elles ont été ainsi mises, après coup, en harmonie avec l'innovation que Justinien nous dit avoir faite.

D. Comment teste le soldat, par privilège ?

R. En manifestant sa volonté, en une forme quelconque, en testant comme il peut ou veut ; en écrivant avec son épée sur le sable ou avec son sang sur un bouclier, avec ou sans témoins.

D. N'en faut-il pas cependant, parfois ?

R. Oui, mais *ad probationem tantum* ; par exemple, pour établir l'authenticité de l'écrit, si elle ne ressort des circonstances, ou pour reproduire les dispositions verbales du défunt ; mais un témoin unique suffisait, jusqu'à Constantin, qui a posé la règle *testis unus testis nullus*.

D. Les militaires jouissent-ils seuls du privilège ?

R. On l'étend, en cas de mort en campagne, aux marins et fonctionnaires suivant les armées.

D. Le testament vaut-il indéfiniment ?

R. Si l'auteur meurt encore au service, le laps de temps ne lui aura pas nui. S'il reçoit son congé ; on distingue entre celui *ignominieux*, qui éteint de plein droit le testament et celui *motivé*, qui le laisse vivre encore un an.

D. Et s'il y a dans le testament, mise à l'institution, une condition accomplie seulement après l'an ?

R. Le soldat étant mort dans l'année et ne pouvait refaire ses dispositions, elles seront exécutées. L'opinion contraire avait été condamnée. Elle reposait sur une subtilité, savoir que le testateur est censé survivant tant que son hérité est jacente et, dès lors, durant l'attente de la condition. Mais c'est une fiction.

D. Quelle est, chez nous, l'étendue du privilège du testament militaire ?

R. Il existe pour les soldats et les marins seuls. Les militaires français ne sont dispensés que des règles de droit commun de forme extrinsèque et en cas d'empêchement. S'il cesse, il doivent tester à nouveau dans les six mois. (C. C. art. 983, 984.)

D. Reprenez donc les règles de forme intrinsèque dont les Romains admettaient la dispense à titre de privilège.

R. 1° Les militaires sont dispensés d'instituer héritier et peuvent distribuer leurs biens *sigillatim* ; s'ils instituent, ce peut être sans forme, sans rang, en faveur de certains incapables, par exemple, des déportés.

2° Ils peuvent demeurer partie intestats ;

3° Employer les modalités proscrites, et, par exemple, transmettre à plusieurs héritiers successifs ;

4° Ils peuvent laisser plusieurs testaments, qu'on exécutera tous, sauf conciliation (Cf. C. C. 1036).

5° Les substitutions y sont largement admises ;

6° L'omission des héritiers siens est permise ;

7° Personne n'a de légitime contre ces testaments ;

8° Et l'institué y perd le bénéfice de la falcidie.

D. Le privilège n'a-t-il pas encore pour effet de permettre le testament à des incapables, ce qui écarte encore une des règles de la forme intrinsèque ?

R. 1° De là le droit de tester du pécule *castrans*.

2° La *factio testamenti* concédée aux sourds ou muets (tous incapables jusqu'à Justinien), si des soldats sont atteints de ces infirmités au service.

3° Concédée même à des non-citoyens, au cas où les soldats ont subi la *magna capitis deminutio*, par suite d'un délit militaire.

D. Le privilège n'a-t-il pas des effets sur le testament fait en formes de droit commun ?

R. Oui, de le soustraire aux événements postérieurs, atteignant soit la personne, soit l'acte, et pouvant le rendre *ruptum, irritum*.



D. Et pour celui fait irrégulièrement ?

R. Un homme entre en la milice ayant un testament nul ; les vices n'en sont pas corrigés de plein droit, ce qui pourrait être contraire aux intentions du testateur ; mais il peut valoir *ex nova militis voluntate*, s'il en est fait une copie, des retouches, un dépôt, une noncupation.

---

SECTION 2<sup>e</sup>. — *Autres testaments privilégiés.*

D. Quels autres testaments sont privilégiés ?

R. 1<sup>o</sup> les testaments des pères et mères ;  
2<sup>o</sup> Ceux faits en temps de contagion (C. C. 985) ;  
3<sup>o</sup> Les dispositions offertes à l'Empereur ;  
4<sup>o</sup> Celles de certains infirmes.

D. Qu'est-ce que le testament d'ascendant ?

R. Celui par lequel un ascendant, même dénué de puissance paternelle, tout en laissant ses biens à ses enfants, en fait l'attribution individuelle. Cette disposition, écrite dans la constitution de 439, qui forme le troisième âge testamentaire du droit romain, semble la source du testament-partage que nos pays de droit écrit ont eu le fâcheux succès de faire conserver. (C. C. art. 1075 et s.)

D. En quoi cette forme est-elle privilégiée ?

R. 1<sup>o</sup> Pour le testament tripartit, il suffit d'un écrit signé du testateur, daté par mois, an et jour, et portant en toutes lettres les sommes laissées ;

2<sup>o</sup> Pour le nuncupatif, deux témoins, *ad probationem*.

D. Quel sera le sort du testament privilégié, s'il contient des dispositions pour les étrangers ?

R. Le privilège est fait pour les seules dispositions en faveur des descendants, par le père ou la mère ; le surplus serait nul.

D. Quel est le privilège fondé sur la contagion ?

R. C'est la remise de l'unité de contexte, à raison de la difficulté de réunir à la fois sept personnes capables près d'une autre atteinte peut-être du mal. Les témoins seront donc requis, mais pourront venir successivement pour entendre la noncupation ou pour signer et sceller l'écrit.

D. Quel est le privilège pour les campagnes ?

R. Quand il y a difficulté de trouver dans le pays des gens lettrés et résidant chez eux à toute heure, on se contente de cinq témoins et celui qui sait signer le peut pour un autre illettré.

D. Qu'est-ce qui prouve cette difficulté ?

R. Le juge apprécie si le lieu est dans la campagne, et alors il présume la difficulté. Si les parties intéressées la dénie, c'est à elles à prouver qu'il n'y a lieu à privilège. (C. C. 974.)

D. Quel est le privilège des testaments offerts à l'Empereur ou dans lesquels il est institué ?

R. On employait cet expédient pour échapper à toutes les nullités qui n'affectaient pas la sincérité du testament. On a fini par proscrire cet accord honteux, cette entente pour déjouer les lois.

D. Vous annonciez encore d'autres privilèges ?

R. 1<sup>o</sup> Quand un testament a été enregistré *apud acta*, cela lui garantit un caractère d'authenticité qui fait faire remise des règles destinées au même but. C'est comme une nouvelle façon de tester admise en 499.

2<sup>o</sup> Dans la constitution précitée de 439 on valide s'il présente seulement les formes du codicille, le testament fait en faveur de sa postérité par une personne qui avait d'abord institué des étrangers.

D. Quel objet ont les dispositions que vous voulez mentionner comme privilèges testamentaires d'infirmités.

R. Ce sont les testaments d'aveugles, de sourds ou de muets.



D. Quelle est la disposition pour les aveugles?

R. Justin, par une innovation plutôt rigoureuse, décide qu'ils ne pourront tester qu'en une forme particulière à la fois noncupative et écrite, semblable à notre testament public. Il y exige le concours d'un notaire ou d'un 8<sup>e</sup> témoin pour en remplir le rôle.

D. Et pour les sourds, les muets?

R. Le droit civil les tenait pour incapables, en souvenir du rite *per æs et libram*. Justinien leur accorde, en certain cas, la faction de testament qu'on leur refusait. Les sourds peuvent toujours tester en forme noncupative; les infirmes lettrés le peuvent par écrit, sourds ou muets. L'incapacité subsiste pour les muets illettrés, qui n'ont nul moyen de communiquer leurs pensées et pour les sourds-muets-nés, qui jadis étaient dans l'imbécillité.

---

## TITRE XII.

### De la capacité de tester.

---

D. Qui peut tester?

R. Celui qui a la faction de testament.

D. Qu'est-ce que cette concession?

R. Un attribut du droit de cité qui se rattache au *suffragium*, au *commercium*, et peut, comme ce dernier, être absolu ou relatif. Avoir la faction de testament, dans un sens absolu, c'est pouvoir faire et garder un testament, mourir testat. Comme je l'ai dit aussi à propos du *connubium*, on peut avoir la faction de testament absolue seule mais non celle relative, pouvoir tester, mais non pour telle personne.

D. La faction de testament suffit-elle?

R. Non; c'est la capacité de droit; il faut encore celle de fait.

D. Qu'est-ce que cette espèce de capacité et à quel point de vue importe la distinction?

R. C'est l'aptitude physique à remplir les rites du testament, vouloir, parler, entendre. La capacité de droit est la jouissance du droit de tester; celle de fait en permet l'exercice; or, on jouit souvent d'un droit qu'on ne peut exercer.

D. A quelle époque donc cette double capacité doit-elle exister chez le testateur?

R. La capacité de fait seulement au temps de la confection; celle de droit 1<sup>o</sup> au même moment,

2<sup>o</sup> dans l'époque successive qui le sépare du décès,  
3<sup>o</sup> à la mort.

D. Comment la faction de testament peut-elle se perdre dans la période intermédiaire?

R. Non-seulement par la perte de la cité, qui ne permet pas d'avoir un testament, mais même par la *minima capitis deminutio*.

D. Ces principes ont-ils été adoucis?

R. Oui, par le droit prétorien, qui exige la capacité de droit seulement aux deux époques extrêmes, de la confection et du décès. Titius, avant testé *paterfamilias*, est ensuite déporté ou adrogé; mais il meurt citoyen ou émancipé, c'est-à-dire encore *paterfamilias*. Le testament nul *ipso jure* est exécuté en *bonorum possessio*.

D. Quels principes règlent la capacité?

R. 1<sup>o</sup> C'est une concession qui se rattache aux droits de *commercium* et *suffragium*,

2<sup>o</sup> Compétant aux citoyens d'entière personnalité, aux *patresfamilias*,

3<sup>o</sup> Pour la manifestation de leur volonté, dans les formes de la loi,

4<sup>o</sup> Qui a pu en priver certaines personnes comme indignes.

D. Que déduit-on du premier principe?

R. Sont incapables les esclaves, les Romains captifs, les pérégrins, les déportés.

D. Pourquoi l'incapacité des esclaves?

R. Parce qu'ils n'ont nulle concession du droit civil et nulle personnalité à transmettre.

D. Le testament du captif est-il toujours nul?

R. Fait à l'étranger, toujours; mais, fait à Rome avant la captivité, il vaut, en général, grâce aux fictions admises en cas de captivité.

D. Montrez l'effet de ces fictions.

R. Ou le prisonnier rentre à Rome et reprend, par le *postliminium*, l'intégralité de ses droits, avec effet rétroactif; ou il meurt en servitude, et la loi



*Cornelia* le répute décédé au jour où il a été pris, ce qui valide encore le testament.

D. Pourquoi dites-vous donc *en général* ?

R. Il y a une troisième hypothèse, assez rare. Si, libéré de la captivité, le Romain ne s'achemine pas à Rome, il perd la cité et son testament.

D. Pourquoi les pérégrins ne testent-ils pas ?

R. Parce qu'ils ne sont pas citoyens. Toutefois l'ancienne latinité, comportant le *commercium* et, croit-on, le *suffragium*, leur permettait sans doute de tester à la romaine. Les autres pérégrins n'avaient que le testament de leur pays. Certaines gens n'en ont aucun, les latins juniens, les déditices, les *ἀπολίτες*.

D. Qui est incapable d'après le 2<sup>e</sup> principe ?

R. 1<sup>o</sup> Les femmes pendant longtemps ;

2<sup>o</sup> Les fils de famille, même si le *parens* les autorise, relativement au pécule adventice et en général aussi pour celui quasi-castrense.

D. Les femmes sont incapables de tester ?

R. Aussi longtemps qu'on le fit *calatis comitiis* on ne peut admettre que cette forme leur fût permise plus que l'adrogation passive. La forme *per æs et libram* ne compétait sans doute pas aux femmes à l'origine, du moins sans l'assistance du tuteur ; et ensuite j'ai dit que, jusqu'à Adrien, elles ne pouvaient tester qu'après avoir été épouses *in manu* et libérées, situation anormale.

D. L'incapacité des fils de famille est-elle demeurée absolue ?

R. Pour les femmes précisément, mais non pour les hommes, qui peuvent tester du pécule militaire.

D. Comment a été créée cette concession ?

R. Si on admet Auguste pour auteur du pécule castrense, les fils de famille au service en ont pu tester dès l'origine, et les vétérans seulement depuis Adrien. Pour le pécule quasi-castrense, la concession, d'abord faite à certains fonctionnaires, a été généralisée par Justinien.

D. Que déduisez-vous du troisième principe ?

R. L'impossibilité de tester pour les personnes qui ne peuvent avoir une volonté ou la manifester dans les formes légales. Ce sont les fous, excepté dans leurs intervalles lucides, les déments, les prodigues (assimilés aux fous), les impubères, les sourds et les muets, sauf les concessions de Justinien.

D. A quel moment les impubères deviendront-ils capables de tester ?

R. Dans la journée qui leur donne leurs 12 ou 14 ans. Il y a remise des dernières heures, comme en matière d'usucapion.

D. Le prodigue est-il incapable de fait ?

R. Oui, dit-on, en l'assimilant au fou ; mais, en réalité, le rite seul dont les prodigues sont incapables, et de droit, c'est la mancipation. C'est donc bien une incapacité de droit.

D. N'en ont-ils pas été relevés ?

R. Par Léon-le-Philosophe seulement, qui validait avec raison le testament où ils auraient sagement institué et loti leur postérité.

D. Qui est incapable à titre de peine ?

R. D'une incapacité absolue, les condamnés à mort et esclaves de la peine, les hérétiques, les infâmes *intestabiles*, notamment les condamnés pour adultère, concussion, *carmen famosum*, les femmes remariées avant l'an de veuvage. Le *crimen majestatis*, qui se forme même après la mort de l'inculpé, entraînant la confiscation, rend rétroactivement le condamné incapable. Justinien ayant abrogé l'esclavage de la peine, a rendu aux condamnés, hors le cas de confiscation, la *factio testamenti*.

D. Et d'une incapacité relative ?

R. 1° Les personnes dont le mariage a été annulé pour inceste et qui ne peuvent rien donner aux enfants qu'ils en ont eus ;

2° De même, la mère noble, sous Justinien, vis-à-vis du *spurius* ;

3° Le père naturel pour ses enfants et sa concubine. Cette dernière incapacité est restreinte.



## TITRE XIII.

### De l'exhérédation des descendants.

---

#### SECTION 1<sup>re</sup>. — Règles du droit civil originaire.

D. Quelles sont les obligations imposées au *parens* à l'égard de ses descendants ?

R. Il faut, à cet égard, distinguer quatre époques ; les deux dernières seront étudiées titre XVIII.

D. Quelle est la première ?

R. Un régime d'absolue liberté de tester, dans les Douze-Tables (Tab. V, 1), pour le *parens* vis-à-vis de sa postérité à qui il ne devait rien. J'ai même supposé qu'on put jadis léguer les fils de famille ; ce texte montre qu'ils étaient mis à l'état de choses.

D. Comment revient-on de cette règle ?

R. Peu après cette loi, une théorie bienveillante pour les descendants en puissance fit admettre qu'ils avaient comme un droit de propriété sur le patrimoine de la *familia*, comme l'indiqua le nom d'héritiers siens qu'ils reçurent. Cela n'empêchait pas le *parens* de frustrer leur droit de succession *ab intestat* ; mais c'était une disposition exorbitante qu'on ne pouvait suppléer. Ce devint donc une règle de forme intrinsèque des testaments, d'après les prudents sans doute, qu'on devait, à défaut d'institution, exhéredier, exproprier positivement les futurs héritiers siens.

D. Que sont donc les héritiers siens ?

R. Ce sont les personnes qui, entrées, par les noces ou des faits analogues, en puissance paternelle ou en *manus*, s'y trouveront encore, directement en général, à la mort du *parens*, réellement ou par fiction.

D. Pourquoi cela *réellement ou par fiction* ?

R. 1° Le descendant conçu au décès et qui doit entrer en puissance directe n'y est pas, mais il est héritier sien ;

2° De même de celui captif alors, s'il revient ;

3° Et de celui qui a perdu la cité par la peine ou l'émigration, s'il obtient une restitution entière.

D. Pourquoi dire *directement en général* ?

R. Parce qu'en matière d'institution, tous enfants en puissance sont appelés *heredes sui*. Mais, quant à l'exhérédation, comme pour l'hérédité légitime, ce sont ceux en puissance directe.

D. Pourquoi *par les noces ou faits analogues* ?

R. Parce que les quatre sources de la puissance paternelle et celles de la *manus plena* peuvent donner des héritiers siens qu'il faut mentionner en testant.

D. Comment le testateur le fera-t-il, ignorant quels sont les futurs héritiers siens ? Il y a plusieurs catégories de *liberi*, quant à ce ?

R. 1° Les héritiers siens présomptifs, actuellement en sa puissance paternelle directe ?

2° Les postumes, non existants à la confection et entrés ultérieurement dans ce rapport vis-à-vis du *parens* ;

3° Les quasi-postumes, descendants vivant en la puissance indirecte et entrés depuis en puissance directe.

D. Quel effet a la naissance d'un postume ou l'avènement d'un quasi-postume ?

R. La rupture du testament.

D. Cette disposition étant en faveur de l'enfant, s'applique-t-elle s'il meurt avant le testateur ?

R. Oui, encore; d'après les Sabinien, dont l'avis a prévalu.

D. Ne peut-on, pour y échapper, traiter par anticipation comme héritier sien présumé celui dont on prévoit l'entrée en puissance directe ?

R. Distinguons deux époques. Il n'était permis d'abord aucune disposition, sauf l'institution des *liberi* vivant en puissance indirecte, en dehors des héritiers siens présumés.

D. Que doit-on faire donc quant à eux ?

R. Les instituer, en tout ou partie, et, si l'on ne veut, le déclarer expressément.

D. Pourquoi ne le pouvait-on anciennement pour les descendants non nés ?

R. L'institution des personnes incertaines était prohibée et on n'admettait pas l'exhérédation vis-à-vis de ceux qui n'avaient encore nulle part au patrimoine de la famille.

D. En quels termes fait-on ces dispositions ?

R. Pour l'institution, ceux de droit commun : pour l'exhérédation, distinguons les privilégiés de ceux qui ne sont pas rapprochés du testateur à la fois par l'identité du sexe et le degré.

D. En quelle forme exhérède-t-on les premiers ?

R. 1° *Nominatim*, par une mention spéciale avec le nom ou la désignation individuelle du fils ;

2° *Pure*, c'est-à-dire sans condition, à moins qu'elle soit potestative pure, dépendant de la seule volonté du fils. Cette règle concerne aussi l'institution.

3° En répétant l'exhérédation à tous les degrés, si l'on fait des substitutions

D. Pourquoi pas sous condition ?

R. On ne peut présentement dire s'il y a exhérédation, et ce motif suffit pour faire condamner cette forme, *a fortiori* s'il y a inaccomplissement. Même décision pour l'institution *sub conditione*.

D. Le testateur ne peut-il dire : j'institue sous



condition et, pour le défaut d'accomplissement, j'exhère.

R. Non. Cette disposition est incertaine.

D. Quelle est la sanction de ces règles ?

R. La nullité du testament pour toute infraction. Au cas de substitution vulgaire, si l'exhérédation n'a pas été jointe à la première désignation d'héritiers, le testament est nul jusqu'au degré où elle a été écrite. Si on l'a, au contraire, placée à côté de l'institution et omise ensuite, le testament ne comprend qu'un degré : aucun substitué ne peut venir.

D. Comment doit-on mentionner les non-privilegiés ?

R. Mêmes règles pour l'institution. Quant aux termes de l'exhérédation, elle peut être faite *inter cæteros*, en une formule générale, comme : *liberi mei exheredes sunt*, ou *cæteri*, après avoir mentionné les fils ou quelqu'un des non-privilegiés, qui sont les filles, les petits-enfants et les femmes *in manu*.

D. Quelle est la sanction pour ces *liberi* ?

R. Elle est moins rigoureuse. Il y a seulement concours avec les institués. Si ces derniers sont des *sui*, c'est-à-dire des *liberi* en puissance directe ou médiate, les non-privilegiés omis, irrégulièrement institués ou exhérédés, prennent avec eux la part qu'ils auraient eue *ab intestat*. Si ce sont des *extranei*, pris en dehors de la *familia*, ils leur enlèvent moitié. S'il y en a des deux classes, la base du concours est mal connue. C'est ce que les textes nomment *jus adcrescendi*.

D. Pourquoi dire la part *ab intestat* ?

R. *Ab intestat*, les petits-enfants ne concourent pas également entre eux ou avec les enfants. On leur applique le principe de la représentation, en vertu duquel ceux de chaque branche ne sauraient prendre à eux tous plus que n'eût reçu leur auteur.

D. Faites l'application de ce principe.

R. Si le testateur, instituant ses deux fils, a omis

ses deux filles, elles auront chacune un quart. Mais s'ils a omis les trois enfants d'un autre fils prédécédé, ils n'ont à eux trois qu'un cinquième.

D. Pourtant vous avez dit qu'il n'y a pas de concours entre les héritiers légitimes et ceux testamentaires ?

R. Il se rencontre, surtout en fait. Ici, en droit, il n'a pas lieu ; car on feint que les omis ont été institués, et ils participent au paiement des legs.

D. Il peut y avoir avantage pour un enfant non privilégié a être omis. Supposez qu'ayant un fils et une fille, vous exhérédez le premier enfant, omettez l'autre, et instituez un étranger. Le fils n'a rien à prétendre, et la fille reçoit la moitié, en vertu du *jus adcrescendi* ?

R. Telle me semble bien la conséquence bizarre des principes. Mais le prêteur y suppléait, par la *bonorum possessio*, comme on le verra.

D. Quels privilèges ont ici les militaires ?

R. 1<sup>o</sup> J'ai dit qu'ils n'ont pas à mentionner les *liberi* ;

2<sup>o</sup> Quant à l'exhérédation passive, Auguste leur accordait de ne pouvoir la subir de leur père. Ce privilège fut ensuite rapporté.

D. Parlez des postumes. Que nomme-t-on ainsi ?

R. Un postume, en droit romain, n'est pas seulement, comme chez nous, un enfant venant après la mort de son père, mais un descendant entrant en famille après le testament.

D. Cependant les premières dispositions sur les postumes, concernent des posthumes dans le sens français.

R. Parce que le *parens* pouvait, en général, refaire son testament rompu par la naissance, de son vivant, d'un enfant postérieur à la confection, antérieur à l'ouverture ; on permit de prévoir seulement la naissance de ceux entrant en famille postérieurement aux deux époques.



D. On peut donc disposer au sujet des héritiers siens non présomptifs ?

R. La règle qu'on ne peut le faire sur une personne incertaine s'y opposait quant à ceux non nés et, pour les *liberi* vivant en puissance médiate, on avait proscrit l'exhérédation, par bienveillance, sous prétexte qu'il n'y avait pas identité entre eux avant et après leur avènement en puissance directe, leur père sortant de la famille. On admit que le *parens* pût prévoir toute entrée en puissance directe, pour éviter la rupture de son testament.

D. Y a-t-il plusieurs classes de postumes ?

R. 1<sup>o</sup> Les postumes légitimes, enfants naissant après la mort de leur père ; ce sont les premiers qu'il fut permis de mentionner, le *parens* ne pouvant refaire son testament après leur naissance ;

2<sup>o</sup> La concession fut étendue aux postumes aquiliens ; le jurisconsulte Aquilius Gallus ayant donné une formule qui se prêtait à l'institution ou exhérédation des petits-enfants engendrés par le fils et naissant après la mort à la fois du père et de l'*avus*, fictivement en puissance directe de celui-ci.

3<sup>o</sup> La loi *Junia Velleia*, rendue sous Auguste, en 763, s'occupa de l'incapacité de fait où le testateur peut être, lors de l'entrée de nouveaux descendants en puissance directe, de refaire son testament. Le premier chef permettait au *parens* de mentionner les descendants à lui naître en puissance directe après la confection, même de son vivant. Ce sont les postumes velléiens ;

4<sup>o</sup> Le second chef s'occupe, au même point de vue, des petits-enfants vivant, au temps de la confection, sous la puissance médiate du testateur, mais pouvant ultérieurement, par l'extinction de la puissance paternelle sur leur père, y entrer directement sous l'*avus*. Même raisonnement pour les arrière-petits-enfants *ex filio et nepote*. Ce sont les quasi-postumes velléiens. L'événement prévu n'est pas même la naissance, mais l'*in locum filii successio*.

5<sup>o</sup> De même pour les descendants conçus et fictivement en puissance indirecte au temps de la conception, pouvant, après leur naissance, devenir héritiers présomptifs. C'est une combinaison faite par le jurisconsulte Julien des deux chefs de la loi *Junia Velleia*, et on appelle ces descendants les postumes Juliens.

6<sup>o</sup> Les *postumi alieni* sont tous enfants non nés, ne devant pas entrer dans notre *familia*, fussent-ils conçus de nos filles et des épouses de nos fils émancipés ou donnés en adoption. S'il n'y a pas à les exhédrer, l'institution n'en est pas non plus permise.

D. Comment exhédré-t-on les postumes ?

R. Ce fut d'abord comme pour les descendants vivants en puissance directe : *nominatim*, quand on attendait un fils ; *inter cæteros*, pour les non-privilegiés. Mais l'usage prévalut de les diviser seulement d'après le sexe et on exigea l'exhédration nominative, même pour les petits-fils postumes Aquiliens. Cette règle étant sans doute admise déjà sous Auguste, la loi *Junia Velleia* y est conforme pour tous les mâles ; pour les filles ou petites-filles, elle exige qu'en dehors de l'exhédration *inter cæteros*, il y ait quelque legs pour elles, afin de témoigner qu'on a prévu leur agnation.

D. N'admit-on pas une autre différence des héritiers siens présomptifs aux postumes ?

R. Oui, au cas d'institution conditionnelle. La condition accomplie à leur avènement, l'institution était bonne.

D. La situation des postumes n'est-elle pas meilleure que celle des descendants vivants ?

R. Oui, pour quelques-uns. Une fille vivante en puissance directe omise au testament où l'on institue un *extraneus*, n'a que la moitié des biens de son père. Si elle est en puissance indirecte et opère l'*in locum filii successio* elle rompt le testament et recueille le tout.

SECTION 2°. — *Droit des préteurs et des empereurs.*

D. A quoi tendit ici le droit prétorien ?

R. Exagérant les créations des jurisconsultes, qu'il avait aidés, le préteur tendit à humaniser encore les testaments, en exigeant la mention pour un plus grand nombre de descendants et d'une façon plus spéciale. Puis il modifia la sanction.

D. Quel est le principe des mentions nouvelles ?

R. Le préteur rescinde les faits qui ont provoqué la sortie de la famille, et sans lesquels on serait en puissance directe, pourvu que leur objet soit encore un citoyen et non placé *in extranea familia*. Ainsi, un fils a été donné en adoption, il faudra distinguer s'il est sorti ou non de la famille adoptive ; au premier cas, le préteur le répute en puissance de son *parens naturalis*, sans préjudice des devoirs de l'adoptant de pupille, en droit civil. Au second cas, l'enfant est héritier sien présomptif en la nouvelle famille et il ne s'en occupe pas.

D. Est-il nécessaire que l'enfant mis en adoption, *in manu*, soit encore en puissance étrangère ?

R. Non ; le *pater adoptivus* mort et lui ayant laissé succession comme héritier sien, il est encore *in extranea familia* ; il est sorti de puissance *non capite diminutus* et conserve ainsi l'agnation en sa nouvelle famille.

D. Quels descendants sont ainsi restitués ?

R. 1° Ceux donnés en adoption ou en *manus*, en *mancipium* fictif ;

2° L'émancipé et son épouse naguère *in manu* ;

3° Les petits-enfants qu'on n'a jamais eus en sa puissance, étant nés d'un fils mis hors de la famille, et mort depuis ;



4<sup>o</sup> Devenu *paterfamilias*, par l'émancipation directe ou l'adoption suivie d'émancipation, on doit mentionner ses enfants ou ses petits-enfants privés de père, restés en puissance de l'*avus* qui vous a libéré;

5<sup>o</sup> Ou sortis aussi de la famille.

D. Comment se fait ici l'exhérédation ?

R. Il y eut, je crois, deux époques. L'exhérédation nominative fut d'abord un privilège du sexe; les filles et petites-filles étaient valablement exhérédées *inter cæteros*. Puis, le préteur exigea pour tous l'exhérédation nominative (Ulpien. Reg. XXII, § 23. Inst. II, XIII, §§ 3 et 5.)

D. Quelle est la sanction, d'après lui ?

R. Pour l'omission d'un privilégié, l'inexécution du testament; mais en certains cas seulement, si elle est conforme à l'équité. Si l'enfant omis ne vit pas jusqu'à l'ouverture, ou s'abstient de demander l'hérédité prétorienne, *bonorum possessio*, le testament s'exécute.

D. Et quant aux non-privilégiés ?

R. Il y a eu deux époques. C'était d'abord la même sanction, sans distinguer. Une constitution d'Antonin, confirmant les règles précédentes, divisa les descendants d'après leur sexe, comme les postumes. Les mâles purent recevoir la *bonorum possessio* entière, les femmes pour moitié.

D. Même vis-à-vis des *sui* institués ?

R. Ceux-ci peuvent la demander aussi; ils peuvent même, pour la part qu'elle leur donnerait, déterminée *ab intestat*, faire maintenir le testament. La différence est qu'ils exécutent les legs.

D. Les *bonorum possessores* en sont donc déchargés ?

R. Oui, sauf exception en faveur des legs faits aux parents en ligne directe et du *legatum dotis* à l'épouse.

D. Quel nom porte cette *bonorum possessio* ?

R. Le demandeur doit distinguer s'il y a testa-



ment en forme prétorienne ou non, fût-il nul d'après le droit civil, fait sans *mancipatio familiæ* ou *nuncupatio hæredis*. Au premier cas, il doit demander la possession testamentaire *contra tabulas*; au second, celle *ab intestat unde liberi*.

D. N'y avait-il pas une injustice à éviter dans les restitutions du préteur aux enfants libérés ?

R. Oui. Ils ont pu faire une fortune personnelle, tandis que toutes les acquisitions de ceux restés en puissance ont constitué une part du patrimoine paternel, accru l'hérédité.

D. Comment le préteur règle-t-il le concours ?

R. En imposant aux *bonorum possessores* la *collatio bonorum*, le rapport de tous les biens qu'ils n'auraient pas acquis pour eux-mêmes, s'ils fussent demeurés en la même puissance que ceux avec qui ils vont concourir. C'est la masse ainsi constituée qui se partage.

D. Le restitué fait-il toujours ce rapport ?

R. 1<sup>o</sup> Il ne le doit qu'aux héritiers siens, non aux autres restitués, appelés seulement par le préteur ;

2<sup>o</sup> Et à condition encore que son concours préjudicie à l'héritier sien, ce qui n'est pas toujours.

D. Montrez cela par un exemple ?

R. Nous le verrons mieux aux successions *ab intestat*. Mais supposons trois fils : 1<sup>us</sup>, 2<sup>us</sup>, 3<sup>us</sup>, les deux premiers émancipés : 1<sup>us</sup> sans postérité ; 2<sup>us</sup> ayant des enfants, qu'il a laissés en puissance paternelle de l'*avus*. *Primus* et 2<sup>us</sup> ne se doivent pas la *collatio bonorum*, parce qu'ils ne sont pas héritiers siens. *Secundus* ne la doit pas à 3<sup>us</sup>, que ses enfants eussent réduits à prendre une part virile que le concours de 2<sup>us</sup> n'altère pas. *Primus* la fait à tous les héritiers siens et 2<sup>us</sup> à ses enfants qu'il réduit de 1/3 à 1/6.

D. Suffit-il que les descendants prétoriens soient institués en une mesure quelconque ?

R. Oui, même minime. Mais si quelque autre a



été omis et s'abstient de demander la *bonorum possessio*, on y admet les institués, dans la mesure que j'ai déterminée. Tel est, ce me semble, le correctif au résultat bizarre de la règle civile au cas signalé plus haut, ou un *extraneus* a été institué vis-à-vis d'un fils exhérédé et d'une fille omise. Le droit à demander la *bonorum possessio contra tabulas*, étant né pour elle, compète aussi à l'exhérédé.

D. Résumez les différences de cette législation avec le droit civil originaire.

R. 1<sup>o</sup> Le droit civil originaire ne prescrivait d'instituer ou exhériter que les descendants qui se trouvaient héritiers siens à l'ouverture du testament. On étendit ensuite cette exigence, avec le préteur, à ceux qui l'eussent été, abstraction faite des actes dissolvant la puissance paternelle :

2<sup>o</sup> L'exhérédation nominative, exigée pour les fils, le fut pour tous les *liberi* ;

3<sup>o</sup> La présence *in familia* de l'héritier sien omis rompait toujours le testament. Il n'en sera plus ainsi qu'autant qu'il vient demander la *bonorum possessio* ;

4<sup>o</sup> La sanction des règles sur la mention des *liberi* ne fut l'inexécution du testament que pour les privilégiés à l'origine. Elle fut accordée à tous les *bonorum possessores* par le préteur, puis restreinte à la moitié, pour les femmes, par le droit impérial.

5<sup>o</sup> En droit civil le concours avec les institués, qui appartient à tous les non-privilégiés omis, maintient le testament, leur donne le titre d'héritiers et les soumet au paiement des legs. La *bonorum possessio* partielle, avec les *extranei*, au contraire, n'appartient qu'aux filles, ne les fait point héritières et ne les assujettit qu'au paiement de certains legs ;

6<sup>o</sup> Le préteur admet l'institution des *postumi alieni*, pour qu'on puisse instituer ensemble, par exemple, ses petits-enfants à naître des filles ou des émancipés, aussi bien que des fils restés en puissance.

D. Justinien n'a-t-il pas refait ici les lois ?

R. Oui, 1<sup>o</sup> sur les règles de forme, 2<sup>o</sup> la sanction de ces règles, 3<sup>o</sup> l'adoption.

D. Qu'a-t-il fait pour le premier point ?

R. L'exhérédation doit être nominative pour tous les héritiers siens.

D. Quelle est la sanction ?

R. L'irrégularité rend le testament nul, au chef des institutions ou substitutions ; mais il est exécuté pour le surplus : legs, affranchissements, etc.

D. Quelles réformes concernent l'adoption ?

R. 1<sup>o</sup> C'est qu'elle ne fait pas toujours, comme jadis, sortir l'enfant de sa famille. Quand cet effet ne sera pas produit, ce dont on juge au décès du *parens*, s'il s'agit d'un descendant en puissance indirecte, il aura dû mentionner ;

2<sup>o</sup> Dans le cas où le *parens naturalis* aura eu cette obligation, le *parens adoptivus* en sera exempté, sauf les obligations contractées par lui dans l'adrogation Antonine.

D. L'obligation d'instituer ou exhéréder n'a-t-elle pas été étendue aux ascendants dénués de puissance ?

R. Ils peuvent exhéréder *silentio*. Mais ils eurent ensuite un autre devoir plus rigoureux que la mention, celui d'instituer ou tout au moins gratifier l'enfant. Nous verrons, au titre XVIII, ce sujet, qui se rattache au nôtre.



## TITRE XIV.

### Institution d'héritier. (De ses modalités, de la division de l'hérédité.)

#### SECTION 1<sup>re</sup>. — *Qui peut être institué.*

D. Qu'est-ce qu'instituer héritier ?

R. Désigner une ou plusieurs personnes, à qui passera, avec l'ensemble des biens, la personnalité du défunt.

D. Quelles règles gouvernent l'institution ?

R. Des règles de forme intrinsèque et extrinsèque.

D. Quelles sont les règles intrinsèques ou de fond ?

R. 1<sup>o</sup> L'institution doit avoir lieu d'une personne capable, pour jouer le rôle du défunt ;

2<sup>o</sup> Et qu'il ait pu instituer ;

3<sup>o</sup> Il a dû éviter certaines modalités.

D. Qui peut-on instituer héritier ?

R. Ceux avec qui on a faction de testament, en principe les citoyens de tout sexe et tout âge.

D. Quelles sont les incapacités ?

R. Il faut distinguer, comme en matière de témoignage testamentaire, celle absolue, qui ne permet l'institution en aucun testament et celle relative qui permet d'être héritier de tout le monde, sauf quelques personnes, que j'ai désignées comme incapa-



bles, à titre relatif, de tester. Les deux choses se répondent.

D. Citez les incapacités absolues.

R. Elles frappent : 1<sup>o</sup> les personnes incertaines;

2<sup>o</sup> Les pérégrins et les déportés;

3<sup>o</sup> Les femmes en certains cas ;

4<sup>o</sup> Les *intestabiles* ;

5<sup>o</sup> Les enfants mâles des condamnés pour lèse-majesté, les apostats ou hérétiques ;

6<sup>o</sup> Le néant, c'est-à-dire les morts, les *corpora* sans personnalité, comme les municipes, les dieux, l'esclave sans maître capable, etc.

D. Et les incapacités relatives ?

R. 1<sup>o</sup> Les parents incestueux et leurs enfants, dans le rapport les uns des autres ;

2<sup>o</sup> L'enfant *spurius*, vis-à-vis de la femme noble;

3<sup>o</sup> L'esclave impliqué dans une accusation d'adultère avec la *domina*, vis-à-vis d'elle ;

4<sup>o</sup> Les adultères, entre eux et leurs enfants ;

5<sup>o</sup> L'empereur institué dans un but de spéculation, par exemple, parce qu'on a un procès pendant devant lui ou sur lequel le magistrat l'a consulté ;

6<sup>o</sup> Les enfants naturels, leur mère, vis-à-vis du concubin; (C. C. art. 757 et s.)

7<sup>o</sup> le conjoint vis-à-vis du conjoint remarié, ayant des enfants d'un premier lit. (C. C. art. 1098 et s.) Les deux dernières incapacités sont partielles.

D. Que sont les personnes incertaines ?

R. Celles indéterminées, dont le testateur n'a pu se représenter l'individu ou qui n'en ont pas. Un être simplement conçu n'a pu être déterminé pour le testateur. De même s'il a institué le premier qui viendrait à ses funérailles, etc. Les sociétés, les temples, les municipes, étaient incapables, à l'origine, au même titre, ainsi que tous les postumes et les morts.

D. Quelles dérogations furent donc admises ?

R. Un certain nombre de fictions rendirent la

capacité à beaucoup de ces personnes sans individu. On permit aux municipes et collèges d'accepter l'hérédité de leurs affranchis, puis, sous Léon, celle de tous autres, à raison de la personnalité morale, qu'on leur concédait, sauf aux sociétés ordinaires. Le *postliminium* permettait au captif de recueillir. On admit des exceptions pour certains dieux. Enfin, Constantin a donné la faction de testament passive à tous monastères, églises, hospices.

D. De quand date l'incapacité des femmes ?

R. De la loi *Voconia*, plébiscite rendu l'an 585, sur la proposition de Caton l'Ancien. Nul citoyen de la première classe, ayant un patrimoine de plus de 100,000 as, ne pouvait instituer une femme comme héritière, même pour partie.

D. Pourquoi cette restriction ?

R. A raison, disait-on, de la vocation au tout, au moins éventuelle, que comporte l'institution, les femmes pourraient arriver à l'universalité.

D. Pourquoi ne veut-on les voir riches ?

R. C'était, suivant moi, pour assurer la situation des familles, en maintenant la fortune à l'agnation, qui les constitue et ne peut venir que des mâles, au lieu de l'épancher dans les souches féminines qui s'en détachent à chaque génération; ou, plus précisément, c'était pour conserver le nombre des inscrits à la première classe du cens.

D. Celui qui a faction de testament recueille-t-il toujours le bénéfice de l'institution ?

R. Non; d'après les lois caducaires, il faut avoir le *jus capiendi*.

D. Qu'est-ce que les caducaires ?

R. Les lois Julia, Papia Poppea et Junia Norbana, qui se rapportent à l'époque d'Auguste et qui, en vue d'assurer l'état et la perpétuation des familles, ont privé certaines personnes du droit de recueillir les libéralités testamentaires et permis aux autres gratifiés de prendre les *caduca* à leurs dépens.



Domitien retire aussi le *jus capiendi* aux femmes de mauvaise vie, que les militaires mêmes ne pouvaient instituer avec effet.

D. Quel intérêt peut-il y avoir à distinguer l'incapable de l'homme privé du *jus capiendi* ?

R. 1<sup>o</sup> L'incapacité est toujours intégrale, tandis qu'il n'en est pas ainsi de la déchéance ;

2<sup>o</sup> L'incapacité est définitive ; en général celui qui a la faction de testament et non le *jus capiendi* peut se mettre en règle durant la période accordée à quelques uns et dite *vacatio* ;

3<sup>o</sup> Pour rendre sa situation plus favorable, on peut faire l'institution : *cum capere potuerit*. Une telle précaution serait impuissante pour un incapable ;

4<sup>o</sup> Le testament où un incapable est institué ne reçoit nulle exécution ; celui fait en faveur d'une personne privée du *jus capiendi*, est exécuté non-seulement quand elle l'a pour moitié, mais même quand, d'autres ayant le *jus caduca vindicandi*, il n'est pas *desertum* ;

5<sup>o</sup> Et même en ce cas, il a pu révoquer un précédent testament.

D. Les esclaves ne sont-ils pas tous incapables ?

R. Il faut distinguer le *servus proprius*, toujours capable, du *servus alienus* qui a capacité *ex persona domini*. On peut donc instituer l'esclave d'un citoyen, non celui d'un pérégrin ou, jadis, d'un temple, d'un municipe.

D. A quelles conditions est capable le *servus proprius* ?

R. 1<sup>o</sup> C'est comme affranchi. Il fallait lui assurer la liberté par un affranchissement testamentaire direct ; il n'eût pas suffi de l'affranchir après la confection ;

2<sup>o</sup> Il faut donc avoir, à ce moment et à celui du décès, le domaine quiritaire sur l'esclave, à moins qu'ayant écrit l'affranchissement direct dans le testament on l'ait anticipé.

D. L'affranchissement entre-vifs modifie-t-il toujours l'effet normal de cette institution ?

R. Non ; si le maître n'a pas réuni les conditions exigées outre le *dominium* et a fait un latin junion, esclave en droit strict. Celui-ci reste alors *heres necessarius* et ses acquisitions servent de gage aux créanciers héréditaires.

D. Pourquoi exigeait-on ce domaine ?

R. 1<sup>o</sup> De droit commun pour affranchir *testamento* ;

2<sup>o</sup> Et même, d'une façon générale pour rendre l'esclave citoyen, ce qui est indispensable afin qu'il soit héritier.

D. Exige-t-on ces conditions-là, sous Justinien ?

R. Non. La distinction des deux domaines a disparu, et, quand l'institution du *servus proprius* ne peut valoir qu'avec la liberté, le maître est censé l'avoir donnée. Il suffit d'avoir eu l'esclave en propriété au décès ;

D. Y a-t-il quelque intérêt à distinguer le cas où il a anticipé l'affranchissement testamentaire ?

R. Oui. En ce cas, l'institué est un affranchi, qui peut *adire arbitrio suo* et refuser l'hérédité. Mais, resté esclave, il est *heres necessarius*.

D. Et si le testateur avait aliéné l'esclave ?

R. L'affranchissement serait alors non avvenu ; mais il subsisterait une institution d'un *servus alienus*.

D. Comment expliquer cette anomalie ?

R. Par les règles différentes sur la révocation des institutions, qui ne se fait que par testament et celle des legs, qui résulte de l'intention.

D. L'affranchissement est-il valable si, en dehors du *dominus*, il y a un usufruitier ou un possesseur de bonne foi ?

R. Oui, sauf l'acquisition des fruits consommés par le possesseur de bonne foi, jusqu'au décès, et pour l'usufruitier, les services jusqu'à l'extinction de son droit.

D. S'il y a un copropriétaire ou quelqu'un ayant l'*in bonis* ?

R. L'esclave *in bonis* n'acquiert que la faculté de se racheter ; mais il est *statu liber*. Quant à ceux qui ont le domaine quiritaire avec le testateur, il y a accroissement pour eux dans l'ancien droit ; sous Justinien, l'esclave est libre et paie l'indemnité.

D. Les choses se passent-elles toujours ainsi ?

R. Cela dépend de l'intention du testateur. Il a pu considérer l'esclave comme *servus alienus* ; l'institution pouvant avoir effet sans l'affranchissement, il ne sera pas suppléé, l'esclave accroîtra aux copropriétaires si le défunt n'a pas manifesté la volonté qu'il fût libre, et leur apportera l'héritage, s'ils veulent.

D. Peut-on toujours instituer le *servus proprius* ?

R. Oui, sauf les cas de la femme adultère et de l'incapacité du fou, du mineur de vingt ans, etc.

D. Quand peut-on instituer le *servus alienus* ?

R. Quand on pourrait instituer le maître, qui recueillera, s'il veut donner le *jussus adeundi*. Il en serait de même du *servus fructuarius* ou possédé de bonne foi, si l'on a voulu gratifier l'usufruitier, le possesseur.

D. Est-il donc indifférent d'écrire le nom de l'esclave ou de la personne libre qui acquerra par lui ?

R. 1<sup>o</sup> Le maître vivant et institué peut faire l'addition lui-même ou par la bouche de l'esclave ; si c'est l'esclave, l'institution est nulle, s'il avait péri ; elle est perdue, s'il s'enfuit.

2<sup>o</sup> Le maître institué reste héritier, tandis que l'institution conférée à l'esclave *ambulat cum domino*. Le maître, au temps du décès, n'y a pas plus de droit acquis que celui au temps de la confection. Les choses restent en suspens jusqu'à l'addition faite *jussu*, si l'institution est pure, sinon jusqu'à l'événement de la condition, et alors l'hérédité est pour le



maître qui aurait acquis l'esclave depuis l'adition, ou pour lui-même s'il est affranchi, la condition en testament n'ayant pas d'effet rétroactif.

3<sup>o</sup> On peut instituer l'esclave d'un citoyen mort et non le défunt lui-même.

D. Quel effet a cette institution ?

R. Sa validité tient à la fiction *hereditas personam defuncti sustinet*; de même pour l'esclave d'un *venter*. Il faut, en tout cas, qu'on eût la faction de testament avec le maître et père défunt. L'acquisition est pour l'héritier futur ou l'enfant conçu, ce qui fournit le moyen d'instituer parfois un *postumus alienus*.

D. Et si on institue le *servus communis* ?

R. L'acquisition, en général, est pour tous ses maîtres, au *prorata* de leurs parts de propriété. Elle est partielle s'ils ne donnent pas tous le *jussu ad-eundi*.

D. La règle reçoit-elle d'autres exceptions ?

R. 1<sup>o</sup> Si l'institution est faite *in contemplatione unius*, comme si le testateur ignorait la copropriété ;

2<sup>o</sup> S'il n'avait pas faction de testament avec tous ;

3<sup>o</sup> Si l'esclave étant en usage, en usufruit ou possédé de bonne foi, l'institution faite *in contemplatione fructuarii* ne serait pour nul des maîtres.

D. Quel est l'effet de l'institution des fils de famille ?

R. A peu près le même que celui des esclaves. Distinguons s'il s'agit d'un *filius proprius* ou *alienus*.

D. Parlez du *filius proprius*.

R. 1<sup>o</sup> S'il est en puissance même non directe du testateur mourant, il est *heres necessarius* ;

2<sup>o</sup> Si après l'institution le testateur l'a émancipé, il peut *adire arbitrio suo* ;

3<sup>o</sup> S'il l'a donné en adoption, en *mancipium* ou s'il s'agit d'une fille mise *in manu* et que la loi *Vocunia* n'atteint pas, c'est le cas du *filius alienus* ;



4o Si l'institué est, au décès du *parens*, *in potestate alterius recasurus*, il est encore héritier nécessaire et fait acquérir l'hérédité *invito etiam parenti*.

D. Parlez du *filius alienus*.

R. L'acquisition de l'hérédité n'a lieu jadis et entièrement que pour le *parens* ordonnant l'adition. Plus tard, en ce cas, il n'en a que l'usufruit, parce que les hérédités offertes au fils de famille tombent dans son pécule adventice. Si le *parens* refuse le *jussus*, les mâles peuvent passer outre et acquièrent alors en pleine propriété. Quand, par l'effet de l'adoption, de l'assignation d'enfant ou de la dation en *manus*, un fils ou fille a changé de main, l'hérédité aura été en suspens jusqu'à l'adition ou l'événement de la condition.

D. Quand le *parens*, dans l'ancien droit, n'avait pas voulu autoriser l'adition de l'hérédité, était-elle perdue pour le fils plus tard libéré?

R. Non, il pouvait faire l'adition même dans le cas où son *parens* lui avait précédemment imposé une répudiation. Il en était de même pour l'esclave affranchi. Quand l'hérédité avait été *adita* par d'autres appelés, il devait y avoir restitution prétorienne, subordonnée à un délai déterminé.

## SECTION 2<sup>e</sup>. — *Formes et modalités de l'institution.*

D. Quelles sont les règles de forme extrinsèque de l'institution d'héritiers?

R. Ces règles concernent les termes de l'institution et la place qu'elle doit avoir au testament.

D. Quelle est cette place?



R. Jadis jusqu'à Justinien, à raison des anciennes formes du testament, il devait débiter par l'institution. La sanction est la nullité des clauses qui la précèdent ; du tout, si elle est à la fin.

D. N'admit-on pas des exceptions ?

R. 1<sup>o</sup> Pour l'exhérédation : ce qui était logique ;

2<sup>o</sup> Pour la désignation de tuteur, d'après les Proculéiens, parce qu'elle ne concernait pas les biens. Sous Justinien le rang importe peu.

D. Quelles dispositions concernaient les termes ?

R. Ils devaient être impératifs : *Ritius heres esto*, ou même *Ritius heres sit*, *Ritium heredem esse jubeo*. Ce sont *imperativa verba* ou *civilia* parce qu'ils donnaient seuls l'hérédité ; ou enfin *directa*, parce qu'ils la donnaient du moins directement. Sous Auguste, on admit un effet des *verba obliqua*, comme je l'ai dit à l'affranchissement testamentaire.

D. Quelles modifications furent admises ?

R. Indépendamment du fidéicommiss, effet attaché aux *obliqua verba*, Constantin II, en 339, abolit les termes sacramentels dans l'institution directe ; il suffit qu'ils restent impératifs. Plus tard encore on y admit la langue grecque.

D. Parlez des modalités qui peuvent affecter l'institution d'héritier ?

R. Il y a deux modalités principales : le terme et la condition, qui se doublent, en ce que la condition peut être ce que nous nommons suspensive ou résolutoire : le terme, de même est *certus* et *incertus a quo* ou *ad quem*.

D. Expliquez ces diverses espèces de modalités.

R. 1<sup>o</sup> La condition est un événement futur et incertain à la réalisation, duquel on subordonne la naissance d'un droit réel et personnel. On y peut aussi subordonner l'extinction d'un droit qui naît présentement et purement. Les Romains ont reconnu la seconde combinaison ; mais ils qualifient conditionnelle la première seule.

2° Le terme est un événement futur, à l'arrivée duquel on subordonne l'exercice (*dies a quo*), ou l'extinction (*dies ad quem*), d'un droit réel ou personnel. Il est certain ou incertain, suivant qu'on sait ou non d'avance l'époque de l'événement.

D. Ces modalités sont-elles toutes admises ici ?

R. Une seule l'est, au contraire, savoir la condition proprement dite, ou suspensive, et une espèce de terme équivalente, le *dies incertus a quo*.

D. Donnez des exemples des modalités proscrites.

R. 1° *Titius, post quinquennium, heres esto.*

2° *Titius, ad quinquennium, heres esto*, ce sont deux exemples de terme certain, l'un *a quo*, l'autre *ad quem*.

3° *Titius, usque ad Lucii Seii præturam, heres esto*, condition résolutoire, Lucius Seius pouvant n'être pas préteur.

D. Pourquoi admet-on le terme incertain ?

R. A cause de son équivalence à la condition ; aussi est-ce seulement celui *a quo*, équivalent à la condition suspensive et dont on dit : *Dies incertus conditionem in testamento facit*. Par exemple : Titius sera héritier quand Lucius Seius mourra. Cet événement peut se produire :

1° Du vivant du testateur, où il est indifférent ;

2° Après la mort de Titius, qui ne pouvait plus alors hériter ;

3° Entre la mort du testateur et celle de l'héritier, seule période où il puisse, on le voit, avoir de l'intérêt. Mais l'arrivée de l'événement en cette période est évidemment incertaine. C'est cela qui fait la condition.

D. Pourquoi proscrire les autres modalités ?

R. A raison de la règle : *nemo partim testatus...*, notamment quant au temps.

D. Quelle différence peut-on faire à cet égard entre le *dies certus a quo* de dix ans, par exemple, et le *dies incertus a quo*, ou la condition qui n'arriverait qu'après ce laps ?

R. Au premier cas, comme la durée en serait connue d'avance, il faudrait appeler les héritiers *ab intestat*; tandis que la suspension qui résulte de la condition pouvant finir incessamment, on s'en tient pour l'*interim* à la fiction *hereditas... sustinet*, et on n'a pas le concours successif des deux hérédités.

D. Qu'est-ce qui démontre bien cela?

R. C'est que le militaire, relevé de la règle ci-dessus, peut user de toutes les modalités proscrites.

D. N'y a-t-il pas d'autres divisions des conditions?

R. Oui, moins importantes. On distingue celles positives ou négatives, selon qu'on suppose qu'un événement arrivera ou n'arrivera pas; celles possibles, impossibles ou illicites.

D. Quel intérêt a la dernière division?

R. Les conditions impossibles sont réputées non écrites dans les testaments, à moins que l'auteur en ait bien connu la nature, ayant alors voulu railler.

D. Et la première division?

R. On a pu vous instituer sous certaines conditions négatives, constituant des charges d'abstention, auxquelles vous pouviez contrevenir toute votre vie; en ce cas l'ancien droit décidait que l'héritier ne pouvant jamais invoquer l'accomplissement, ne devrait non plus *adire*.

D. Quelle réforme a donc été faite?

R. Celle du prêteur Mutius, dite la caution mutienne, et créée d'abord pour les legs. Elle consiste à remettre le patrimoine à l'héritier, qui donne caution à ceux légitimes de le leur restituer en cas d'inaccomplissement, s'il contrevient.

D. N'y a-t-il pas nullité des institutions faites dans un but qu'on peut comparer aux modalités?

R. Oui, ce sont celles captatoires ou faites *pænæ nomine* ou offertes à l'empereur; celles sous conditions perplexes ou potestatives pures pour un tiers. Pour ces dernières, c'est que le testateur a dû vouloir et comprendre l'institution.



D. Expliquez les autres avec des exemples.

R. 1° « J'institue Titius pour la part qu'il m'aura faite en son testament, » disposition captatoire, prohibée encore sous Justinien.

2° « Si Titius, mon héritier, se marie, je lui adjoints Mævius, » ou : « je lui substitue Mævius, » dispositions faites dans un but non bienveillant, mais hostile, pour contraindre l'héritier, quelquefois à mal faire. Longtemps proscrites, ces dispositions sont maintenues par Justinien, si elles ne portent pas à faire quelque chose d'impossible, d'illicite, d'immoral.

3° Les premiers empereurs acceptaient les institutions faites par une spéculation honteuse pour sauver un testament nul, pour gagner un procès. Pertinax a réformé cet abus scandaleux.



#### SECTION 4°. — *Division de l'hérédité.*

D. Peut-on faire ensemble plusieurs héritiers ?

R. Oui, le caractère de l'institution ne se refuse pas à ce qu'on divise ainsi sa personnalité.

D. Comment peut-on faire la répartition ?

R. La plus grande latitude est laissée au testateur, sauf qu'il doit distribuer l'entier patrimoine.

D. Qu'arrive-t-il si, dans les fractions indiquées par lui, il y a plus ou moins que l'entier ?

R. On les y ramène en faisant aux héritiers, sur les parts, une bonification ou réduction. Pour éviter l'inexactitude, le testateur peut faire les lots sans indiquer de fraction.

D. Mais s'il veut faire des parts inégales ?

R. 1° Il peut écrire le numérateur seulement de la fraction, en donnant trois parts à Titius, une à



Primus, une à Secundus, une à Tertius, s'il veut que Titius ait trois fois plus. Le total fournit le dénominateur.

2<sup>o</sup> Il peut encore réunir par la conjonction certains cohéritiers en une personne collective, en disant : « une part à Titius, une autre à Primus, Secundus, Tertius, » de façon que l'un ait trois fois plus.

D. Quel était le total des parts et le dénominateur usuellement adoptés à Rome ?

R. C'était 12, à raison du système des pesées. On appelait l'hérédité une livre, *as hereditarius*, et on la divisait aussi en douze onces. Des expressions spéciales indiquaient toutes les fractions, depuis l'once jusqu'à l'entier.

D. Rappelez ces expressions.

R. *Uncia*, — *sextans*,  $\frac{1}{6}$ , ou deux onces, — *quadrans*,  $\frac{1}{4}$ , trois onces, — *triens*,  $\frac{1}{3}$ , quatre onces, — *quincunx*, cinq onces, — *semis*,  $\frac{1}{2}$ , — *septunx*, sept onces, — *bes* (bis triens),  $\frac{2}{3}$ , huit onces, — *do-drans*, (*demo quadrans*),  $\frac{3}{4}$ , neuf onces, — *dextans* (*demo sextans*),  $\frac{5}{6}$ , six onces, — *deunx*, (*demo uncia*), onze onces, — *as*, l'entier.

D. Quel est l'avantage de ce système ?

R. L'avantage sérieux se trouve dans un cas où il est le seul moyen de déterminer le partage ; savoir quand, après avoir institué des héritiers apportionnés, on en a inscrit d'autres sans part déterminée. Par exemple : Primus pour *triens*, secundus pour *quadrans*, Tertius pour une once, et Quartus. La part de ce dernier est ce qui manque à l'*as*, soit *triens*,  $\frac{1}{3}$ , quand même le testateur n'eût pas employé ces termes.

D. Mais ce procédé peut-il résoudre toutes les incertitudes ? Supposez qu'il y ait plus de douze parts distribuées et plus d'un héritier à lotir.

R. 1<sup>o</sup> Dans le premier cas, *ex asse fit dupondius* ; s'il a été distribué 12 ou 18 parts, l'héritier non loti a l'appoint de 24, soit 12 ou six onces ; si l'on atteint ou dépasse 24, le dénominateur est 36, etc.



2<sup>e</sup> On fait un groupe des héritiers non lotis, ou plusieurs groupes, s'il y a des conjonctions, et on leur applique l'appoint.

D. Faites un exemple de ce calcul.

R. Le testateur a distribué douze onces et institué Titius, puis ensemble Primus, Secundus, Tertius. L'hérédité forme un dupondius, dont l'appoint est 12 onces. Titius en aura six, et Primus, Secundus, Tertius s'en distribueront six.

---

## TITRE XV

(Des substitutions en général). De la substitution vulgaire.

---

### SECTION 1<sup>re</sup>. — Généralités.

D. Qu'est-ce que la substitution ?

R. L'institution constitutionnelle d'héritier de degré secondaire, une sous-institution pour des biens dont le testateur a le droit de disposer.

D. Y en a-t-il plusieurs espèces ?

R. On distingue d'abord celles proprement dites ou directes et celles fidéicommissaires ; ensuite, il y a plusieurs espèces de celles directes.

D. Pourquoi les substitutions directes sont-elles les vraies substitutions ?

R. Parce que la substitution doit être directe et impérative, comme l'institution et que celles fidéicommissaires, auxquelles on donne improprement le nom de substitutions, sont des dispositions précatives et obliques, comme tout fidéicommis.

D. Combien compte-t-on d'espèces de substitutions directes ?

R. Trois, qui sont celles vulgaire, pupillaire, quasi-pupillaire.

D. D'où sont nées les substitutions ?

R. De l'usage seul, sauf la troisième espèce.

D. Par qui et pour qui peuvent-elles se faire ?

R. Les substitutions étant des espèces de l'institution, sont soumises aux règles de forme intrinsèque des testaments et doivent se produire avec les formes extrinsèques de l'institution. Ainsi, le substituant doit avoir la *factio testamenti* absolue et relative, le substitué la *factio testamenti* passive. La substitution doit être renfermée dans un testament, en général, et s'il n'est pas nécessaire qu'elle suive immédiatement l'institution, elle a été soumise aux mêmes règles sur les termes.

D. Pourquoi dites-vous *en général* ?

R. Parce qu'on permet de faire dans un autre acte testamentaire, le codicille confirmé, l'une des substitutions directes, celle pupillaire. —



SECTION 2°. — *Règles de la substitution vulgaire.*

D. Qu'est la substitution vulgaire ?

R. L'appel d'héritier au second rang, au troisième, etc. pour le cas du défaut de l'institué ou des premiers substitués.

D. Pourquoi la nomme-t-on vulgaire ?

R. Parce qu'elle peut être employée, en tout testament, en faveur de quiconque peut être institué.

D. Citez la première règle de la substitution.

R. C'est qu'on peut l'employer indéfiniment, pour mieux assurer l'exécution de ses volontés. Chaque substitution des héritiers d'un nouveau rang prend le nom de degré. La substitution du premier est destinée à subvenir à l'institution; celle du second degré à remplacer les substitués du premier, etc.

D. Quelle est la deuxième règle ?

R. On peut varier à chaque degré le nombre d'appelés, substituer *uni plures*, et *vice versa*.

D. N'y a-t-il pas plusieurs combinaisons encore ?

R. 1° D'abord on peut substituer *singuli singulis*, trois substitués et trois institués individuellement;

2° *Omnes uniuersique*, les trois substitués tous ensemble à chacun des institués, venant à défaillir :

3° Faire enfin ces deux combinaisons sans noms nouveaux et au profit des institués mêmes. Si on les appelle ainsi *omnes uniuersique*, tous à défaut l'un de l'autre, il y a là une sorte particulière de substitution, nommée réciproque dans l'École.

D. Quelle est la troisième règle ?

R. On ne peut employer dans la substitution que les modalités reçues dans l'institution, la condition suspensive, le *dies incertus a quo*. On dit alors la substitution conditionnelle, renfermant une condi-



ion extrinsèque ; si elle n'est subordonnée qu'à celle intrinsèque ou la qualifie de pure. De même, la substitutionne doit pas être captatoire, faite *pænæ nomine*

D. Quelle observation suggère la condition ?

R. 1<sup>o</sup> Il y a nécessairement condition cumulative. Le substitué *si navis ex Asia venerit*, doit établir le défaut de l'institué et, en outre, l'arrivée du navire ;

2<sup>o</sup> La substitution du degré suivant est alors nécessairement conditionnelle, subordonnée au même événement, envisagé en sens inverse, *si navis ex Asia non venerit*.

D. Le substitué, et, plus généralement, l'appelé sous condition, ne vient-il jamais qu'en cas d'accomplissement de l'événement prévu ?

R. 1<sup>o</sup> La condition, hors de là, est réputée remplie, s'il s'accomplit un événement analogue à celui prévu, devant influencer de même le testateur ;

2<sup>o</sup> Quand l'appelé *sub modo* a fait ses efforts pour s'acquitter, la charge est réputée accomplie ;

3<sup>o</sup> Quand c'est un substitué de degré ultérieur, un cohéritier du degré précédent ou toute autre personne intéressée qui empêche l'événement ;

4<sup>o</sup> Dans les testaments enfin en particulier, les conditions impossibles sont réputées non écrites.

D. Donnez une autre règle ?

R. La substitution écrite pour un cas de défaut est réputée faite aussi pour un autre. L'Ecole distingue le *casus voluntatis*, et le *casus impotentiae*, où rentrent l'incapacité, la mort, le défaut d'autorisation paternelle ou dominicale, et du *jus capiendi*. Si le testateur n'a énoncé qu'un cas, on étend la substitution à tous, parce que ce sont les événements semblables à celui prévu et devant avoir le même résultat sur la volonté du testateur.

D. Donnez une autre règle.

R. L'étendue de la substitution s'interprète par celle de l'institution. C'est-à-dire que, s'il y a des

substitués sans indication de part, ils recueilleront celle de l'institué qu'ils représentent, sauf s'il apparaît de la volonté contraire du testateur.

D. Donnez encore une autre règle.

R. Le substitué est grevé des mêmes charges que l'institué ; il doit payer les legs et fidéicommiss qui n'étaient mis expressément qu'au compte de l'institué. S'il y avait condition, elle est tacitement mise à la substitution, comme à l'institution.

D. Y a-t-il encore d'autres règles ?

R. Enfin, la jurisprudence veut, en faveur des héritiers siens, que les mentions exigées à leur égard relativement à l'institution s'appliquent clairement aux diverses substitutions, soient répétées expressément dans chacune. La sanction est la rupture du testament aux dépens du degré qui n'est pas en règle.

---

SECTION 3°. — *Comment s'éteint ou s'exécute la substitution.*

D. Quelle peut être l'issue de la substitution ?

R. Faite dans toutes les formes, *in ea causa ut hæreditas adiri possit*, elle peut s'éteindre, ou, au contraire, procurer héritier au testateur.

D. Quelles sont les causes d'extinction ?

R. 1<sup>o</sup> Le prédécès du substitué avant l'époque où se fixent les droits des appelés.

2<sup>o</sup> De même avant que le précédent héritier, institué ou substitué, ait abandonné l'hérédité, c'est-à-dire durant les délais pour l'adition par le degré auquel on est substitué directement. Il est de principe qu'un appelé sous condition doit survivre à l'événement ; or, l'événement, ici, c'est le défaut.



3<sup>o</sup> La mort civile du substitué, subsistant au moment où s'ouvrent les droits des appelés.

4<sup>o</sup> La mort naturelle ou civile l'atteignant après ce moment et avant l'événement de la condition extrinsèque ;

5<sup>o</sup> L'addition faite par l'institué ; de même, pour un substitué du 2<sup>e</sup>, 3<sup>e</sup> degré, l'addition faite par un substitué de meilleur rang.

D. Cette cause d'extinction n'a-t-elle pas pris une grande importance sous Justinien ?

R. Oui, parce qu'il décide que les héritiers personnels d'un appelé mort dans les délais pour accepter le pourront faire à sa place. Dès lors, la mort de l'institué ne suffit plus pour consolider l'espérance du substitué, qui peut être ultérieurement caduque.

D. N'y a-t-il pas une dernière cause ?

R. Oui et très-importante, la privation du *jus capiendi*. Les lois caducaires faisant courir de grandes chances d'abandon au testament, on multiplia l'emploi de la substitution. Le substitué, qui pouvait recueillir ainsi la part d'un institué vivant, capable, s'en voyait privé au cas où celui-ci pourrait se mettre en règle avec la loi et le faisait.

D. A l'époque de ces lois, ne pratiquait-on pas un certain procédé testamentaire, qui rendait la substitution aussi très-usuelle ?

R. Oui, c'est la crétion, dont je parlerai plus loin et où l'on faisait plusieurs degrés d'héritiers.

D. Quels faits ouvrent la substitution ?

R. 1<sup>o</sup> La mort naturelle de l'institué avant l'époque de l'ouverture des droits, ou aussi, jadis, dans le délai pour accepter ;

2<sup>o</sup> La mort civile subsistant à la première de ces époques ;

3 Le refus, la privation du *jus capiendi* ;

4<sup>o</sup> Si l'institué est un *servus proprius*, sa mort, sa réduction à l'état de *servus pœnæ* ou d'esclave indigne de la cité ; enfin, s'il a été fait citoyen d'avance, sa répudiation ;

5° Si c'est un *servus alienus*, des faits analogues empêchant l'adition, comme la fuite.

D. Le substitué à une personne *alieni juris* a-t-il donc plus de chances d'hériter ?

R. Bien au contraire. Le fils et l'esclave, faits *sui juris* peuvent revenir sur leur répudiation. Sous Justinien, le fils peut accepter sans l'aveu du *parens* et, réciproquement, celui-ci à la place du fils en puissance, qu'il ne peut contraindre.

D. Comment régler la vocation des substitués ?

R. Par la considération des degrés.

D. Cette règle reçoit-elle exception ?

R. Oui, de deux sortes : parfois le substitué prime l'institué ou un substitué de rang meilleur que lui ; parfois il y a concours de degrés inégaux.

D. Citez les premières exceptions.

R. 1° Le *servus proprius* institué par son maître insolvable est primé par tout autre appelé qui veut accepter ; parce que, ainsi, le testament est sauvé sans perte pour les créanciers ;

2° Si le *parens* a exhérédé ses héritiers siens, seulement en appelant le substitué, celui-ci passe le premier, parce que le testament est censé commencer là.

D. Quels sont les cas de concours ?

R. 1° Dans l'ancien droit, celui qui, institué avec la crétion imparfaite, au lieu de faire adition solennelle avait géré comme héritier, ne l'était que pour moitié, le substitué pour le surplus ;

2° De même au cas de privation du *jus capiendi* pour moitié ;

3° De même, d'après un décret de Tibère, quand l'institué est un esclave que le testateur a cru libre ;

4° Si c'est un *servus alienus*, auquel quelques maîtres appelés à l'hérédité refusent le *jussus ad-eundi* ; le substitué recueille leurs parts.

D. Le concours par moitié entre l'esclave d'autrui, qu'on avait cru libre et qui fait adition *jussu do-*

*mini*, et le substitué sera rarement conforme à la volonté du testateur!

R. Dans le décret de Tibère, ce n'est qu'une transaction, bien que la solution ait été érigée en règle générale au Digeste et aux Instituts. Mais au Code, il est dit qu'en pareil cas on recherchera la volonté du testateur. Le juge, par son appréciation, pourra appeler le substitué seul; ce sera une exception dans le premier sens.

D. Comment partagent les substitués?

R. Ce partage se fait sur les bases qui résultent expressément ou tacitement du testament, un appelé pouvant avoir plusieurs parts, données expressément ou formant l'appoint de l'as héréditaire, plusieurs appelés pouvant n'avoir qu'une part, enfin le substitué prenant la part de l'institué.

D. Prend-il toujours la part de celui dont il est immédiatement le suppléant?

R. Non; tout substitué a le droit de celui qu'il représente, même médiatement: *substitutus substituto censeatur substitutus instituto*.

D. Quels sont les effets de cette règle?

R. 1<sup>o</sup> Soient, institués à trois degrés, 1<sup>us</sup>, 2<sup>us</sup> et 3<sup>us</sup>; si 2<sup>us</sup> est incapable quand 1<sup>us</sup> répudie, 3<sup>us</sup> ne pourrait recueillir, s'il ne pouvait se dire substitué à l'institué, parce que 2<sup>us</sup> qu'il remplace personnellement n'a rien pu lui transmettre;

2<sup>o</sup> Soient 1<sup>us</sup>, 2<sup>us</sup>, 3<sup>us</sup> institués et 1<sup>us</sup> substitué aux autres, puis Mævius à lui. Si les défauts se produisent dans l'ordre qu'indiquent ces noms, Mævius recueille toutes les parts, bien qu'il ne puisse prendre de Primus que la sienne.

3<sup>o</sup> Le substitué peut encore recueillir ainsi des bonifications de part provenant de l'accroissement.

D. Entre 1<sup>us</sup>, 2<sup>us</sup> et 3<sup>us</sup>, institués, l'accroissement donne aux acceptants la part des défailants, que devient la substitution qu'on leur aurait faite?

R. La substitution prime l'accroissement; c'est-



à-dire que les parts des défaillants, dans le cas seulement où ils n'auraient pas de substitués, sont attribuées aux acceptants.

D. N'est-ce pas là le but en vue duquel on substitue réciproquement, ou quelques institués aux autres ?

R. Oui, pour leur permettre de primer le premier substitué, qui est alors rejeté au second degré. Il y a encore d'autres avantages, quant à l'accroissement.

---

## TITRE XVI

### De la substitution pupillaire et de celle quasi-pupillaire.

---

#### SECTION 1<sup>re</sup>. — *Caractère et règles de la substitution pupillaire.*

D. Qu'est-ce que cette substitution ?

R. L'institution principale faite par un *paterfamilias* pour les biens d'un héritier sien impubère, dans la prévision qu'il mourût pupille ?

D. Comment est-ce une sous-institution ?

R. Parco que, dans la pratique, le *paterfamilias* ne testait pour ses héritiers siens qu'en le faisant pour lui-même (de sorte qu'il y eût deux institutions l'une sous l'autre) ; il le faisait en faveur de l'impubère et l'institution d'un étranger pour remplacer son héritier sien revenait, à peu près, à la substitution vulgaire : ou il appelait deux fois, en exhérédant l'enfant, un étranger qui était alors institué, en quelque sorte, accessoirement, pour le patrimoine futur de l'enfant impubère.

D. Quels motifs firent admettre cette pratique ?

R. Ceux qui faisaient souhaiter aux Romains de mourir testats, leur inspiraient le même sentiment pour leurs fils, qui devaient demeurer, après eux, encore incapables de tester : la crainte des attentats domestiques, ou de paraître insolubles, ou de la loi successorale. En certains cas, le *parens* disposait deux fois de biens lui appartenant.

D. Mais, en donnant un héritier à son fils, le *paterfamilias* l'expose précisément à de nouvelles embûches ?

R. On pouvait faire ce testament à part, de façon à ce que, après l'ouverture même du vôtre, personnel, il demeurât secret.

D. Qui peut tester ainsi pour autrui ?

R. C'est un attribut de la puissance paternelle,

D. Le peut-on pour tous les enfants en puissance ?

R. Non, mais seulement pour les héritiers siens, soit que présentement ils se trouvent en puissance directe, soit qu'ils y entrent après la confection et s'y trouvent au décès. Cela résulte des règles sur les postumes,

D. Ne dépend-il pas du *parens* de valider la substitution pupillaire faite pour un enfant non héritier sien ?

R. Oui, en émancipant celui qui le précède.

D. Qui donc ne peut substituer ainsi ?



R. 1° La mère et les ascendants maternels ;

2° Les ascendants paternels non agnats, ceux qui ont émancipé, donné l'enfant en adoption, en *manus* ;

3° Le père naturel, à moins qu'il sollicite la légitimation par le même testament et qu'elle soit octroyée ensuite.

D. A qui le *parens* ne peut-il substituer ?

R. 1° Aux impubères sortis de sa puissance par la mancipation, l'adoption ;

2° Aux héritiers siens présomptifs pubères,

3° A la femme mariée *in manu*, toujours pubère,

4° Aux enfants non conçus, ou vivant en puissance médiate, avant les dispositions sur les postumes.

5° A l'enfant qu'on tient de l'adrogation antonine, dont le patrimoine est réservé, précisément pour l'hypothèse du décès avant la puberté ; le *parens* ne peut disposer que sauf l'effet de cette réserve.

D. Y a-t-il des exceptions à ces règles ?

R. Oui, en faveur des militaires, Non-seulement ils peuvent substituer aux enfants pubères, à la femme en leur *manus*, aux descendants en leur puissance médiate, et même aux étrangers, mais seulement pour les biens dont ils testent.

D. Citez la première règle de notre sujet.

R. Nul ne peut substituer pupillairement, s'il ne teste pour lui-même et ne conserve son testament qui s'exécutera.

D. Les deux dispositions sont-elles au même acte ?

R. Pas précisément. On peut détacher le testament du fils pour le tenir secret, le mettre même à part, le faire avec d'autres témoins. Mais, en tous cas, le testament du *parens* doit être fait le premier, à moins que le tout se passe *uno contextu*, parce que son institution doit couvrir toutes ses autres dispositions testamentaires pour les valider.

D. Quelle est la seconde règle ?

R. Le testateur doit observer dans le testament pupillaire toutes les règles de forme intrinsèque,

choisir notamment un héritier capable et disposer de l'entier patrimoine du futur pupille.

D. La substitution s'étend donc aux biens qui ne lui adviennent pas de l'hérédité du *parens*?

R. Certes, l'hérédité testamentaire n'est point partielle. Il n'est pas nécessaire d'instituer l'héritier sien; de sorte que le patrimoine du futur pupille pourra n'avoir rien de profectice.

D. Mais quels biens laissera le pupille si son *parens* l'exhère?

R. Outre qu'il a pu trouver au testament paternel un legs avantageux ou recevoir, en dehors, une donation *mortis causa*, à défaut d'industrie, le pupille acquerra, par donation et succession, de tous ses parents, pendant plusieurs années peut-être après le décès du *parens*.

D. Quelle est la troisième règle?

R. On peut faire le testament, soit d'un héritier impubère déterminé ou de tous, soit de l'un d'entre eux indéterminé, le premier ou dernier qui mourra. La dernière combinaison permet de tester seulement pour l'hypothèse rare où tous mourront impubères, et, hors ce cas, d'admettre l'hérédité légitime en faveur des impubères survivants.

D. L'incertitude ne peut-elle planer sur l'héritier?

R. Oui: car, au lieu de désigner le substitué *nominatim*, on le faisait *generaliter* souvent en cette forme *quisquis mihi heres erit*, après avoir institué pour soi-même et substitué vulgairement.

D. Quelle est la quatrième règle?

R. Le *parens* peut non-seulement instituer pour son fils, mais encore substituer vulgairement, et on assignait ordinairement l'hérédité de son enfant à ses propres héritiers institués ou substitués vulgaires.

D. Quelle règle découle de celle-ci?

R. C'est que, par une interprétation de volonté fondée sur l'usage, on tiendra pour appelés à l'héré-

dité du pupille tous les substitués vulgaires à leur rang, quand l'institué y aura été appelé sans que le *parens* ait rejeté pour l'hérédité pupillaire la vocation de ces substitués.

D. Quelle autre règle découle encore de là ?

R. La réciprocité des substitutions, la vulgaire s'induisant de la pupillaire, et réciproquement, au cas où le testateur a institué à son hérédité le pupille. Par exemple, après cette institution, il a substitué vulgairement Lucius; l'enfant ne recueillant pas, Lucius peut prétendre qu'il lui est tacitement substitué. A l'inverse, à raison de sa substitution vulgaire à l'enfant capable qui ne lui a rien procuré, Lucius peut venir se prétendre appelé à l'hérédité du pupille, n'y ayant pas de testament fait pour celui-ci.

D. Cette règle est-elle absolue ?

R. Non; elle ne s'applique ni dans les testaments militaires, ni si elle paraît désavouée par le disposant, ni en dehors de la formule où l'admet un rescrit de Marc-Aurèle et où le pupille est institué. On est plus facile alors pour induire la substitution vulgaire de celle pupillaire exprimée, que l'inverse, la pupillaire étant exorbitante.

D. Quelle est cette formule ?

R. *Filius meus heres esto; quod si defuerit, Lucius heres esto.* On sous-entend la suite accoutumée : *Si heres fuerit, et antequam in suam tutelam venerit, moriatur, Lucius illi heres esto.*

D. Quelle est la septième règle ?

R. La substitution peut être conditionnelle ou à terme incertain, c'est-à-dire contenir une condition extrinsèque outre les deux intrinsèques, savoir, que l'impubère devienne pupille et décède en cet état.



SECTION 2<sup>e</sup>. — *Comment s'éteint ou s'exécute la substitution ?*

D. Quelles causes éteignent la substitution ?

R. 1<sup>o</sup> Le prédécès du substitué ou l'incapacité dont il est atteint au jour où se fixent les droits ;

2<sup>o</sup> La rupture, révocation ou désertion, du testament paternel, qui soutient l'autre ;

3<sup>o</sup> Le prédécès du fils de famille, car alors il n'y a pas, jusqu'à la création du pécule adventice, de biens propres à l'impubère et il ne meurt pas pupille.

4<sup>o</sup> La révocation de la substitution par le *parens* ;

5<sup>o</sup> La rupture du testament pupillaire par la *capitis deminutio*, même *minima*, frappant le pupille ;

6<sup>o</sup> L'avénement de la puberté pour lui ;

7<sup>o</sup> Le terme plus rapproché qu'aurait mis le *parens* à l'effet de sa disposition, comme ceci : *Si filius meus antequam ad decimum annum perveniat moriatur, Seius illi heres esto*. C'est une hypothèse où le terme certain fait condition pour le substitué.

8<sup>o</sup> La défaillance de la condition extrinsèque ;

9<sup>o</sup> L'omission de faire nommer, dans l'an, un tuteur au pupille, ou remplacer le tuteur excusé, destitué ; à moins que le testament pupillaire fût secret.

10<sup>o</sup> La rentrée dans la famille du père de l'enfant, par le *postliminium* ou la grâce ; la révocation d'une dation du père en adoption par l'*avus*.

D. A quelle époque se fixe le droit éventuel du substitué pupillaire ?

R. Au même moment que celui de l'institué, c'est-à-dire à l'ouverture du testament paternel, signe curieux de la connexité des deux dispositions.

D. Le fils de famille mourant avant le *parens*, avec un pécule adventice, formant hérédité, au moins



à l'époque de Justinien, pourquoi n'y applique-t-on pas la substitution ?

R. Parce qu'elle ne peut s'exécuter que comme dépendance du testament paternel, (qui est encore révocable), et après qu'il a été exécuté.

D. Est-il nécessaire que le père ait eu effectivement une hérédité testamentaire ?

R. Il suffit qu'elle existe au point de vue des principes, comme si l'héritier a été restitué pour dol ou minorité, si les biens lui ont été enlevés comme indigne, si des héritiers siens se sont abstenus.

D. Si la *capitis deminutio minima*, frappant l'enfant devenu pupille, est l'adoption, la substitution pupillaire est-elle en effet éteinte ?

R. 1° Par l'adoption simple, oui; un autre *parens* jouira du droit de substitution pupillaire sur l'enfant mis hors de la famille;

2° L'adrogation a le même effet en droit, mais pas en fait. L'adrogeant prend l'engagement de ne pas opposer l'adrogation à ceux qu'elle devrait priver de leurs droits aux biens du pupille défunt. Or, le substitué est du nombre. L'adrogeant ne peut le frustrer par une autre substitution pupillaire.

D. Mais vous avez dit cependant qu'il peut substituer.

R. Oui, le substitué, appelé dans le premier testament pupillaire, fait par le *pater naturalis*, recevra tous les biens du pupille, sauf ceux advenus de sa famille adoptive. Pour ceux-là s'appliquera la seconde substitution pupillaire, qui aura effet même pour la quarte antonine, d'après le Digeste. C'est un cas curieux, où l'on exécute deux testaments. S'il n'y avait qu'une substitution faite par l'un des deux pères, on verrait le concours, en fait, de l'hérédité testamentaire et de celle légitime.

D. La connexité de la substitution à l'institution ne se révèle-t-elle pas à l'exécution ?

R. 1° Ceux que le *parens* a pu instituer comme



héritiers nécessaires seront substitués de même, par exemple, ses héritiers siens, ses esclaves.

2<sup>o</sup> Si le même *heres extraneus* est institué et substitué, il ne pourra opter diversement sur les biens du *parens* et du fils, qui sont réputés ici former une seule hérédité. S'il a accepté la première hérédité, il est nécessaire dans la seconde.

3<sup>o</sup> Le *parens* n'a pu substituer les personnes avec qui il n'avait pas lui-même la *factio testamenti*, une femme condamnée avec lui pour adultère, pour inceste, ou les enfants, etc.

4<sup>o</sup> Enfin c'est vis-à-vis de lui aussi que s'apprécie l'*officium pietatis*, quand il dispose sur les biens du pupille; il en peut donc frustrer la mère, son épouse, à qui il ne doit rien, les frères même, s'il les a satisfaits sur sa propre hérédité.

D. Mais vous avez dit et tout cela prouve que les deux patrimoines forment une seule hérédité.

R. La dualité s'accuse, cependant, en certains points. Ainsi, outre que l'institution et la substitution peuvent être en deux testaments, dont le second serait secret après l'exécution du premier,

1<sup>o</sup> L'hérédité du pupille, surtout s'il a été déshérité, comprend parfois des biens autres que ceux du *parens*.

2<sup>o</sup> Le *jus capiendi* s'apprécie diversement relativement aux deux *défunts*, pour les exceptions fondées sur la parenté; et, parmi les personnes non exceptées, celui qui a été privé des dispositions dans la première hérédité, peut, s'il s'est mis en règle avec la loi, venir prendre dans la seconde.

3<sup>o</sup> Il en était sans doute ainsi pour les exceptions fondées sur la parenté dans la loi *Furia testamentaria*.

4<sup>o</sup> Un héritier sien s'abstenant de l'hérédité paternelle, peut prendre effectivement celle pupillaire.



SECTION 3<sup>e</sup>. — *De la substitution quasi-pupillaire.*

D. Qu'est-ce que cette substitution ?

R. Une institution subordonnée d'héritier, faite par un ascendant pour un incapable de fait, pour cause de mutisme, de démence, etc., dans la prévision qu'il mourût sans pouvoir tester.

D. Qui a créé cette substitution ?

R. Cette faction de testament avait été concédée parfois à titre de privilège. Justinien a généralisé dans une constitution de 528. (C. 9 au C. *de impuberum et aliis subst.*).

D. Pourquoi la nomme-t-on quasi-pupillaire ?

R. A cause de son analogie avec la précédente ; ce qui l'a fait nommer aussi exemplaire par l'empereur.

D. Quelles différences signalez-vous entre elles ?

R. Ces différences existent au point de vue du pouvoir de substituer, des personnes pour qui l'on teste et de leur exhérédation, des personnes qu'on pouvait appeler et de l'extinction de leur espérance.

D. Expliquez la première différence.

R. La substitution pupillaire est un attribut de la puissance paternelle du droit civil, tandis que celle-ci dépend du seul titre d'ascendant.

D. Mais puisque plusieurs personnes ont droit de substituer, il peut y avoir conflit ?

R. Il est vrai, et les commentateurs se sont ingéniés à chercher comment il se tranchait. Le seul point certain dans leurs nombreux systèmes, c'est que si l'une des substitutions quasi-pupillaires a été faite par le *parens*, elle primera celles des ascendants qui n'avaient pas la puissance paternelle.

D. Quelle est la seconde différence ?

R. La substitution quasi-pupillaire peut avoir pour objet des personnes pubères et *sui juris*. D'après la constitution de 528, elle s'applique aux fous et déments, mais la jurisprudence l'étendit sans doute aux autres incapables de fait : sourds-muets, prodigues interdits et pupilles.

D. Quelle est la troisième différence ?

R. Le *parens* peut substituer pupillairement qui bon lui semble. L'ascendant doit choisir d'abord parmi les descendants, puis les collatéraux privilégiés, frères ou sœurs. S'il y a des parents de l'un de ces ordres, le choix fait en dehors est nul.

D. S'agit-il des frères et sœurs agnats ou de ceux émancipés ou purement utérins ?

R. De tous, évidemment ; car Justinien les assimile tous dans les successions par une constitution de 528 aussi.

D. Quelle est la quatrième différence ?

R. Le *parens* pouvait exhérer l'enfant dont il faisait le testament. L'ascendant doit fournir à l'incapable à qui il veut substituer la valeur de sa légitime, et plus tard même (nov. 115, c. 3 et 4) expressément par une institution.

D. Quels faits éteignent la substitution ?

R. 1<sup>o</sup> La révocation, la rupture, la désertion du testament de l'ascendant, qui doit être exécuté d'abord, suivant les observations déjà faites ;

2<sup>o</sup> Le prédécès de l'infirme par rapport au testateur ;

3<sup>o</sup> Le prédécès de l'institué avant l'ouverture ;

4<sup>o</sup> L'incapacité de fait autre se produisant entre cette époque et l'adition ; comme la privation de la cité ou du *jus capiendi* ; la mort, en effet, laisserait les héritiers en droit d'accepter.

5<sup>o</sup> La rupture du testament quasi-pupillaire par l'agnation ou quasi-agnation d'héritier sien, ce qui ne peut se rencontrer pour les impubères ; c'est-à-dire



quand il naît des enfants à l'infirmes *paterfamilias*, ou quand, père en puissance de son *parens*, il en est libéré de façon à avoir sous la sienne ses propres enfants.

6° Celle par suite de la confection d'un testament du fou dans un intervalle lucide;

7° Le terme mis par le testateur à la substitution ;

8° La défaillance de la condition extrinsèque;

9° Le retour de la capacité de fait chez l'infirmes, fou, etc.

10° L'omission de pourvoir l'infirmes d'un curateur. C'est une peine pour le substitué, comme dans la substitution pupillaire.

D. Comment a lieu le retour?

R. 1° Pour le fou, c'est celui de la raison, quand même il n'en userait pas pour tester;

2° Pour le prodigue, la sentence relevatoire;

3° Pour le muet, la parole, ou simplement la connaissance des lettres, puisque, à l'époque de Justinien, le muet lettré est capable de fait.



## TITRE XVII.

### De la perte du testament.



D. Quelles causes peuvent empêcher un testament de produire effet ?

R. 1<sup>o</sup> L'inobservation des règles, entraînant la nullité ;

2<sup>o</sup> Les événements postérieurs qui peuvent le ruiner jusqu'au décès ;

3<sup>o</sup> L'abandon par l'héritier institué ou substitué.

D. Comment désigne-t-on ces diverses causes ?

R. Par des noms différents à employer en leur sens propre : *testamentum injustum, ruptum, irritum, destitutum*.

D. Qu'est-ce que *testamentum injustum* ?

R. Celui fait contre le droit (*in-jus*), dans lequel on a violé quelque'une des règles de forme intrinsèque ou extrinsèque, sauf celle : *nemo paganus partim...* qui n'est pas irritante.

D. N'y avait-il pas une autre expression ?

R. On nomme particulièrement *nullius momenti*, le testament dont la nullité résulte de l'inobservation des règles sur la mention des héritiers siens.

D. Le testament atteint de cette nullité initiale ne s'exécute-t-il jamais ?

R. Le préteur le fait parfois exécuter, s'il remplit d'ailleurs toutes les conditions du droit honoraire soit sur la forme des testaments, soit sur l'exhéréda-



tion des descendants; par exemple, si l'on a institué un postume externe et sans doute un romain alors privé de la cité ou un pérégrin depuis naturalisé; si la femme a testé *sine auctoritate tutoris*.

D. Qu'indiquent les mots *ruptum, irritum* ?

R. L'action, sur le testament régulier, des événements postérieurs, dont il y a deux espèces; les uns s'attaquent au testament seul, le testateur retenant la *factio testamenti* (*ruptum*), les autres à sa personnalité même et à la *factio testamenti* (*irritum*).

D. Qu'est-ce que la rupture ?

R. La révocation résultant d'un état de choses nouveau, d'où l'on présume que le testateur a abandonné ses dernières volontés.

D. Quelles sont ces circonstances ?

R. 1<sup>o</sup> La confection d'un nouveau testament;

2<sup>o</sup> L'agnation ou quasi-agnation d'héritier sien;

3<sup>o</sup> Le laps de temps, durant une période;

4<sup>o</sup> La lacération de l'acte par le testateur.

D. Si, après avoir institué *ex semisse* dans un premier testament, le testateur en fait un second, également pour disposer de la moitié de ses biens, aura-t-il effet révocatoire ?

R. Oui. Le second héritier sera nécessairement, comme l'était le premier, institué pour le tout. Mais sous le droit impérial, la restriction mise dans un second testament est importante, parce que le précédent ainsi révoqué sera exécuté en fidéicommis; l'héritier appelé en dernier lieu ne devant retenir que la part à laquelle on l'a appelé ou, tout au plus, la quarte pégasienne.

D. Comment se fait-il qu'un testament révoque nécessairement celui fait antérieurement ?

R. Cela tient à l'effet intégral de ces actes et à leur forme originale, soit *calatis comitiis*, soit *per æs et libram*. On ne pouvait logiquement instituer à nouveau sans détruire entièrement la vocation éventuelle des précédents institués.

D. Un testament, même nul aura-t-il cet effet ?

R. Non, parce qu'il est impuissant.

D. N'y a-t-il pas une exception ?

R. Oui, je l'ai signalée. C'est au cas où, le premier testament étant contraire à la famille, le second est fait en faveur de l'héritier légitime. D'après Théodose, il est privilégié et reçoit effet si ses formes suffisent à en établir la sincérité, c'est-à-dire s'il remplit les conditions des codicilles.

D. Le testament fait avec institution conditionnelle aura-t-il effet révocatoire, suivant l'événement de la condition ?

R. Non, sans distinguer et comme si l'institution y était pure; pourvu toutefois qu'elle soit sérieuse, de celles qu'on ne répute pas non écrites, et qu'à raison de cette condition, ultérieurement défaillie, l'hérédité ait été *in ea causa ut adiri possit*.

D. Pomponius dit, cependant, qu'il y a lieu de distinguer quelle condition a été proposée, parce que, si elle est défaillie, le précédent testament serait maintenu.

R. C'est que le testateur aura pu envisager des événements passés ou présents, lesquels ne sauraient faire réellement condition, par exemple : *si Ritiuſ consul fuerit, Mæuius heres esto*. On peut reconnaître immédiatement l'accomplissement de ces faits, et s'ils n'existent pas, il n'y a point d'institution, partant pas d'effets attachés au nouveau testament.

D. Mais la révocation se produit-elle encore, si l'héritier, institué soit purement, soit sous condition, répudie l'hérédité ?

R. L'effet est acquis. De même s'il en est privé par l'incapacité qui lui survient ou le défaut du *jus capiendi*.

D. N'arrivera-t-il pas ainsi, en beaucoup de cas, qu'après avoir fait plusieurs testaments on meure *intestat* ?

R. 1<sup>o</sup> Si la condition mise à la dernière institution est défaillie ;

2<sup>o</sup> Si l'institué perd la capacité, répudie ou laisse expirer le délai de la crétion, qui lui avait été impartie ;

3<sup>o</sup> Ou s'il n'a pas acquis le *jus capiendi* ;

4<sup>o</sup> Si le testateur militaire, en faisant en forme privilégiée son testament, meurt, sous Justinien, plus d'un an après son congé.

En tous ces cas, le testament, étant valable, a eu l'effet révocatoire; mais comme, en droit ou en fait, il n'a pu donner d'héritier, le défunt meurt *intestat*.

D. Enfin, si le testateur entend échapper à la révocation et le dit expressément ?

R. Il y a toujours révocation. Seulement, cette mention est fort importante sous l'Empire, et comme on l'a vu, la volonté de maintenir le premier testament n'a pas besoin d'être expresse pour qu'il soit exécuté en fidéicommiss. Il suffit qu'elle résulte d'une mention quelconque.

D. Supposez qu'en faisant un second testament, où il a pu mentionner même la révocation qu'il entend produire, le testateur meure avant de signer ou avant que le dernier témoin l'ait fait.

R. Quand il ne manquerait que la signature du témoin, il ne peut plus la donner; le testateur ayant cessé d'être présent, cela rompt l'unité de contexte. Dès lors le testament est imparfait et le premier subsiste. J'ai déjà indiqué que les institutions ne se révoquent pas, comme les legs, par la simple volonté, mais solennellement en forme de testament.

D. Comment alors la révocation peut-elle résulter d'une lacération ou cancellation de l'acte ?

R. C'est là une révocation de fait. Quand le testateur a détruit l'acte unique de son testament, il est non existant plutôt que révoqué. Comme on n'a pas voulu priver de la même facilité celui qui avait créé plusieurs exemplaires de ses dispositions, on a admis encore que le fait par lui d'avoir sciemment détruit, biffé ou maculé l'un des doubles, suffit à in-



firmer ceux qui subsistent, qu'il a peut-être oubliés ou ne peut ressaisir.

D. Parlez du laps de temps.

R. La volonté de l'homme est changeante, particulièrement celle qu'il exprime en face du trépas imminent, et qu'on perd même de vue si le danger s'éloigne. C'est pourquoi Théodose admit la péremption des testaments civils, en érigeant en présomption, purement relative, qu'après quelques années nul n'entend maintenir son testament. Le laps de temps auquel il s'arrêta est de dix ans et sauf manifestation d'une intention contraire.

D. Justinien maintient-il cette règle?

R. Il en a renversé les termes. Les testaments ne seront périmés par les dix ans qu'autant que, à la circonstance d'âge, se joindra quelque fait d'où l'on infère le changement de volonté du testateur.

D. Un testament est-il irrévocable si le testateur a promis solennellement aux intéressés ou a juré de ne le révoquer; s'il y a promesse, est-elle tout au moins productive de dommages-intérêts envers le premier institué, si la révocation se peut, et une clause pénale pourrait-elle être valablement insérée pour ce cas?

R. Le testament ne donne et ne peut donner aucun droit acquis aux institués avant la mort de son auteur. La promesse de ne pas révoquer est contraire aux lois, et, dès lors, d'une nullité absolue. La clause pénale portée au testament révoqué ne saurait être due par le nouvel institué.

D. Qu'est-ce que l'agnation d'héritier sien?

R. L'entrée, réelle ou fictive, d'une personne en notre puissance paternelle directe. C'est, à proprement parler, l'agnation, si la cause en est la naissance; hors de là, c'est la quasi-agnation.

D. Quels événements ont cet effet?

R. 1<sup>o</sup> La naissance, soit d'un enfant, sans distinction, soit d'un petit-enfant *ex filio*, si le père est déjà sorti de la famille;



2<sup>o</sup> L'*in locum filii successio*, quand cette sortie se produit plus tard, le petit-enfant remplaçant son père alors en puissance directe ;

3<sup>o</sup> La légitimation pour les enfants ;

4<sup>o</sup> L'adoption d'une personne à titre de fils ou fille ou à titre de *nepos*, *neptis*, si elle a lieu sans assignation d'enfant ;

5<sup>o</sup> La rentrée des fils ou filles dans la famille, par le *postliminium*, s'ils étaient captifs ; la grâce ou la naturalisation, s'ils avaient perdu la cité ; la sortie d'un premier ou second *mancipium* pour le fils seul ;

6<sup>o</sup> L'*in manum conventio* pour l'épouse, mais non pour la bru, qui est *loco neptis*, et sortira de la famille, je crois, si le fils en sort.

Tous ces événements, sauf le premier, constituent la quasi-agnation d'héritiers siens.

D. Pourquoi rompent-ils le testament ?

R. A raison de ce que l'héritier sien survenant n'a pu être, en général, mentionné au testament ou qu'au cas où il pouvait y être mentionné il ne l'aura pas été. Les jurisconsultes, dans leur désir de faire tomber les exhérédations régulièrement écrites, élèvent une présomption légale absolue, que les volontés du *parens* ont été modifiées par l'altération survenue dans sa famille.

D. La rupture a-t-elle toujours lieu ?

R. Oui, avant la législation sur les postumes ; mais non ensuite, certains événements ayant pu être prévus, savoir : 1<sup>o</sup> la naissance, 2<sup>o</sup> le retour du captif, 3<sup>o</sup> la plupart des cas de légitimation, 4<sup>o</sup> l'*in locum filii successio* seulement pour l'institution.

D. Quels cas de légitimation visez-vous ?

R. 1<sup>o</sup> C'est l'*erroris probatio*, par un citoyen Romain. Un sénatus-consulte d'Adrien distingue si la preuve de bonne foi et la légitimation qui s'ensuit se font du vivant ou après la mort du père. Au premier cas, on ne lui ménage pas la rupture, parce qu'il peut refaire son testament ; au second, s'il a mentionné



régulièrement les futurs héritiers siens, leur entrée en puissance paternelle directe et fictive ne fera pas rupture. C'est la disposition même reçue pour les posthumes légitimes et aquiliens, fondée sur le raisonnement identique.

2<sup>o</sup> L'oblation à la curie peut être faite par le fils naturel après la mort de son père. Il faut bien admettre que la légitimation, qu'il obtiendra ainsi, laissera subsister le testament où le père l'aurait institué au moins: l'effet contraire ne serait point le compte de la curie.

3<sup>o</sup> Enfin, sous Justinien, quand on demande, *testamento*, à avoir ses enfants pour légitimes, ce testament ne croule pas, évidemment, par l'effet du rescrit dont il est la base.

D. Pourquoi n'ajoutez-vous pas la *causæ probatio*, que l'épouse du latin junien peut faire après qu'il est mort ?

R. Parce qu'en droit civil il n'a pu tester, et que, si la légitimation doit être ici rétroactive pour produire un effet sérieux, c'est seulement, en droit civil, en ce qu'elle permet à l'enfant de prendre comme hérédité les biens paternels, gisant avec le caractère de pécule.

D. L'agnation, sans mention préalable, des descendants postumes non-privilégiés rompt donc le testament ?

R. Oui, quand bien même leur omission ne leur eût donné, vivants, que le *jus adcrendi*.

D. Le testament rompu est-il toujours sans effet ?

R. Oui, en droit civil ancien.

D. Quel effet lui donna-t-on donc ?

R. 1<sup>o</sup> J'ai parlé de l'exécution qu'il peut recevoir sous l'Empire, en fidéicommiss ;

2<sup>o</sup> Plus anciennement, le préteur l'exécute parfois en *bonorum possessio*.

D. A quelles conditions ?

R. 1<sup>o</sup> Une de fond, qu'il y ait équité ;

2<sup>o</sup> Une de forme, que l'acte soit prétorien.

D. Quand le prêteur juge-t-il l'exécution conforme à l'équité ?

R. 1<sup>o</sup> Quand l'enfant ou l'épouse qui a fait agnation ou quasi-agnation est ensuite mort ;

2<sup>o</sup> Quand il a subi une *capitis deminutio* dont l'effet subsiste ; c'est-à-dire s'il est encore esclave, pérégrin ou placé *in extranea familia* ;

3<sup>o</sup> Quand la parenté dissoute était purement civile, il importe peu que l'effet de la *capitis deminutio* subsiste ou non. Ainsi l'enfant adoptif ou l'épouse *in manu* étant mis hors de la famille, on ne recherche pas si c'est par émancipation ou par la mise en une adoption, une *manus* ou *mancipium*, où il serait encore ; leur cognation même s'est dissoute avec la parenté civile ;

4<sup>o</sup> Dans tous les cas, quand la personne agnate ne demande par la *bonorum possessio* qui lui compete, *contra tabulas* ou *unde liberi* ;

5<sup>o</sup> Quand le testateur, qui avait laissé subsister l'acte de ses premières volontés, a lacéré le second.

D. Qu'est-ce qui détermine quelle est la possession de biens à demander, *contra tabulas* ou *unde liberi* ?

R. C'est selon qu'il y a ou non un testament en forme prétorienne. L'hérédité est testamentaire aux yeux du prêteur, au premier cas, *ab intestat* au second.

D. Quand le testament est-il *irritum* ?

R. Quand le testateur perd la capacité de droit après la confection, parce qu'il a fait alors, quand même il la recouvrerait, un acte inutile.

D. Comment perd-on la *factio testamenti* ?

R. Par toute *capitis deminutio*.

D. Pourquoi la *minima capitis deminutio* a-t-elle aussi cet effet ?

R. Parce que le testament est fait principalement pour transmettre la personnalité, qui est altérée même par le changement de famille.

D. Donnez des exemples de cet effet.

R. Celui qui se donne en adrogation perd son testament et j'ai signalé l'exception de fait admise ici pour la substitution pupillaire;

2<sup>o</sup> Ainsi de la femme qui entre *in manu* ;

3<sup>o</sup> De même le fils de famille qui a testé sur son pécule quasi-castrense, quand même son patrimoine serait identiquement composé à la mort, meurt *intestat*, s'il a été émancipé.

D. Pourquoi ne dites-vous pas cela de tout pécule militaire ?

R. Parce que le militaire échappe, par son privilège, à l'effet de presque toutes ces règles, et, notamment son testament de fils de famille peut lui servir pour la vie; même, sous Adrien, s'il était vétéran dès l'émancipation.

D. Et pour la *magna capitis deminutio* ?

R. S'il la subit pour un délit militaire, il ne perd pas la faction de testament. Il peut donc, soit tester, soit garder l'acte déjà dressé.

D. Le testament du militaire peut valoir après la *capitis deminutio* à raison de sa prérogative ; mais en quoi consiste-t-elle ? Les dispositions sont-elles soustraites à l'effet irritant de la *capitis deminutio* ou restituées par la *nova militis voluntas* ?

R. Le texte donne les deux explications, qui sont opposées. Je pense qu'il n'y a pas besoin de *nova voluntas* ici ; puisque, sans cette condition, le testament du militaire condamné survit même à la *magna capitis deminutio*.

D. Le testament n'est-il pas parfois *irritum*, son auteur mourant avec l'*integra persona* ?

R. 1<sup>o</sup> Si, accusé d'un crime capital, il se donne la mort pour échapper au jugement ou à la peine ;

2<sup>o</sup> Dans le *crimen majestatis*, qui peut être intenté même au mort. Ces effets tiennent à une *capitis deminutio* rétroactive.

D. Le *testamentum irritum* est-il dénué d'effet ?



R. Le prêteur seul le fait exécuter.

D. A quelles conditions ?

R. 1<sup>o</sup> A la forme, qu'il soit prétorien;

2<sup>o</sup> Au fond, que le testateur soit mort ayant recouvré la *factio testamenti*. C'est-à-dire que, à la différence du droit civil, le prêteur, faisant remise de la condition de capacité de droit dans la période intermédiaire, ne l'exige qu'aux deux époques de la confection et du décès.

D. Faites application de ces principes.

R. 1<sup>o</sup> Par l'émigration et la déportation, un Romain a perdu la cité; s'il l'a recouvrée au décès, même sans effet rétroactif, (ce qui rétablirait son testament même en droit civil), le prêteur le fait exécuter;

2<sup>o</sup> De même, s'il s'est fait adroger, ou si, s'agissant d'une substitution pupillaire, son *parens* l'avait donné en adoption, en *manus*, en *mancipium*;

3<sup>o</sup> De même d'une femme, qui a la *factio* de testament et qui meurt *mater familias*, après avoir exercé ce droit et passé par la *manus*.

D. Quand le testament est-il *desertum* ?

R. Quand, faute de volonté ou de capacité ou du *jus capiendi*, l'institué ne recueille pas. On l'appelle aussi *destitutum*.

D. N'y a-t-il pas un cas où la privation du *jus capiendi* produit le même effet pour l'inexécution du testament que l'incapacité absolue ?

R. Oui, c'est quand cette privation atteint toutes les personnes appelées ou survivant avec la capacité au jour de l'adition, car elle ne peut avoir lieu.

D. N'y a-t-il pas une cinquième cause de ruine des testaments ?

R. Oui, celle qui frappe le *testamentum inofficiosum*.

---

## TITRE XVIII

### Des testaments inofficieux. (De la légitime.)



#### SECTION I<sup>re</sup>. — *Des testaments inofficieux.*

D. A quelle théorie se rattache ce sujet ?

R. A l'étude des obligations du testateur. Il y a, à cet égard, quatre époques à distinguer.

1<sup>o</sup> Le régime de la liberté (XII Tables).

2 L'obligation de mentionner les héritiers siens.

3<sup>o</sup> La nullité des testaments inofficieux, *l'officium pietatis* étant érigé en principe légal,

4<sup>o</sup> L'institution de la légitime.

D. Qu'est-ce que *l'officium pietatis* ?

R. L'obligation naturelle de porter intérêt ou respect à certains parents et d'assurer leur existence.

D. Comment cela devint-il principe légal ?

R. Parce que, du devoir naturel, on fit une obligation civile. On érigea en règle de forme intrinsèque des testaments l'accomplissement de ce devoir et on la sanctionna par la nullité.

D. Comment se fonda cette règle ?

R. Sur une interprétation fort hardie des Prudens. Ils feignirent que le testament inofficieux avait été fait en un moment d'oubli, de démence moins grave que la folie et devant aboutir à une nullité seulement judiciaire, dès lors, non absolue.

D. Quelle action fait prononcer cette nullité ?



R. La *querela inofficiosi testamenti*.

D. Quelles personnes peuvent l'exercer ?

R. 1<sup>o</sup> Les descendants, à tous degrés et contre toutes personnes instituées ou substituées, sans distinguer s'ils sont ou non agnats ;

2<sup>o</sup> Les ascendants, de même sans restriction ;

3<sup>o</sup> Depuis Constantin seulement, les frères et sœurs, mais avec une double infériorité.

D. En quoi sont-ils moins favorisés ?

R. 1<sup>o</sup> Ils ne peuvent se plaindre que s'il y a institution de personne infâme, honteuse ou déconsidérée ;

2<sup>o</sup> Jusqu'à Justinien, on ne donna la *querela*, en outre, qu'aux frères et sœurs germains et agnats. L'empereur l'accorda, par une constitution, à ceux consanguins qui, par la *minima capitis deminutio*, ont perdu l'agnation. Puis, par une constitution antérieure aux Instituts, les frères et sœurs utérins l'obtinrent également en 528.

D. N'y a-t-il pas des exceptions à ces règles ?

R. 1<sup>o</sup> Le militaire est dispensé de l'*officium* et même le fils de famille testant sur son pécule quasi-castrense.

2<sup>o</sup> Le testament pupillaire peut être fait contre l'*officium*, s'il n'existe pas au regard du *parens*. Cette exception se rattache ainsi à la règle.

D. Suffit-il de la parenté au degré indiqué pour exercer la *querela* ?

R. Non ; il faut encore être habile à recueillir, soit d'après le droit civil, soit comme *bonorum possessor*, les biens que la sentence rendrait vacants.

D. D'après cela, le fils adoptif n'a pas l'action contre le testament de son *parens naturalis* et réciproquement ; et de même pour la fille *in manu* ?

R. Les textes le disent pourtant ; mais cela doit s'entendre seulement du cas où s'ouvrirait la *bonorum possessio unde cognati*, hors de laquelle il n'y a pas succession entre le père et le fils resté en adoption.

D. Quel est le caractère de la *querela*?

R. C'est une action civile, réelle, parce qu'elle remplace la *petitio hereditatis*, de la nature de celle d'injure; ce qui est important, pour les causes d'extinction. Elle se porte au tribunal des centumvirs.

D. Quelles fins de non-recevoir y sont opposables?

R. 1<sup>o</sup> L'action ne naît pas si le plaignant en a quelque autre pour faire tomber le testament;

2<sup>o</sup> Elle est rejetée, si le tribunal apprécie que, sans l'instituer, le testateur a rempli pour le demandeur l'*officium pietatis*, par des legs, fidéicommiss, donations entre-vifs ou à cause de mort;

3<sup>o</sup> Au cas où il y a eu de justes griefs pour l'omettre;

4<sup>o</sup> Si le proche parent n'était que substitué et que sa substitution se soit ouverte;

5<sup>o</sup> S'il a transigé avec l'institué;

6<sup>o</sup> S'il a reconnu, de façon directe ou indirecte, la validité du testament;

7<sup>o</sup> S'il est décédé sans avoir voulu agir : ce fait qu'il aurait préparé l'exercice de la *querela* suffit à la perpétuer pour ses héritiers;

8<sup>o</sup> S'il a laissé passer le délai pour l'action;

9<sup>o</sup> Si, l'ayant formée, il s'est désisté;

10<sup>o</sup> S'il ne doit pas venir comme héritier *ab intestat*, parce qu'il n'a point d'intérêt à l'annulation.

D. Qui doit faire la preuve sur les libéralités par lesquelles on aurait satisfait à l'*officium* et sur les griefs, justifiant l'omission du *querelans*?

R. L'institué défendeur évidemment, puisqu'il soulève une fin de non-recevoir. On propose parfois ici une distinction entre les ascendants et descendants, puisée dans une constitution de Constantin. Il n'y a rien de tel et elle confirme mon système.

D. Dans quel cas aurait-on une action différente pour faire tomber le testament et pourquoi doit-on la préférer?

R. Parce que le prétexte est peu honorable pour la mémoire du testateur, à qui on devait soi-même l'*officium*. On devra donc proposer plutôt les nullités. Si l'enfant a été, non pas exhéredé, mais omis, il fera valoir la règle de la mention des héritiers siens, quand même, s'agissant d'un descendant non privilégié, il n'y gagnerait que le *jus ad crescendi*, au lieu d'écarter l'institué externe.

D. Quels faits fournissent une fin de non recevoir contre vous, comme emportant la reconnaissance du testament?

R. Tous ceux qui peuvent s'interpréter ainsi, même fort indirectement. Celui qui demande, comme avocat ou procureur, la délivrance d'un legs, en vertu du testament inofficieux de son propre père, ne peut plus le critiquer ensuite en son nom.

D. Le tuteur se forclorait-il ainsi?

R. Non, parce que, à la différence d'un procureur, il ne peut s'abstenir d'agir pour son pupille.

D. Quel est le délai de l'action?

R. Ce fut d'abord deux ans et plus tard cinq, courant du jour où l'héritier a fait adition ou de l'ouverture, s'il n'a pas eu besoin d'adition.

D. Quels sont les effets de la *querela inofficiosi testamenti* admise?

R. 1<sup>o</sup> Elle fait tomber le testament;

2<sup>o</sup> Les institués cessent, en droit, d'être héritiers, (sauf, bien entendu, s'ils sont de la même classe que le demandeur) et doivent rendre les biens;

3<sup>o</sup> Le demandeur et les défendeurs se font raison de ce qui a été payé à ou par les institués sur les créances ou les dettes héréditaire;

4<sup>o</sup> Les legs délivrés sont répétibles.

D. Par qui sont-ils répétés?

R. 1<sup>o</sup> Si l'institué les a payés de bonne foi, ne s'attendant pas à la *querela*, celui qui y a triomphé exerce la *condictio indebiti* utile contre ces légataires.

2<sup>o</sup> Si l'institué a payé malgré l'imminence de la



demande, il tient compte, en rendant les biens, de la valeur même des legs et les répète ensuite aux légataires.

D. Le testament croule-t-il toujours et entièrement pour tous les héritiers, dès que la *querela* est reçue ?

R. 1<sup>o</sup> On maintient d'abord ceux qui sont de la classe du demandeur ;

2<sup>o</sup> L'un des institués peut échapper à la *querela* et rester nanti des biens, quand l'action est formée par les frères et sœurs, parce qu'il n'est pas *turpis persona*.

3<sup>o</sup> Si plusieurs exercent l'action et que l'un d'eux soit repoussé par quelque fin de non-recevoir, sa part *ab intestat*, ce qu'il aurait pris en cas de succès en concours avec les autres demandeurs, reste aux institués.

D. Ici il y a concours légal, bien marqué, entre les héritiers testamentaires et ceux *ab intestat* !

R. Oui, mais on peut s'en tirer encore par la fiction que les légitimaires avaient été institués.

D. Quel effet a le rejet de la demande ?

R. Il fait en outre perdre les dispositions, legs ou fidéicommiss, écrites en votre faveur dans le testament qu'on a injustement querellé.



## SECTION 2<sup>e</sup>. — *De la légitime.*

D. Quelle est la théorie de la légitime ?

R. C'est comme une transaction entre la liberté originaire de tester et l'application du principe de l'*officium pietatis*. D'une part, sans instituer ses proches, le testateur a pu leur assurer des avantages sérieux et exempts de charges ; d'une autre part, en



les instituant pour une part minime, il a pu ne les pas gratifier sérieusement. La loi taxe le bénéfice au moins nominal à laisser aux parents pour accomplir l'*officium pietatis*.

D. Quelle loi porta cette disposition ?

R. On pense qu'elle se rattache, soit directement, soit par extension, à la loi Falcidie, décidant que l'institué devait garder au moins un quart de l'hérité après avoir servi les légataires. Le tribunal centumviral, qui repoussait la *querela inofficiosi testamenti*, quand le testateur avait bien traité ses parents hors de l'acte, a pu dans sa jurisprudence se fixer une mesure de référence à la loi Falcidie. Les légitimaires auront un quart aussi, franc de legs et fidéicommiss. Cela fut admis un peu avant Auguste, deux siècles environ après la *querela*.

D. Comment s'obtient la légitime ?

R. Sous ce régime, les proches parents ont tantôt la légitime entière, tantôt leur entière part de succession. Ce dernier cas se présente quand la *querela* leur reste ouverte, parce qu'elle fait tomber le testament.

D. Comment peuvent-ils obtenir satisfaction hors de là ?

R. Par une action personnelle en complément.

D. Quand donne-t-on cette action ?

R. 1<sup>o</sup> A partir de Constantin, lorsque le testateur a fait quelque disposition en faveur du légitimaire, en indiquant qu'on la complétât si elle était insuffisante ;

2<sup>o</sup> Sous Justinien, cette mention n'est pas nécessaire.

D. Comment nomme-t-on cette action ?

R. On l'appelle communément action en complément et, comme toutes celles naissant des constitutions, c'est une *condictio ex lege*.

D. Quelle différence offre-t-elle avec la *querela* ?

R. 1<sup>o</sup> Elle est personnelle, tandis que la *querela* est réelle ;



2° Elle est perpétuelle, la *querela* temporaire ;

3° Elle est transmissible, tandis que la *querela* ne passe pas, en général, aux héritiers ;

4° N'offrant pas le caractère de l'action d'injures, elle s'éteint beaucoup moins aisément ;

5° Enfin, la *querela* fait tomber le testament et la *condictio* amène un concours entre les deux classes d'héritiers.

D La légitime est-elle du quart pour chacun des proches jusqu'à quatre ?

R Non, mais d'un quart pour tous ceux qui l'ont reçue, soit directement, soit par l'effet de la *condictio*. C'est-à-dire que le testateur qui a des héritiers légitimaires ne peut assurer plus des trois quarts aux institués ou substitués.

D. De quelle façon le défunt a-t-il pu remplir ses parents de leur légitime ?

R Non-seulement par testament, mais à cause de mort. C'est pourquoi je dis que l'action peut faire crouler le testament ; si ce qui manque au quart est insignifiant, le tribunal centumviral n'admettra pas cette rigueur.

D. L'adrogé impubère a-t-il l'exercice de la *querela* ?

R Jamais, selon moi. Ou il a été omis et alors le testament est *nullius momenti*. Ou il a été exhéredé, et alors il a la quarte antonine, sorte de forfait, auquel on fixe son bénéfice à l'adrogation quand l'adoptant veut le le lui retirer. Ou il a été institué pour une part minime et dans cette hypothèse, qui lui est moins favorable, je ne pense pas qu'il y ait d'autre action que celle en complément.

D. Quelles sont les dispositions de Justinien ?

R. Distinguons les constitutions et les nouvelles.

D. Quel est le régime des constitutions sur ce point ?

R. Justinien, comme je l'ai dit, supprime l'obligation d'imposer aux institués le complément de la part des légitimaires pour les rendre non recevables

dans la *querela*. Puisque cette disposition était nécessaire au salut du testament, l'auteur l'a évidemment voulue, comme on dit de l'affranchissement du *servus proprius* institué ou désigné pour tuteur. La *querela* n'aura plus lieu qu'au cas où le légitimaire n'aura rien reçu du testateur à cause de mort.

D. Quelle est la législation des nouvelles ?

R. 1<sup>o</sup> L'empereur revient sur cette dernière disposition. Il faut nécessairement que le légitimaire soit institué pour une part quelconque. Si cette obligation est remplie, il pourra seulement parfaire, sinon il aura la *querela* ;

2<sup>o</sup> Cette action, qui s'attaquait toujours autrefois au testament entier, n'en fera plus tomber que les institutions, laissant subsister les legs, fidéicommiss, affranchissements, désignations de tuteur ;

3<sup>o</sup> La quotité de la légitime est accrue ;

4<sup>o</sup> La veuve, pauvre et sans dot, devient légitimaire ;

5<sup>o</sup> Les causes d'exhérédation sont enlevées à l'arbitraire du juge.

D. Dans quelle proportion la légitime est-elle augmentée ?

R. 1<sup>o</sup> Les légitimaires sont-ils moins de quatre, elle sera d'un tiers ;

2<sup>o</sup> Au-dessus de quatre, de la moitié.

D. Compte-t-on à la fois tous les légitimaires, enfants, ascendants, frères et sœurs ?

R. Non, mais seulement ceux qui seraient appelés ab intestat : les enfants seuls, s'il y a postérité ; sinon les ascendants en concours avec les frères et sœurs consanguins, parce qu'ils peuvent concourir. C'est un principe que pour être héritier légitimaire, il faut d'abord être héritier, sauf pour la veuve. La jurisprudence française est revenue à ce principe, depuis peu, après avoir longtemps permis à l'héritier renonçant de garder sa réserve ( art. 912, et s. )

D. L'augmentation de la légitime par Justinien ne donne-t-elle pas un résultat étrange ?

R. Oui, la légitime d'un des enfants peut être plus forte quand le nombre en est plus considérable.

D. La veuve concourt-elle avec les enfants ou ascendants ?

R. Comme elle n'a de vocation héréditaire que dans le droit prétorien, après les cognats, si on l'appelait à son rang, elle serait primée par des non-légitimaires et ne pourrait presque jamais revendiquer son droit contre les institués. Elle concourt donc.

D. Quel est le taux de sa légitime ?

R. Elle est du quart au plus, et de part d'enfant, s'il y en a plus de trois. Si les enfants sont nés de la veuve, sa légitime n'est délivrée qu'en usufruit.

D. Quand il y a des petits-enfants en concours, soit avec la veuve, soit avec les enfants survivants, leurs oncles ou tantes, les compte-t-on tous pour fixer la légitime de la veuve, et partage-t-on par tête ?

R. Je ne doute pas que la représentation soit ici admise, et le partage par souches qu'elle entraîne nécessairement. Les descendants des 2<sup>e</sup>, 3<sup>e</sup> degrés, ne font à eux tous, qu'une ou plusieurs têtes du premier, celles de leur auteur, et ne recueillent que ce qu'il aurait eu en cas de survie.

D. Quelles sont les causes légales d'exhérédation ?

R. Elles diffèrent suivant la qualité des légitimaires. Il y en a 14 contre les descendants, 8 contre les ascendants, 3 contre les frères et sœurs.

D. Quelles sont les principales causes admises par la loi contre les descendants ?

R. 1<sup>o</sup> L'injure grave ;

2<sup>o</sup> Les mauvais traitements ;

3<sup>o</sup> L'attentat à la vie ;

4<sup>o</sup> L'empêchement de tester ;

5<sup>o</sup> L'accusation capitale, c'est-à-dire pouvant emporter la mort ou la *magna capitis deminutio* ;

6<sup>o</sup> Le fait de s'enrôler avec des comédiens, des saltimbanques, gens faisant *quandam artem ludicram* et qui sont *viles personæ* ;



7<sup>o</sup> L'hérésie grave.

D. Quelles sont les principales causes admises contre les ascendants ?

R. Celles énoncées par moi ci-dessus sous les nos 3, 4, 5 et 7.

D. Et vis-à-vis des frères et sœurs ?

R. Celles mentionnées sous les numéros 3, 5, et le préjudice grave porté au testateur dans ses biens.

D. Comment détermine-t-on le taux de la légitime, pour savoir si elle est remplie ?

R. On fait masse de tous les biens existants du défunt, corporels ou incorporels, en déduisant ceux qui se sont éteints par sa mort, les dettes, frais funéraires, affranchissements, mais non les legs ou donations à cause de mort. En prenant le  $\frac{1}{3}$  ou la  $\frac{1}{2}$  de cette masse, on voit quelle est la part des légitimaires et s'ils en sont remplis.

D. Comment opère-t-on, lorsqu'en estimant les biens héréditaires on en trouve d'existence incertaine ou de valeur douteuse ?

R. Ce sont, par exemple, les créances équivoques ou à terme, les droits conditionnels ou litigieux. Pour les créances, on les porte à leur valeur vénale actuelle et le chiffre admis entre les parties intéressées, (l'institué et le légitimaire), l'est à forfait, sans retour, que la créance se paie au pair ou qu'on n'en retire rien. Pour les autres droits, il y a trois façons de procéder.

D. Indiquez-les ?

R. 1<sup>o</sup> D'abord le procédé dont je viens de parler consistant à les estimer à une telle valeur, taxée sans retour ;

2<sup>o</sup> Celui qui consiste à n'en tenir aucun compte, le légitimaire donnant caution à l'institué de compter à nouveau si ces droits sortent à effet ;

3<sup>o</sup> Celui consistant à compter ces droits comme existants et au pair, l'institué donnant caution au légitimaire de combler le déficit, si les espérances périclitent par la suite.

D. Les donations entre-vifs sont-elles comprises dans ce calcul ou laissées en dehors ?

R. 1° On les laisse en dehors, en général, puisque leur valeur ne fait plus partie du patrimoine du défunt. Mais on les y fait rentrer matériellement, par la réduction comme chez nous, en tout ou en partie, si elles sont avec fondement arguées d'inofficiosité, c'est-à-dire faites par le défunt en vue de frustrer les légitimaires ; ( C. C. art. 920 et s. )

2° Sous la législation des constitutions, certaines donations faites au légitimaire sont toujours comptées fictivement dans la masse et ensuite imputées sur sa légitime. Hors de là, on ne l'oblige pas à compter ce qu'il a reçu.

D. Quelles sont ces libéralités ?

R. 1° Celles faites à condition d'imputer ;

2° Celles de dot pour les filles, d'antipherne pour les mâles ;

3° Celles ayant eu pour but de procurer un établissement, telles que l'achat d'un office, d'un grade militaire.

D. Comment se fait l'imputation ?

R. La masse des biens extants, je suppose, est de 80,000 ; le fils a reçu 20,000 à titre d'antipherne. Son quart est de 25,000, sur lesquels il n'a plus que 5,000 à demander.

---



## TITRE XIX

**Des diverses classes d'héritiers. (Acquisition de l'hérédité. Adition et renonciation).**

---

SECTION 1<sup>re</sup>. — *Différentes classes d'héritiers.*

D. Quel est le sujet de ce titre ?

R. L'étude des héritiers des diverses classes et de la façon dont ils le deviennent.

D. Quelles sont ces classes ?

R. Il y en a trois : les héritiers siens et nécessaires, ceux nécessaires, et les *extranei*.

D. A quel point de vue cette classification ?

R. C'est quant à la façon d'acquérir l'hérédité et à la façon de s'en abstenir.

D. Y a-t-il donc trois manières de l'acquérir ?

R. Non, il n'y en a que deux, à proprement parler. On acquiert de plein droit, *in sciis et invitis*, ou par une manifestation d'intention, qui porte le nom général d'adition d'hérédité.

D. Qui est héritier nécessaire ?

R. Le *servus proprius* institué ou substitué par son maître quiritaire, et demeuré, comme je l'ai dit, ou rentré dans son *justum dominium* au jour du décès.

D. Sous Justinien, ne suffit-il pas que le défunt ait eu l'esclave en propriété à son décès ?

R. Oui, il n'y a qu'une sorte de propriété, à cette époque ; mais il se peut rencontrer des circonstances où l'institution ne ferait pas l'esclave héritier nécessaire comme ne faisant pas suffisamment présumer l'affranchissement tacite.

D. Quelle distinction indiquez-vous ?

R. L'esclave étant commun au testateur et à d'autres, si l'on décide qu'il a voulu l'affranchir, l'esclave est *heres necessarius* et paie son prix. Si l'on décide qu'il a voulu faire acquérir à ses copropriétaires, il rendra héritiers, pour leur part de propriété, ceux qui lui donneront le *jussus*.

D. Comment et à quel moment les appelés de cette classe acquièrent-ils l'hérédité ?

R. Au jour même où elle leur est déférée, où se fixent les droits des appelés.

D. Quelle est donc cette époque ?

R. 1° Dans l'ancien droit, la mort du testateur ;

2° L'ouverture du testament, d'après les lois caducaires ;

3° Dans l'une et l'autre législation, l'évènement de la condition, s'il y en a une, et qu'elle ne soit pas accomplie à l'ouverture de l'hérédité.

D. Quel parti les Romains tiraient-ils de l'acquisition forcée d'hérédité pour l'esclave ?

R. S'ils devaient mourir insolvables, pour être certains d'avoir un héritier et d'éviter à leur mémoire l'ignominie de la *bonorum venditio*, ils mettaient dans l'institution ou la substitution, par exemple au dernier degré, le nom d'un de leurs esclaves, appelé ainsi à figurer dans les affiches, dans les enchères. Ce nom était noté d'infamie, malgré certaine opinion bienveillante, qui voulait excepter ce cas de l'effet infamant attaché à cette procédure. La *bonorum venditio* n'existe plus à Justinien.

D. L'institution du *servus proprius*, alors, est-elle toujours exécutée ?

R. 1° Ce pouvoir, reconnu par la loi *Ælia Sentia*, bien qu'il soit contraire aux intérêts des créanciers, doit être restreint à la mesure du but que la loi permet ainsi de poursuivre, et, comme il suffit pour cela qu'un seul esclave soit héritier nécessaire, s'il y en a eu plusieurs institués, en état d'être héritiers nécessaires au décès, le premier le devient seul, les autres restant en servitude.

2° S'il y avait un substitué du degré postérieur à l'esclave institué ou substitué, qui voulût accepter, on le préférerait.

D. Y avait-il pour l'héritier nécessaire un dédommagement à l'infamie?

R. La liberté, seule d'abord, avec l'impossibilité de rien garder de ce qu'il acquérait, jusqu'à ce que les dettes du défunt fussent payées. Mais le préteur modifia cette rigueur, en introduisant le bénéfice de séparation. L'esclave pouvait se créer et conserver un patrimoine distinct des valeurs héréditaires, seul gage des créanciers; et, le préteur admettant, d'après le droit naturel, que le maître pût être débiteur envers lui, l'esclave pouvait même se payer ou prendre un dividende sur cette masse, concurremment avec les créanciers, pour ce qu'il avait fourni à son maître, des valeurs de son pécule.

D. Ne peut-on aussi supposer l'esclave créancier de son maître, en droit civil?

R. Si celui-ci, institué, a été grevé par un testateur d'un legs pour son esclave *cum liber fuerit* ou sous tout autre condition. Je pense que, grâce à la forme conditionnelle, le legs ferait dette civile.

D. Qu'y a-t-il de particulier pour l'affranchi latin junien?

R. Le latin junien demeure en la propriété de son maître. Il peut donc être institué ou substitué comme héritier nécessaire, et, devenu citoyen *iteratione*, il pourra succéder au testateur. Si celui-ci était insolvable, il pourra invoquer le bénéfice de



séparation ; c'est le droit commun. Mais ce qu'il y a de particulier, c'est que le latin est réputé, en droit, n'avoir qu'à titre pécuniaire tout ce qu'il a gagné depuis son affranchissement imparfait, valeurs que le bénéfice de séparation ne lui permet pas de soustraire aux créanciers, sauf à réclamer ce qu'il aura fourni à son maître. De même, si un autre que le latin est institué il ne peut séparer les biens laissés par celui-ci à sa mort.

D. Celui à qui un esclave a été donné ou vendu *ut manumittatur*, peut-il l'instituer *heres necessarius* ?

R. Non. Ce n'est qu'autant que le maître vous paie de la liberté, qu'il peut vous faire jouer ce rôle. Or, ici, l'affranchissement lui était imposé. En ce cas donc, l'esclave peut *adire arbitrio*. S'il accepte, il est libre *ex testamento*. S'il ruine le testament par son refus, il se fera mettre en liberté par le magistrat.

D. L'esclave ne peut-il être appelé en *heres necessarius* aux biens d'un autre que son maître ?

R. Oui, aux biens des fils ou filles, par la substitution pupillaire. Il en est de même des descendants en puissance.

D. Parlez des héritiers siens et nécessaires ?

R. Ce sont, comme je l'ai dit, les personnes entrées dans la famille par les noces ou des événements semblables et qui se trouvent réellement ou fictivement en la puissance paternelle du testateur, à l'ouverture des droits.

D. Mais vous ajoutiez sous la puissance *directe* !

R. Il en est ainsi pour les héritiers siens *ab intestat*. Le mot *siens* indique la copropriété dans le patrimoine de la famille et s'applique à toutes les personnes en *manus* ou puissance paternelle ; il est général ; mais ce n'est qu'à celles qui ne sont pas *in potestate alterius recasuri* qu'appartient l'hérédité légitime du *parens*. En matière testamentaire, il en est autrement : il suffit d'appartenir à la *familia*, pour que le testateur vous impose son hérédité.

D. Pourquoi *réellement ou fictivement* ?

R. Parce que le testateur peut instituer, comme héritiers nécessaires, ceux mêmes qui ne se trouvent pas effectivement sous sa puissance, s'ils doivent acquérir ou recouvrer ultérieurement les droits de famille, comme l'enfant postume, le captif, le déporté gracié.

D. Mais l'institution de l'enfant en puissance indirecte est-elle toujours valable ?

R. Elle serait nulle, si l'*avus* n'avait observé d'exhérer le fils qui le prime et qui est l'héritier sien présomptif, *ab intestat* ; ce qui encore peut donner ouverture à la *querela inofficiosi testamenti*.

D. Le prêteur n'a-t-il pas aussi soustrait cette classe d'héritiers nécessaires aux poursuites des créanciers ?

R. Oui, à l'aide d'un bénéfice, qu'on nomme d'abstention.

D. A quelles conditions s'acquiert-il ?

R. Il n'est pas nécessaire de le demander. L'héritier sien l'oppose à titre d'exception, aux actions des créanciers ; mais il faut, en général, que la déclaration d'abstention soit conforme au fait.

D. Pourquoi dire *en général* ?

R. Les impubères sont restitués contre l'immixtion, c'est-à-dire reçus encore à déclarer qu'ils entendent s'abstenir après avoir pris possession ou disposé de biens héréditaires.

D. Pourquoi dites-vous les impubères ? S'il s'agit d'un pubère mineur, le prêteur ne le restituera-t-il pas contre un acte aussi dommageable que l'acceptation d'une hérédité insolvable ?

R. Je le pense. Mais la restitution sera bien différente. Celle de l'impubère lui est concédée de plein droit, par l'édit, et perpétuellement, à titre d'exception. Celle du mineur doit être demandée ; l'action n'est ouverte qu'un an, et s'il obtient la restitution, ce sera d'un décret, d'un jugement spécial du magistrat.



D. A qui compète ce bénéfice ?

R. 1° A tous les héritiers siens ;

2° Même à la femme en *manus plena* ;

3° Enfin à l'individu *in mancipio*, institué, et qui sera traité en homme libre. Si l'hérédité est insolvable, il invoquera le bénéfice d'abstention, non de séparation.

D. Quelles différences y a-t-il ?

R. 1° Le premier n'a pas besoin de se demander ;

2° Il laisse faire la *bonorum venditio* sous le nom du défunt et sauve l'infamie à l'institué.

D. L'absténant peut-il revenir ?

R. Oui, à moins qu'il y ait des droits acquis, par suite de sa renonciation à l'hérédité, aux tiers à qui les créanciers en ont vendu les biens. Sous Justinien, de plus, il est forclos par le délai de trois ans.

D. Quelle est la troisième classe ?

R. Celle des héritiers *extranei*, c'est-à-dire en dehors de la famille, quand même ils auraient la parenté naturelle. Ainsi, les petits-enfants *ex filia*, les émancipés, institués, sont héritiers *extranei*. On nomme encore cette classe héritiers volontaires, parce qu'ils ne le sont qu'autant qu'ils font l'adition d'hérédité. Le *servus proprius*, affranchi ou aliéné, devient héritier volontaire. De même, pour l'enfant en puissance, au jour de la confection et qui se trouve hors de la famille au moment où se fixent les droits.

D. Les mêmes classes se retrouvent-elles dans les successions légitimes ?

R. Les deux dernières seulement.

D. A quelles conditions les *extranei* institués ou substitués sont-ils héritiers ?

R. 1° D'avoir la *factio testamenti* passive, à différentes époques ;

2° De faire adition (*ire ad hæreditatem*).

D. A quelles époques doivent-ils avoir ainsi la capacité ?

R. A quatre époques : 1° au temps de la confection ;

2° Au moment où se fixent les droits des appelés, au décès en général ;

3° Dans la période intermédiaire et successive jusqu'à l'adition ;

4° Au temps où ils acceptent.

La perte de capacité dans le premier intervalle, entre la confection et l'ouverture du droit, (c'est-à-dire l'évènement de la condition même, si l'institution est conditionnelle), est indifférente. Il en est de même dans la substitution. Pour les nécessaires, il n'y a que deux époques, la confection et l'ouverture.

D. Et pour le *jus capiendi* ?

R. Il suffit de l'avoir au jour de l'adition, de l'acquérir même avant l'expiration du délai pour la faire.

---

#### SECTION 2<sup>me</sup>. — *Acceptation, renonciation.*

D. Parmi les deux façons que vous avez indiquées d'acquérir, quelle est la plus avantageuse ?

R. Chacune a ses inconvénients. La saisine des héritiers nécessaires peut les river à une hérédité insolvable ; celle opulente est perdue pour l'*extraneus*, s'il devient incapable avant l'adition.

D. Comment se fait cette acceptation ?

R. Il faut distinguer deux époques. L'adition d'héritier fut d'abord un acte légitime, qui devait se faire en personne et en termes sacramentels. Puis on se contenta d'une manifestation quelconque de volonté, par les paroles ou par les actes d'héritier.

D. Qu'est-ce que faire acte d'héritier ?

R. Faire, relativement à des biens héréditaires, un acte qui ne puisse paraître purement conserva-

toire ou d'administration, mais de disposition et annonce ainsi chez son auteur l'*animus domini*. Tels sont la consommation des fruits et tous les actes d'*abusus*, l'affranchissement des esclaves, l'aliénation, la modification de l'état des biens.

D. Comment les personnes incapables de consentir font-elles l'adition ?

R. Aidées de leur administrateur, qui délibère pour elles. Il y avait souvent une autre difficulté, matérielle même; c'était l'impossibilité que le muet et l'*infans* proférât les paroles de l'adition solennelle ou de la crétion.

D. Comment sortir de cette impasse ?

R. Pour l'*infans* on attendait, sans doute, à moins que l'hérédité fût insolvable, cas auquel les créanciers faisaient la *bonorum venditio*. On reçut probablement de bonne heure, dans cet embarras, l'acceptation par la *pro herede gestio*, le pupille assisté brisant un objet héréditaire de peu de valeur et manifestant ainsi sa prise de possession. Enfin Théodose et Valentinien permirent que le tuteur acceptât pour l'*infans*.

D. A partir de quelle époque peut-on faire adition ?

R. A partir du jour où le droit de l'appelé est ouvert. Pour les institutions pures, ce fut au décès d'abord, ensuite à l'ouverture des tablettes, sous les lois caducaires.

D. Dans quel délai doit-il la faire ?

R. Il faut distinguer deux époques. Originellement ce délai était déterminé par les diligences des intéressés et sans doute aussi l'usucapion, en ce que l'institué devait, poursuivi par les créanciers ou légataires, prendre immédiatement qualité, et encore, à défaut de poursuite, pouvait perdre les biens par l'usucapion résultant, soit de la *bonorum possessio* accordée par le préteur, soit même de l'occupation par le premier venu. (Usucapion lucrative). Plus tard, un



délai est accordé pour délibérer, soit par le prêteur, soit par le testament lui-même.

D. Comment le testament l'accorde-t-il ?

R. C'est le cas de la crétion. Une loi ou la coutume permit qu'on indiquât dans les testaments un délai sans doute limité, communément de cent jours, dans lesquels l'institué devait faire l'adition solennelle, qui, sous Gaius et Ulpien, n'était plus en usage que dans cette hypothèse ; de là vient que *cernere* veut dire alors accepter solennellement et que les commentateurs ont donné le nom de crétion à l'acte légitime d'adition d'hérédité.

D. La crétion était-elle toujours donnée de même ?

R. Non. On distinguait celle parfaite ou imparfaite, celle vulgaire ou continue.

D. Quelle est cette dernière division ?

R. La crétion vulgaire courait *a quo scieris potestisque* ; celle continue, au contraire, commençait à l'ouverture, sans suspension par suite de l'ignorance de l'héritier ou des empêchements à ce qu'il se prononçât.

D. Qu'est-ce qui fait la crétion parfaite ou imparfaite ?

R. Le véritable mécanisme de la crétion devait indiquer, parmi plusieurs institués et substitués, quel était l'habile à faire adition, à un moment donné. Pour cela, on mettait une formule d'exhérédation contre chacun, pour le cas où il laisserait expirer le délai sans adition. Dans la crétion imparfaite l'exhérédation est omise.

D. Et que résulte-t-il de cette différence ?

R. Le substitué était définitivement appelé si l'héritier n'avait pas fait adition solennelle dans le délai fixé par la crétion parfaite, avec exhérédation. Dans la crétion imparfaite, si, au lieu d'adition, il avait fait la *pro herede gestio*, on admettait que l'institué retînt la moitié des biens et, enfin, Marc-Aurèle, qu'elle pût donner le tout.



D. Quelle faveur faisait-on donc à son héritier, par la crétion ?

R. 1<sup>o</sup> C'est qu'on lui donnait ainsi le droit de délibérer et l'exception dilatoire, avant que le préteur l'eût créée et alors, en l'espèce, qu'il eût pu la refuser.

2<sup>o</sup> En outre et accessoirement, la faculté de revenir parfois sur la renonciation.

D. La crétion subsiste-t-elle sous Justinien ?

R. Non, elle a été abolie par une constitution de 407 ; il n'y a donc plus d'adition solennelle.

D. Comment le préteur donnait-il un délai ?

R. Son équité lui suggéra d'impartir aux appelés une exception dilatoire, dans les poursuites dont ils sont l'objet. Elle était sans doute octroyée ou refusée et certainement limitée individuellement, d'après les faits dans chaque espèce. Le délai pouvait être accordé à l'héritier sien abstenant, pour délibérer s'il sortirait de cette condition.

D. Quel rapprochement faites-vous ici ?

R. L'acceptation par la *pro herede gestio*, avec le droit de délibérer avant d'accepter ainsi, sont les dispositions aussi de la loi française. Chez nous l'exception dilatoire subsiste. L'appelé n'est contraint de prendre qualité que par les poursuites des intéressés après le délai. (C. C. art. 793 à 801). Il n'y a de différences qu'en ce que le code, réunissant les avantages de l'hérédité nécessaire et de celle volontaire, déclare tout appelé saisi, sauf la confirmation de la saisine par la *pro herede gestio*. Par exemple, dans l'hypothèse où plusieurs personnes meurent dans un même événement, dont l'une était appelée à l'hérédité des autres et leur survit un instant, en droit romain elle ne l'aura recueillie qu'autant qu'elle était héritière nécessaire, et chez nous elle l'aura toujours acquise.

D. L'effet du défaut de saisine se produit-il toujours ?

R. Il en est ainsi dans une première époque ;



mais, outre qu'il fut admis une exception, Justinien finit par adoucir le droit dans cette disposition rigoureuse.

D. Quelle est cette exception ?

R. Celle que les commentateurs ont désignée sous le nom de *jus suittatis*.

D. Comment déroge-t-elle à la règle ?

R. Une constitution donnée par Théodose II et Valentinien, en 450, décida qu'un enfant ou descendant, *heres extraneus* perdant la capacité de faire adition pour l'institution ou substitution écrite, en sa faveur, dans le testament de ses père, mère ou autre ascendant, transmettrait sa vocation à ses héritiers, quand les appelés à sa propre hérédité seraient ses descendants. On nomme cette dérogation favorable, (qui fut sans doute étendue aux hérédités légitimes), le *jus suittatis* et cela très-improprement ; puisqu'à cette époque, les émancipés concouraient dès longtemps avec les héritiers siens et que cette transmission ne peut venir que d'enfants non en puissance, sans quoi ils seraient *heredes sui* et n'auraient eu à faire adition, et qu'elle peut être invoquée, de même, par tous descendants, même des femmes. Il vaut bien mieux appeler ce droit bénéfice de transmission.

D. Cette disposition se rattache à d'autres lois des mêmes empereurs, adoucissant les règles successorales en faveur de la famille. Présentez-en l'ensemble ?

R. 1<sup>o</sup> Quand on fait un testament, en faveur de ses enfants, comme père ou mère, ou ascendant, il est privilégié ; c'est l'origine du testament-partage d'ascendant, réglementé par les nouvelles ;

2<sup>o</sup> Quand, ayant testé pour des étrangers, on le fait irrégulièrement pour sa postérité, ce second testament est privilégié, et produit l'effet révocatoire ;

3<sup>o</sup> Quand un descendant, appelé comme *heres extraneus* à l'hérédité d'un ascendant, perd la capacité avant d'avoir fait adition, sa postérité la peut faire en son lieu et place ;

D. Quelle est la dernière époque ?

R. Sous Justinien, le délai pour délibérer est général, et, quand l'appelé meurt au courant de ce délai, il transmet sa vocation à ses propres héritiers, quels qu'ils soient.

D. Comment le délai est-il général ?

R. Les constitutions impériales, notamment de Justinien, ont confirmé le bénéfice du délai ; il appartient de plein droit à tout appelé, le magistrat n'ayant qu'à en régler l'augmentation, quand il est insuffisant.

D. N'y a-t-il pas une limite ?

R. Le délai commun est de 100 jours comme dans la crétion ; mais le magistrat peut, eu égard aux circonstances, le porter jusqu'à neuf mois et, avec l'autorisation de l'empereur, jusqu'à un an.

D. Pour qui sont les acquisitions qui se produisent durant le délai ?

R. Le défunt est censé survivant et l'*hereditas non adita* est ainsi une personne qui continue d'acquérir au profit de celui qui fera plus tard adition. Si l'adition ne se produit pas, les acquisitions passent, avec l'ensemble des biens, au fisc qui recueille les successions en déshérence, sauf ce qui a été usucapé ou prescrit.

D. Si la délibération n'a pas révélé à l'héritier la situation fâcheuse où il s'engageait, peut-il se faire restituer, après l'acceptation ?

R. Cette restitution existe exceptionnellement.

D. Au profit de qui ?

R. 1<sup>o</sup> Des mineurs, d'après le droit commun ;

2<sup>o</sup> Des majeurs, par faveur impériale, et dans des cas fort rares, si des dettes ou legs ignorés se révèlent après coup (cf. C. C. art. 783) ;

3<sup>o</sup> Des militaires, d'après un rescrit de Gordien, toutes les fois qu'ils seraient lésés. On peut ici juger du caractère des exceptions les concernant ;

D. Justinien n'a-t-il rien fait ici ?

R. Sans régler autrement les restitutions contre l'adition ruineuse, il a permis d'éviter le danger, en créant le bénéfice d'inventaire.

D. Définissez cette institution ?

R. C'est un bénéfice permettant de séparer le patrimoine du défunt de celui de l'héritier, de façon que les exécutions ne portent que sur les biens héréditaires. Cela offre beaucoup d'analogie avec le bénéfice prétorien de séparation, en faveur des héritiers nécessaires; et notamment, comme l'esclave, l'héritier bénéficiaire conserve contre l'hérédité, en concours avec les créanciers, les créances qu'il avait contre le défunt.

D. A quelles conditions s'acquiert le bénéfice ?

R. 1° Que l'appelé fasse dresser un état descriptif et estimatif de toutes les valeurs héréditaires; ce qu'on nomme *repertorium, inventarium*; (C. C. 793 et C. Proc. 941 et s. 986 et s.);

2° Que l'inventaire soit en formes légales, notamment dressé par notaire;

3° Fait en présence des intéressés: créanciers, légataires, fidéicommissaires, ou eux appelés et suppléés par trois témoins;

4° Exact, c'est-à-dire comprenant toutes les valeurs héréditaires; fidèle, les décrivant et estimant justement, et fait dans les délais.

D. Dans les délais pour délibérer ?

R. Non, le *jus deliberandi* subsiste, comme bénéfice distinct avec l'effet que l'empereur lui a donné et il y a des délais spéciaux pour l'inventaire.

D. Quel sont ces délais ?

R. On a trente jours avant de le commencer pour la recherche des valeurs héréditaires, et, pour dresser l'inventaire, 60 jours de droit commun, ou même un an, s'il y a des biens en pays éloignés. Ces délais courent de la connaissance de sa vocation par l'héritier.



D. Comment le *jus deliberandi* reste-t-il un bénéfice distinct de celui d'inventaire ?

R. En ce qu'on ne peut les cumuler, qu'il faut opter entre eux. Poursuivi par les créanciers, on doit leur opposer l'exception dilatoire du *jus deliberandi* et les payer intégralement si l'on accepte ensuite, ou l'exception plus courte du bénéfice d'inventaire, en remplissant toutes les conditions auxquelles il s'obtient.

D. Il peut y avoir intérêt, à un autre point de vue, à séparer le patrimoine héréditaire de celui de l'héritier, quand celui-ci est insolvable, savoir dans l'intérêt des créanciers ?

R. Oui ; supposons Titius dans une situation à donner 50 0/0 seulement à ses créanciers et acceptant une hérédité dont le passif égale l'actif. La confusion est avantageuse à ses créanciers personnels, mais nuisible à ceux héréditaires, réduits à un simple dividende. C'est dans cette situation que le préteur leur permettait une autre application du bénéfice de séparation, qui s'est seule conservée sous le nom de séparation des patrimoines (C. C. art. 878).

D. Quand les demandeurs en séparation auront retiré seulement un dividende de la vente des biens héréditaires, pourront-ils venir concourir, pour leur solde, sur les biens de l'héritier ?

R. Les jurisconsultes ont professé trois systèmes : l'affirmative, la négative et une opinion mixte, qui permet le recours, quand tous les créanciers personnels de l'héritier ont été désintéressés. En tous cas, l'opinion qui leur refuse entièrement ce recours semble peu juridique. L'héritier est obligé au paiement des créanciers de l'hérédité et n'en peut être délié par l'effet d'un bénéfice créé pour eux.

D. A quel moment doit-on renoncer à l'hérédité ?

R. Quand elle est ouverte et qu'on y connaît sa vocation. La renonciation faite par l'héritier légitime,



croquant qu'il n'y a pas de testament, est sans effet, s'il est institué dans cet acte; elle n'éteint pas, en ce cas, l'hérédité testamentaire. La renonciation, du reste, n'était pas nécessaire. A l'expiration du délai par lui imparti, le prêteur, donnait les actions, sauf l'exception dilatoire encore s'il y avait lieu, contre le substitué ou l'héritier légitime; il envoyait les créanciers, en possession, s'il n'y avait pas d'autre héritier.

D. Comment se fait la renonciation ?

R. Solennellement aussi jadis; mais nous ne connaissons qu'une renonciation correspondant à la seconde manière de l'adition, savoir *verbis, re, quovis indicio*. En tout cas, la renonciation doit être faite par l'appelé lui-même ou d'après les suppléances qu'on avait admises pour rendre l'adition possible à certains incapables.

D. Quelle différence y a-t-il, ici, entre le droit romain et notre loi ?

R. A Rome, l'appelé doit agir pour acquérir l'hérédité. La renonciation n'a d'importance que pour le soustraire aux poursuites des créanciers, surtout des légataires; en droit français, par suite de la saisine, personne n'ayant besoin d'agir pour acquérir, sinon la possession, du moins l'hérédité, la renonciation seule est formelle est solennelle (C. C. Art. 784). Le droit de Justinien est, d'ailleurs, assez semblable au nôtre. A l'expiration des délais pour délibérer, l'héritier non renonçant est réputé acceptant.

D. Peut-on revenir sur la renonciation ?

R. Non, sauf pour les mineurs ou les cas de dol ou violence, quand même l'hérédité n'aurait pas encore été acquise par d'autres appelés (*contra*. C. C., art. 790.)

D. N'y avait-il pas d'exception ?

R. 1<sup>o</sup> La personne en puissance qui a renoncé comme contrainte (ce qui arrivait jadis même aux fils de famille), devenue *sui juris*, peut faire adition, sauf les droits acquis aux autres, par exemple aux substitués ;



2<sup>o</sup> La crétion comporte cet avantage, que le délai tout entier appartient à celui à qui on l'a impartie ; s'il a renoncé avant son expiration, il peut revenir, jusqu'à ce terme.

D. Quand on est appelé à deux titres différents à une succession, ne peut-on revenir sur la renonciation unique ?

R. Oui ; comme substitué ou comme héritier légitime. Mais distinguons. Celui qui est appelé comme héritier testamentaire et légitime à la fois, s'il renonce au premier titre, peut accepter à l'autre, mais non à l'inverse ; parce qu'en se prononçant *ab intestat*, il répute ouverte l'hérédité légitime et par conséquent abandonnée celle testamentaire, qui la prime.

D. Comment se faisait la renonciation des incapables et des personnes en puissance ?

R. Avec l'habilitation dont j'ai parlé pour les incapables et par les personnes en puissance elles-mêmes, sous l'autorisation de leur chef.

D. Résumez les divers bénéfices que reçurent les Romains en matière d'hérédité.

R. 1<sup>o</sup> Celui de séparation, permettant à l'héritier nécessaire de soustraire ses biens personnels aux exécutions des créanciers de son patron.

2<sup>o</sup> Le même bénéfice ou un semblable, permettait aux créanciers de faire leur gage exclusif des biens héréditaires, en les isolant de ceux d'un héritier moins solvable que le défunt.

3<sup>o</sup> La restitution *in integrum*, pour les mineurs

4<sup>o</sup> Celle pour les militaires, en cas d'acceptation ;

5<sup>o</sup> Le droit d'abstention pour les héritiers siens ;

6<sup>o</sup> Le *jus deliberandi* prétorien et la crétion pour les héritiers *extranei* ;

7<sup>o</sup> Le *jus suutatis* des empereurs ;

8<sup>o</sup> Le *jus deliberandi* de Justinien, présentant une physionomie nouvelle, en ce qu'il est général et transmissible à tous héritiers.

9<sup>o</sup> Le bénéfice d'inventaire du même empereur;

10<sup>o</sup> Le *jus adcrescendi*, pour les héritiers siens non-privilégiés omis;

11<sup>o</sup> La représentation pour certaines classes d'héritiers légitimes, dont nous trouvons quelques applications dans les matières testamentaires, où l'on fait acception de la vocation *ab intestat*, par exemple, dans le *jus adcrescendi*, les *bonorum possessiones* et la légitime.



## TITRE XIX (bis)

(Attribution des hérédités perdues.)



### SECTION 1<sup>re</sup>. — *Ancien droit.*

D. Qu'est-ce que les hérédités perdues?

R. Quand l'institution manque son effet, il y a lieu, d'une part, d'en examiner le motif, et, de l'autre, de savoir ce que devient le bénéfice de la disposition; particulièrement quand il y a plusieurs appelés et défaut de quelques-uns seulement.

D. Comment se divisent les hérédités perdues?

R. 1<sup>o</sup> Celles *pro non scriptis*, où l'institution a été nulle dès l'origine, l'appelé y étant incapable, par exemple, pérégrin, *postumus alienus*.

2<sup>o</sup> Les *irrita* ou *destituta*, quand, valable à l'origine, l'institution manque son but, à raison de l'incapacité ultérieure ou du refus de l'appelé :

3<sup>o</sup> Les *ereptitia*, quand l'héritier capable, ayant même acquis, se voit dépouillé comme indigne.

D. N'y a-t-il pas, à une certaine époque, une classe de plus ?

R. Oui, sous les lois caducaires. On nomme *caduca* les hérédités perdues, faute du *jus capiendi*, par les institués ou substitués capables ou à raison du délai, mis par ces lois, à l'ouverture. La seconde classe reçoit alors la dénomination de *quasi caduca*.

D. Quelle théorie régit l'attribution ?

R. Il y en a quatre : la substitution, l'accroissement, la confiscation, l'hérédité légitime ou prétorienne et une cinquième, depuis Auguste, le *jus caduca vindicandi*.

D. Quelle part a le fisc ?

R. Le trésor du peuple recueille dans l'ancien droit les *ereptitia*, et dans le droit impérial les *caduca* et *quasi caduca* parfois.

D. D'où naît l'indignité ?

R. De mauvais procédés de l'institué ou héritier légitime envers le défunt, causes dont l'appréciation fut longtemps abandonnée aux tribunaux, et qui finirent par être légalement fixées. Ce sont principalement :

1<sup>o</sup> Le meurtre, même par imprudence ;

2<sup>o</sup> La négligence mise à introduire l'action publique contre le meurtrier du défunt, ou le fait, au cas où le meurtrier est encore inconnu, d'avoir consommé l'adition avant l'ouverture solennelle des tablettes, différée par l'application du sénatus-consulte Silanien.

3<sup>o</sup> Une accusation calomnieuse ;

4<sup>o</sup> La contestation d'état ;

5<sup>o</sup> L'empêchement apporté à ce que le défunt fît ou révoquât son testament.



Les trois premières causes ont passé dans notre loi avec quelque nuance. (C. C., art. 727 et s.)

D. Pourquoi les parts d'hérédité ravies aux indignes vont-elles à l'*ærarium*, plutôt qu'aux substitués ou co-institués ?

R. Parce que l'indigne, héritier nécessaire ou ayant acquis par l'adition, retient son titre en perdant les biens, et qu'ainsi, en droit strict, il n'y a pas de part défaillie.

D. Quel est l'effet de la substitution ?

R. De faire recueillir les parts *pro non scriptis*, ou abandonnées par les institués.

D. Et celui de l'accroissement ?

R. De même, mais à défaut de substitution et en faveur des héritiers de même degré qui recueillent, institués ou substitués.

D. Qu'est-ce que l'accroissement ?

R. Le principe par suite duquel un héritier recueille, à la défection de ses co-institués, une part supérieure à celle pour laquelle il avait été désigné, soit à la confection, soit à l'ouverture des droits.

D. Vous visez deux hypothèses distinctes ?

R. Oui. Le testateur a pu appeler Primus, Secundus, Tertius, Quartus, sans indication de part. Au décès, Quartus étant prédécédé, la vocation héréditaire s'est ouverte d'un tiers pour chacun des survivants. Si Tertius répudie, les deux autres recueilleront une moitié. Le testateur avait pu les instituer aussi pour des parts déterminées, égales ou différentes; mais son hérédité ne pouvant être partie testamentaire, partie légitime, ces parts sont accrues de façon à embrasser l'ensemble des biens.

D. Quelle est la base du droit d'accroissement ?

R. La vocation, virtuelle ou présumée, au tout. Dans la première hypothèse, où les héritiers institués sont sans part, chacun l'est intégralement en droit, et ne partage qu'à raison de la nécessité de fait. Dans la seconde hypothèse, où il y a détermination de parts,

en fait, on présume que le testateur l'a faite à raison du nombre des institués, et qu'il les eût indiquées plus grandes s'il avait dû en choisir un nombre moindre ; en droit, l'hérédité devant être entièrement testamentaire, on est amené à modifier la division adoptée au testament.

D. Quelles parts perdues sont attribuées, dans l'ancien droit, à l'accroissement ?

R. Il porte sur les deux premières classes, les *destituta* et les *pro non scriptis*.

D. Quand les appelés sont tous du même degré, institués ou substitués, l'institution nulle ou défaillie de l'un d'eux, profite-t-elle à tous les autres également ?

R. Pas toujours. Cette donnée que j'ai présentée comme la plus simple, peut être modifiée par l'effet des conjonctions, qui donne lieu au sous-partage. Je pose ici cette règle : Une part abandonnée profite à ceux qui devaient venir au partage où elle aurait été déterminée.

D. Faites l'application de votre règle.

R. J'ai donné un exemple déjà du simple partage. Supposons la conjonction pour le montrer double. Le testateur a dit : *Lælius ex semisse hæres esto; Primus, Secundus, Tertius, Quartus, heredes sunt*. Il faut ici faire deux partages : le premier, par moitié entre les deux groupes, et commun à tous les appelés ; le second, entre les conjoints seuls, pour refendre une demie en huitièmes. Dès lors, supposons le défaut de Quartus, qui devait avoir une telle fraction. Le huitième ne pouvant être déterminé que dans le sous-partage, c'est aux trois autres conjoints seulement que son défaut profitera. Si c'est Lælius qui manque, sa part devant être déterminée dans le premier partage, tous les conjoints en profiteront, et auront un quart au lieu d'un huitième.

D. Ne pourront-ils s'en tenir à un huitième ?

R. Non ; l'accroissement est forcé.



D. Mais doivent-ils payer les dettes, les legs et fidéicommiss et autres charges pour un huitième ou un quart ?

R. Distinguons. Ils ne peuvent se soustraire aux charges générales dans la mesure où ils recueillent, comme les dettes et les legs, dont nul héritier n'est spécialement grevé; mais il en est autrement de celles particulières, des legs, du *modus*, imposés au défail-lant seul. C'est ce qu'on entend en disant que l'accroissement a lieu *sine onere*.

D. Chaque cohéritier doit-il survivre au défunt pour acquérir l'accroissement ?

R. Non. Quand on a acquis sa part originaire d'hérédité, soit comme héritier nécessaire, soit par l'adition, on gagne les parts déchues par l'incapacité ou la renonciation survenant de vos co-institués ou co-substitués. L'accroissement, en effet, s'attache à la part, c'est-à-dire à la personne juridique, non matérielle, de l'héritier.

D. Est-ce bien exact, l'accroissement à la part ?

R. Non, car si l'héritier a cédé tous ses biens héréditaires, il n'en a pas moins droit à l'accroissement, à la place de ses acquéreurs. De même, en matière de legs, si la part du légataire est de choses fongibles qu'il a consommées, il n'en a pas moins droit à l'accroissement.

D. Quelles différences y a-t-il entre la substitution et l'accroissement ?

R. 1<sup>o</sup> La substitution est facultative et l'accroissement forcé ;

2<sup>o</sup> Elle est acquise au substitué en vertu d'une adition spéciale ;

3<sup>o</sup> Donc le substitué peut en être privé, faute d'avoir la capacité au moment de faire cette nouvelle adition; l'accroissement, au contraire, se prononce même pour l'incapable, pour le défunt.

4<sup>o</sup> L'accroissement est *sine onere*, jusqu'au droit impérial, et la substitution *cum onere*, soumettant

le substitué à toutes les charges pesant sur l'institué défailli, sauf celles imposées *intuitu personæ*, comme d'épouser telle personne ;

5° La substitution prime l'accroissement ; soient Primus, Secundus, Tertius institués, et Primus substitué aux autres ; c'est à défaut seulement par lui de pouvoir ou vouloir recueillir la part abandonnée par Tertius qu'elle accroîtra à Secundus qui aura accepté.

D. Quand s'ouvre l'hérédité légitime ?

R. A défaut de l'application de l'une des théories précédentes et quand il n'y aura nul substitué ou cohéritier, ou que l'*ærarium* ne recueillera pas la part de l'unique héritier indigne.

D. L'*ærarium* n'a-t-il pas encore droit à d'autres hérédités que celles actives d'indignes ?

R. Oui, à celles en déshérence ; c'est-à-dire, à défaut de tous ces principes d'attribution, et l'hérédité n'étant acquise ni réclamée par aucun successeur légitime ni prétorien, l'*ærarium* la recueille comme épave.



## SECTION 2°. — *Droit impérial.*

D. Quelles créations importantes intervinrent, dans cette matière, dès l'origine de l'Empire ?

R. Celles des lois caducaires que j'ai déjà nommées.

D. Quelles furent leurs innovations ?

R. 1° L'ouverture des hérédités testamentaires est reportée à celle des tablettes, et, la capacité étant ainsi plus longtemps exigée chez les institués, il y aura plus d'hérédités perdues.

2<sup>o</sup> Ces lois frappent d'une incapacité de pur fait certaines catégories de personnes privées du *jus capiendi*.

D. Qui est ainsi privé du *jus capiendi*?

R. 1<sup>o</sup> Les *cœlibes*, personnes qui ne vivent pas actuellement en état de mariage, quoique leur âge s'y prête; pour acquérir le *jus capiendi* en convolant, les femmes ont cent jours de *vacatio*, à dater de l'ouverture des tablettes; la *vacatio* pour la femme divorcée est de dix-huit mois, et pour la veuve, de deux ans, à compter de la dissolution du mariage;

2<sup>o</sup> Les *orbi*, gens mariés sans enfants, peuvent aussi acquérir le *jus capiendi*; la femme l'acquiert, pour les dispositions de son mari, en accouchant dans les dix mois;

3<sup>o</sup> Le *solitarius pater*, un homme sans doute qui a des enfants légitimes, mais ne s'est pas remarié; même faculté;

4<sup>o</sup> Le latin junien, qui peut arriver à la cité par les modes que j'ai signalés dans le même délai de cent jours.

D. La privation était-elle intégrale ?

R. Oui, pour les *cœlibes* et les latins juniens. Pour les hommes qui n'avaient pas au moins un enfant natif, vivant au terme des cent jours, la privation était de moitié; de même pour les femmes, capables d'être instituées, qui, mariées, n'avaient pas subi le *triplex* ou *quadruplex enixus*. Pour accepter l'hérité du mari, un seul enfant commun suffisait.

D. N'y avait-il pas des exceptions ?

R. Oui, à raison de l'âge, quant au mariage, et à raison de la parenté. Tous ceux qui tomberaient sous le coup des lois caducaires ont pourtant la *solidi capacitas*, s'ils sont parents du testateur jusqu'au 6<sup>e</sup> degré, même en ligne collatérale, ou au 7<sup>e</sup>, pour un enfant de cousin issu de germains.

D. Quelles sont les exceptions fondées sur l'âge ?

R. 1<sup>o</sup> Au-dessous de 20 pour la femme, et 25 ans



pour l'homme, le *jus liberorum* n'était pas obligé pour pouvoir recueillir.

2<sup>o</sup> Au-dessus de 50 ans pour la femme, et 60 ans pour l'homme, le mariage ne l'était pas non plus, du moins par la loi Julia quand elle parut.

D. Pourquoi faites-vous cette restriction ?

R. Parce que cette disposition, purement transitoire, fut rapportée par le sénatus-consulte pernicien. Si l'on avait persisté toute sa vie dans le célibat, ce n'était point, certes, un motif de faveur.

D. Que devinrent ces lois ?

R. Elles furent abolies par les fils de Constantin, quant aux conditions de mariage et de postérité, par Justinien pour le surplus.

D. Parlez de l'attribution des parts déchues sous l'empire des lois caducaires.

R. Nous trouvons ici, indépendamment des principes exposés, le *jus caduca vindicandi*.

D. Qu'y a-t-il de nouveau quant à la première classe de dispositions déchues ?

R. Pour celles *pro non scriptis*, rien de nouveau ; pour les trois autres classes, nous trouvons l'application du *jus caduca vindicandi*, et en certains cas de l'accroissement.

D. Quand s'applique l'accroissement ?

R. D'après les principes et quand il peut avoir lieu au profit de parents en ligne directe jusqu'au troisième degré, ce qu'on nomme le *jus antiquum*.

D. Quand s'applique le *jus caduca vindicandi* ?

R. A défaut de substitution et d'accroissement, et en faveur des mâles ayant rempli le vœu de la loi et appelés à prendre quelque émolument dans la même hérédité, ou d'autres sont privés pour y avoir désobéi.

D. Le *jus caduca vindicandi* est-il donc un privilège du sexe ?

R. Oui. Les femmes douées du *jus liberorum*, qu'elles acquièrent par un seul enfant commun, pour

recevoir les dispositions de leur mari, et par trois ou quatre accouchements, pour celles des étrangers, n'ont acquis ainsi que le *jus capiendi*, non la *vindicatio caduci*.

D. Comment peut s'expliquer leur exclusion ?

R. De même que leur tutelle, ainsi qu'elle se présentait alors, et de même que la loi Voconia. Elle servait à maintenir l'état des familles.

D. Comment se règle leur concours, si les *patres* ne sont pas tous appelés de la même façon ?

R. Il y a pour cette sorte d'accroissement trois degrés, appelés l'un à défaut de l'autre.

D. Exposez-les.

R. 1<sup>o</sup> Les cohéritiers conjoints et *patres* conjoints *verbis* et non *re tantum*.

2<sup>o</sup> Les cohéritiers *patres* non conjoints ;

3<sup>o</sup> Les légataires même, si on ne trouve pas d'héritier ayant le mariage et la famille.

D. Les *exceptæ personæ* jouissent-elles du *jus caduca vindicandi* ?

R. Non. Les parents en ligne collatérale n'ont que la *solidi capacitas*, c'est-à-dire le droit de recueillir entièrement la part que leur destine le testament, comme les femmes.

D. Et s'il n'y a pas même de légataires *patres* pour faire la *vindicatio* ?

R. En ce cas, elle passe au trésor du peuple, plus tard au fisc.

D. Le fisc pourra-t-il ainsi recueillir une hérédité entière, au mépris des héritiers légitimes ?

R. Non. Le testament dont tous les institués ou substitués sont privés du *jus capiendi* n'a pas plus d'effet que s'ils étaient incapables. Le fisc recueille les hérédités légitimes en déshérence ; mais, à titre de caduc, il peut revendiquer seulement des parts ; il en est de même des appelés du troisième degré de *vindicatio*, les légataires.

D. Quel est le caractère du *jus vindicandi* ?



R. C'est un accroissement facultatif qui s'obtient par les diligences de celui qui y a droit. L'adition, la prise de possession, ne suffit pas, il faut se porter demandeur en *vindicatio*.

D. A-t-il lieu *cum* ou *sine onere* ?

R. *Cum onere*, de même que la substitution, dont l'acquisition n'est pas non plus forcée.

D. Les *ereptitia* ont-ils toujours été attribués comme les *caduca* et *quasi caduca* ?

R. Non, sans doute, à l'origine ; mais on l'admit ensuite, pour augmenter la prime des *patres*.

D. Le fisc n'eut-il pas bientôt des droits plus étendus ?

R. Non. Ulpien dit positivement que Marc-Aurèle lui transféra la *vindicatio* pour les *ereptitia*, *caduca* et *quasi caduca*. Mais je pense qu'il s'agit là simplement de la substitution du fisc à l'*aerarium* ; car il est constant que la *vindicatio caduci* a persisté pour les *patres*, bien après Marc-Aurèle, et cela d'après Ulpien lui-même.

D. Comment a lieu l'attribution des parts déchues sous Justinien ?

R. L'empereur a remanié cette matière dans la const. un. C. *de caducis tollendis*, dont l'analyse constitue l'exposé des nouvelles règles.

D. Quelles en sont donc les dispositions ?

R. C'est presque un retour aux anciens principes ;

1<sup>o</sup> L'ouverture des hérédités testamentaires est remise à la mort du testateur ; ce qui supprime une source des *caduca* ;

2<sup>o</sup> Le reste est supprimé par l'abolition complète de la législation d'où ils naissaient ;

3<sup>o</sup> L'accroissement est remanié, dans les hérédités et les legs.

D. Comment a-t-il lieu ?

R. Il faut distinguer de quelle disposition déchue il s'agit parmi celles divisées en trois groupes jadis, division à laquelle on revient.

D. Parlez des *pro non scriptis*?

R. L'accroissement y a lieu suivant les anciens principes, forcément et *sine onere*.

D. Parlez des *destituta*?

R. Il faut distinguer si les institués sont conjoints *re* ou *disjunctim*, s'ils le sont *verbis* ou *conjunctim*, mais tous de la même façon, première hypothèse, ou s'ils le sont par des conjonctions différentes.

D. Comment a lieu l'accroissement, si la conjonction est identique pour tous?

R. Il est forcé et *cum onere*.

D. Et quand les deux conjonctions, *re* et *re et verbis*, se rencontrent?

R. 1<sup>o</sup> Est-ce une part de conjoint *verbis* qui est défaillie? elle est pour tous les conjoints de cette nature, par accroissement facultatif et *cum onere*;

2<sup>o</sup> Est-ce une part défaillie de conjoint *re*? l'accroissement est faculté et *cum onere* pour les conjoints de toute façon. Cela revient à la théorie de l'accroissement dans les partages et sous-partages.

D. Démontrez cette distinction par un exemple?

R. Le testateur a dit: « J'institue Titius; j'institue Lælius; j'institue 1<sup>us</sup>, 2<sup>us</sup> et 3<sup>us</sup>. » Les deux premiers sont conjoints *re* ou *disjunctim*; les trois derniers *re et verbis* ou *conjunctim*. Si donc Tertius est précédé, Primus et Secundus ont seuls droit à sa part. Si Titius, au contraire est précédé, la sienne peut être recueillie par les quatre institués survivants. Si tous étaient venus, en effet, il y aurait eu partage entre trois groupes Titius, Lælius, les conjoints *verbis* et sous-partage entre trois personnes, savoir ces derniers seuls.

D. Mais s'il y avait des conjoints *verbis tantum* et d'autre façon, l'accroissement serait-il commun à tous?

R. Il y a controverse, sur le point de savoir si l'accroissement a lieu même en faveur des conjoints *verbis tantum*, c'est-à-dire des institués avec partage. Je pense pourtant qu'en tout cas on en excepterait les

conjointes *verbis tantum*, qui ne pouvaient alors excéder leur part.

D. L'empereur a-t-il aussi modifié l'attribution des *ereptitia* ?

R. Oui. Les parts d'indignes ne sont plus recueillies par le fisc qu'à défaut de substitués, d'héritiers légitimes etc.

---

## TITRE XX

### Des legs.

---

#### SECTION 1<sup>re</sup>. — *Généralités.*

D. Q'est-ce que léguer ?

R. Etymologiquement, c'est faire la loi testamentaire. En ce sens, le mot devrait désigner l'institution d'héritier, et c'est ainsi que l'employaient les Douze-Tables; mais l'usage l'a restreint à des dispositions particulières de dernière volonté.

D. Qu'est-ce donc que le legs ?

R. Une disposition à cause de mort, gratuite, à titre particulier, laissée en termes impératifs dans un acte testamentaire.

D. Le légataire reçoit-il moins que l'héritier ?

R. Il est possible qu'il conserve plus, et cela importe peu. Par exemple, le légataire, exempt de dettes, du fonds sempronien, qui forme la plus grande



valeur de l'hérédité, peut être bien mieux traité que l'héritier ayant l'universalité, sur laquelle il doit distraire cet objet et payer tout le passif.

D. Quelle différence y a-t-il en définitive ?

R. 1<sup>o</sup> Le legs est une libéralité, caractère que n'a pas essentiellement l'institution.

2<sup>o</sup> L'institution d'héritier ne peut avoir lieu que dans le testament ; le legs même en certains codicilles ;

3<sup>o</sup> L'héritier est appelé à l'universalité, tout au moins à une fraction, et, en tout cas, succède à titre universel ; le légataire gratifié d'un objet spécifié est successeur à titre particulier ;

4<sup>o</sup> Comme conséquence, l'héritier est un ayant-droit du défunt, investi, dans la mesure déterminée par l'institution, la substitution, l'accroissement ou la *vindicatio caduci*, de ses droits actifs et passifs, prestant ses obligations, comme le fait, en général, le successeur à titre universel. Le légataire est un simple ayant-cause, qui ne peut souffrir ou invoquer que les droits réels, assis sur l'objet qu'il acquiert.

D. En est-il ainsi chez nous ?

R. On n'a pas voulu y admettre formellement l'institution d'héritier, à raison de motifs politiques qu'entraînent ses rigueurs et son inexécution. Aussi le testateur chez nous ne fait que des légataires, qualifiés, suivant l'étendue de ce qu'ils reçoivent, légataires universels, à titre universel ou particulier. Mais cette théorie, incomplète, laisse planer le doute sur un point de la dernière importance, savoir le titre de ces successeurs et leur contribution aux dettes (C. C. art. 873, 1009, 1012.)

D. Les Romains n'ont-ils pas eu une disposition qu'on pouvait qualifier legs à titre universel ?

R. Oui. Si je lègue à Titius le quart de mes biens, le mot l'emportant sur la chose, il est légataire partiaire et reçoit à titre particulier le quart de l'hérédité, sans être tenu en droit strict de contribuer aux dettes.

D. Le droit prétorien décide-t-il autrement ?

R. Oui. Il permet à l'héritier de se refuser à la délivrance, si le légataire partiaire ne consent à concourir avec lui à acquitter les charges générales. Dans la délivrance d'un tel legs, interviennent des stipulations prétoriennes, qu'on nomme *partis* et *pro parte*, par lesquelles les intéressés s'engagent à se faire raison, dans la proportion du legs partiaire, de tout ce qui serait reçu et payé par l'un ou l'autre.

D. Pourquoi le legs est-il, selon vous, une disposition gratuite, non une donation ?

R. Dans l'institution d'héritier, on envisage principalement la transmission de la personnalité et jadis elle pouvait n'être nullement lucrative. Dans le legs, au contraire, on a en vue exclusivement d'enrichir quelqu'un d'un bien déterminé, et c'est essentiellement une libéralité. D'autre part, ce n'est pas l'espèce qu'on nomme la donation et qui comporte le concours des volontés.

D. Pourquoi *en termes impératifs* ?

R. C'est une condition constitutive des legs. Après Auguste, on exécute en fidéicommiss les dispositions faites en termes précatifs et dès lors le défaut des termes impératifs ne les rend pas *pro non scriptis*; mais alors cette condition importe, comme servant à distinguer les legs des fidéicommiss. Justinien a seul fondu les deux espèces de libéralité.

D. Pourquoi dites-vous *laissée* ?

R. Pour indiquer qu'à la différence de la donation, cette libéralité ne crée nul droit pour le légataire au temps où on l'écrit, mais seulement à la mort.

D. Pourquoi : dans un acte testamentaire ?

R. Parce que les legs peuvent être, je l'ai dit, soit dans le testament, soit dans un codicille confirmé, depuis l'admission du codicille par Auguste.

D. Qui doit acquitter le legs ?

R. D'après les principes, c'est exclusivement l'héritier, et l'on en fait une partie de la définition :



*ab herede præstanda*. Mais, sous Justinien, l'assimilation des legs aux fidéicommiss fait que cette condition n'est pas irritante, pas plus que celles relatives aux termes impératifs, au rang du legs, à la confection d'un acte testamentaire.

D. Quelle conséquence résulte de ce que les legs doivent être à la charge de l'héritier?

R. 1<sup>o</sup> C'est que le legs, bien qu'acquis en principe à l'époque où se fixent les droits des appelés, à la mort ou à l'ouverture des tablettes, ne pouvait être délivré qu'après l'adition, quand elle devait avoir lieu, pour l'acquisition de l'hérédité; et que cet événement lui-même, étant incertain, tenait les legs purs en suspens, à l'instar d'une condition.

2<sup>o</sup> En outre, la disposition à titre gratuit, écrite en termes impératifs dans un testament, et mise à la charge d'un légataire, manquait d'une qualité essentielle et ne constituait qu'un fidéicommis particulier.

D. A quel rang devait-on écrire les legs au testament?

R. Le rang n'était pas déterminé directement. Mais, l'institution d'héritier devant être en tête du testament, il s'ensuivait la nullité des legs écrits auparavant. Sous Justinien, le rang de l'institution est devenu indifférent, et à plus forte raison celui du legs.

D. En quels termes doit-on léguer et en quelle langue?

R. Comme tous les *negotia civilia*, le testament devait être formulé en latin, en toutes ses parties. Ce n'est que sous le Bas-Empire que le grec y fut admis, Quant aux expressions, elles importaient jadis beaucoup.

D. A quel point de vue?

R. 1<sup>o</sup> Selon qu'elles étaient impératives ou précatives, il y avait legs ou fidéicommis, et l'héritier pouvait n'être pas obligé;

2<sup>o</sup> En outre, au point de vue de l'acquisition par le légataire. Selon les termes employés, c'était celle

d'un droit réel ou personnel, avec une action de même nature compétant au gratifié. On distinguait ainsi, dans l'ancien droit, d'après leurs termes, quatre formes rigoureusement déterminées, qui pouvaient se diviser en deux groupes, quant au droit qu'elles conféraient.

D. Quelles sont ces quatre formes ?

R. *Per vindicationem, per præceptionem, per damnationem, sinendi modo.*

D. En quels termes le legs *per vindicationem* ?

R. On employait ceux-ci : *do, - lego, - sumito, - capito, - ou sibi habeto.*

D. Quel est l'effet de tels termes ?

R. De transférer la propriété quiritaire de plein droit et sans l'emploi de nul mode d'acquérir, dès que le legs peut recevoir son exécution. Toutefois, cela était controversé par les auteurs, qui n'admettaient pas qu'on pût ainsi acquérir *in sciis etiam invitus*. En effet, le légataire n'est jamais nécessaire comme l'héritier, et il peut vouloir répudier la libéralité.

D. Dans la théorie de la translation de plein droit à la mort du testateur ou à l'adition, le légataire qui voulait refuser était-il donc forcé de transférer le domaine ?

R. Non. Les Sabinien, professant cette opinion, le regardaient comme résolu par le refus. La différence était que les Proculien tenaient le domaine pour acquis sous une condition suspensive.

D. Quelle opinion a triomphé pour le cas où l'objet est un droit réel ?

R. Jusqu'à l'adition, la propriété de l'objet du legs ne souffre pas de difficulté, parce que le défunt est réputé survivant et par conséquent propriétaire. C'est de l'adition au jour de l'acceptation du legs qu'il y a débat, les Sabinien déclarant la chose léguée la propriété du légataire, les Proculien la tenant pour *nullius*. Cette théorie est celle admise au

Digeste. En tous cas, la propriété n'aura jamais reposé sur la tête de l'héritier, de telle sorte qu'il livrera la chose franche de tout droit réel imposé par lui.

D. Quelles choses peut-on léguer *per vindicationem* ?

R. Seulement celles corporelles prises *in genere* ou *in specie*, qu'on a en propriété quiritaire. Hors de ces conditions, l'emploi de la forme *per vindicationem* est sans effet.

D. A quel moment faut-il avoir la propriété quiritaire de la chose léguée *per vindicationem* ?

R. 1° Si c'est une chose fongible, il suffit de l'avoir au décès ;

2° Si c'est une chose déterminée, non pas un esclave *in genere*, mais l'esclave Stichus, il faut en être *dominus* aux deux époques de la confection et du décès. La propriété importe peu entre ces deux termes, notamment à raison des aliénations fiduciaires fréquentes chez les Romains, par exemple pour la constitution en gage.

D. Quel rapprochement faites-vous ici ?

R. Pour rendre l'esclave *heres necessarius*, il faut de même avoir la propriété quiritaire à ces deux époques. C'est que l'affranchissement qui accompagne toujours cette institution est le legs à l'esclave de la propriété qu'on a sur lui et se rattache ainsi à la forme *per vindicationem*.

D. Comment fait-on le legs *per damnationem* ?

R. *Heres dato* ou *facito*, — *damnas esto dare, facere*, — *heredem dare, facere, jubeo*, — suivant qu'il s'agit d'une translation de propriété ou d'une obligation de faire.

D. Quel est l'effet de cette forme ?

R. Même quand il s'agit de dation, ce legs ne transfère pas la propriété et ne donne qu'une action personnelle pour obtenir la remise de la chose, avec l'accomplissement d'un rite translatif, ou la valeur en cas d'inexécution pour une cause non extinctive de



l'obligation. Cette différence est très-importante pour l'accroissement.

D. L'action personnelle, naissant du legs, n'a-t-elle pas une nature particulière ?

R. L'assimilation expresse de la volonté du testateur à une condamnation judiciaire a pour effet de donner au légataire, outre la *condictio ex testamento*, la ressource de la *manus injectio*, procédure vraiment draconienne créée pour les exécutions.

D. Que peut-on léguer ainsi ?

R. Les corps certains ou les genres même qu'on n'a pas, les choses des tiers ou de l'héritier, ses faits personnels d'action ou d'abstention.

D. Quels sont les termes *sinendi modo* ?

R. *Heres damnas esto sinere*.

D. Quel effet a cette forme ?

R. Elle donne action personnelle, pour contraindre l'héritier à exhiber la chose, à la mettre à la disposition du légataire seulement, ou, d'après un autre système plus suivi, à accomplir même un rite translatif pour qu'il en ait le domaine.

D. Que peut-on léguer ainsi ?

R. Exclusivement des choses, identifiées ou non, parmi celles appartenant, à la mort du testateur, soit à lui, soit à son héritier, c'est-à-dire des corps certains ou genres déterminés,

D. Le legs de la chose d'autrui est-il réellement impossible en cette forme ?

R. Oui, si elle se présente ainsi, l'héritier n'étant pas tenu alors de se la procurer, comme dans le legs *per damnationem*. Mais si cette chose était possédée *pro suo*, au décès, par le testateur ou l'héritier, le légataire pourrait en obtenir la tradition ou la mancipation et acquerrait par l'usucapion; le titre *pro legato* étant un juste titre.

D. Quels sont les termes *per præceptionem* ?

R. *Titius heres præcipito*.

D. Quel était l'effet de ce legs ?



R. Cette question était diversement résolue par les deux écoles, quant à l'action qu'il donnait, aux personnes qui pouvaient le recevoir et aux choses qu'il pouvait comprendre.

D. Quel était le système des Sabinien?

R. 1<sup>o</sup> Le legs ne pouvait être écrit qu'en faveur d'un institué, car le préciput ne se comprendrait pas autrement;

2<sup>o</sup> Il s'exécutait par l'action de partage, *communi dividundo*;

3<sup>o</sup> Il ne pouvait avoir pour objet qu'une chose déterminée, appartenant, au moins virtuellement, au testateur, au temps du décès, c'est-à-dire donnée par lui en fiducie, et dont il était permis en son nom de recouvrer la propriété, soit par action, soit par usureption.

D. Quel était le système des Proculiens?

R. Plus faciles, en général, ils décidaient que le legs pouvait porter, comme dans la forme *sinendi modo*, sur toute chose que peut prendre le légataire, être fait en faveur de toute personne et s'exécuter par l'action réelle ou personnelle.

D. Quelles dégradations subirent les conditions de forme des legs?

R. La première est celle du sénatus-consulte néronien, décidant que les legs qui péchaient par la forme seraient réputés faits en la plus compréhensive, *per damnationem*, qu'on nommait l'*optimum ius legati*. Ce fut le principe de la ruine de ces formes. Le legs de la chose d'autrui, *per vindicationem*, est ainsi validé.

D. Mais en serait-il ainsi d'un tel legs fait *per preceptionem*?

R. Sur le sort de ce legs, irrégulier quant à la forme, les deux écoles se divisaient encore. Les Proculiens le sauvaient par le sénatus-consulte néronien; mais les Sabinien pensaient que le sénatus-consulte y était impuissant, ne pouvant effacer que les nullités



de la forme extrinsèque et non valider le legs en cette forme de la chose d'autrui ou offert à un non institué.

D. Quelle fut la seconde modification ?

R. La constitution de Constantin II, en 339, supprima les termes sacramentels, dans les legs, comme dans les institutions. Il suffit dès lors que le testateur manifeste sa volonté d'une manière impérative. Suivant son intention, elle établira le legs de telle ou telle forme, et conférera au légataire l'action personnelle ou réelle.

D. Et qu'a fait Justinien ?

R. 1<sup>o</sup> Les legs sont tous d'une même nature ;

2<sup>o</sup> Les légataires ont plusieurs actions ;

3<sup>o</sup> Les legs sont confondus avec les fidéicommiss.

L'une des dispositions peut se sauver toujours en empruntant ce qu'il y a de plus favorable dans les règles de l'autre, et leur physionomie est ainsi dénaturée.

D. Quelles actions obtient donc le légataire ?

R. Outre celles personnelle et réelle, entre lesquelles il peut toujours opter, sans rechercher l'intention du testateur, il a celle hypothécaire.

D. D'où naissent ces trois actions ?

R. Celle réelle, de ce que le legs de la chose propre au testateur ou à l'héritier sera toujours censé fait de la façon la plus avantageuse au légataire, par conséquent avec translation directe de propriété. L'action personnelle naît d'un quasi-contrat, intervenant entre l'héritier et les légataires, par cela seul qu'il accepte ; celle hypothécaire de la volonté présumée encore du testateur, qui est censé avoir voulu assujettir ses biens mêmes à l'exécution des legs. (C. C., art. 1017.)

D. Sur quels biens porte l'hypothèque ?

R. Sur les biens héréditaires seuls, non sur ceux de l'héritier.

D. A-t-on toujours ces trois actions ?

R. Oui, sauf celle réelle. S'il s'agit d'une dette de genre ou de fait ; elle ne peut exister, et ce n'est

qu'au cas où il porte sur un corps certain que le legs est un titre d'acquisition constituant le mode d'acquérir, comme je l'ai dit. Pour les genres, il faut toujours la tradition.

D. L'hypothèque a-t-elle l'effet d'indivisibilité ici?

R. Seulement après le partage; mais auparavant l'action hypothécaire est mesurée sur celle personnelle. Par exemple, soient trois héritiers, débiteurs d'un legs de 1000. Les fonds aux mains de l'un d'eux ne serviront de gage que pour 333.

D. Si les legs sont à terme ou sous condition et l'hérédité composée de valeurs faciles à consommer, l'héritier pourrait les dénaturer et frustrer le légataire.

R. Oui; ce danger était plus grand encore jadis, quand l'action hypothécaire n'était pas reçue. Mais le prêteur y pourvoyait, en l'obligeant à donner la caution *quod legatorum*, avec la sanction de prise de possession des biens héréditaires en cas de refus.

D. Le legs devait jadis être avant l'institution d'héritier; mais s'il y avait plusieurs institutions et qu'on les eût entremêlées de legs?

R. 1<sup>o</sup> Si le premier institué vient seul, le legs est réputé fait après l'institution.

2<sup>o</sup> Si le dernier institué vient seul, le legs est nul, comme mis avant l'institution réputée unique;

3<sup>o</sup> Si les deux institués, par exemple, font addition, le legs est valable pour partie ou pour le tout, suivant sa forme et son action.

D. Quelle distinction se fait donc?

R. S'il y a action personnelle, la condamnation pouvant être imposée à un seul institué, le legs vaut pour le tout, quoique se trouvant nul dans le rapport de l'un des héritiers. S'il y a action réelle, la chose appartenant aux deux héritiers et l'action n'étant opposable qu'à l'un d'eux, le legs ne vaut que pour la moitié, ou pour telle autre fraction, selon le nombre d'institués.

SECTION 2°. — *Etude des legs, quant à leur objet.*

D. Quel ordre suivrez-vous en cette étude ?

R. Je parlerai des legs conférant le droit réel et de ceux qui sont relatifs aux obligations, et ne peuvent conférer que le droit personnel.

D. Quelles choses peut-on léguer ?

R. Celles dans le commerce et pouvant faire l'objet des transactions, et seules susceptibles d'appropriation privée.

D. Ne pourrait-on léguer un sol religieux ?

R. J'ai dit qu'on peut donner un tel sol entre-vifs, en lui maintenant sa destination pieuse. Cela souffre encore moins de difficulté dans les testaments.

D. La chose doit-elle être présentement *in commercio* ?

R. On peut léguer les choses futures. Il suffit que le principe de leur existence soit né, c'est-à-dire que le testateur ait présentement une espérance matérielle et juridique à leur égard, comme celle qui résulte d'un juste titre d'acquisition sous condition. Ainsi on peut léguer les droits conditionnels, le part de l'*ancilla prægnans*, les fruits de son champ, les bénéfices d'une société déjà formée.

D. Ne peut-on envisager comme des choses *in commercio* celles *divini juris* ou *publica*, ou *universitatis*, pour le cas où elles deviendraient *res privatae* par leur dénaturation, par exemple, un temple, une route, une place, dont l'aliénation serait en projet ?

R. Non. Quand même cette dénaturation aurait été indiquée comme condition dans le legs et se trouverait réalisée à l'ouverture. La nullité du legs de chose *extra commercium* est absolue ; on ne peut ni la couvrir ni l'épargner par la condition.



D. Vous avez dit que le legs de la chose d'autrui est valable. En est-il toujours ainsi ?

R. Il est valable en principe, mais on ne le maintient que sous le bénéfice d'une distinction. Le testateur l'a-t-il ou non fait sciemment ? S'il s'est cru propriétaire, le legs est nul. S'il eût connu sa non-propriété, le testateur se serait tenu pour moins riche et n'eût pas fait, présume-t-on, une disposition qui sera d'une exécution très-onéreuse, en général, pour son héritier. (*Contra*. C. C. Art. 1021.)

D. L'héritier peut prétendre que le testateur était de bonne foi, et le légataire, qu'il connaissait très-bien sa non-propriété. A quelle partie incombe la preuve de son dire ?

R. Au légataire, qui est demandeur. C'est le droit commun.

D. N'y a-t-il pas un cas où la preuve n'est pas exigée du légataire ?

R. Oui, lorsque c'est un proche parent ou le conjoint. On présume, sous l'Empire, que le legs eût été fait par le testateur, même sachant sa non-propriété, de telle sorte que la preuve est inutile. En un mot, la distinction à laquelle est subordonnée la validité du legs de chose d'autrui cesse en ce cas.

D. Au cas où le legs est maintenu, comment s'en fait l'exécution ?

R. Il y a pour l'héritier une obligation comportant un double fait : acquérir la chose, en transférer le domaine au légataire. En cas d'impossibilité, l'obligation porte sur la valeur. Si c'est la chose de l'héritier qu'on a léguée, elle n'est pas réputée chose d'autrui, et l'impossibilité d'exécution est plus rare.

D. Quand existe-t-elle pour la chose d'autrui ?

R. 1<sup>o</sup> Quand le *dominus* se refuse à la vendre ;

2<sup>o</sup> Quand il en demande un prix déraisonnable ;

3<sup>o</sup> S'il s'agit d'un esclave parent de l'héritier.

D. Le legs que le testateur a fait de la chose propre, la croyant chose d'autrui, est-il valable ?



R. Oui et sans distinction. *Plus est in facto quam in opinione*, dit-on ici.

D. Si on lègue, sciemment ou par erreur, ce qui est déjà la propriété du légataire, est-ce valable ?

R. Le legs est nul, s'il est fait sans condition, sans distinguer si le testateur a connu ou non l'état de faits ou si cet état a cessé au décès.

D. Pourquoi en est-il autrement du legs conditionnel ?

R. A raison de la règle catonienne, que j'expliquerai plus loin. Si le testateur avait prévu la cessation de l'état de faits qui s'oppose à l'exécution du legs, ou mis une autre condition quelconque à la dette de l'héritier, celui-ci est obligé à délivrer au légataire l'objet qu'il n'a plus.

D. Vous avez cependant dit qu'on ne peut léguer valablement sous condition les *res extra commercium*, dont le legs, fait purement, est nul ?

R. La différence tient à celle des nullités : absolue dans l'hypothèse du legs de chose *extra commercium*, relative ici et pouvant se couvrir.

D. Si la chose appartenant au testateur, à autrui, ou à lui-même, que peut délivrer l'héritier, est frappée d'un droit de gage ou d'hypothèque, doit-il la libérer, l'affranchir ?

R. Point de difficulté, si elle est engagée pour une dette héréditaire, dont l'héritier serait seul tenu. Si c'est à la dette d'autrui, on distingue, comme pour la propriété même, si le testateur a connu ou non l'état de fait. Si oui, l'héritier est tenu d'affranchir ; si non, on ne peut suppléer une charge qu'il n'a pas entendu imposer, et l'héritier délivre la chose grevée.

D. A qui incombe la preuve ?

R. Comme précédemment. Le légataire, qui prétend que le testateur a su, doit le prouver.

D. Si le légataire reçoit la chose grevée, il paiera la dette et le legs sera souvent sans utilité ?

R. Non, il aura alors la cession des actions du



créancier qui l'aura contraint de payer, et, s'il s'agit d'une dette héréditaire, il pourra actionner tous les héritiers; les exproprier même des immeubles reçus par eux en partage, s'il y avait une hypothèque générale, c'est-à-dire pesant sur tous les biens immobiliers du défunt. Ce légataire ne sera donc frustré qu'au cas où il aura opté pour délaisser plutôt que de payer la dette hypothécaire d'un tiers ou lorsqu'il n'aura recours qu'à l'encontre d'insolvables.

D. La chose léguée étant soumise à un usufruit, l'héritier doit-il l'affranchir?

R. Mêmes distinction et solution que ci-dessus.

D. Et si c'est une servitude réelle?

R. L'héritier, ici, ne sera jamais tenu parce que la servitude réelle ne constitue pas une part de la propriété, moins encore que l'usufruit. (C. C. 1020.)

D. Dans ces divers cas de legs de chose déterminée, le legs n'est-il pas affecté de ce que le corps certain aurait changé de mains après la confection?

R. Il faut distinguer de quelle façon. Et d'abord si la chose, appartenant à l'origine à autrui, est maintenant au testateur, qu'il ait ou non connu sa non-propriété au temps du legs, il est valable.

D. Si la chose qui était au légataire, au temps de la confection, a cessé de lui appartenir?

R. Distinguons si le legs est pur ou conditionnel, c'est-à-dire nul définitivement ou pouvant se rétablir. L'état de fait est indifférent au premier cas, et dans le second, valide le legs.

D. Si c'est, au contraire, le légataire qui a acquis la chose léguée qu'il n'avait pas au temps de la confection?

R. Il faut alors distinguer si c'est à titre onéreux ou gratuit. Au premier cas, l'état de fait n'empêche pas la validité originaire du legs, que l'héritier exécutera en payant la valeur de la chose. Au second, il est éteint par application de la règle: *duas causas lucrativas in eandem personam circa eandem rem*

*concurrere non posse*, cause d'extinction particulière aux obligations nées à titre gratuit.

D. N'y en a-t-il pas une application curieuse ?

R. C'est quand une chose est léguée au même par deux personnes; l'exécution de l'un de ces legs, le premier exigible, éteint nécessairement l'autre.

D. Quelle application fait-on du principe pour un fonds soumis à usufruit ?

R. Si le légataire en a acheté ou reçu la nue-propriété, à titre d'échange, de dot ou autre titre onéreux, l'usufruit s'y étant réuni plus tard sans qu'il lui en coûtât rien, il ne peut se faire tenir compte que de la valeur du fonds telle qu'il l'a payée.

D. Qu'est-ce que le legs d'un genre ?

R. J'ai défini les choses fongibles. Au lieu d'un corps certain, le testateur a pu léguer des choses déterminées seulement quant à l'espèce *lato sensu*, c'est-à-dire *in genere*: un cheval, un troupeau de cent moutons, qui seront individualisés par la tradition ou la mancipation.

D. Mais avant d'individualiser les choses, il en faut déterminer la qualité. Qui le fera ?

R. C'est la question de savoir à qui est le choix. On distinguait dans l'ancien droit, à raison de la forme du legs, ce qui n'a plus de raison d'être, depuis la suppression de ces formes par Justinien ?

D. Quelle est la distinction ?

R. S'agissait-il du legs *per præceptionem* ou *per vindicationem* ? Le légataire avait le choix, parce qu'ayant l'action réelle, il lui appartenait de déterminer ce qu'il voulait revendiquer. Si le legs donnait l'action personnelle, l'héritier devant payer, faisait lui-même le choix, et, comme on le comprend, c'était le cas le plus ordinaire.

D. Et sous Justinien ?

R. Le choix est toujours au légataire, à moins que le testateur ait disposé autrement. Mais le choix doit porter sur les qualités moyennes et n'atteindre ni les

meilleures ni les pires. Nous décidons de même, en droit français, pour l'héritier. C'est une conséquence de ce que le doute s'interprète en faveur du débiteur. (C. C. art. 1022.)

D. N'y a-t-il pas un legs assez semblable à celui de genre et où il faut choisir ?

R. Oui, c'est celui d'option.

D. Quelle différence faites vous entre les deux ?

R. 1<sup>o</sup> C'est le choix en quelque sorte plutôt que la chose, qui est légué dans le legs d'option, et par conséquent, c'est toujours le légataire qui l'exercera ;

2<sup>o</sup> Ce choix se fera nécessairement dans les choses appartenant au testateur ; il porte ainsi sur un genre déterminé et non sur le genre entier ; ainsi non un cheval *ingenere*, mais un de ses chevaux ;

3<sup>o</sup> Dès lors il n'est pas limité, quant à la qualité, et le légataire peut prendre, par exemple, le meilleur cheval ;

4<sup>o</sup> Et le legs peut s'éteindre *interitu rei* ;

5<sup>o</sup> Dans l'ancien droit, le caractère conditionnel qu'on avait reconnu à ce legs, le séparait profondément d'un legs de genre, qui était pur.

D. Quelles conséquences engendrait la conditionnalité ?

R. C'était comme si le testateur avait : « Je dit lègue un de mes chevaux à Titius, s'il le choisit. » Son option était donc envisagée comme un événement conditionnel, pouvant défaillir et à l'accomplissement duquel l'acquisition était subordonnée. Il ne suffisait donc pas, comme pour le legs de genre, qu'il conservât la capacité jusqu'au moment où se fixent les droits en général. Il fallait qu'il eût effectivement exercé l'option et le legs était perdu au cas contraire, tandis que le légataire de genre, ayant acquis le droit au legs, transmettait à ses héritiers le choix qu'il ne pouvait exercer s'il devenait incapable.

D. Justinien a-t-il modifié ces conséquences ?



R. Oui; le légataire qui aura survécu capable à l'époque de la fixation, mourant ensuite avant l'option transmettra à ses propres héritiers le droit de la faire comme dans le legs de genre.

D. N'y-a-t-il pas aussi une règle nouvelle pour le cas où ils seraient en désaccord?

R. Dans l'ancien droit, quand il y avait désaccord entre plusieurs co-légataires d'option, elle ne se faisait pas et la condition était défaillie. Justinien décide ici qu'on désignera au sort l'un d'eux qui fera l'option. Il en sera de même au cas où la pluralité de personnes viendra du décès du légataire originairement unique.

D. L'option peut-elle être remise à un tiers?

R. Oui. L'issue, selon moi, sera la même.

D. Et si l'héritier, pour échapper à l'exécution, cache les biens entre lesquels elle doit se faire?

R. On faisait jadis ce legs ainsi : « *Titius hominem optato, — eligito*. C'était une forme particulière du legs *sinendi modo*. Elle donnait l'action personnelle *ex testamento* et celle *ad exhibendum* pour le cas de recel; sous Justinien, il en est de même. Tout légataire ayant l'action réelle, dans les cas qui s'y prêtent, le légataire d'option pourra, de plus, si les biens sont possédés apparemment, faire son choix par revendication.

D. Quels droits réels peut-on constituer par legs?

R. Tous, et par conséquent, indépendamment de la propriété, dont je viens de parler, les servitudes personnelles ou prédiales, la superficie etc.

D. Par quel procédé?

R. Par les deux que j'ai indiqués aux servitudes : la *translatio*, si l'on transporte ces droits à un légataire sur des fonds qu'on laisse à son héritier ainsi grevés; la *deductio*, si, en léguant, au contraire, le fonds, on réserve la superficie, l'usufruit, etc. pour l'héritier. Si on laisse la servitude à un légataire et le fonds grevé à un autre, ou cummule les deux pro-



cédés. L'usufruit était très-souvent constitué par le testament et ce mode d'acquérir est le seul mode que visât le sénat quand il admit le quasi-usufruit.

D. Quand le legs porte sur un corps certain ou identifié par l'option, en quel lieu et en quel état doit-il être délivré?

R. Au lieu où il se trouvait au décès et dans l'état aussi à cette époque, sauf les diminutions et accroissements fortuits. (C. C. Art. 1018.)

D. Que signifie cette dernière règle?

R. Il faut distinguer deux époques dans l'existence de la chose léguée, depuis la confection du testament, au point de vue des modifications survenues.

1<sup>o</sup> De la confection à l'ouverture du testament, le légataire n'a nul droit acquis, même conditionnel, et le testateur conserve l'*abusus*. S'il maintient le legs, le bénéficiaire n'a donc, à raison des diminutions provenant du fait du défunt, nul compte à demander à l'héritier. Il supporte les détériorations, les servitudes passives; par contre, il profite sans indemnité de celles actives et des accroissements. Ainsi, une maison est léguée; le légataire aura les colonnes ou pavillons ajoutés après le legs écrit. Le légataire d'un troupeau composé de cent têtes au temps du legs peut en recueillir deux cents au temps de la délivrance, sans distinguer si l'accroissement est dû au croit des animaux ou aux achats du testateur. (C. C. Art. 1019.)

2<sup>o</sup> A partir de l'époque où se fixent les droits des appelés, c'est-à-dire du décès, la chose déterminée est aux risques et périls du légataire, quand bien même il n'acquerrait que plus tard, par suite de la condition ou du délai mis par l'héritier à faire addition. Dès lors, les détériorations ou améliorations sont pour lui: sans indemnité, si elles sont fortuites; avec indemnité, si elles proviennent du fait de l'héritier ou de ses gens, et remboursement des dépenses utiles sur le pied de la plus-value, si elles ont été faites de bonne foi.



D. Et si la diminution de valeur vient de ce qu'on a constitué des charges ou des droits réels sur la chose, dans cette dernière période?

R. Au cas de legs pur, cela est impossible, sauf l'usucapion; le légataire acquérant avant que l'héritier acquière, celui-ci n'aura jamais pu régulièrement faire acte de maître. Il n'en peut être ainsi que dans le legs conditionnel, et on avait admis ici que l'héritier n'acquiert à l'addition qu'une propriété résoluble qui ne lui permet pas non plus de disposer.

D. Faites l'application de ces principes au legs du pécule.

R. Si on lègue à un étranger le pécule d'un esclave ou celui profectice d'un fils de famille, sa composition au temps du legs importe peu. A partir du décès, le pécule de fils n'existe plus sous la disposition du testateur : celui servile ne peut subir de retranchements, les pertes fortuites sont pour le légataire, de même que les accroissements fortuits ou provenant des fruits; mais ceux dus à l'industrie de l'esclave sont déduits, ou remboursés à l'héritier.

D. En est-il toujours ainsi?

R. Oui, sauf le cas où le legs est fait à la personne péculée; ce compte ne peut se poser, évidemment, contre elle-même.

D. Le pécule forme une universalité, un patrimoine, le légataire en paiera-t-il les dettes?

R. Comme le légataire partiaire. Il n'en est pas tenu en droit strict et les créanciers n'ont pas action contre lui. Mais l'héritier ne lui délivrera le legs qu'autant qu'il donnera caution de les payer ou de venir prendre son fait et cause dans les poursuites.

D. Dans quels cas le pécule est-il légué à l'esclave?

R. Ce legs peut être exprès; il peut même être tacite, comme si l'on a dit qu'il rendra ses comptes et paiera le reliquat sur son pécule. Le legs du pécule est moins favorable que la donation, qui s'infère de ce

que, simplement, on affranchit sans retrayer le pécule.

D. Et s'il y a perte de la chose ?

R. Cette perte, arrivant pendant la première période, rend le legs non écrit et sans effet, l'héritier n'étant pas même obligé à délivrer les débris ou restes de la chose. Dans la seconde période, elle le libère, par application de la règle : *debitor speciei interitu rei liberatur*.

D. A quelles conditions ?

R. Qu'il ne soit pas dans un cas d'exception, s'il y a fait de lui ou de ceux dont il répond, ou si le risque, qui eût épargné la chose entre les mains du légataire, s'est produit après que celui-ci l'avait mis en demeure.

D. L'héritier qui n'est pas en faute reste obligé !

R. Oui, au cas de simple fait de lui ou de ses gens. Supposez que son esclave tue le cheval légué, pour sauver sa vie ou celle de son maître ou que l'héritier lui-même affranchisse un esclave, avant de connaître un codicille où est écrit le legs fait de cet esclave par le testateur. Ce sont là des faits qui ne constituent pas des fautes, mais qui ne peuvent libérer l'héritier, parce que la loi ne permet pas au débiteur de se procurer ainsi sa libération sans payer.

D. Quand la perte n'est pas extinctive, que doit-on prêter pour l'exécution ?

R. 1° La valeur de la chose ;

2° Des dommages-intérêts s'il y a eu faute ou que le risque se soit produit durant la demeure ?

D. Et si la perte est extinctive, l'héritier ne doit-il pas quelques prestations ?

R. 1° L'héritier doit délivrer les débris, restes, accessoires de la chose ; par exemple le sol de la maison brûlée, les harnais du cheval péri, les agrès du navire sombré, les dernières mottes du champ dévoré par le fleuve, et avec lesquelles peut-être un jour on pourra le revendiquer si les eaux se retirent ;

2° Les actions contre les auteurs de la perte, du vol, de l'incendie, etc.

D. Qu'y a-t-il de particulier au cas où la perte d'esclave résulte de sa fuite ou en pareils cas ?

R. 1° Si la fuite de l'esclave n'engage aucunement la responsabilité de l'héritier, il s'oblige seulement envers le légataire *de persequendo servo, restituendove pretio*, (ce que nous reverrons à la matière des stipulations), et encore cette stipulation est-elle inutile, si le legs a transféré la propriété au légataire qui peut agir lui-même comme *dominus* ;

2° S'il y a faute, quelle que soit la nature du legs, l'héritier paie la valeur et des dommages-intérêts ;

3° Une caution est due aussi au légataire, en des cas semblables à celui de la fuite de l'esclave, par exemple, quand le legs porte un objet déterminé dont l'existence est incertaine.

D. N'y a-t-il pas difficulté parfois à distinguer ce qui constitue les accessoires ?

R. Oui, un titre spécial au Digeste traite cette question. Suivant Paul, si l'on a dit *fundum cum instrumento*, il y a deux objets du legs et le cheptel serait dû à l'héritier en cas que le fleuve eût emporté le domaine ; de même, si l'on a dit *ancillam cum pueris* ; mais non dans ces formes *fundum instructum* ou *fundum et instrumentum*. Cela importe fort, si la chose a péri avant l'acquisition du legs.

D. Quels legs concernent les droits personnels ?

R. Les legs de créance, de libération, de titre, de terme, de paiement, et celui de la dette par le testateur à son créancier.

D. Peut-on transporter sa créance par legs ?

R. Nos créances, d'après le droit romain, ne sont transmissibles qu'à titre universel et les legs sont des dispositions à titre particulier. De là vient que la plupart des legs concernant les droits personnels offrent la nature de fidéicommiss ou tout au moins de dispositions indirectes.

D. La libéralité portant sur une créance ne peut-elle donc se réaliser sous cette forme ?



R. Oui, en conférant contre l'héritier une obligation de faire, le légataire pouvant le contraindre à employer, à son profit, l'un des expédients par lesquels, entre vifs, on arrive à la cession des créances, comme de lui donner mandat de poursuivre le débiteur héréditaire dont il s'agit sans rendre ce qu'il en recevra.

D. Qu'est-ce que le legs de libération?

R. J'ai dénommé plusieurs legs auxquels on pourrait appliquer cette désignation. Le plus connu sous ce nom consiste dans la remise entière qu'on accorde par testament à son débiteur. Mais il n'opère pas non plus de plein droit. Le débiteur doit après comme avant. Il a seulement contre les poursuites de l'héritier l'exception de dol. Il a de plus l'action *ex testamento* pour exiger sa libération par un rite extinctif, l'acceptilation verbale généralement.

D. Qu'appellez-vous legs de titre?

R. Quand on oblige l'héritier à remettre au débiteur le titre de la créance. Ce legs est moins étendu que le précédent, en ce qu'on a pas d'autre fait à exiger de l'héritier, ici, que la livraison, après laquelle on restera toujours débiteur, sauf la difficulté pour lui de prouver sa créance après s'être dessaisi du titre et sauf l'exception de dol. Mais supposez que l'héritier ait d'autres preuves et actionne le débiteur, dans une instance de droit strict où celui-ci omettrait de proposer son exception de dol, il pourrait obtenir condamnation. L'effet de ces sortes de legs est donc indirect et insuffisant.

D. Qu'appellez-vous legs de terme?

R. Au lieu de priver l'héritier ainsi de l'une de ses créances, le testateur peut seulement l'assujettir à laisser terme à l'un des débiteurs. Il n'y a ici encore qu'un legs de fait, fait d'abstention, qui ne l'oblige nullement comme la convention originaire où il aurait accordé terme au débiteur. En ce dernier cas, en demandant prématurément, l'héritier, dans



l'ancien droit, tombait dans la *pluris petitio tempore* et perdait son procès, tandis qu'ici le défendeur pourra l'exception de dol, soit dans le testament, soit dans le pacte de *non petendo ad tempus* que l'héritier aura fait avec lui en exécution du testament. On pourrait, de même, léguer une condition, qui n'aurait pas l'effet de celle originaire et n'empêcherait pas la dette du légataire d'exister, *ipso jure*.

D. Qu'est-ce que le legs de paiement ?

R. La disposition par laquelle on charge l'héritier de payer la dette d'un tiers. C'est une sorte du legs de libération. Le légataire n'a ici nulle action contre l'héritier pour l'obliger à payer à sa place ; mais, après avoir acquitté l'obligation pesant sur sa tête, il recourra.

D. L'héritier, aura-t-il, à son tour, des recours ?

R. Rarement. Cela n'arrivera qu'au cas où il y aura comme engagées à la même obligation des personnes qu'elle intéresse, comme si celui que le testateur a voulu décharger n'était que caution ou l'un de plusieurs débiteurs solidaires, *socii*.

D. Qu'est-ce que le legs de la dette ?

R. C'est celui qu'on fait à son créancier de ce qu'on lui devait à autre titre et qui se compense.

D. Quel intérêt peut-il y avoir à obliger l'héritier par testament, quand il succède, nécessairement ou tacitement, à toutes vos obligations.

R. Quand il n'y en a pas, le legs sera réputé non avvenu, comme ne constituant pas libéralité ; mais l'intérêt se rencontrera fort souvent. (C. C. 1023.)

D. Énoncez des exemples, où le legs est bon ?

R. 1° S'il y avait obligation de bonne foi, la *condictio* en donne une de droit strict ;

2° L'obligation naturelle y devient civile ;

3° S'il y avait terme et que le legs soit pur ;

4° De même, s'il y avait simple droit conditionnel, à présent il y a dette formée ;

5° Si le testateur avait une exception née d'un



vice de l'obligation, comme le dol, l'erreur, que le legs couvre, comme acte de confirmation ;

6° Sous Justinien, grâce au cumul d'actions pour le légataire, il sera fort rare que le créancier ne gagne pas, à devenir légataire, au moins la sûreté de l'hypothèque ;

7° Enfin, il se peut qu'on ne dût rien, naturellement ni civilement, à celui à qui on lègue ainsi sa propre dette. Cette fausse désignation n'annulera pas le legs, si l'objet de la dette putative y est énoncé. Au cas contraire, l'exécution est impossible.

D. Si l'obligation était conditionnelle ou à terme et le legs pur, il serait apparemment avantageux et, par conséquent, valable dès l'origine. Mais il se peut que l'événement du terme ou de la condition soit arrivé quand on ouvrira le testament ; de telle sorte qu'il n'y ait rien de plus pour le créancier dans le legs que dans l'obligation, que décider alors ?

R. Le legs subsiste pourtant, puisqu'il a pris l'existence. En ce cas même, il n'est pas indifférent de savoir que le créancier est devenu légataire, notamment au point de vue du calcul de la *falcidie*.

D. N'y a-t-il pas un legs semblable à celui-là ?

R. Oui, c'est celui que le mari fait de la dot.

D. Ce legs est-il toujours valable ?

R. Oui, par les mêmes raisons que le précédent, en ce qu'il est toujours avantageux.

D. En quoi cet avantage ?

R. 1° La dot ne devait pas toujours être restituée ;

2° Elle ne l'était à la femme, de droit commun, qu'en vertu de l'action *rei uxoriæ*, de bonne foi. La *dos prælegata* y ajoutait une action de droit strict ;

3° La première comportait le bénéfice de compétence, diminuant la condamnation et refusé dans la seconde jusqu'aux remaniements de Justinien ;

4° La dot fongible, avant la même époque, au cas où elle doit être restituée, comporte des termes

échelonnés, *annua, bima, trima die*; la *dos prælegata* offre donc, en ce cas, ce qu'on nomme l'avantage de la *representatio* ou privation du terme;

5<sup>o</sup> La dot immobilière comporte des retenues *ob impensas*; et toute dot, il peut y en avoir *ob liberos, ob mores*. Or, ces retenues n'ont pas lieu après la novation de la dette de restitution en dette d'un legs;

6<sup>o</sup> Sous Justinien, la femme a une hypothèque privilégiée; mais elle lui est personnelle; l'hypothèque commune des légataires sera donc précieuse au créancier de dot si c'est l'héritier de la femme et non elle;

7<sup>o</sup> Enfin, comme pour le legs de dette, il se peut que nulle restitution ne fût due de la dot, par le motif que la femme n'en avait pas fourni; bien qu'on l'ait énoncé inexactement, la *falsa demonstratio*, ne vicie pas le legs; mais si la dot n'y est pas énoncée, au moins par référence, l'exécution est impossible.



SECTION 3<sup>me</sup>. — *Etude des modalités dans le legs.*  
*Comment on l'acquiert, suivant sa teneur.*

D. Quelles modalités admet le legs?

R. Toutes celles ordinaires, sauf qu'on ne peut prendre certaines époques pour termes.

D. A quel point de vue importe la recherche de la modalité mise aux legs?

R. Au point de vue de l'acquisition et de la délivrance qui varient suivant qu'il est pur ou non.

D. Comment désigne-t-on ces deux choses?

R. L'acquisition par l'expression de *dies cedit*, la délivrance par *dies venit*

D. Expliquez-les?

R. *Dies* signifie époque, terme, fait allusion au moment où le légataire jouira en principe ou aura l'exercice de son droit. *Dies cedit* veut dire que le droit est né pour lui et qu'il n'a plus qu'à attendre l'époque de mise en possession; *dies venit*, que cette époque est arrivée. Il y a une idée d'acquisition même, dans le mot *cedere*, comme l'a montré la règle de l'accession, *accessio cedit principali*.

D. Quel est l'effet du *dies cedit*?

R. 1<sup>o</sup> Il détermine à qui appartiendra la chose léguée; car le légataire l'acquiert, s'il est capable alors, pourvu du *jus capiendi*, sinon elle demeure à l'héritier en général. Si le *dies venit* est séparé, c'est-à-dire qu'il y ait acquisition avec terme, elle n'en est pas moins définitive et le légataire, perdant la capacité, transmet le legs à ses propres héritiers;

2<sup>o</sup> Cette époque détermine encore la consistance de la chose léguée, dans le legs d'option ou de corps certain; car elle est mise, dès lors, aux risques du légataire, quand même, la forme du legs ne le rendant pas propriétaire, il ne doit le devenir que par la délivrance;

3<sup>o</sup> Elle détermine encore souvent la perte ou conservation des servitudes personnelles léguées, au point de vue de la *capitis deminutio*. Si le légataire la subit avant le *dies cedit*, c'est indifférent; si c'est après, comme il a déjà acquis le droit d'usufruit, usage, habitation, ce droit est perdu; sauf à revivre l'année suivante, si le testateur a eu la précaution bienveillante d'en faire des legs annuels.

D. N'y a-t-il pas des legs intransmissibles?

R. Oui, ceux attachés à la personne; les legs, par exemple, dont je viens de parler et qu'on n'envisage pas précisément comme droits pécuniaires. Tels sont les legs d'usage, d'usufruit, d'habitation, de rente viagère, de liberté, c'est-à-dire l'affranchissement direct, et le legs fait à l'esclave outre la liberté. Si le légataire, vivant le 1<sup>er</sup> janvier, date de l'ouverture,



est mort le 1<sup>er</sup> juin, date de l'adition d'hérédité par l'*heres extraneus*, ou même plus tard, ses héritiers ne recueillent rien du legs, qu'il l'ait acquis ou non, ce dont je préciserai l'époque.

D. Comment se produisent le *dies cedit* et le *dies venit* dans le legs pur ?

R. Le *dies cedit* a lieu à l'ouverture de l'hérédité ; le *dies venit* y est joint, si l'héritier est nécessaire, si non il est rejeté à l'adition.

D. Et dans le legs conditionnel ?

R. Si c'est l'extinction du droit qu'on a subordonnée à un événement futur et incertain, pris comme condition résolutoire, le legs est réputé pur et acquis comme tel. S'il y a vraiment condition, celle suspensive, les deux époques, le *dies cedit*, le *dies venit*, sont groupées et se produisent à l'événement.

D. En est-il toujours ainsi ?

R. Sauf au cas où l'événement s'accomplit avant l'adition de l'*heres extraneus*, qui est lui-même débiteur conditionnel, c'est-à-dire ne doit le legs qu'autant qu'il ferait adition, de telle sorte qu'on ne peut lui en demander présentement la délivrance. Le testament s'est ouvert le 1<sup>er</sup> janvier, la condition s'accomplit le 1<sup>er</sup> mars, et l'adition se produit le 1<sup>er</sup> juin. Le *dies cedit* a lieu le 1<sup>er</sup> mars, et l'acquisition est reportée à l'ouverture ; le *dies venit* n'aura lieu qu'au 1<sup>er</sup> juin. Dans cette hypothèse, la condition accomplie purifie le legs d'une manière remarquable, puisque le *dies cedit* y a lieu avant le *dies venit*, comme dans les legs purs dus par l'*heres extraneus*.

D. Comment se produisent le *dies cedit* et le *dies venit* dans le legs à terme ?

R. 1<sup>o</sup> Si le terme est le *dies ad quem*, ou terme résolutoire, la disposition devant s'acquérir et exécuter au plus tôt, est réputée pure.

2<sup>o</sup> Si c'est le terme suspensif, *certus a quo*, le *dies cedit* est à l'ouverture, l'exercice du droit ou délivrance du legs est renvoyé à l'événement, quand il



ne se produit pas avant l'addition d'hérédité. S'il arrive auparavant, cela purifie le legs, en ce qu'il est délivré à l'addition comme un legs pur.

3° Si c'est le terme incertain et suspensif (*a quo*), le legs est conditionnel, le *dies cedit* et le *dies venit* seront, en général, réunis à l'événement; mais s'il se produit antérieurement à l'addition, le legs sera purifié et le *dies venit* rejeté seul à cette époque.

D. N'y a-t-il pas des legs purs où le *dies cedit* a lieu hors de la règle normale et se réunit au *dies venit*, au cas où ils sont dus par l'*extraneus*?

R. Oui; ce sont les legs intransmissibles, que les légataires n'ont nul intérêt à acquérir avant la délivrance, ne pouvant en faire jouir personne s'ils ne conservent le droit sur leur tête. Ainsi, l'esclave affranchi sera libre de plein droit à l'addition seulement de l'héritier volontaire. Si on lui a fait un legs pécuniaire, il l'acquerra à la même époque, puisque la liberté préalable lui est nécessaire pour avoir quelque chose en propre. Enfin les légataires de servitude personnelle n'ont la jouissance de leur legs qu'à dater de la même époque.

D. Que suit-il de là?

R. Que le bénéficiaire de legs de cette nature doit garder capacité plus longtemps qu'un autre, puisqu'il acquiert plus tard. Il doit être vivant et capable jusqu'à l'addition. Le légataire d'un tel legs, sous une condition, si elle n'est pas accomplie au temps de l'addition que fait l'héritier volontaire, doit, de plus, se trouver vivant et capable à l'événement.

D. Est-ce à tous les points de vue que le *dies cedit* des legs intransmissibles est rejeté à l'addition?

R. Non, seulement pour la transmissibilité. Les autres effets du *dies cedit* se produisent rétroactivement à l'ouverture; par exemple, la détermination de la consistance du legs, celle du *paterfamilias* qui doit acquérir, si le légataire est une personne *alieni juris*.



D. N'y a-t-il pas une sorte de testament dont on acquiert le legs avant qu'il soit ouvert ?

R. C'est la substitution pupillaire, pour laquelle, secrète ou non, le moment de la fixation des droits se place à l'ouverture de l'hérédité même du *parens*.

D. Y a-t-il plusieurs espèces de terme ?

R. Oui, j'ai déjà mentionné que le *dies* est *certus* ou *incertus*, qu'il est *a quo* ou *ad quem*. On peut ajouter qu'il est exprès ou tacite. Ce qui est le plus important, c'est qu'il est parfois prépostère, parfois pris après la mort d'une personne.

D. Comment y aura-t-il terme tacite au legs ?

R. Cela dépend des circonstances. Si le testateur lègue des choses qu'il n'a pas, l'héritier a délai moral pour les acheter avantageusement, et pour les faire voiturier, si le legs est payable au domicile du légataire ou plus loin.

D. Quels sont les termes proscrits en matière de legs ?

R. 1<sup>o</sup> Le terme prépostère ;

2<sup>o</sup> Spécialement l'ajournement de la délivrance à la veille de la mort de quelqu'un, que ce soit un tiers, le légataire ou l'héritier ;

D. Qu'appellez-vous un terme prépostère ?

R. C'est celui dont on connaîtra l'arrivée trop tard pour payer exactement ou poursuivre aussitôt.

D. Donnez-en des exemples.

R. « Je lègue à Titius dix sous d'or, à payer la veille de la mort de ma mère, ou un an avant la ruine de ma maison. » Le terme prépostère est nécessairement *dies incertus*.

D. Pourquoi était-il défendu de faire le legs payable à la mort de l'héritier ou du légataire ?

R. Parce que ces modalités constituaient le terme prépostère précisément.

D. Et pourquoi défendait-on d'en remettre le paiement au lendemain ?

R. Pour le lendemain de la mort de l'héritier,

parce que les Romains trouvent contraire à la raison juridique d'imposer des ordres à un autre qu'à l'héritier, c'est-à-dire à ses propres héritiers ici. Il était *inelegans* aussi que le créancier ne pût pas agir à l'échéance du terme. Pour le lendemain de la mort du légataire, c'est parce que le bénéfice d'une disposition déterminée par la bienveillance personnelle pour quelqu'un ne doit pas être acquis seulement à ses héritiers.

D. Pourrait-on faire le legs payable à la mort du légataire ?

R. Non, le même motif s'y opposait.

D. Et à la mort de l'héritier ?

R. Oui, parce que, au moment même de la mort, il y avait juridiquement moyen et pouvoir de connaître l'exigibilité de la dette et de la payer.

D. Quelle disposition porte ici Justinien ?

R. Il a supprimé les distinctions subtiles en ce qui concerne le terme pris à la mort du légataire ou de l'héritier. Nous retrouverons les mêmes règles et la même réforme à la matière des conventions.

D. N'y a-t-il pas lieu de distinguer plusieurs sortes de conditions ?

R. Oui, commè je l'ai fait aux institutions d'héritier, les conditions positives et négatives, — possibles et impossibles, ou licites et illicites ou immorales, — celles potestatives et casuelles, — les dispositions faites *sub conditione*, *ad conditionem*, répondant à ce que nous appelons dispositions sous condition suspensive ou sous condition résolutoire ; enfin les conditions prépostères.

D. Le legs fait sous condition impossible, illicite, immorale, est-il nul ?

R. Non ; pas plus que l'institution ou substitution.

D. Le legs peut-il être mis sous une condition potestative de la part d'un tiers ?

R. Même distinction que pour l'institution : oui,

si c'est une condition potestative ordinaire, dépendant de sa volonté et des événements; non, si c'est une condition potestative pure, dépendant de sa volonté seule, parce que le testateur doit vouloir lui-même et entièrement les dispositions du testament. Celle-ci aussi serait nulle: Je lègue le fonds sempromien à qui Lœlius désignera.

D. Qu'est-ce que la condition prépostère?

R. Celle combinée avec un terme, de façon qu'on ne connaîtra l'arrivée du terme que pour agir plus ou moins longtemps après. Par exemple: la veille du jour où mon navire arrivera d'Asie.

D. Cette condition est-elle licite?

R. Pas plus que le terme. Mais Justinien valide les deux sortes de dispositions.

D. Quel est l'effet des modalités prosrites?

R. Elles ne sont pas irritantes, mais réputées non écrites seulement en général.

D. La condition doit-elle toujours être exécutée pour que le légataire recueille?

R. 1° D'abord il y en a de réputées non écrites;

2° Puis, les conditions doivent être exécutées comme le testateur a vraisemblablement entendu qu'elles le fussent; d'où suit qu'il suffit de l'arrivée d'un événement analogue à celui qu'il avait prévu et qui jouerait le même rôle en son esprit; comme si quelqu'un a dit: « Si je ne me marie pas, » et qu'il se marie, mais sans avoir d'enfants. (C. C., art. 1175.)

3° La condition est réputée accomplie si c'est le débiteur du legs qui la fait défaillir, sauf quand elle est potestative ordinaire; (C. C. art. 1178.)

4° Le *modus* imposé au légataire forme condition; mais elle est réputée accomplie si le gratifié a loyalement fait tous ses efforts pour cela.

D. Quel est l'effet de la condition accomplie?

R. J'ai déjà dit que, dans les testaments, à la différence de ce qui se passe dans les obligations, elle n'a pas d'effet rétroactif, bien qu'acquérant



l'objet du legs plus ou moins longtemps après l'époque commune de la fixation des droits, le légataire en reçoive toujours l'objet dans l'état où il était à l'ouverture de l'hérédité et mis à ses risques et périls depuis lors.

D. En quoi donc dites-vous que la condition accomplie n'a pas d'effet rétroactif ?

R. 1<sup>o</sup> Le droit de propriété du légataire sur la chose ne remonte pas à l'époque de la confection du testament, pour primer et éteindre les charges réelles imposées par le testateur après ce temps ; l'héritier doit les racheter aux cas que j'ai indiqués.

2<sup>o</sup> Ce n'est même qu'au point de vue de la composition du legs qu'il y a une certaine rétroactivité jusqu'à l'ouverture ; il n'en est pas de même pour la détermination, par exemple, de celui qui doit acquérir le legs fait à une personne *alieni juris*. Si l'esclave ou le fils de famille a changé de main ou de condition, non seulement après la confection, mais même après l'ouverture, (pour un legs pur intransmissible ou un legs conditionnel), l'acquisition, offerte à un tel *paterfamilias*, est, au contraire, pour celui qui l'a actuellement en puissance au *dies cedit*, ou pour lui-même s'il est *sui juris*.

D. Qu'y a-t-il de particulier au *modus* négatif ?

R. C'est l'application de la caution mucienne, qui a même été créée pour les legs et étendue ensuite aux institutions et substitutions d'héritiers. Auparavant on ne pouvait remettre au bénéficiaire une disposition faite en de tels termes : « A charge qu'il ne se marie pas, — *si in Capitolium non ascenderit*, » la condition ne pouvant être vérifiée qu'au décès et le legs remis à la mort du légataire étant nul. Depuis le préteur Mutius, le légataire pourra exiger à l'adition les biens légués, en donnant caution de les restituer s'il contrevient.

D. Le légataire sous un *modus* positif ne donne-t-il pas de garantie pour l'exécution ?



R. Oui, on avait étendu la caution à ce cas si la délivrance ne doit être différée. Souvent, en effet, le *modus* est conçu par le testateur en condition et le legs alors ne peut être demandé avant l'accomplissement; par exemple : *si uxorem duxerit*.

D. Ne peut-on citer encore des mentions qui influent sur la validité ou l'exécution du legs, imitant les modalités?

R. Oui, les legs captatoires, ceux fait *pænæ nomine*, ceux contenant *demonstratio* ou désignation, ceux énonçant leur cause.

D. Parlez des legs captatoires?

R. Les dispositions qu'on fait directement pour déterminer quelqu'un à vous gratifier, sont nulles, faites à titre particulier, comme les institutions ou substitutions.

D. Et celles faites *pænæ nomine*?

R. La question de validité a été diversement résolue dans trois époques, comme pour les hérédités : d'abord la liberté absolue, ensuite la prohibition, enfin la distinction de Justinien : validité des dispositions pénales à titre particulier, quand elles ne sont pas la sanction d'une charge impossible contraire aux lois ou aux mœurs.

D. Comment lègue-t-on *pænæ nomine*?

R. 1<sup>o</sup> En grevant un gratifié, l'héritier seul jadis. Par exemple, *Si Titius Liciniam uxorem non duxerit, ab eo fundum Sempronianum Scapulae do, lego*.

2<sup>o</sup> En le réduisant par le concours d'un autre; comme si, après avoir légué le fonds de Sempronius à Titius, on lui impose Scapula pour colégataire, à défaut par lui de quelque fait positif ou négatif.

D. Quelle observation concerne la *demonstratio*?

R. C'est la désignation de l'objet légué ou du légataire. Elle est sans influence sur le legs, par son inexactitude, pourvu qu'on reconnaisse de qui ou de quoi il s'agit; par exemple dans la substitution d'un



nom à un autre, l'assignation au légataire d'une qualité qu'il n'a jamais eue, ou des mentions telles que celles-ci : « Je lègue mon esclave Stichus, acheté à Rhodes, » tandis qu'il est verne ; « la dot de 10,000 qu'elle m'a apportée, » la femme n'ayant rien fourni.

D. Quelle observation concerne la cause ?

R. On appelle ici improprement *causa* le motif expressément ou tacitement révélé, qui vous détermine à faire le legs. Or, ce qui est bien plus grave, *falsa causa non nocet*. Ainsi : « Cent écus à Pamphile, l'esclave de Timon, qui gère mes domaines en mon absence. » Le legs est valable, même si le fait est faux.

D. Voilà une règle bien injuste.

R. Aussi, le préteur appréciant, quand le motif était faux, si le testateur l'avait allégué par erreur ou comme un prétexte, donnait, au premier cas, l'exception de dol contre le légataire.

D. La fausseté ne vicie-t-elle pas parfois pourtant le legs, même en droit strict ?

R. Oui, c'est lorsque le motif est présenté sous forme de condition. Quoique la condition ne puisse être prise d'un fait passé ou présent, de telles mentions ne sont pas non écrites ; la disposition qu'on y subordonne n'est pas suspendue, mais aussitôt nulle ou née pure. Ainsi, « à Pamphile, s'il a géré mes propriétés en mon absence. » Le legs est pur ou non écrit, selon la réalité du fait mentionné.

---

#### SECTION 4<sup>e</sup>. — *De la capacité active et passive pour les legs.*

D. Quelle est cette théorie ?

R. L'étude du point de savoir qui peut faire un legs et qui a la capacité pour y être appelé.

D. Quelle capacité faut-il pour cela ?

R. La *factio testamenti* active ou passive.

D. Comment expliquez-vous qu'on exige la même capacité pour l'institution d'héritier et pour le legs, disposition plus restreinte, n'emportant pas de transmission de la personnalité ?

R. Pour celui qui reçoit, cela tient aux traditions. Le légataire est censé concourir au testament; on n'y admet, comme on l'a vu pour les témoins, que ceux qui pourraient y jouer le rôle principal de testateur. Pour l'auteur des legs, cela tient à leur forme, à l'acte qui les renferme. Jusqu'à l'Empire, ce ne put être qu'un testament ou codicille confirmé par testament; de telle sorte qu'il faut pouvoir le plus pour pouvoir le moins, tester pour léguer, faire un héritier pour avoir des légataires.

D. A quel moment le légataire doit-il avoir la *factio testamenti* ?

R. A deux époques seulement, sous Justinien : 1° à la confection ; 2° au moment où il doit acquérir, c'est-à-dire au décès ou à l'ouverture des tablettes, pour le legs pur, à l'événement pour le legs conditionnel. Mais l'ancien droit ne permettait sans doute pas la délivrance du legs à celui qui avait subi la *media capitis deminutio* après l'acquisition. La *factio testamenti* est exigée du légataire aux mêmes époques que des héritiers nécessaires et j'ai dit qu'elle l'était de ceux volontaires, à quatre époques.

D. Qui donc est incapable passivement ?

R. Les personnes, à peu près identiquement, dont j'ai signalé l'incapacité quant à l'institution. Ainsi les femmes, qui, d'après la loi Voconia, ne peuvent être instituées dans l'hérédité d'un recensé de la première classe, n'y peuvent être davantage légataires, quoique le legs n'emporte pas pour elles la vocation éventuelle au tout, comme l'institution partielle; les personnes incertaines, à qui les militaires même ne pouvaient léguer, les déportés, les pérégrins, etc.

D. Quelles sont les différences ?

R. 1° Un sénatus-consulte de Nerva, confirmé par Adrien, permet aux municipes de recevoir des legs, avant de leur permettre l'institution passive, qui exige une personne pour représenter le testateur;

2° Le legs fait à une personne incertaine était valable, si on avait circonscrit et déterminé au moins la classe ; par exemple : cent au premier de mes parents, qui viendra à mes funérailles.

D. N'y a-t-il pas, par contre, des incapacités spéciales à la matière des legs ?

R. Oui, celles qui tiennent à l'identité ou communauté de patrimoine, entre l'héritier et le légataire. C'est-à-dire qu'on ne peut léguer à celui que l'héritier a en puissance, ou qui a l'héritier en sa puissance ou qui est dans la même puissance que l'héritier.

D. Quel en est le motif ?

R. C'est qu'il ne saurait naître d'obligations entre personnes de la même *familia*. Ainsi, j'institue Pamphile, esclave de Mævius et je fais un legs à Mævius lui-même. Pamphile acquérant pour son maître ne peut évidemment exécuter ce legs.

D. Mais si, au temps de l'adition, la communauté de patrimoine avait cessé par l'affranchissement ou l'aliénation que Mævius avait fait de Pamphile, le legs, qui peut être exécuté, demeurerait-il nul ?

R. Il y a ici trois systèmes. Les uns disent oui, les autres non ; je pense enfin qu'il faut distinguer si le legs est pur ou conditionnel et que c'est l'un des cas où cette distinction importe pour l'application de la règle catonienne.

D. Qu'est-ce que cette règle ?

R. C'est que les legs dont on a dû reconnaître la nullité à l'origine ne se rétablissent point par l'altération de l'état de fait auquel elle tenait. « *Quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile*



*foret, id legatum, quandocumque decesserit non valere,* » ou encore : « *Quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere.* »

D. Cette règle est-elle absolue ?

R. Non, car il y a des legs qui y sont soustraits et qui peuvent se rétablir par le laps de temps.

D. A quelles nullités s'applique-t-elle donc ?

R. Aux nullités relatives, dès lors, les seules qui puissent être convertes.

D. Quels sont les legs de nullité relative auxquels ne s'applique pas la règle catonienne et dans quel cas peuvent-ils valoir *ex post facto* ?

R. Ce sont tous ceux dont le *dies cedit*, au lieu de se produire à l'époque commune de fixation des droits, est renvoyé au-delà, c'est-à-dire les legs intransmissibles et tous les legs conditionnels qui ne sont pas d'une nullité absolue.

D. Quel est le motif de cette exception ?

R. La règle catonienne repose sur une fiction, savoir que le testateur mourrait immédiatement, au moment même où il écrit, qu'on devrait alors tenter l'exécution du legs et qu'on en reconnaîtrait l'impossibilité ; d'où ressortirait la démonstration de son inutilité. Mais les faits résistent à cette fiction dans tous les legs dont le *dies cedit* est reporté au-delà de l'ouverture de l'hérédité, car, l'événement supposé de la mort instantanée du testateur venant à se produire, il n'y aurait pas à songer immédiatement à leur exécution.

D. Quels legs échappent à la règle catonienne, seulement par la condition ?

R. 1<sup>o</sup> Celui de la chose du légataire, qui peut ne pas l'avoir par la suite ;

2<sup>o</sup> Le legs de ce dont il n'a pas le *commercium*, d'un fonds, d'une province léguée au gouverneur ;

3<sup>o</sup> Celui d'une servitude prédiale à quelqu'un qui n'a pas actuellement un fonds qui puisse jouer le rôle de dominant ;



4° Celui fait à l'esclave ou à l'enfant en puissance de l'héritier, qui, à l'exécution, peut se trouver en une autre famille.

D. Est-il nécessaire que, dans chaque cas, on prenne pour condition l'évènement que vous indiquez ou un semblable : la chose du légataire cessant de lui appartenir, le fils de l'héritier sortant de sa puissance ?

R. Non, il faut une condition quelconque ajournant le *dies cedit*, et une modification dans les circonstances et rapports de fait existant au jour de la confection, modification qui permette au jour de l'adition l'exécution du legs, impossible quand on l'a écrit.

D. N'y a-t-il pas un cas où le legs pur sera valable, malgré l'identité de maison entre le légataire et l'institué ?

R. Oui, c'est celui fait au maître ou *parens* de la personne *alieni juris* instituée. Supposez la mort immédiate, le *paterfamilias* acquerrait bien tout de suite le legs pur, mais non l'hérédité, puisqu'il est généralement *heres extraneus*. Ce legs s'exécutera donc si, à l'adition, l'institué n'est plus de la même maison que le légataire.

D. Montrez que l'institué peut, en ce cas, n'être pas un *extraneus* ?

R. Supposez l'institution d'un esclave appartenant au fils de famille ayant un pécule adventice, ou celle du petit-fils en puissance indirecte. Ici, le fils de famille deviendrait héritier nécessaire par l'esclave ou le petit-fils institué, dès le décès du *parens*, et par conséquent la règle catonienne s'appliquerait à une telle hypothèse, s'il s'agissait d'un legs pur et intransmissible.

D. La règle catonienne touche-t-elle au *juscapiendi* ?

R. Non, ce droit ne s'appréciant pas à l'ouverture de l'hérédité, mais à l'expiration du terme de



grâce. Si donc le légataire avait la faculté de se mettre en règle avec la loi et s'y trouve alors, le legs, même pur est valable.

D. Ne pouvait-on sauver, d'ailleurs, le legs fait pour une personne privée du *jus capiendi* ?

R. Oui, en le faisant sous cette forme : *cum capere possit*, s'il se mettait, à une époque quelconque, en règle avec la loi. On avait permis aussi cette condition potestative dans l'institution d'héritier.

D. En résumé, quels sont les legs définitivement nuls sous la forme pure et que la condition peut sauver de l'application de la règle catonienne ?

R. Je pense que ce sont tous ceux dont la nullité tient à un empêchement matériel, que l'altération des faits aura supprimé au *dies cedit*. Mais il y a controverse pour plusieurs.

D. Faut-il avoir la *factio testamenti* passive au jour de l'ouverture pour être à même de recueillir le legs conditionnel qu'on nous destine ?

R. Il faut l'avoir à deux époques, seulement, comme je l'ai dit, qui sont, en général : la confection, le moment de la fixation des droits des appelés. Notre loi française ne l'exige même qu'à la dernière. (C. C. Art. 906.)

D. Pourquoi dites-vous en général ?

R. Parce qu'il faut être capable jusqu'au *dies cedit* et que, s'il se produit communément à l'ouverture de l'hérédité, il en est parfois différemment. Ainsi, il faut être capable à l'adition, pour acquérir les legs intransmissibles, et à l'événement de la condition, soit avant soit après l'adition, pour acquérir ceux conditionnels.

D. Ne faut-il pas encore une autre condition ?

R. Oui, le *jus capiendi*, comme dans les hérédités ; mais ceux qui ont, en cette matière, le droit de l'acquérir dans les 100 jours de l'ouverture des tablettes, ou une plus longue *vacatio*, jouissent de la même facilité que pour l'acquisition des legs.

D. Les legs nuls pour défaut persistant du *jus capiendi*, ou même par suite d'incapacité du légataire, ne s'exécutaient-ils jamais ?

R. On pouvait faire des fidéicommiss, d'après la jurisprudence, au mépris des plus rigoureuses de ces prohibitions, et quand c'étaient des legs, on les exécutait en fidéicommiss, si le testateur avait voulu qu'on leur donnât cette valeur subsidiaire. Ainsi les fidéicommiss sont permis en faveur de la femme que la loi Voconia rend incapable, en faveur des municipes, avant que les empereurs eussent autorisé la disposition directe, enfin pour le latin junien non issu à la cité dans le délai légal.

D. Sous Justinien, les nullités, au point de vue des légataires, ne sont-elles pas restreintes, comme celles nées de la forme ?

R. Oui, et indépendamment de l'assimilation des legs aux fidéicommiss. Il a supprimé les lois caducaires, la condition des latins ; la loi Voconia est perdue ; on peut léguer aux personnes incertaines, aux *postumi alieni*, à des êtres sans individu, l'Etat, le province, le municipe, le fisc, la maison de l'empereur et celle de l'impératrice, etc.



#### SECTION 5<sup>e</sup>. — *Attribution des legs perdus.*

D. Comment les legs peuvent-ils périr ?

R. Il faut, comme je l'ai fait pour les institutions, distinguer pour quelle cause les legs ne s'exécutent pas. On en peut faire quatre groupes :

1<sup>o</sup> Ceux *pro non scriptis*, faits en forme irrégulière, par exemple, avant le sénatus-consulte néronien, ceux en faveur d'un incapable, ou portant sur une chose déjà périée ;

2° Ceux *destituta*, par l'incapacité ou le refus survenant du légataire ;

3° Ceux *ereptitia*, par suite de son indignité ;

4° Ceux *extincta*, dont l'objet déterminé périt après le *dies cedit*.

D. Comment sont attribués ces legs perdus ?

R. Il faut ici, comme en matière d'hérédité, distinguer trois époques : le droit antérieur aux lois d'Auguste, l'application de ces lois caducaires, enfin le droit de Justinien.

D. Parlez de l'ancien droit.

R. Il faut écarter d'abord les deux dernières classes. Les *extincta* ne donnent lieu à nulle acquisition. S'il reste quelque chose de l'objet du legs, on doit le délivrer au légataire. Les *ereptitia* tombent dans l'*ærarium*.

D. Et les legs perdus des deux autres classes ?

R. Le bénéfice en est, soit à l'héritier encore, qui cesse d'être tenu, soit aux co-légataires, qui seraient conjoints au *deficiens*, d'après des distinctions puisées dans la forme des legs et les termes de la conjonction.

D. Le bénéfice de la caducité ne peut-il appartenir encore à quelque autre ?

R. Oui, on a étendu la substitution aux legs, bien que son nom n'y soit plus exact. Si le légataire défaille à un substitué, c'est celui-là qui viendra à sa place, au détriment de l'héritier et du colégataire, la substitution primant l'accroissement.

D. Quels peuvent être les termes différents de la conjonction ?

R. 1° *Disjunctim*, comme je l'ai dit à l'institution, par deux phrases différentes : *Titio Pamphilum do*, — *Seio Pamphilum lego*.

2° *Conjunctim re et verbis*, quand, par une même phrase, on appelle les colégataires à recevoir une même chose : *Pamphilum Titio et Seio do, lego*.

3° *Conjunctim verbis tantum*, quand le corps



certain est légué à plusieurs, mais avec division, par une même phrase; de telle sorte qu'il n'y a pas, à proprement parler, identité de chose, chacun devant recevoir sa part distincte : *Funcum Sempronianum per dimidiam partem Titio et Seio do, lego.*

D. Comment se règle le sort des legs quand ils ont lieu *per vindicationem*?

R. 1<sup>o</sup> Dans les deux premiers cas de conjonction, le co-légataire du défaillant recueillait sa part en vertu d'un droit d'accroissement ou plutôt de non-décroissement, puisqu'on lui a donné la propriété de la chose, il l'a virtuellement en entier, sauf le cas de concours, qui ne se produit pas en fait.

2<sup>o</sup> S'il y avait conjonction *verbis tantum*, chaque co-légataire, appelé seulement à une part, y restait limité et n'avait pas droit à celle délaissée par un autre et qui restait à l'héritier.

D. Il est donc indifférent qu'il y ait conjonction *conjunctim* ou *disjunctim*?

R. Non pas au cas où il y a des légataires appelés dans chacune de ces deux formes; car alors, s'ils viennent, il y a partage et sous-partage; s'ils ne viennent pas tous, la part du défaillant ne profite qu'à ceux appelés avec lui au partage où elle devait être déterminée définitivement, comme je l'ai montré sur l'accroissement entre cohéritiers.

D. Et dans le legs *per damnationem*?

R. L'accroissement n'avait jamais lieu, et l'héritier profitait toujours des défauts. Pour le comprendre, il faut se rendre compte de ce qu'un legs en cette forme, même portant sur un corps certain, ne faisait naître qu'un droit de créance d'étendue différente, suivant la nature de la conjonction.

D. Expliquez cela et montrez-en les conséquences.

R. 1<sup>o</sup> Y a-t-il eu conjonction de la première forme? la chose est due intégralement à chacun des colégataires. Sa délivrance *in specie* sera le prix de



la course ; mais, le premier légataire agissant et recevant, les autres auront sa valeur. Dès lors, le défaut de l'un d'eux n'assure à l'héritier que l'avantage de payer une fois de moins cette valeur et ne profite en rien aux colégataires.

2<sup>o</sup> Y a-t-il eu conjonction *verbis tantum* ou *re et verbis* ? les créances se divisant de plein droit entre les co-créanciers (Douze-Tables, v, § 9, pour l'hérédité), la division a lieu entre les co légataires, sans même que le testateur l'ait faite, l'héritier ne doit donc à chacun d'eux que la demie, le quart du corps certain. C'est lui encore qui profite du défaut.

D. Comment peut-il profiter du défaut quand l'objet du legs est indivisible, matériellement comme une servitude, ou intentionnellement, comme un cheval, un esclave ?

R. En ce cas, l'héritier délivre le tout à ceux qui recueillent et reçoit d'eux une soulte, c'est-à-dire qu'ils lui paient la part des défaillants.

D. Comment se règle l'exécution du legs *sinendi modo* ?

R. Si tous les légataires viennent, il y a difficulté de savoir si le legs sera exécuté comme *per vindicationem* ou comme *per damnationem*, c'est-à-dire si l'héritier le délivrera une fois à tous ou une fois à chacun. Dès lors, quand vient un seul légataire, il est certain qu'il prendra la chose ; mais on ne peut dire, en présence du dissentiment des écoles, s'il y aura eu là pour lui un accroissement.

D. Et pour le legs *per præceptionem* ?

R. Il en est comme pour celui *per vindicationem*.

D. N'y a-t-il pas quelque chose de particulier dans l'exécution ?

R. Oui, au cas le plus ordinaire où ce legs a été fait en faveur de l'un des institués, parce qu'on se trouve, pour partie au moins, dans le cas de legs de la chose du légataire. Ainsi évidemment le legs *per præceptionem* ne peut avoir d'exécution, s'il n'y a



qu'un institué faisant adition. S'il y en a plusieurs, le prélèvement ne peut avoir lieu que pour la part des non-préciputaires dans la chose. Ainsi, Primus, Secundus, Tertius sont institués également, et Primus légataire par préciput du fonds Tusculan; Secundus et Tertius peuvent le délivrer pour leur tiers, mais non lui. Il aura donc deux tiers à titre de paiement, comme légataire, et le premier comme héritier.

D. Que suit-il de là, en admettant que le legs puisse être fait conjointement à Primus institué et à un *extraneus*?

R. C'est qu'on arrive nécessairement à l'inégalité entre eux, à raison de ce qu'il y a trois héritiers pour délivrer le legs à l'*extraneus*, et deux seulement pour le délivrer à l'institué. Celui-ci ne pouvant prendre comme légataire sa part dans la chose, elle accroît à l'*extraneus*, qui recueille ainsi deux tiers.

D. Comment a lieu l'accroissement?

R. Comme en matière d'hérédité à la même époque, c'est-à-dire *invito*, — *sine onere*, — *portionis portioni*, en faveur même du légataire devenu incapable au moment où se produit le défaut, ou en faveur des héritiers.

D. L'accroissement a-t-il lieu toujours *sine onere*?

R. 1<sup>o</sup> Il en est autrement si le testateur a manifesté la volonté expresse ou tacite que le colégataire exécutât le *modus* imposé à un autre.

2<sup>o</sup> Spécialement au cas où la charge pesant sur les conjoints était indivisible matériellement, comme l'accomplissement d'un fait.

D. Quelles sont les innovations des lois caducaires sur ce sujet?

R. 1<sup>o</sup> L'ouverture de l'hérédité est reculée jusqu'au moment de celle des tablettes; c'est dès lors l'instant du *dies cedit* dans les legs purs.

2<sup>o</sup> Les personnes privées, en tout ou partie, du *jus capiendi*, ne peuvent pas recueillir, à titre d'hérédité, et cela crée une nouvelle cause de perte, une

nouvelle classe de legs perdus, qu'on nomme *caduca* comprenant les legs qui tombent seulement par l'effet des dispositions nouvelles sur l'ouverture de l'hérédité et le *jus capiendi*, c'est-à-dire les legs faits aux latins juniens, *orbi, cœlibes*, à une personne perdant la vie, soit naturelle, soit civile, entre le décès du testateur et l'ouverture du testament.

3<sup>o</sup> Ces dispositions, les anciens *destituta*, les *ereditia*, trois classes de legs perdus, sont attribués, comme prime du mariage ou de la fécondité aux *patres* seuls et non aux *matres* ayant le *jus liberorum*.

4<sup>o</sup> C'est une sorte d'accroissement particulier, le *jus caduca vindicandi*. Celui que je viens d'étudier, *jus antiquum*, subsiste en faveur des parents en ligne directe jusqu'au 3<sup>e</sup> degré, c'est-à-dire pour les legs *in causa caduci*, les anciens *destituta*, les *caduca*, et ceux qui sont *pro non scriptis*. Ces dispositions sont identiques à ce que j'ai exposé pour les institutions.

D. Dans le dernier cas, le legs n'est-il pas parfois transmis ?

R. Oui, comme l'hérédité, pour laquelle l'institué meurt délibérant. Ici s'applique le *jus suitatis*, le bénéfice de la constitution théodosienne.

D. A qui appartient le *jus caduca vindicandi* dans les legs ?

R. Comme dans les hérédités et, outre le *jus antiquum*, il y a trois degrés successifs d'accroissement, les deux derniers subsidiaires, et, à défaut de *vindicatio*, s'applique le privilège de l'*ærarium*.

D. Quels sont les trois degrés de cet accroissement ?

R. 1<sup>o</sup> En faveur des colégataires *patres* non *matres*, ayant la conjonction en certaine forme ;

2<sup>o</sup> En faveur de l'institué, *pater*, sans distinguer s'il était ou non le débiteur du legs ;

3<sup>o</sup> Enfin des colégataires mal ou non conjoints' ayant aussi le *jus liberorum*.

D. Combien y a-t-il d'espèces de conjonction ?

R. On en reconnaît trois, comme je l'ai exposé ; mais on nomme alors communément *re tantum* celle dite précédemment vocation *disjunctim*.

D. Et quelle forme est convenable pour donner le *jus caduca vindicandi* ?

R. 1<sup>o</sup> La conjonction étroite *re et verbis*, d'abord ;  
2<sup>o</sup> D'après les Sabinien, celle *verbis tantum* ; mais il y avait débat.

D. N'y a-t-il pas là une bizarrerie ?

R. Oui, le colégataire conjoint *re tantum* n'avait pas le *jus caduca vindicandi*, quoique la conjonction soit ici réelle, plutôt que dans l'hypothèse où il y eu partage indiqué. Cela tient à ce que les Sabinien, considérant l'aspect extérieur de la conjonction, l'ont moins aperçue dans la forme *disjunctim*.

D. Est-ce qu'on tient compte de la conjonction chez nous, sinon du privilège de paternité ?

R. Oui, le Code, se départant des traditions pour suivre celle de la logique, attache l'accroissement, soit à la conjonction *re et verbis*, soit à celle *re tantum*. (C. C., art. 1044 et 1045.)

D. Quelle différence y a-t-il entre le *jus caduca vindicandi* et le *jus capiendi* ?

R. Le *jus capiendi*, qu'on nomme *solidi capacitatis*, quand il n'est pas réduit, comme pour l'*orbis* et notamment en tant qu'il compète aux *exceptæ personæ*, est le droit de prendre notre part et le *jus vindicandi* le droit de recueillir celle d'autrui. Celui qui est en règle avec la loi a le *jus capiendi*, il peut n'avoir pas le *jus caduca vindicandi* ; le latin junien, par exemple devenu citoyen, ou la femme qui ne l'a jamais. Celui que la loi excepte de ses peines n'en reçoit pas pour cela les primes. Un oncle, un cousin germain sans mariage ou sans enfants a le *jus capiendi*, mais non le *jus caduca vindicandi*.

D. Quelle différence y a-t-il avec l'accroissement ?

R. Il n'appartient pas aux mêmes personnes que la *vindicatio* et ne s'exerce pas de la même façon.



D. Quelles différences sur le premier point?

R. 1<sup>o</sup> La forme du legs, qui détermine l'accroissement est ici indifférente ;

2<sup>o</sup> La *vindicatio* est subordonnée à trois conditions, conjonction, sexe et paternité ;

3<sup>o</sup> La conjonction *re tantum* suffit à l'accroissement et ne fonde pas toujours la *vindicatio* ;

4<sup>o</sup> L'accroissement vient de l'intention du testateur, manifestée par la forme du legs et les conjonctions ; le *jus caduca vindicandi* tient à la seule volonté de la loi, spéculant sur les dispositions testamentaires pour atteindre son but et forme un mode d'acquérir proprement dit *lege*.

D. Signalez les différences au second point de vue ?

R. 1<sup>o</sup> L'accroissement est forcé, se fait *in scio*, *invito*, la *vindicatio* est une action et le fait de prendre la part d'un colégataire en forme de bénéfice ;

2<sup>o</sup> L'accroissement a lieu *portionis portioni* et le fruit de la *vindicatio* est acquis *personæ*. Si, après avoir recueilli sa propre part, en vertu du *jus capiendi*, on devient incapable, on ne recueille plus les parts dont la caducité est démontrée à l'expiration du délai des cent jours ;

3<sup>o</sup> L'accroissement a lieu *sine onere*, la *vindicatio* vous soumet aux charges.

D. Quand nul degré des appelés n'exerce la *vindicatio*, les *caduca* tombent-ils toujours au trésor du peuple ?

R. Oui, je crois, sans distinguer, comme en matière d'hérédité, si le défaut est partiel ou intégral. Il n'y a pas mêmes motifs.

D. Exposez enfin le droit de Justinien.

R. Justinien a effacé les dernières traces des lois caducaires et généralisé de nouveau l'application de l'accroissement, en modifiant un peu ses anciens principes.

D. Quand a lieu l'accroissement d'après lui ?



R. Suivant l'opinion générale dans tous les cas de conjonction ; et d'après un système, seulement dans celles qui sont effectives, savoir *re et verbis* et *re tantum*.

D. Y a-t-il lieu de rechercher la forme du legs ?

R. Non. C'est du legs *per vindicationem* que l'empereur conserve les effets quant à l'exécution du legs et à l'accroissement, même pour les legs qui ne s'y fussent pas prêtés, comme ceux de genre, de créance ou de la chose d'autrui. Quand plusieurs légataires viendront recueillir le legs conjoint de corps certain, la chose ne leur sera payée qu'une fois à tous.

D. L'accroissement est-il toujours forcé et avec charges ?

R. Cela dépend de la conjonction.

D. En quoi donc l'empereur a-t-il innové ?

R. 1<sup>o</sup> Les légataires sont-ils appelés *disjunctim*. on suit l'ancienne règle ;

2<sup>o</sup> Le sont-ils, au contraire, *conjunctim*, l'accroissement devient facultatif ; mais il emporte les charges, pour celui qui recueille la part de legs défaille, comme au cas de substitution et de *vindicatio caduci*.

D. Y a-t-il accroissement, si les légataires sont conjoints *verbis tantum* ?

R. C'est le même doute que pour l'hérédité (institution ou substitution). Ici, il y a, de plus, le texte des Instituts, qui indique l'accroissement comme ayant toujours lieu dans les legs, en cas de conjonction.





## TITRE XXI

### Révocation et translation des legs.

---

#### SECTION 1<sup>re</sup>. — *De la révocation des legs.*

D. Comment divisez-vous les diverses manières dont sont révoqués les legs ?

R. Leur révocation est directe ou indirecte, expresse ou tacite, pure ou conditionnelle.

D. Comment est-elle directe ou indirecte ?

R. Selon qu'elle porte seulement sur le legs ou qu'elle atteint toutes les dispositions. La confection d'un second testament est une révocation indirecte des legs du premier ; il en est de même du laps de dix ans, selon la façon dont il opère d'après les constitutions de Théodose et de Justinien.

D. En quoi diffèrent la révocation expresse et celle tacite ?

R. La première résulte d'une mention formelle ; la seconde de quelque acte inconciliable avec le maintien du legs et annonçant l'intention de ne pas le conserver.

D. Dans quel acte peut être écrite la révocation expresse ?

R. Dans un testament ou un codicille. Quand ce

sera un second testament, comme il annule le premier, la mention est superflue.

D. Le codicille révocatoire doit-il être confirmé ?

R. Nécessairement ; puisqu'il n'y a de legs que dans les actes testamentaires, et que le codicille est confirmé par cela seul qu'il se produit dans une hérédité de cette nature.

D. La révocation d'un legs pourrait-elle donc être écrite dans le testament même où il est fait ?

R. Oui ; mais elle n'était valable que faite *contrariis verbis*.

D. Qu'est-ce que révoquer *contrariis verbis* ?

R. Détruire le legs dans une phrase identique, sauf la négation, à celle où on l'a créé : *fundum Tusculanum Titio do, lego..... fundum Tusculanum Titio non do, non lego*.

D. Comment comprendre ce formalisme, puisque le legs peut être révoqué tacitement, par une manifestation indirecte de la volonté ?

R. Parce qu'il est peu vraisemblable qu'on veuille révoquer le legs, dans le même testament où il est écrit et que, pour le faire admettre, il faut une déclaration propre à défier toute équivoque.

D. Qui a détruit cette règle ?

R. Le droit prétorien, d'abord, qui, lorsque l'intention de révoquer paraissait prouvée, en dehors des *certa verba*, fournissait l'exception de dol à l'héritier contre le légataire. Puis, Justinien en a fait une règle du droit civil. L'ancien principe avait l'avantage de couper court aux procès sur la recherche de la volonté du défunt. Le codicille écrit n'est pas même exigé pour la révocation expresse ; il suffit d'une déclaration devant cinq témoins.

D. Quel est le principal acte fondant la révocation tacite ?

R. C'est l'aliénation de la chose dans le legs de corps certain ; mais, à cet égard, il faut distinguer les anciens principes et le droit impérial.

D. Parlez donc de l'ancien droit?

R. Si le legs, d'après sa forme, donnait l'action réelle, par exemple, quand il était *per vindicationem*, il était éteint *ipso jure* par l'aliénation de son objet, puisque le testateur ou l'héritier n'en avait plus la propriété à l'époque de la fixation des droits. Si le legs donnait l'action personnelle, il y avait extinction *exceptionis ope*, c'est-à-dire qu'on donnait l'exception de dol à l'héritier contre le légataire.

D. Sous le sénatus-consulte néronien, le défaut de propriété, qui vicie le legs, à raison de sa forme *per vindicationem*, doit être couvert?

R. Oui, par l'*optimum jus legati*; mais alors, comme si le legs était directement fait *per damnationem*, l'héritier a l'exception de dol.

D. Et dans le droit nouveau?

R. Un rescrit de Sévère et Antonin prescrit de distinguer le caractère de l'aliénation, pour en fixer l'effet quant au legs. Est-elle à titre gratuit? Elle produit toujours la perte du legs. Y a-t-il eu, au contraire, aliénation à titre onéreux, à laquelle le testateur a pu être entraîné par la nécessité, le besoin d'argent, on recherchera son intention; et il n'est pas douteux que le legs fût maintenu dans le cas de vente à réméré ou pignorative. Il pourra l'être encore, si le testateur a fait de la chose une constitution de dot réceptice, même une aliénation à titre gratuit à l'héritier. Le droit français, proscrivant ces preuves difficiles, a donné une règle absolue, dont la rigueur semble annoncer quelque défaveur pour les dispositions testamentaires. (C. C. 1038.)

D. Si le testateur a acquis de nouveau la chose et la laisse dans ses biens, le legs revivra-t-il?

R. Ce fait est indifférent. Tout au plus pourra-t-il aider la recherche de l'intention qu'avait le testateur, en aliénant. Mais si l'on décide que l'aliénation était bien spontanée, il ne suffit pas d'en avoir racheté l'objet pour créer à nouveau le legs qu'elle avait détruit.



D. Et si, au lieu d'aliéner sa propriété, le testateur l'a seulement grevée de droits réels ?

R. Cela ne suffit pas à révoquer. Comme le legs aura été maintenu en connaissance de la charge, l'héritier doit la purger, si elle est de celles pour lesquelles ce devoir lui incombe : gage, hypothèque, servitude personnelle.

D. N'y a-t-il pas un autre cas, assez semblable, de révocation tacite des legs ?

R. Oui, c'est celui d'altération, de dénaturation de la chose léguée. Les choses *extinctæ* ne pouvant être vendiquées, le legs de corps certain était sans doute caduc en ce cas, dans l'ancien droit, quand la forme au moins donnait l'action réelle. Sous Justinien, on distingue, comme au cas de spécification, si la chose employée à une confection peut être rétablie sous sa première apparence ; cas auquel elle n'a pas été dénaturée entièrement. Si la chose ne peut revenir, le legs est éteint.

D. Quels sont les autres faits, propres à former révocation tacite du legs ?

R. 1<sup>o</sup> Si le testateur a biffé la disposition dans l'acte, on peut ici, bien qu'avec moins de raison, dire que le legs est plutôt non existant, non écrit que révoqué ;

2<sup>o</sup> Quand les bons sentiments du testateur ont fait place à une inimitié notoire et sans distinguer si le disposant a été, ou non, hors d'état de tester et de révoquer directement le legs ;

3<sup>o</sup> Quand, ayant affranchi son esclave *testamento*, il l'aliène ou le lègue par un codicille ultérieur. Ces deux dispositions sont propres à manifester qu'il s'est départi de son intention favorable à l'esclave. Cela révoque donc, soit l'affranchissement, qui est un legs de liberté, soit le legs de pécule ou tout autre dont il aurait été accompagné. Nous avons vu que l'institution subsiste, en pareil cas, au contraire, parce que la révocation en doit avoir lieu de façon solennelle.

SECTION 2°. — *De la translation des legs.*



D. Qu'est-ce que la translation du legs ?

R. Une modification de l'un de ses éléments constitutifs, une sorte de novation, par changement de débiteur, d'objet, de créancier, de modalité ou encore par l'*adjectio* ou la *detractio* d'une modalité.

D. Qu'entendez-vous par ces derniers mots ?

R. Si on refait purement le legs qui était conditionnel (*detractio*) ou *vice versa* (*adjectio*), si encore l'on ajoute une condition à celle existante, ce qui fait les conditions cumulatives, ou si l'on rend alternatives les conditions cumulatives, si l'on change le terme certain en une condition ou un terme incertain dans tous les changements de ce genre, il y a *translatio*.

D. Comment a lieu le changement de débiteur ?

R. Quand on met à la charge d'un héritier déterminé le legs qui était imposé à tel autre ou formait une charge générale. Sous Justinien, époque à laquelle on peut charger de legs d'autres personnes que l'héritier, le legs peut être transféré entre un plus grand nombre.

D. Comment a lieu la *translatio* par changement de créancier ou bénéficiaire du legs ?

R. 1° Quand on transporte activement au nom de Titius le legs écrit pour Mœvius ;

2° Quand on ajoute Titius comme conjoint au bénéfice du legs que Mœvius seul devait recueillir, d'après une première disposition ;



3° Ou qu'on substitue Mœvius qui était conjoint dans le premier acte ;

4° Quand on change le titre de l'un des gratifiés, qui devient seul légataire, de conjoint ou substitué qu'il était, en la première disposition ou réciproquement.

D. La *translatio* ne soulève-t-elle pas parfois de grandes difficultés d'interprétation ?

R. Oui; dans presque tous ces changements, il y a question de savoir si le testateur veut ajouter les mentions de la deuxième disposition à la teneur de la première ou les remplacer ainsi. Par exemple, si on lègue Pamphile à Mœvius, déjà légataire de Dromon, question de savoir s'il doit avoir cet esclave seul ou les deux. Si l'on met une condition au legs conditionnel, question de savoir s'il y a des conditions cumulatives. Enfin, si on lègue à Titius l'esclave Dromon, déjà légué à Mœvius, question de savoir si l'on a voulu changer le gratifié.

D. Ne s'élève-t-il pas des doutes semblables en matière d'obligation ?

R. Oui. Quand Titius est débiteur de 100 envers Mœvius et que la même somme est promise par un autre à Mœvius, ou à un autre par Titius, ou qu'entre les mêmes parties intervient la stipulation, il faut se demander si la seconde obligation vient s'ajouter à la première ou si elle fait novation, c'est-à-dire la remplace, par changement de créancier, de débiteur ou d'objet.

D. La *translatio* faite *pœnæ nomine* est-elle nulle ?

R. Les dispositions du droit sur ce point sont les mêmes que pour l'hérédité. Dans une première période, le testateur est libre. Dans une seconde, les dispositions de cette nature sont prosrites. Sous Justinien le legs est valable quand il n'a pas pour but de contraindre le gratifié à quelque fait impossible, illicite ou immoral.

D. La translation nulle n'a-t-elle pas un effet?

R. Oui, c'est de révoquer le premier legs toutes les fois qu'elle porte sur un nouvel objet qui ne peut être légué, ou sur une nouvelle personne qui ne peut être légataire. Le simple changement de condition, de terme, ne saurait avoir une telle portée.

D. Quelle différence y a-t-il ici avec la matière de l'hérédité?

R. L'institution d'un héritier incapable, constituant un testament nul, ne révoque pas celui fait valablement, parce que la révocation des testaments dépend des règles solennelles imposées par la loi, non de la simple manifestation de volonté.

---

## TITRE XXII

### De la loi Falcidia.

---

#### SECTION 1<sup>re</sup>. — *Historique.*

D. Les Romains admettent-ils, pour ceux qui ont la *factio testamenti*, l'entière liberté de léguer?

R. Elle fut d'abord admise, puis restreinte par diverses lois.

D. D'où résultait la liberté entière de léguer?

R. De la loi des Douze-Tables. (Tab. v, § 1.)

D. Quel inconvénient présentait cette liberté?

R. Quand on en avait abusé, l'héritier volontaire refusait l'hérédité, pour ne pas entreprendre une liquidation qui ne devait lui donner nul profit et l'exposer à des pertes, vu qu'il existait un impôt

sur les testaments, payable par l'institué, et qu'il devait peut-être exécuter les legs *ultra vires*. Or, cet inconvénient pouvait se produire souvent, les testateurs étant portés à s'exagérer la valeur de leurs biens : *sæpe enim de facultatibus suis amplius quam in his est sperant homines*.

D. Quelles étaient les conséquences de l'abandon ?

R. La désertion du testament, l'une de ses causes de perte. L'abandon de l'institué, imité des substitués, faisait donc crouler toutes les dispositions testamentaires, les legs même.

D. Comment palliait-on à cet inconvénient ?

R. L'institué, héritier volontaire, faisait composer les légataires, fort intéressés à accepter un dividende pour le déterminer à faire adition. Cela se faisait par une stipulation formelle ou un pacte nu, et lorsque les légataires demandaient au-delà, ils se voyaient opposer l'exception *pacti* pour faire restreindre la demande ou perdaient leur procès pour le tout s'il y avait eu stipulation.

D. La désertion du testament était un événement fâcheux à un point de vue privé, amenant précisément la succession légitime, la loi devait-elle s'en émouvoir ?

R. Plusieurs raisons certainement expliquent qu'elle s'en émût. La conservation des testaments était peut-être regardée comme intéressant l'ordre public. Il y avait dans ces actes des dispositions favorables que le législateur devait travailler à maintenir, par exemple les affranchissements. Enfin, la situation des héritiers nécessaires écrasés sous le fardeau géminé des dettes et des legs, demandait un remède.

D. Quelles lois ont restreint la liberté de léguer ?

R. Les lois Furia, Voconia, Falcidia. Ce sont trois plébiscites qui ont directement limité la quotité



des legs, dans l'ensemble ou pris isolément. Je ne parle pas des lois caducaires, qui ont restreint la liberté de léguer en enlevant le *jus capiendi* à un grand nombre de personnes.

D. Qu'est-ce que la loi Furia ?

R. Un plébiscite, spécial à ce sujet, porté l'an 571 de Rome, et qu'on nomme parfois loi *Furia testamentaria*, pour la distinguer d'un autre du même nom, relative à l'adpromission.

D. Quelles dispositions portait-elle ?

R. Elle défendait de faire nul legs supérieur à mille as, sauf pour certaines personnes exceptées.

D. Quelles étaient ces personnes ?

R. Les parents. On maintenait, quelle que fût leur valeur, les legs écrits en faveur de tous les cognats du sixième degré et d'un cognat du septième, l'enfant de cousin issu de germain.

D. Cette loi ne fut pas efficace puisqu'on dût en porter d'autres ?

R. Oui. Elle était mal conçue et mal sanctionnée. Il dépendait du testateur d'épuiser en cent legs de mille as une hérédité de cent mille as, et la jurisprudence dût sans doute prévenir l'emploi d'un moyen facile de l'éluder, qui consistait à léguer mille as à plusieurs personnes distinctement de la famille de celui qu'on voulait gratifier d'un legs cinq ou dix fois supérieur au taux légal.

D. Quelle était la sanction de cette loi ?

R. Non pas la nullité du legs de plus de mille as, mais une restitution imposée au bénéficiaire du quadruple de ce qu'il avait reçu, s'il en poursuivait la délivrance.

D. Le légataire qui l'acceptait, sous le coup d'une pareille peine, s'il n'en était ignorant, devait être de mauvaise foi, et quand il avait fait disparaître les valeurs, objet du legs, à quoi servait l'action au quadruple donnée contre lui ?

R. Cette fraude pouvait difficilement réussir, l'action de l'héritier étant la voie d'exécution, *manus injectio pro judicato*, beaucoup plus rigoureuse que notre contrainte par corps.

D. Comment a-t-on suppléé à l'insuffisance de cette première loi ?

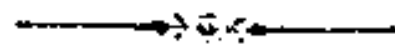
R. Par un chef de la loi Voconia, que j'ai déjà analysée ; car, indépendamment de la prohibition d'admettre les femmes comme instituées, substituées ou légataires dans l'hérédité des recensés de la première classe, elle donnait pour limite à la quotité des legs, la valeur devant rester, après liquidation, entre les mains de l'héritier et comportait la nullité des legs supérieurs.

D. Mais, étant donnée une hérédité de mille as, on peut n'en laisser qu'un à l'héritier, en faisant 999 legs de pareille somme.

R. Oui. C'est la démonstration qu'on fait, par l'absurde, de l'insuffisance de la loi Voconia. Elle était bien moindre que dans la précédente. Comme il est impossible au testateur de connaître exactement le reliquat aux mains de l'héritier, il est très-limité, en fait, dans la quotité des legs, dont, d'autre part, le nombre est toujours restreint.

D. Qu'est-ce que la loi falcidie ?

R. Un plébiscite, porté l'an 714 de Rome. Sa disposition, beaucoup plus rationnelle, sur la conciliation de la liberté de tester et des droits à maintenir à l'héritier, fut aussi la dernière. Elle demeure en vigueur sous Justinien, mais ne nous a pas été transmise.



## SECTION 2<sup>e</sup>. — *De la Falcidie.*

D. L'héritier en droit romain devait-il exécuter intégralement les legs, quand, soit par eux-mêmes, soit joints aux dettes, ils excédaient l'actif ?



R. Je pense qu'il en était ainsi à l'origine. L'héritier nécessaire, jusqu'au temps où l'on créa le bénéfice d'abstention, n'avait nul moyen d'échapper à cette rigueur, et l'héritier volontaire non plus, quand il avait accepté sauf la restitution, aux cas où il pouvait l'obtenir.

D. De quelle façon la loi Falcidie pourvut-elle à ce que l'hérédité ne fût pas en entier absorbée par les legs ?

R. Par une disposition portant sur l'ensemble du patrimoine. L'héritier devra toujours avoir un quart net de cette masse, et on appelle cette part la quarte falcidie. L'hérédité est dès lors divisée en deux parties, une disponible, des  $\frac{3}{4}$ , que peuvent épuiser les legs et une réserve du  $\frac{1}{4}$ , pour l'héritier.

D. Étant donnée une hérédité de 1000 et 600 de legs, s'il y a 400 de dettes, l'héritier ne pouvant critiquer les legs qui n'atteignent pas les  $\frac{3}{4}$ , n'aura nul profit encore.

R. Oui, mais les choses ne se passent pas ainsi. Dans cette espèce, grâce à la façon dont on calcule le disponible, l'héritier peut ici critiquer et dire que ce disponible a été dépassé.

D. Quelle est la sanction de la loi ?

R. La réduction des legs dans la mesure nécessaire pour laisser intacte la quarte falcidie.

D. Cette disposition s'applique-t-elle exclusivement aux legs ?

R. 1<sup>o</sup> Elle s'applique aussi à la limitation des donations à cause de mort et des fidéicommiss, dispositions par lesquelles l'hérédité pourrait aussi être indirectement épuisée ;

2<sup>o</sup> Dans le système généralement suivi, on pense aussi que la légitime des parents privilégiés naquit d'une extension de la quarte falcidie, au taux de laquelle elle fut si longtemps limitée.

D. Comment se calcule la quarte ?

R. Comme pour la légitime. On prend la masse des biens qu'avait le testateur à sa mort, déduction faite de ceux pérés par cet événement. On en déduit les dettes héréditaires et les frais inséparables du fait d'ouverture, frais funéraires, d'adition, d'inventaire.

D. Si l'héritier était créancier du défunt, cette dette héréditaire n'est-elle pas éteinte par la confusion ?

R. Ce fait a les apparences d'un mode d'extinction des droits réels et personnels, mais ne l'est pas en réalité. Quand les qualités de débiteur et créancier se sont réunies sur la même tête, il n'y a pas de paiement ; mais s'il existe quelque intérêt à tenir compte de l'obligation qui sommeille, on le fait. Soit une hérédité de 2000, grevée de 300 dus à divers et de 100 dus à Titius, héritier acceptant, et des legs pour 1250. Si on ne déduisait que les sommes dues à des étrangers, l'hérédité serait de 1700 net et les légataires intégralement payés. Mais Titius a le droit de faire déduire tout le passif ; ressortir l'actif à 1600 et d'imposer ainsi aux légataires la réduction pour 50.

D. Comment fait-on état des affranchissements ?

R. Ils offrent un double caractère : celui de legs et celui de biens perdus. C'était le point de vue auquel on les envisageait, ici, aussi bien que dans le calcul de la légitime.

D. Était-ce bien en rapport avec les principes ?

R. Non. On comptait tous les biens existants à l'ouverture. Or, rigoureusement, la valeur des esclaves affranchis appartenait à l'actif, à ce moment, puisque, sauf les cas de son institution comme héritier nécessaire et de celle d'un héritier sien, le *proprius* n'est libre qu'au jour de l'adition par l'*extraneus*. D'une autre part, l'affranchissement testamen-

taire direct est un legs de liberté qui, devrait, dès lors, comme les autres, figurer à l'actif quant à sa valeur et subir la réduction, s'ils sont exagérés.

D. Mais comment réduire un tel legs ? On n'en peut retrancher le quart, le sixième !

R. La difficulté était commune à tous les legs indivisibles. Quand il y avait lieu à réduction, elle se faisait au moyen d'une soulte ou retour, que le légataire payait à l'héritier, en recevant l'intégralité du legs. Ici, comme les nouveaux affranchis n'ont rien, sauf au cas où on leur a fait un autre legs que celui de la liberté, l'héritier pourrait perdre cette soulte, par suite de leur insolvabilité ; c'est pourquoi on ne fait pas entrer ces legs en compte, ni la valeur des esclaves libérés dans les biens extants.

D. Et pour les affranchissements fidéicommissaires ?

R. On agit d'une façon semblable. On retranche de la masse les sommes nécessaires pour la libération des *servi alieni* ainsi affranchis.

D. Comment opère-t-on, quand on rencontre des biens d'existence incertaine, de valeur douteuse ?

R. Tels sont, par exemple, les créances, les droits conditionnels ou litigieux, on procède comme je l'ai dit, au calcul de la légitime.

D. Si, au jour de l'exécution de legs exagérés, les biens héréditaires ont été accrus, par les fruits accumulés durant la délibération de l'*extraneus*, ou par l'effet d'événements fortuits, de telle sorte que l'héritier ne soit plus lésé en les payant intégralement, observe-t-on néanmoins la loi falcidie ?

R. Oui. Les délais d'adition, la condition mise à l'institution, pour le legs, la condition, le terme ou la découverte tardive du codicille, divers événements retarderont fréquemment l'exécution et, au moment où elle aura lieu, le calcul de la falcidie donnerait, en général, des résultats fort différents. Mais c'est tou-



jours à l'époque de la fixation des droits qu'on doit se placer pour le faire, au moins rétroactivement. Il y a là un forfait, dont l'héritier ne peut non plus se départir.

D. Expliquez cette règle par des exemples.

R. Soit une hérédité qu'on estime à 10,000 à la fixation des droits. Plus tard, l'alluvion, l'institution d'un *servus hereditarius*, font monter les biens à 15,000. Alors se présentent des légataires, porteurs d'un codicille pour 10,000. Ils subiront la réduction du quart sur cette somme. A l'inverse, si le caprice du fleuve ou la fuite des esclaves, militant contre l'héritier, ont abaissé à 7,500 les valeurs estimées naguère à 10,000, il devra payer intégralement le codicille où seraient écrits des legs pour 7,500.

D. Les événements ultérieurs sont-ils donc toujours indifférents pour le calcul, une fois fait ?

R. Excepté quand ils amènent la ruine des legs par la perte de leur objet, cas auquel l'héritier, devant avoir un quart seulement des biens héréditaires, quand il oppose la réduction, doit tenir compte, à concurrence du quart, de la valeur des biens perdus.

D. Expliquez cela par un exemple ?

R. Soit une hérédité qu'on reconnaît valoir 4,000, absorbée par des legs et composée notamment d'une maison, léguée, de la valeur de 2,000. Supposons la maison emportée par le fleuve, l'hérédité réduite ainsi à 2,000. L'héritier ne peut prétendre prendre son quart entier sur les valeurs restantes, ce qui donnerait aux légataires, non compris celui de la maison perdue, un dividende de 50 0/10 au lieu de 75 p. 0/10. Ceux-ci lui objecteront qu'il doit se remplir du quart sur tous les biens héréditaires au jour de l'ouverture, c'est-à-dire tant sur ceux pérés que sur ceux restants. Or, la maison périe comportant la moitié de la valeur des biens à la masse, l'héritier ne gardera que la moitié d'un quart, ou 500.

D. Y a-t-il plusieurs quarts, au cas de pluralité d'héritiers ?



R. Non ; mais une seule, au plus, à répartir entre eux. Ainsi que je l'ai expliqué pour la légitime au titre XVIII, chaque héritier est autorisé à retenir le quart de ce qu'il aurait eu à défaut de legs ; comme chaque légataire reçoit le quart de ce qu'il aurait eu à défaut de testament. Mais il y aura cette différence, que la légitime est toujours répartie entre les légataires, tandis que la loi falcidie peut être invoquée par quelques héritiers seulement.

D. La question de savoir quel héritier vis-à-vis de tel ou tel légataire, peut invoquer la falcidie et dans quelle mesure, n'offre-t-elle pas des difficultés ?

R. En effet. Il n'y en aurait pas si les legs étaient toujours mis à la charge commune de tous les institués ; mais on a pu grever tel ou tel d'entre eux. Certain héritier peut donc n'avoir nul intérêt à la quarte, sa part n'étant pas absorbée par les legs à concurrence des trois quarts et tel autre fondé invoquer la loi. La règle, comme je l'ai dit, est que chacun doit conserver le quart de sa part, à l'encontre des legs mis à sa charge personnelle, ou grevant l'ensemble des héritiers.

D. Expliquez cela par un exemple.

R. Soit 1<sup>us</sup> et 2<sup>us</sup> appelés conjointement à une hérédité de 400 ; 1<sup>us</sup> ayant sa moitié franche et 2<sup>us</sup> grevé de tous les legs, qui montent à 190. Secundus<sup>s</sup> peut seul invoquer la falcidie et demander la réduction des legs.

D. Prend-il donc la quarte ou 100, prélevés sur les legs, pour lui seul ?

R. Non, pas même 50, mais il les réduit de façon à avoir ses  $3\frac{1}{4}$  francs. Les legs ne seront donc exécutés qu'à concurrence de 150.

D. Ne peut-il arriver ainsi que les légataires souffrent la réduction, sans que le montant total des legs atteigne les  $3\frac{1}{4}$  de l'hérédité ?

R. Oui, comme on le voit par cet exemple et



toutes fois qu'ils ne sont mis à la charge de l'ensemble des héritiers. Ici les legs sont de 190, c'est-à-dire au dessous de la moitié même, mais tous à la charge de 2<sup>us</sup> auquel ils ne laissent pas ses 3¼. Les légataires supportent donc la réduction, sans pouvoir demander un dégrèvement de la part de 2<sup>us</sup> sur celle de 1<sup>us</sup> qui est entièrement franche.

D. Ne serait-il pas plus juste de le faire ainsi fictivement et de n'admettre l'application de la loi *falcidia*, qu'au cas où le testateur, contrevenant aux principes de cette loi, a légué plus des 3¼ de l'hérédité ?

R. Il semble, en effet, que le but de la loi serait ainsi atteint, puisque, dans notre espèce 2<sup>us</sup> dont le bénéfice est très-minime, étant seul porté à faire défaut par l'élévation des legs, le testament serait sauvé par l'addition de 1<sup>us</sup>. Mais cela est contraire à l'intérêt même des légataires ; car l'accroissement ayant lieu le plus souvent *sine onere*, 1<sup>us</sup>, en recueillant la part de son cohéritier, ne paiera pas les legs mis à sa charge, ce qui sera bien plus grave que la réduction.

D. Mais si les institués sont, en même temps, substitués vulgairement et que 2<sup>us</sup> refuse, mécontent de ne pouvoir prendre qu'un huitième des biens ?

R. En ce cas, conformément aux principes, 1<sup>us</sup> devrait avoir l'option pour recevoir la part de 2<sup>us</sup> comme substitué, et grevée, ou comme institué, par l'accroissement, et franche. Mais son option, non douteuse, frustrerait les légataires et on lui impose le service des legs. La singularité de cette position fut sans doute ce qui amena à décider, sous Justinien, que l'accroissement aurait le plus ordinairement lieu *cum onere*.

D. Quand, ensuite de ce principe l'accroissement *cum onere* ou en vertu de la substitution, un héritier recueille plusieurs parts, est-il autorisé à faire sur chacune d'elles le calcul de la *falcidia* ?

R. Cette question est importante en pratique,

car le résultat est fort différent suivant qu'on fait le calcul sur chaque part ou sur l'ensemble. Dans l'espèce que je faisais plus haut, si un seul des deux institués recueille, on a vu qu'il y a lieu à déduction, si l'on fait le calcul sur chaque part, et, dans le cas contraire, il ne saurait y avoir lieu, les legs n'atteignant pas moitié. La question se résout par une distinction.

D. Quelle est-elle ?

R. 1<sup>o</sup> Est-ce la part grevée qui accroît à l'héritier favorisé, on fait le calcul individuellement. Ici l'us ne paierait que 150 de legs et aurait 250 nets, sur l'hérédité de 400.

2<sup>o</sup> La part franche ou moins grevée accroît-elle à celle qui l'était le plus ? Comme cet événement offre mieux le caractère d'une bonne fortune, pour l'héritier qui en est favorisé, le calcul se fait de la façon désavantageuse pour lui, c'est-à-dire sur la masse entière de l'hérédité. Ainsi, 2<sup>us</sup>, venant seul, ne seut imposer la réduction, parce qu'il conserve 210 au lieu de 10 qu'il aurait eus, abstraction faite de la falcidie, ou de 50 avec le secours de cette loi.

D. Supposez que les mêmes personnes soient appelées, comme instituées, sans substitués, par testament, et par la loi comme héritiers légitimes. En faisant tomber le testament par leur refus au premier titre, ces institués ruineront le testament et recueilleront les biens, francs de legs ?

R. Il est vrai, d'après les principes ; mais, pour déjouer ce calcul, le préteur accordait aux légataires l'action *ex testamento*, à titre utile.

D. Justinien a-t-il confirmé cette disposition du droit honoraire ?

R. Il l'a même outrée, en décidant que les appelés au double titre ne peuvent disjoindre leurs deux vocations et doivent accepter l'hérédité testamentaire ou perdre celle même légitime par leur refus.

D. Quand il y a lieu à réduction des legs, comment se fait-elle entre eux ?

R. Il n'y a pas d'ordre. Elle a lieu au prorata. Chacun des légataires reçoit un dividende 95,80, 75 p. 010 au moins de son legs, si l'ensemble de ces dispositions ne dépasse pas le total des biens, puisqu'ils ont pu être absorbés ainsi à concurrence des 314.

D. Et s'il dépasse le total de l'hérédité ?

R. Alors, il y a lieu à une double réduction d'abord pour égaler le total des legs à celui des valeurs héréditaires, dettes déduites, ensuite pour le ramener au 314 de ce même montant et laisser le quart à l'héritier. En ce cas, le légataire peut recevoir, sur la disposition qui lui était destinée, un dividende bien inférieur à 75 010.

D. La règle sur la réduction au prorata est-elle sans exceptions ?

R. 1° Dans le cas où le testateur a indiqué de réduire tel legs de préférence aux autres, il peut être retenu en entier ;

2° Au cas, plus fréquent, où il ordonne d'acquitter tel legs intégralement, de préférence aux autres, celui-là seul est excepté de la réduction au marc le franc. (C. C. art. 926 et 927).

D. Qui fait la réduction ? Est-ce le juge sur une exception tirée de la loi par l'héritier défendeur ?

R. Non, son effet est bien plus énergique. Elle a lieu *ipso jure*, par refus d'action. Le légataire qui demande 76 010 d'un legs de quantité, quand les legs atteignent le total de l'hérédité, encourt la peine de la *pluris petitio* et perd son procès. Cet effet n'a plus lieu au temps du Bas-Empire.

D. Le demandeur n'était-il pas parfois restitué ?

R. 1° Quand il était mineur ;

2° Quand, majeur, il avait été trompé par des circonstances faites pour décevoir le plus prudent ; comme si son legs, joint aux premiers connus, n'absorbait que moitié de l'hérédité, et qu'il y en eût encore autant dans un codicille encore ignoré de lui.



D. Quelles dispositions Justinien a-t-il portées sur ce sujet ?

R. 1<sup>o</sup> Les legs peuvent être mis à la charge même des légataires et fidéicommissaires, qui comme l'héritier alors, pourront invoquer le bénéfice de la loi *falcidie* ;

2<sup>o</sup> Le testateur peut déclarer que l'institué a déjà reçu le montant du quart ou proscrire l'application de la *falcidie* à son hérédité. Il court alors la chance de la voir abandonnée et les legs ruinés par leur exagération. C'est à lui à aviser.

3<sup>o</sup> Le cas se produisant de cet abandon, la nouvelle 1 permet à tout légataire ou fidéicommissaire, suivant l'ordre qu'elle règle, de faire adition, en primant les héritiers *ab intestat* et donnant caution d'exécuter intégralement la distribution prescrite par le testateur. Cette nature de succession, quasi-testamentaire, à laquelle précisément sont admis les affranchis, légataires de liberté, ressemble beaucoup à celle créée spécialement en leur faveur par un rescrit de Marc-Aurèle. (Inst. III, XI.)

4<sup>o</sup> L'héritier ne peut opposer la *falcidie*, s'il a négligé de faire inventaire.

D. En résumé, quand les légataires ne peuvent-ils se voir opposer la *falcidie* sous Justinien, soit d'après ses dispositions, soit d'après celles de ses prédécesseurs ?

R. 1<sup>o</sup> Quand il s'agit d'un testament militaire ;

2<sup>o</sup> Dans le cas de legs de la dot, ou de la dette, qui n'est que la novation d'une obligation ;

3<sup>o</sup> Dans le cas de legs de liberté ;

4<sup>o</sup> Ou de legs pieux, pour les hospices, églises, etc. ;

5<sup>o</sup> Quand le testateur a ordonné le paiement intégral, qui ne se fera pas néanmoins *ultra vires* ;

6<sup>o</sup> Quand l'héritier a négligé l'inventaire ;

7<sup>o</sup> Si, par une administration dolosive ou des tergiversations, il a cherché à faire manquer l'exécution du legs ;



8° Quand un fidéicommissaire ou légataire se fait autoriser à accepter comme héritier.

D. Au cas de tergiversation, n'y a-t-il pas une peine ?

R. D'après la novelle 1, qui bouleverse étrangement les principes du droit, par faveur pour les volontés dernières des morts, l'héritier se voit enlever les biens comme indigne ; mais, s'il est légitimaire, il retient la quarte à ce titre.

D. L'héritier qui a payé, sans opposer la falcidie, l'intégralité des legs peut-il répéter ?

R. Non, sans difficulté, s'il l'a fait sciemment, ou par erreur de droit, parce qu'il y aurait acquittement de dette naturelle, non répétible. Mais même au cas d'erreur de fait, comme au cas d'éviction des valeurs héréditaires qu'il avait prises pour se remplir de son quart, l'héritier ne peut recourir, parce que la quarte est *in retentione non in petitione*.

D. N'usait-on pas d'un expédient ?

R. Oui, pour donner à l'héritier l'action qui ne naissait pas de la loi. Outre la caution qu'il recevait au cas où il consentait à compter comme acquises des valeurs conditionnelles, il faisait communément la stipulation *si cui plus quam per legem falcidiam*. . . et le légataire promettait de rapporter l'excédant, sous la sanction de l'action *ex stipulatu*. C'était une stipulation forcée, évidemment, de l'ordre de celles que prescrit le magistrat ou le juge. Elle servait, par exemple, quand, au moment de la délivrance, le codicille, augmentant le total des legs, était ignoré de l'héritier aussi bien que du légataire.

---



## TITRE XXIII

(Des fidéicommiss en général). Hérédités  
fidéicommissaires.

---

### SECTION 1<sup>re</sup> — *Fidéicommiss en général.*

D. Qu'est-ce que le fidéicommiss ?

R. Une disposition de dernière volonté, qui s'exécute au moyen d'une personne interposée.

D. Comment se fait cette disposition ?

R. Le défunt a gratifié, pour la forme le plus souvent, une personne, héritier ou légataire, qu'on nomme *fiduciarius* et il l'a chargée de rendre à une autre, qu'on nomme *fidéicommissarius*, le véritable bénéficiaire de la disposition.

D. Pourquoi dites-vous *pour la forme le plus souvent* ?

R. Parce qu'on peut imposer au fiduciaire la restitution seulement partielle de ce qu'il reçoit ou la restitution totale, mais différée; dans ces deux cas, il a un véritable bénéfice.

D. Pourquoi employer cet intermédiaire, surtout quand on entend ne lui rien laisser ?

R. Pour éluder la loi et favoriser ceux à qui elle n'accorde pas la faction du testament ou le *jus capiendi*. Ainsi, les fidéicommiss étaient employés pour gratifier les pérégrins, les femmes frappées d'incapa-

cité par la loi Voconia, les municipes, avant qu'ils reçussent la permission de recevoir des legs puis des hérédités, les latins juniens et tous les incapables en fait d'après les lois caducaires.

D. Les héritiers légitimes ne pouvaient-ils demander la nullité de dispositions qui ne leur étaient pas enlevées en faveur des héritiers ou légataires apparents, mais d'autres personnes, généralement incapables ?

R. Non. Notre loi, soucieuse d'être obéie, frappe de nullité absolue, les libéralités faites par personnes interposées, (C. C. art. 911); mais il n'en était pas ainsi à Rome, et, quand le fidéicommiss s'exécutait, il n'y avait nulle action contre celui qui l'avait reçu, pour le faire rentrer à la famille.

D. Le fidéicommissaire lui même ne pouvait-il contraindre le fiduciaire à exécuter ?

R. Il faut distinguer à cet égard, deux périodes. Dans la première, le fidéicommiss n'était pas obligatoire; l'exécution n'en était assurée que par le respect que portaient les Romains à tous les engagements de fiducie et la crainte de la déconsidération qu'on encourait en les méconnaissant. Dans la seconde période, sans donner naissance à une action proprement dite, le fidéicommiss obligeait le grevé de restitution.

D. Qui a rendu les fidéicommiss obligatoires ?

R. C'est Auguste, en même temps que les codicilles.

D. Comment expliquer qu'on protégéât les dispositions inventées pour violer la loi ?

R. C'est que la loi ne se pliait pas d'une façon assez souple aux exigences des mœurs. On sentait la nécessité, par exemple, d'entretenir des relations même à titre gratuit avec les pérégrins et on ne pouvait les gratifier par testament, d'après le droit civil du moins, qu'à l'aide des fidéicommiss. Ces dispositions étaient si généralement respectées que leur inexécu-

tion produisait un scandale dont l'empereur s'émut, en décidant que les consuls interposeraient leur *imperium*, pour contraindre les fiduciaires à obéir aux volontés du défunt. Un *prætor fideicommissarius* fut ensuite créé et bientôt il y en eut deux, avec juridiction spéciale sur ces dispositions ; juridiction que le gouverneur et les magistrats inférieurs exerçaient dans les provinces.

D. Vous disiez qu'il n'y avait pas d'action ?

R. Il y avait en effet une voie de recours ouverte auprès du magistrat et il jugeait, en réalité, *in jure* ; mais sans faire le renvoi au juge, qui se nomme proprement action. Le droit pour le magistrat de trancher le fond du débat, (*cognitio extraordinaria*) s'employait ainsi dans les cas où il n'y avait pas obligation légale, comme pour le règlement des honoraires. Mais cette différence disparut avec la procédure formulaire.

D. Cette protection pour les fidéicommiss ne parut-elle pas pourtant un abus ?

R. 1° De bonne heure (73 ap. J. C.) un sénatus-consulte Pégasien frappa de déchéance les dispositions de cette nature en faveur des personnes que les lois caducaires privaient du *jus capiendi* ;

2° Adrien, ayant fait de larges concessions des droits de cité et de latinité, ayant par exemple latinisé, d'une seule loi, l'Espagne entière, put enlever leur sanction aux fidéicommiss en faveur des pérégrins ;

3° Il supprima aussi l'effet de ceux pour les personnes incertaines et il n'y eut plus qu'un préteur fidéicommissaire ;

4° Successivement on accorda aux municipes le droit civil de recevoir des legs, puis des hérédités, qui ne leur étaient jusqu'alors adressées que par la voie oblique ;

5° Il ne subsista donc plus de contraires à la loi que les dispositions en faveur des femmes, d'après la



loi Voconia qui tombait en désuétude sous le droit impérial, et en faveur des affranchis latins, dont la condition ne fut supprimée que par Justinien.

D. Comment expliquer que les fidéicommiss soient encore en vigueur à son époque ?

R. Parce qu'ils peuvent être faits pour d'autres incapables et même par ceux qui ont la *factio testamenti*, dont ils font un emploi irrégulier.

D. Dans quel cas y a-t-il ainsi fidéicommiss ?

R. 1<sup>o</sup> Quand le testateur a fait une institution ou un legs en termes non impératifs, mais précatifs ;

2<sup>o</sup> Quand ces dispositions, faites impérativement et régulières, quant aux termes, ne le sont pas à raison de leur forme, ou de la personne à la charge de qui on les a mises, n'y ayant pas testament ou codicille confirmé ou la dette ayant été imposée à un légataire, tandis que les héritiers peuvent seuls être grevés de legs ;

3<sup>o</sup> Quand on a fait deux testaments, contenant des institutions partielles, le premier donne l'hérédité fidéicommissaire pour la portion indiquée ;

4<sup>o</sup> Quand, dans le deuxième testament, on a manifesté l'intention de conserver le premier, les dispositions sur l'hérédité, les legs, en sont exécutés en fidéicommiss ;

5<sup>o</sup> Quand, n'y ayant pas d'héritiers testamentaires, les dispositions de cette nature sont mises à la charge des héritiers légitimes par codicille ;

6<sup>o</sup> Quand on veut établir entre ses héritiers, une succession, une dévolution illégale.

D. Quelles combinaisons pouvait-on ainsi réaliser ?

R. Comme il n'était pas défendu de léguer *ad tempus*, ces combinaisons se faisaient surtout pour les héritiers. On pouvait arriver, par fidéicommiss, à faire exécuter les modalités proscrites dans l'institution, où toutes celles usuelles l'étaient, comme je l'ai dit, sauf la condition suspensive. Ainsi, en exprimant cette



volonté, on pouvait, soit obliger l'institué à se dessaisir en faveur des héritiers légitimes ou d'autres en certaine éventualité, soit fixer à sa jouissance un terme certain ou incertain, par exemple sa mort même.

D. Cette disposition n'était-elle pas assez fréquente ?

R. Elle ne l'était pas encore au temps de Gaius qui se borne à la mentionner ; mais elle le devint ensuite de plus en plus. Le fidéicommiss *post mortem* fut reçu par la plupart des nations européennes et pratiqué en France, jusqu'au Code civil, malgré les vives attaques dont il était l'objet. (C. C. art. 896.)

D. Le fidéicommiss à terme n'offre-t-il pas une physionomie à part ?

R. Oui, le fidéicommiss ordinaire répond à une seule attribution des biens du défunt, en faveur du fidéicommissaire ou aussi du fiduciaire, si la restitution est partielle. Dans le fidéicommiss à terme, on se donne, avec dévolution de l'un à l'autre plusieurs successeurs ; et, si le terme résolutoire pour la vocation de chacun d'eux est pris de sa mort, cette combinaison forme une sorte d'hérédité spéciale créée, par l'homme, détruisant les règles des hérédités testamentaire et légitime.

D. S'arrêtait-elle même au premier degré de restitution ?

R. Non. Il était admis qu'on pouvait obliger le fidéicommissaire à rendre à un autre, vis-à-vis de qui il jouait le rôle de fiduciaire, et celui-ci à un second et indéfiniment ; ce qui permettait, grâce au fidéicommiss *post mortem*, de régler soi-même durant les siècles, la propriété d'un bien particulier ou de tous ceux de son hérédité. Cette disposition, consistant à faire, au moins pour certaines valeurs, le testament d'autrui, imitant la substitution pupillaire, recevait un nom propre à son espèce. C'est ce qu'on appelait la substitution fidéicommissaire.



D. Justinien n'a-t-il pas limité le nombre des degrés de restitution ?

R. Oui, à trois degrés.

D. Quel emploi les Romains ont-ils fait de ce fidéicommiss ?

R. C'était généralement pour entretenir la prospérité d'une famille dans tous ses membres, au moins agnats ; le fiduciaire devant, par exemple, remettre à ses héritiers légitimes et ceux-ci aux leurs ; c'était déjà le but de certaines lois successorales, notamment celle Voconia. Les peuples du moyen-âge se sont servis de cette disposition, sous le nom de séniorat ou majorat, pour concentrer dans une seule tige la sève des grandes familles. Cette application offre beaucoup plus d'inconvénients que la précédente, et c'est à la façon des Romains que le Code permet la substitution fidéicommissaire, au cas où il l'a conservée. (C. C. art. 1048 et s.).

D. Le fiduciaire dans le fidéicommiss est-il propriétaire des biens frappés de restitution ?

R. Oui ; mais c'est un propriétaire qui ne peut aliéner. Le fidéicommissaire étant censé recueillir du testateur, quand même il n'aurait pas existé avec lui, tient pour établis *a non domino* tous les droits réels consentis par le fiduciaire.

D. En quel acte se font ces dispositions ?

R. Dans un testament, ou un codicille quelconque, se rattachant ou non au testament. Sous le droit impérial, postérieur, le fidéicommiss peut être imposé verbalement soit aux héritiers testamentaires, soit à ceux *ab intestat*, quand on n'a pas testé ou qu'on l'a fait irrégulièrement.

D. En quel rang, quels termes, quelle langue se font les fidéicommiss ?

R. Il est indifférent que le fidéicommiss précède ou suive l'institution d'héritier, dont il ne peut pas être question, d'ailleurs, dans les codicilles, où l'on peut au contraire faire des fidéicommiss. Ces disposi-

tions ont lieu dans une langue quelconque. Les termes sont tous autres que ceux exigés pour l'institution, la substitution et le legs, les *civilia verba*, expressions directes en latin. On nomme les termes fiduciaires, *precativa verba*, par opposé à *imperativa*; *obliqua* par opposé à *directa*, expressions concernant la différence dans l'exécution, entre les dispositions civiles, hérédités ou legs, et les fidéicommiss.

D. Comment se révoquent ces volontés ?

R. Toutes comme les legs, expressément ou tacitement, et non comme les hérédités, parce que les fidéicommiss ne puisent de valeur que dans la volonté du disposant.

D. Y a-t-il plusieurs espèces de fidéicommiss ?

R. Oui. On peut les diviser suivant la nature de la disposition à restituer, suivant l'étendue de la restitution, enfin au point de vue des modalités.

D. Quelle est la première division ?

R. La disposition est universelle ou à titre universel, comportant l'attribution de la *familia* ou d'une quote-part des biens du disposant. C'est ce qu'on nomme l'hérédité fidéicommissaire, ou fidéicommiss particulier, imitant le legs quant à son objet spécial. On nomme encore les deux espèces fidéicommiss universels ou particuliers.

D. Quelle est la deuxième division ?

R. La restitution est partielle ou intégrale.

D. A-t-on toujours pu imposer la restitution intégrale aux fiduciaires ?

R. Aucune restriction n'a été apportée à ce pouvoir, pour les fidéicommiss particuliers ; mais aux fiduciaires d'hérédité, on ne peut imposer de la rendre que sous déduction du quart, en vertu du sénatus-consulte pégasien, ou des fidéicommiss particuliers que sous la réserve que la *falcidie* crée à l'héritier.

D. Quelle est la troisième division ?

R. Les fidéicommiss sont purs, quand la restitution est définitivement due et immédiatement im-

posée. Ils sont sous condition quand elle dépend d'un fait, dont l'événement est indiqué comme résolutoire du droit né pur chez l'appelé ou gratifié. Ils sont à terme, quand elle est due, mais l'exécution remise à une époque, connue d'avance ou inconnue.

---

SECTION 2°. — *Exécution des fidéicommiss universels*

D. Y a-t-il plusieurs époques à distinguer dans cette théorie ?

R. Oui, trois époques indépendamment de celle où la restitution n'était pas obligatoire.

D. Quelles sont ces époques ?

R. 1° Celle où il n'y avait aucune disposition législative réglant les restitutions, en dehors de l'ordre que l'empereur avait donné de les faire exécuter ;

2° Celle des sénatus-consultes Trébellien et Pégasien ;

3° Le droit de Justinien, qui les remania.

D. Quand les fidéicommiss furent devenus obligatoires, ne dépendait-il pas encore des fiduciaires de les faire défaillir ?

R. Oui. Comme le pouvoir du législateur ne va pas jusqu'à faire héritier nécessaire celui sur lequel le testateur n'a pas de puissance, celui-ci peut faire tomber le testament par la désertion. Or, cela arrivait souvent aux institués ou substitués à qui on avait imposé une restitution intégrale, ces fiduciaires n'y ayant que des inconvénients, sans nul avantage. Le magistrat n'intervenait qu'autant qu'il trahissait la confiance du défunt en acquérant par l'adition et en retenant les biens.

D. Comment son adition avait-elle des inconvénients pour le fiduciaire ?



R. Parce que, la législation sur les fidéicommiss ne modifiant pas encore le droit civil, l'*extraneus* qui avait acquis ainsi le titre d'héritier le conservait, en restant exposé aux poursuites des créanciers et légataires, et au paiement des dettes qui allaient nécessairement *ultra vires* quand il ne retenait rien. C'était la conséquence du principe : *semel heres semper heres*.

D. Comment y remédiait-on dans la pratique ?

R. Cette situation n'était pas nouvelle. J'ai dit qu'on pouvait faire le transport par l'*in jure cessio*, d'une *hereditas nondum adita*, et qu'alors le titre d'héritier même était transféré ; mais dans toute autre cession intégrale de droits successoraux, l'inconvénient se produisait, des actions restant sur la tête de l'un, qui n'avait pas les biens. En pareil cas, les parties employant l'*in jure cessio* ou la mancipation pour transférer le domaine de l'hérédité, y ajoutaient des stipulations accessoires ; elles se garantissaient ainsi réciproquement que celui qui gardait le titre ne retiendrait rien de l'actif et que l'autre partie lui rembourserait ce à quoi le feraient condamner les légataires et créanciers, en vertu des actions restant sur sa tête. Ces stipulations employées avec la mancipation, s'appelaient *emptæ et venditæ hereditatis*. Nous avons vu encore que l'héritier grevé d'un legs partiaire faisait avec le gratifié la stipulation réciproque, par laquelle les deux parties promettaient de se faire compte, dans la mesure de leurs droits effectifs, des biens et des dettes de l'hérédité, dite *partis et pro parte*. Il n'y avait qu'à étendre à cette position nouvelle l'application admise par les prudents de la mancipation aux cessions d'hérédité acquise. C'est ce qu'ils firent encore admettre, à l'aide de la vente fictive de l'hérédité *uno nummo*, emploi de la mancipation semblable à celui qu'elle recevait dans l'adoption, l'émancipation, la *coemptio*, le testament, etc.

D. Les stipulations pouvaient être mal faites et



nulles, le fidéicommissaire privé de la capacité aussi de promettre, que devenait la garantie du fiduciaire ?

R. Si la stipulation n'était nulle que par sa forme extrinsèque, elle constituait toujours une convention, or, les pactes adjoints à la mancipation sont obligatoires. Si le fidéicommissaire était privé du droit civil, était un pérégrin ne pouvant même employer la mancipation, il y avait des formes d'engagement écrit spéciales pour cette classe et on il y aura recours. Il y consentira d'autant plus volontiers que c'est le moyen d'obtenir la restitution, et, d'ailleurs, le préteur, s'il est saisi par une demande de restitution, apportera à ces engagements la contrainte de son *imperium* et son discernement des meilleures formes d'obligation.

D. Et si, après avoir donné son engagement et reçu les biens, le fidéicommissaire disparaît ou devient insolvable ?

R. Le fidéicommissaire pouvant être appelé, en vertu des promesses, à prendre le fait et cause du fiduciaire dans les instances relatives à l'hérédité, son insolvabilité incombait au demandeur ; mais, s'il se cachait, cette ressource de l'appel en cause n'existait plus. Justinien n'admet pas, dans son historique, qu'il y eût une caution exigée par le préteur. C'est pourtant très-probable ; mais le fidéjusseur donné pouvait devenir insolvable. C'est là l'inconvénient sans remède.

D. N'en reçut-il pas un par la suite ?

R. Oui, dans la première des dispositions constituant le deuxième âge de droit que je signalais. C'est le sénatus-consulte trébellien, porté sous Néron, l'an 62 de J.-C.

D. Quelle réforme apporte-t-il au droit ?

R. Il décida que toutes actions héréditaires, portant activement ou passivement sur la tête du fiduciaire, passeraient, comme utiles, au fidéicommissaire, ou contre lui, après la restitution de l'hérédité.



D. D'où naissent ces actions utiles et qui empêche qu'on exerce celles directes ?

R. Les actions utiles sont construites sur cette fiction, analogue à celle qui soutient les actions fictives du *bonorum possessor*, que le demandeur ou défendeur serait le véritable héritier. Cela n'empêchant pas, en effet, l'exercice des actions directes, on les repoussera par l'exception *restitutæ hereditatis*, qui sera opposée, soit par le fiduciaire poursuivi, soit à lui-même par les tiers qu'il voudrait actionner après avoir exécuté le fidéicommiss, en prétendant faire reconnaître contre eux un droit dépendant de l'hérédité.

D. Le sénatus-consulte assurait-il entièrement aussi l'exécution des fidéicommiss ?

R. Non. L'héritier, n'ayant plus l'inconvénient des condamnations, s'il faisait bien sa procédure, avait encore celui des poursuites. En tous cas, il n'y avait pour lui nul avantage et beaucoup de fidéicommiss restaient perdus faute d'adition.

D. Quelle disposition l'assura entièrement ?

R. Le sénatus-consulte Pégasien, porté peu d'années après, sous Vespasien, l'an 73 de J.-C.

D. Quelles sont ces dispositions ?

R. 1<sup>o</sup> Pour assurer un bénéfice au fiduciaire, il lui permet de retenir une certaine quotité sur l'hérédité qu'il est prié de rendre, pour le tout ou la plus grande partie, comme à l'institué on le permet vis-à-vis des légataires, ou aux héritiers légitimaires de le demander vis-à-vis d'un institué, savoir du quart ;

2<sup>o</sup> Si ce bénéfice ne détermine pas l'institué à faire adition et que le fidéicommissaire désire recueillir, au contraire, le magistrat intervient, pour obliger le fiduciaire, même à l'adition ; mais celui-ci ne peut exercer, en ce cas, aucune retenue sur l'hérédité.

D. Les actions étaient-elles divisées entre le fiduciaire et le fidéicommissaire au *prorata* de la remise et de la retenue d'après le Pégasien ?

R. Quand on l'invoque contre l'institué, pour le contraindre à l'adition, les actions passent sur la tête du fidéicommissaire; mais quand c'est contre celui-ci que le sénatus-consulte est invoqué, par le fiduciaire, qui veut retenir la quarte pégasienne, les actions reposent en entier sur lui, sauf le recours ou les garanties préalables entre les parties. Le sénatus-consulte, en un mot, n'a d'autre bénéfice pour le fiduciaire que l'avantage de la retenue.

D. Quelles promesses interviennent entre elles?

R. 1° Celles *partis et pro parte* anciennes, relatives à la répartition entre elles de l'actif et du passif héréditaire, au *prorata*, pour les trois quarts et le quart;

2° Une autre stipulation, analogue à celle *si cui plus quam per legem falcidiam*, par laquelle le restitutaire promet de rapporter au cas où les événements montreraient qu'on n'a pas fait vis-à-vis de lui une retenue assez forte, par exemple, si le fiduciaire est évincé de certains des biens retenus par lui.

D. Hors de l'effet de cette stipulation, le fiduciaire avait-il action, dans cette éventualité, contre le fidéicommissaire?

R. Non, le sénatus-consulte n'en comporte pas. La quarte pégasienne, qui se calcule comme la falcidie, est aussi *in retentione non in petitione*.

D. Quand il y a plusieurs restitutions successivement prescrites, chaque grevé peut-il retenir le quart de ce qu'il a reçu?

R. Non, la quarte est attachée à l'honneur de l'institution. Le premier fiduciaire peut seul la retenir.

D. Le sénatus-consulte Pégasien a-t-il abrogé le précédent?

R. Non. Ils restent tous les deux en vigueur, et, au cas où il accepte, le fiduciaire a le droit de se placer sous la protection de l'un ou de l'autre, en déclarant qu'il restitue selon le Trébellien ou le Pé-

gasien, c'est-à-dire en optant pour se décharger des actions ou pour retenir une part des biens.

D. Quel était l'effet relatif de cette option et dans quel cas avait-on à choisir tel ou tel des deux sénatus-consultes ?

R. D'après le sénatus-consulte Trébellien, le fiduciaire est tenu pour étranger à l'hérédité, au moins dans la mesure de la restitution si elle n'est pas intégrale, sans avoir rien à retenir en dehors. D'après le sénatus-consulte Pégasien, le fiduciaire peut prendre plus que ne lui laissait le fidéicommiss, à concurrence du quart de l'hérédité, mais les actions reposent sur sa tête et il est obligé de procéder par recours contre le restitutaire, pour le règlement du passif. De là ressort la règle naturelle de son option. S'il voulait rester étranger à une hérédité faisant l'objet d'un fidéicommiss intégral, ou que le testateur lui eût laissé un bénéfice au moins égal au quart, il déclarait restituer d'après le Trébellien ; au cas contraire, il invoquait le Pégasien, pour avoir la quarte ; mais, alors, il n'y avait pas division des actions.

D. N'y avait-il pas un cas où le fiduciaire trouvait un bénéfice dans l'hérédité, sans supporter aucune charge, par action ni recours ?

R. Oui ; quand le testateur avait indiqué qu'il prélèverait ou retiendrait un objet déterminé. Quelle qu'en fût la valeur, supérieure ou inférieure au quart, constituant même le principal de l'actif héréditaire, cette chose restait à l'institué comme à un légataire. N'ayant pas besoin d'invoquer le sénatus-consulte Pégasien, s'il voulait s'en tenir à ce bien, il restituait sous le bénéfice du Trébellien et c'était au fidéicommissaire à voir si, tenu directement et sans recours, en échange de ce qui restait, de tout le passif de l'hérédité, il avait intérêt à la recevoir.

D. Quels sont les remaniements de Justinien ?

R. L'empereur a réuni en un seul les disposi-



tions des deux sénatus-consultes, en leur conservant le nom de Trébellien.

D. Quelles sont donc les dispositions, à son époque ?

1<sup>o</sup> Les actions héréditaires porteront toujours, activement et passivement, sur la tête du fidéicommissaire, dans la mesure où la remise lui a été faite. La disposition de l'ancien sénatus-consulte Trébellien est ainsi généralisée ;

2<sup>o</sup> Tout fidéicommissaire peut retenir la quarte, qui ne lui aurait pas été laissée et qui s'appelle dorénavant quarte trébellienne ;

3<sup>o</sup> Si le fiduciaire ne veut pas faire adition, le prêteur peut le contraindre à accepter, sur la demande du fidéicommissaire, aux risques et périls de celui-ci, avec accroissement pour lui s'il n'avait pas été prescrit une restitution intégrale, l'institué ne devant avoir en ce cas ni profit ni charges.

D. Quel est donc le résultat du remaniement ?

R. C'est que le fiduciaire, qui devait opter jadis, aura maintenant le bénéfice géminé des deux sénatus-consultes. Il pourra garder la quarte, sans recourir, pour échapper aux actions des légataires ou créanciers, aux stipulations *partis et pro parte*, dont la garantie était parfois insuffisante.

D. La quarte, en prenant un autre nom, ne change-t-elle pas aussi de caractère ?

R. Oui ; en ce que le sénatus-consulte donne, pour la reprendre, en cas de restitution exagérée, une action que ne comportait pas le Pégasien. Elle sera donc *in petitione* autant qu'*in retentione*.

D. L'empereur n'a-t-il pas modifié aussi et étendu la preuve des fidéicommissis ?

R. Non-seulement la preuve, mais même leur naissance ou création.

D. En quoi la création des fidéicommissis ?

R. En ce que l'obligation légale du fiduciaire était subordonnée aux formes, déjà simplifiées, du

codicilles et que l'empereur supprime cette condition.

D. En quoi la preuve ?

R. En ce qu'elle ne résultait naguère que de l'existence prouvée du codicille ou de sa production, tandis que, sous Justinien, toute preuve est admise, même le serment.

D. Comment se fait cette preuve ?

R. 1<sup>o</sup> Le demandeur en fidéicommiss jure d'abord *de calumnia* ou de l'injustice, c'est-à-dire, affirme sous serment, qu'il est convaincu que telle personne défunte a enjoint à celui qu'il poursuit; l'héritier, légataire ou fidéicommissaire, de lui restituer l'hérédité ou un corps certain; puis il défère le serment à son adversaire qui dénie le fait;

2<sup>o</sup> Si celui-ci ne jure pas qu'il n'a nulle connaissance d'une telle volonté du défunt, il est condamné, sans égard aux anciennes formes des codicilles.

---



## TITRE XXIV

### Fidéicommiss à titre particulier.

D. Qu'est-ce que le fidéicommiss particulier ?

R. Une disposition semblable à un legs mais irrégulière, pour avoir été faite, soit hors testament ou codicille confirmé, soit mise à la charge d'un autre que l'héritier, soit écrite en termes précatifs ?

D. Qui peut-on grever d'un fidéicommiss à titre particulier ?

R. On peut le mettre à la charge de toute personne qui a profit dans notre hérédité à un titre quelconque : institué, substitué, légataire, fidéicommissaire, universel ou particulier.

D. Pourquoi dites-vous *qui a profit* ?

R. Parce qu'il ne suffit pas du titre de gratifié pour motiver la charge. C'est la portée de l'adage : *Nemo oneratus nisi honoratus*. Il faut une disposition lucrative.

D. Comment admettre que le légataire n'ait pas profit ?

R. Cela se rencontrera dans les legs qui ne sont que l'acquittement d'une dette, de la part du testateur, par exemple ceux de la dot, de la dette, celui fait pour remplir un ascendant ou descendant de sa légitime.

D. Mais peut-on charger le fiduciaire de rendre l'intégralité de ce qu'il a reçu ou d'autres choses ?

R. Oui, ce qui lui appartient ou la chose d'au-

trui. Quant à l'intégralité de la restitution, il n'y a de limitation qu'autant qu'elle est mise à la charge de l'institué. Il a aussi le bénéfice de la falcidie et on ne peut lui enlever, par des dispositions tolérées, plus que par les legs que la loi a créés.

D. Comment s'exécutera le fidéicommiss de la chose d'autrui ?

R. Il est valable et exécuté d'après la même distinction que le legs de cette chose. Le fidéicommissaire, pour recevoir, doit prouver que le disposant a connu sa non-propriété. S'il y a empêchement à la délivrance de la chose, il n'en aura que la valeur; ou, suivant certains auteurs, le fidéicommiss était alors éteint. Toutes les règles sur la consistance du legs s'appliquent, du reste, aux fidéicommiss particuliers.

D. Peut-on obliger le fiduciaire à rendre plus qu'il ne reçoit ?

R. Non, quand la restitution est en même quantité que la disposition et la comparaison facile. Mais si la chose à restituer est propre au légataire, est un corps certain ou autre chose dont la comparaison ne se fasse pas directement avec l'objet de la disposition, le fiduciaire est censé l'avoir estimée au-dessous de la valeur de ce qu'il reçoit et reste obligé.

D. Quand les bénéficiaires conjoints du fidéicommiss ne viennent pas tous le demander, la part des défaillants est-elle pour le grevé ?

R. Non, il y a accroissement, comme dans les legs. Mais sous Justinien, on ne distingue pas le partage et le sous-partage. Les gratifiés de restitution recueillent tous ensemble par tête, ceux appelés *conjunctim*, avec ceux désignés *disjunctim*.

D. Quelles différences y a-t-il entre les fidéicommiss particuliers et les legs ?

R. Ces différences nombreuses ont trait aux formes de ces dispositions, aux personnes qui peuvent les faire ou recevoir, et à leur exécution.

D. Quelles différences concernent la forme ?

R. 1<sup>o</sup> Les legs ne seront pas dispensés des formes d'acte civil, jusqu'à Justinien ; les fidéicommiss peuvent être faits même en codicille non confirmé ;

2<sup>o</sup> Les legs doivent précéder l'institution d'héritier ; le rang des fidéicommiss est indifférent ;

3<sup>o</sup> Les legs sont conçus en expressions latines, jadis sacramentelles, et toujours impératives, les fidéicommiss peuvent être dans une langue et en termes quelconques.

D. Quelles différences y a-t-il, au point de vue des personnes qui peuvent faire ou recevoir ces dispositions ?

R. 1<sup>o</sup> Pour faire des legs, il faut avoir la *factio testamenti* et tester. De là suivait sans doute que certains incapables pouvaient faire des fidéicommiss particuliers, par exemple les prodigues, les fils de famille ;

2<sup>o</sup> On n'exige pas davantage la *factio testamenti* passive pour ces dispositions, suivant ce que j'ai signalé ;

3<sup>o</sup> De même, pour le *jus capiendi*.

D. Et au point de vue de l'exécution ?

R. 1<sup>o</sup> Le legs de chose et de genre déterminés peut être acquis directement au légataire, ainsi que le sont tous ceux de droit réel, servitudes, liberté ; les fidéicommiss ne sont jamais acquis que par l'intermédiaire et le fait de la personne grevée ;

2<sup>o</sup> L'héritier seul, en effet, peut être grevé de legs ; pour les fidéicommiss, toute personne avantagée peut les devoir ;

3<sup>o</sup> Les fidéicommiss n'ont, à proprement parler, donné action, qu'à la suppression de la procédure formulaire ;

4<sup>o</sup> Les legs *per damnationem* peuvent être poursuivis par la *manus injectio*, avec doublement de la condamnation contre celui qui nie injustement les devoir ; d'où suit que la répétition n'en est jamais admise comme indu paiement. Toutes ces rigueurs sont propres à ces legs ;



5° Les intérêts des sommes léguées courent du jour de la condamnation de l'héritier; ceux des fidéicommiss d'argent, du jour de la mise en demeure du grevé. (C. C. art. 1015.)

6° Sous Justinien, comme je viens de le dire, l'accroissement n'a pas lieu de même.

D. Quels sont les effets de l'assimilation consommée par Justinien entre les legs et les fidéicommiss?

R. On le comprend aisément, puisqu'elle effaçait les différences que j'ai signalées. Les deux espèces de dispositions sont entièrement dénaturées et ne diffèrent plus que de nom; on réserve encore celui de legs pour les dispositions faites en termes impératifs dans un acte testamentaire; mais il n'y aura plus de nullité de forme proposable.

D. Qu'ont gagné les legs à cette assimilation?

R. 1° La dispense des formes d'acte et de termes;

2° D'être mis à la disposition de certains incapables;

3° A la charge de toute personne gratifiée.

D. Qu'y ont gagné les fidéicommiss?

R. 1° L'effet direct pour toutes les dispositions qui s'y prêtent, de corps certain, servitude, etc.

2° La triple action, octroyée par Justinien;

3° La caution *quod legatorum*, au cas où ils sont conditionnels ou à terme?

D. N'y a-t-il pas un objet pour lequel le legs et le fidéicommiss conservent un caractère et des effets différents?

R. Oui; c'est la liberté, directe ou fidéicommissaire?

D. Quelles sont les différences pour la liberté ainsi donnée aux *servi proprii*?

R. L'affranchi directement est libre dès l'exécution du testament et en tire la liberté; il est *libertus orcinus*, moins tenu aux *officia* que celui qui a un

patron vivant. L'affranchi fidéicommissaire est libre après l'emploi d'un mode convenable par l'héritier, dont il devient le *libertus*.

D. Comment s'exécute le fidéicommis de liberté fait pour un *servus alienus* ?

R. L'héritier ou le grevé achète l'esclave, lui confère la liberté et devient son patron.

D. Et si le maître ne veut pas le céder ?

R. Dans l'ancien droit, le fidéicommis est nul. Alexandre décide qu'on devra tenter d'acquérir encore à une meilleure occasion.

D. Et si le grevé ne fait pas de diligences ?

R. Le *servus proprius* était alors mis en liberté par le prêteur, *sine manumissione*. Pour le *servus alienus*, on ignore quelle était la contrainte.

---



## TITRE XXV.

### Des Codicilles.

---

D. Qu'est-ce que le codicille ?

R. Un acte moins solennel de dernière volonté, plus accessible que le testament.

D. Quelle est l'origine des codicilles ?

R. Ce mot, signifiant billet, désignait jadis les instructions qu'après la confection *per æs et libram* on adressait à son héritier. Ces actes, intervenus après la perfection acquise au contrat testamentaire, par l'accomplissement du *nexum*, n'étaient pas obligatoires à l'origine, mais le devinrent.

D. A quelle époque et de quelle façon ?

R. Sous Auguste et à l'occasion de codicilles dans lesquels des fidéicommiss lui étaient confiés. Dès lors, le codicille ou plutôt ses dispositions, faites en certaines formes, furent sanctionnées, soit par action, soit par la *cognitio extraordinaria*.

D. Quelle distinction fait-on donc entre eux ?

R. On distingue les codicilles principalement en confirmés et non confirmés ; on reconnaît aussi ceux écrits et ceux verbaux.

D. Qu'appelle-t-on codicilles confirmés ?

R. Ceux dont l'auteur a fait aussi un testament.

D. Est-il nécessaire donc qu'il y ait aussi répété les dispositions du codicille, au moins sommaire-

ment, comme dans la *nuncupatio* du testament *per æs et libram*, à l'époque de Gaius ?

R. Non. Le codicille antérieur à la confection du testament peut-être expressément confirmé. Celui postérieur peut être visé, confirmé expressément dans cet acte. Mais il y a codicille confirmé, par cela seul qu'il est produit dans une succession testamentaire et il suffit, s'il est antérieur, que le testateur ne l'ait pas révoqué dans son testament, d'une façon expresse ou tacite, pour qu'on le dise confirmé.

D. Quelle conséquence a cette distinction ?

R. Elle en a beaucoup. Le codicille confirmé, le seul sans doute qui fût d'abord reconnu par la loi, est un acte civil, qu'on répute annexe du testament, et qui peut contenir des dispositions pour lesquelles jusqu'alors on exigeait le testament, c'est-à-dire les legs.

D. N'y a-t-il pas une autre disposition de cette nature qui y fut permise ?

R. Oui ; c'est la substitution pupillaire, sans doute pour en faciliter le secret après l'ouverture du testament du *parens*.

D. Pourquoi signalez-vous cela comme une exception ?

R. Parce que, le testament ne pouvant valoir que par l'institution d'héritier et une seconde institution non subsidiaire ne pouvant être faite sans rompre la première, on ne devait écrire dans un codicille même confirmé, ni l'institution ni les dispositions s'y rattachant.

D. Qu'est-ce qui était interdit ainsi ?

R. 1<sup>o</sup> L'institution d'héritier ;

2<sup>o</sup> La substitution vulgaire ;

3<sup>o</sup> L'*adjectio conditionis* à l'institution pure ;

4<sup>o</sup> L'exhérédation d'héritier sien, ou celle d'institué ou substitué, pour la *cretio*.

D. Quelles dispositions peuvent renfermer les codicilles non confirmés ?

R. Seulement des dispositions fidéicommissaires.

D. Que reçoivent-ils donc de moins que les autres ?

R. La substitution pupillaire, les legs, l'affranchissement direct.

D. Quel est le motif de cette infériorité ?

R. Ces dispositions sont civiles et doivent être renfermées dans des actes de même nature ; or, les codicilles confirmés ont ce caractère, comme les testaments.

D. Qu'entendez-vous en disant que le codicille est censé faire partie du testament ?

R. Qu'il s'y rattache, en prend la date, s'exécute avec lui et périt, comme la substitution pupillaire, si le testament est *desertum*.

D. Le codicille prend-il toujours date ainsi ?

R. Oui ; mais les dispositions sont discutées à sa date vraie, si le testateur n'en a pas toujours été capable.

D. Cette distinction importe peu, puisque le codicille, ne pouvant se soutenir seul, croulera toujours quand l'altération de la capacité aura ruiné le testament.

R. Je parle des circonstances de fait, modifiées ensuite et pouvant emporter la nullité de telle disposition particulière d'un testateur, demeuré toujours pourvu de la *factio testamenti* ; par exemple, l'affranchissement par l'insolvable, solvable au moment où il a testé, l'affranchissement au mépris des conditions d'âge de l'esclave ou du maître dans un codicille précédant de plusieurs années le testament.

D. Vous définissez le codicille un acte moins solennel ; on dit communément que c'est un acte dépourvu de toutes formes ?

R. Il n'en est pas ainsi si l'on admet que les seuls codicilles légaux furent, à l'époque d'Auguste, ceux confirmés. Il est certain, en outre, que :

1<sup>o</sup> Constantin imposa le concours de cinq té-



moins dans les codicilles, même confirmés, faits antérieurement au testament;

2<sup>o</sup> Théodose exigea les cinq témoins dans toute espèce de codicilles et leur signature. Ces formes ne peuvent pas se rattacher *ad probationem tantum* et, certains testaments privilégiés ayant des règles moins rigoureuses, on ne peut pas dire, selon moi, jusqu'à Justinien, que les codicilles sont non solennels.

D. En quoi en est-il autrement sous Justinien, qui a confirmé la constitution de Théodose et exige aussi les cinq témoins à d'autres dispositions, l'affranchissement *inter amicos, per epistolam*, etc.

R. C'est que le codicille est particulièrement le véhicule des fidéicommiss. Or, l'empereur dit que ces dispositions pourront se prouver même par le serment sans que le fiduciaire puisse exciper du défaut de forme. Un mourant, faisant des fidéicommiss en parlant à son seul héritier, institué ou légitime, procède à un codicille verbal et puisque le défaut de témoins ne permettra pas à cet héritier d'échapper au paiement des charges qu'il avouera avoir reçues, il faut bien admettre que la nature du codicille est bouleversée par cette loi, comme toutes les règles sur les legs.

D. Quelles dispositions, d'après les principes, peut contenir le codicille confirmé ?

R. Des legs, des fidéicommiss, par conséquent l'affranchissement direct ou oblique, la désignation de tuteur, puis par exception la substitution pupillaire et, par conséquent, celle exemplaire aussi.

D. Peut-on laisser plusieurs codicilles ?

R. Oui. Ils sont alors exécutés tous ensemble sauf la recherche des dispositions révoquées ou inconciliables, comme on faisait pour les testaments multiples des militaires, comme on fait encore chez nous.

D. Le droit impérial n'exécutait-il pas les testa-

ments nuls ou révoqués en fidéicommiss, comme codicilles?

R. Ceux révoqués quand le testateur avait manifesté l'intention qu'ils fussent maintenus, expressément ou tacitement, par exemple par les restrictions mises à la seconde institution.

2<sup>o</sup> Ceux nuls, quand le testateur avait demandé qu'ils valussent subsidiairement comme codicille. Cette précaution est ce qu'on nomme la clause codicillaire.

D. Pourquoi exiger cette clause, au lieu d'exécuter la volonté du défunt ?

R. Outre le respect de la loi, l'intention du testateur court des risques dans ces interprétations, par exemple au cas de second testament. C'est pour couper court à l'arbitraire de ces recherches que Théodose le jeune, exigea la clause codicillaire.





**Du même Auteur.**

---

**LES SUBSTITUTIONS**

**EN**

**DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS.**

imprimerie de Rossier, successeur d'A. Périsse. — Lyon 1870.

---