Éléments de droit romain, à l'usage des étudiants des Facultés de droit, par Gaston May,...

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

May, Gaston (1849-1940). Éléments de droit romain, à l'usage des étudiants des Facultés de droit, par Gaston May,.... 1889-1890.

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

Cliquer ici pour accéder aux tarifs et à la licence

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

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

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

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

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

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

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

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

ÉLÉMENTS

DE

DROIT ROMAIN

I

BIBLIOTECA

TABLE DES ABRÉVIATIONS.

C. civ.	Code civil.
Cod.	Code de Justinien.
Collat. leg. mos.	*Collatio legum mosaïcarum et romanarum.*
C. Théod.	Code Théodosien.
Dig.	Digeste.
G.	Institutes de Gaius (Edit. Dubois).
Inst.	Institutes de Justinien (Edit. Pellat).
Nov.	Novelles.
Paul, Sent.	Sentences de Paul (Edit. Pellat).
Ulp. Reg.	*Regulæ* d'Ulpien (Edit. Pellat).
Vat. frag.	Fragments du Vatican (Edit. Pellat).
(V. nº).	Renvoi à un nº (gras) du texte.

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE
1/7
18

ÉLÉMENTS

DE

DROIT ROMAIN

A L'USAGE

DES ÉTUDIANTS DES FACULTÉS DE DROIT

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE

PAR

GASTON MAY

PROFESSEUR DE DROIT ROMAIN

A LA FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

TOME PREMIER

Contenant

L'HISTOIRE DU DROIT ROMAIN, LES PERSONNES, LES CHOSES

LES SUCCESSIONS TESTAMENTAIRES

ET *AB INTESTAT*

PARIS

L. LAROSE ET FORCEL

Libraires-Editeurs

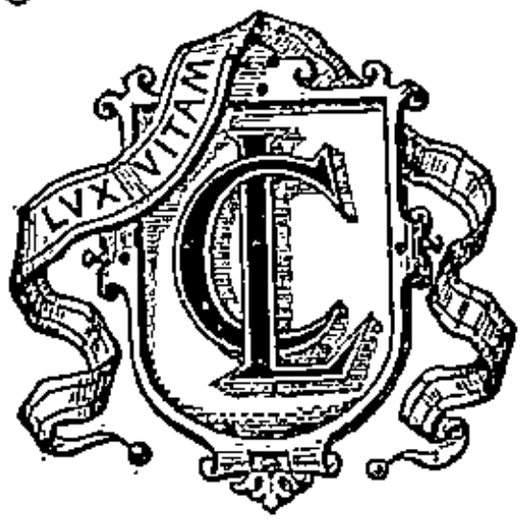
22, RUE SOUFFLOT, 22

—

1889

©

IMPRIMERIE
CONTANT-LAGUERRE



BAR-LE-DUC

PRÉFACE.

Ce livre, qui vient après tant d'autres traités de droit romain déjà publiés en France, est essentiellement destiné à l'usage des étudiants de licence de nos Facultés de droit. Il ressemble donc à ceux qui l'ont précédé par le but qu'il poursuit. Il s'en sépare quelque peu cependant par les procédés employés pour atteindre ce but. En le publiant, j'ai voulu faciliter aux élèves l'étude d'une matière du plus haut intérêt scientifique, qu'ils considèrent trop souvent comme rebutante et sans profit.

Obligé que j'étais de me conformer à l'ordre des programmes officiels, j'ai laissé de côté toute tentative de reconstitution systématique du droit privé pour m'en tenir au plan adopté par Gaius dans ses *Commentaires*, reproduit par Justinien dans ses *Institutes*, et qui d'ailleurs offre, à mes yeux, le double avantage d'être conforme à la tradition romaine et de se prêter facilement à un exposé logique de la marche progressive et du contenu des institutions du droit privé. Je ne me suis pas interdit, toutefois, d'en modifier l'économie, particulièrement dans le détail, quand j'ai cru de pareils changements nécessaires à la clarté des explications.

On trouvera dans l'Introduction générale (V. n° 5) l'exposé des raisons qui, selon moi, justifient l'enseignement du droit romain dans nos Facultés et l'indication de la méthode que j'ai suivie comme étant la conséquence

nécessaire du rôle qu'à l'heure actuelle on doit assigner à ce genre d'étude. C'est ici particulièrement que cet ouvrage se sépare de ceux qui l'ont devancé et qui, à tant d'autres égards, m'ont servi de guides et de modèles (1).

Il m'a paru nécessaire, en effet, de renoncer plus franchement qu'on ne l'a fait jusqu'alors au procédé exégétique qui rompt l'unité de l'exposé et lui enlève toute couleur et tout mouvement. Aussi, ne me suis-je point préoccupé de reproduire dans leur entier les textes invoqués par moi et qu'on retrouvera dans les recueils de source, encore moins de les traduire ou d'en analyser avec minutie le contenu. Tout le premier, je reconnais les services qu'une telle méthode a rendus autrefois et ceux qu'elle peut rendre encore, à la condition d'être pratiquée comme il convient (2). Dans un livre comme celui-ci, elle n'était point à sa place.

Je n'ai pas cherché non plus à être complet et à épuiser chacun des sujets que j'avais à aborder. Sans grande peine, je me suis résigné à laisser dans l'ombre certaines questions qui m'ont paru secondaires et à supprimer tout à fait nombre de détails qui m'ont semblé de peu d'importance. On jugera peut-être que j'ai été trop loin dans cette voie. Quant à moi, je regrette de n'avoir pu m'y engager plus hardiment. Mais il m'a fallu, dans un livre

(1) Je citerai tout particulièrement : L'*Histoire de la législation romaine* et l'*Explication des Institutes* d'Ortolan avec les notes de M. Labbé, et le *Précis de droit romain* de M. Accarias.

(2) Il est bien clair que l'explication des textes ne doit pas être restreinte au texte des *Institutes* de Justinien. Un choix doit être fait parmi les sources appartenant à toutes les époques, de façon à initier l'élève aux difficultés de l'interprétation et à graver dans son esprit les principes fondamentaux. Tout cela ne peut venir que comme auxiliaire de l'exposé historique et dogmatique des institutions.

destiné avant tout aux étudiants, tenir compte d'habitudes reçues depuis longtemps et de traditions d'école dont on n'a pas encore partout secoué le joug. J'ai donc dû ne pas négliger tout à fait certaines questions qu'on voit figurer dans tous les ouvrages élémentaires et que, pour ma part, j'eusse volontiers bannies de celui-ci. Au moins, leur ai-je assigné leur véritable place en les reléguant le plus souvent dans les notes.

Si à cet égard j'ai été plus bref qu'on ne l'est en général, même dans les livres les plus résumés, par contre je n'ai pas craint d'entrer dans plus de détails que de coutume, au sujet de l'évolution historique de chacune des grandes institutions du droit privé. Particulièrement préoccupé de ne pas négliger ce point de vue que je considère comme essentiel, j'ai dû plus d'une fois remonter au delà des époques pour lesquelles nous possédons des documents positifs, et où par conséquent la certitude historique est complète.

Décisives en effet pour l'avenir du droit ont été ces périodes premières, où la conscience juridique des Romains, déjà pleinement maîtresse d'elle-même, se montre véritablement créatrice et féconde. Alors se dégagent dans toute leur pureté les principes essentiels du droit national, non encore altérés par les influences venues du dehors. Ce n'est qu'en se reportant ainsi en arrière à ces états antérieurs du droit qu'on peut comprendre la raison de ses transformations ultérieures. Le caractère du présent ouvrage ne m'a pas permis de consacrer à ces questions de pure érudition les développements qu'elles comportent. Je ne pouvais cependant les omettre, sous peine de ne donner qu'une vue incomplète de l'histoire des idées juridiques. Aussi n'ai-je point à m'excuser d'avoir plus d'une fois fait appel

à la méthode conjecturale que la critique historique moderne met sans hésiter au service de la science des origines. J'ai seulement pris soin de bien séparer ce qui est du domaine de l'hypothèse de ce qui est rigoureusement démontré par le témoignage positif des sources.

Pour ce qui est de celles-ci, j'ai tenu à ne pas multiplier les citations, et à choisir les textes que je considère comme les plus probants au point de vue des doctrines, les plus intéressants au point de vue de la marche historique des institutions. Il m'a paru également utile d'indiquer dans les notes, un certain nombre d'ouvrages à consulter par ceux qui voudront pousser plus avant leurs recherches, ou compléter par des lectures les explications souvent résumées auxquelles j'ai dû me tenir. Ces références ne constituent donc pas une bibliographie complète et raisonnée de chaque sujet, et ici encore j'ai cherché non à tout dire, mais à faire un choix dans ce qui doit être dit.

Ce souci de la brièveté a été au cours de cet ouvrage ma constante préoccupation. Ma conviction profonde est qu'abrégée, comme je l'ai dit, l'étude du droit romain ne peut rien perdre de sa haute allure scientifique. Il en est de ce merveilleux monument des doctrines juridiques du vieux monde comme de ces grandes œuvres de l'art, où à s'égarer dans le fini du détail, on risque de ne plus voir se développer l'ordonnance des grandes lignes, et de ne point goûter pleinement l'harmonie de l'ensemble.

Nancy, le 28 juillet 1888.

GASTON MAY.

INTRODUCTION.

Notion générale du droit.

1. — *Origine et définition du droit.* — L'homme en présence des forces physiques qui le dominent a cherché dès les premiers jours de son existence à triompher d'elles. Le but de ses efforts a été et est encore la conservation de son individu et le développement de ses facultés naturelles. En vue de ce résultat, il s'est emparé des choses du monde matériel, les a fait servir à ses besoins, à sa sécurité, à l'amélioration de sa condition sur la terre. C'est donc dans la vie et ses nécessités permanentes qu'il faut aller chercher l'origine première du droit de l'être humain, car la vie implique essentiellement le droit de vivre. Or, tous les hommes ayant par cela seul qu'ils sont hommes des droits égaux à la vie, chacun d'eux, sous l'impulsion des mêmes instincts et des mêmes besoins, se trouve amené à poursuivre la même fin par des moyens identiques. De là naît la concurrence ou lutte pour la vie, loi naturelle à laquelle l'espèce humaine ne saurait se soustraire. Cette lutte où les intérêts individuels entrent en conflit, l'humanité naissante n'a trouvé pendant longtemps d'autre moyen de la terminer que l'emploi de la force individuelle et brutale (1). Mais, cet état de guerre de fait, qui a laissé dans les

1. — (1) Ihering, *Esprit du droit romain,* trad. Meulenaere, I, §§ 10-15.

institutions ultérieures plus d'une trace encore visible, a disparu peu à peu, à mesure que se sont constituées les premières associations entre les hommes. L'homme vivant en société avec ses semblables a reconnu par une série d'expériences prolongées, qu'une association quelconque ne peut se former ni subsister sans des restrictions à la liberté d'action de chacun des associés, restrictions qu'ils consentent tous à subir en vue du but commun à atteindre. Ces limitations imposées au libre épanouissement des énergies et des volontés individuelles forment un ensemble de préceptes, que chaque associé doit observer dans ses rapports avec les autres associés, et constituent le droit (2).

Le droit apparaît donc comme la règle des rapports sociaux. Cette règle est fondée sur le libre consentement des individus; ceux-ci ayant saisi d'abord d'instinct, puis ayant conçu de plus en plus clairement l'utilité qu'ils étaient appelés à retirer du sacrifice partiel de leur droit absolu au profit du droit d'autrui. Si l'homme a consenti à se plier à la règle c'est donc par une vue égoïste de son intérêt bien entendu. Cette idée d'intérêt ou d'utilité a suffi plus ou moins longtemps, à justifier aux yeux des hommes les prescriptions du droit. Elle devait toutefois, avec les progrès de la civilisation, engendrer dans l'esprit humain une conception d'un tout autre ordre et d'une portée non moins féconde en résultats, nous voulons parler de la notion de la justice. L'homme a fini par s'apercevoir, non sans tâtonnements et sans efforts, que l'idée du droit impliquait celle de réciprocité de droit; qu'à son droit, en un mot, correspondait le droit égal d'autrui qu'il fallait qu'il respectât, s'il voulait qu'on respectât le sien propre. Cette notion de la justice, prenant de jour en jour plus de force est donc venue compléter celle de l'intérêt, et toutes deux contribuent à créer et à justifier

(2) C'est ainsi que Kant définit le droit : l'ensemble des conditions qui limitent les libertés pour rendre possible leur accord. Fouillée, *Idée du droit,* p. 18; Herbert Spencer, *Principes de sociologie,* trad. Cazelles, III, ch. II, § 441.

le droit. Toutefois, malgré l'empire qu'elles exercent sur la conduite des hommes, elles ne réussiraient pas à s'imposer à eux par leur vertu propre, comme règles de toutes leurs actions. Les suggestions de la passion, les calculs égoïstes de l'intérêt mal compris ont trop facilement raison en nous des sentiments de justice. L'homme n'a pas non plus toujours une vision bien claire de son intérêt vrai. Il ignore trop souvent et ignorera longtemps encore qu'il n'y a de vraiment utile pour lui que ce qui ne dépasse pas les limites du juste, et que son véritable intérêt se confond toujours avec celui d'autrui. Le droit a donc besoin d'être défendu contre les entreprises de la force individuelle, et c'est là qu'apparaît de nouveau, mais sous un nouvel aspect, le rôle de la force. Au lieu de laisser l'individu maître de poursuivre à lui seul la réalisation de son droit, la société dont il est l'un des membres intervient pour lui assurer aide et protection. A la force individuelle, nécessairement mal réglée, passionnée et par conséquent injuste, elle substitue la force sociale, mise au service du plus faible comme du plus fort, impartiale et juste. Elle organise un système de voies de contrainte, de déchéances et de peines, destiné à triompher des résistances intéressées et à commander à chacun le respect du droit de ses semblables. C'est en cela que consiste la sanction du droit. Dans certaines législations antiques, et particulièrement dans celles des peuples de l'Orient, c'est au nom de la Divinité que le pouvoir social édicte des sanctions aux préceptes du droit. Le droit revêt alors un caractère religieux qui imprime une direction toute particulière à ses destinées (3). Mais, dans d'autres sociétés, c'est l'autorité civile déjà distincte de l'autorité religieuse et affranchie de sa tutelle, qui assure le respect dû au droit, uniquement au nom de l'intérêt supérieur de l'État et en vue de la conservation sociale. Quelle que soit d'ailleurs la

(3) Herbert Spencer, *Principes de sociologie,* trad. Cazelles, III, ch. XIV, §§ 531-534; S. Henri Maine, *Études sur l'ancien droit et la coutume primitive,* ch. I et II; Ihering, *op. cit.*, I, § 21.

nature de la sanction, elle est comme le droit lui-même librement consentie par tous les membres du corps social, chacun consentant à l'emploi de la force contre lui-même, afin de pouvoir à son tour en revendiquer le bénéfice contre les autres. De tout ce qui précède, il résulte que le droit peut se définir : un ensemble de préceptes que tous les membres de la société reconnaissent comme devant leur servir de règles de conduite dans leurs rapports réciproques et dont le pouvoir social assure le maintien par voie de sanction.

2. — *Science du droit.* — Est-ce à dire que les règles qui forment le droit soient toujours identiques à elles-mêmes? En aucune façon, et ce serait méconnaître la loi constante qui préside à la naissance et au développement des idées que de considérer le droit comme quelque chose d'absolu. L'utile et le juste, ces deux facteurs de l'idée du droit, n'ont rien de fixe et d'immuable. Ces conceptions ont subi et subissent d'incessantes variations qui se représentent nécessairement dans le domaine du droit. Le droit est donc différent selon les races; il varie chez les divers peuples d'une même race, et chez un même peuple, il est en voie de constante transformation. Mais les changements qui modifient incessamment l'idée du droit ne se font jamais ni brusquement ni au hasard. Ils sont subordonnés à des lois d'évolution graduelle qui relient les phénomènes entre eux par le rapport de cause à effet. La connaissance de ces lois constitue la science du droit. Cette science rentre dans la catégorie des sciences dites *morales*, où elle forme, avec d'autres sciences voisines, le groupe des sciences sociales. On les nomme ainsi parce qu'étudiant dans l'homme l'être sociable, elles recherchent les lois du développement des sociétés. Or, les sociétés humaines sont de véritables organismes soumis à la loi générale de la vie (1) et qui doivent être envisagés à un triple point de vue : dans leur passé, dans leur état actuel et dans leurs destinées futures.

2. — (1) Herbert Spencer, *Principes de sociologie*, trad. Cazelles, II, 2e part.

La science du droit comprend donc nécessairement l'étude des phénomènes juridiques examinés sous ces trois aspects différents.

En premier lieu, elle étudie le droit de chaque peuple tel qu'il est formulé actuellement dans les lois ou les coutumes de ce peuple. C'est là ce qu'on nomme le *droit positif*. Le rôle du jurisconsulte consiste ici à acquérir une connaissance précise des principes proclamés par le droit positif, à en posséder non seulement la lettre, mais à bien se pénétrer de leur esprit, de façon à pouvoir en faire une saine et judicieuse application aux difficultés que soulève la pratique des affaires.

Le droit doit en outre être envisagé dans ses origines. Il est impossible, en effet, si l'on veut se rendre compte des institutions juridiques d'un peuple, de les isoler du passé auquel elles doivent le plus souvent leur existence et leur forme actuelle. On devra donc remonter en arrière jusqu'au jour où ont apparu leurs premières manifestations, les suivre dans leurs transformations, déterminer les influences sous l'empire desquelles elles se sont développées, ont subi un temps d'arrêt ou ont péri tout à fait. Tel est le but de l'*Histoire du droit.* Ces études, une des branches les plus vivantes et les plus nouvelles de la science juridique, n'ont pas seulement un intérêt limité à la législation d'une nation unique qu'on étudie ainsi dans son passé. Faites pour un certain nombre de peuples de même race ou de races différentes, elles augmentent le champ de l'observation. Elles permettent dès lors, grâce à la multiplicité des faits constatés, de risquer des inductions, de retrouver l'enchaînement des phénomènes sociaux, de dégager les lois de la genèse des idées juridiques (2).

Le jurisconsulte doit enfin envisager le droit au point de vue de l'avenir. Le droit, une fois qu'il a trouvé son expression dans des préceptes positifs, cesse au bout d'un temps

(2) On peut voir dans les ouvrages de S. Henri Maine tout le parti que la science a déjà tiré d'études de ce genre. Voir notamment : *L'ancien droit, Les institutions primitives, L'ancien droit et la coutume primitive.*

plus ou moins long de répondre aux besoins en vue desquels il avait été formulé. Il arrive un moment où ce désaccord entre le droit et les nécessités de la vie sollicite l'intervention du législateur, qui devra alors modifier la loi en vigueur et la mettre en harmonie avec les besoins nouveaux. Or, il ne peut accomplir cette tâche avec succès qu'en s'aidant des travaux des jurisconsultes qui lui auront préparé la voie. Tel est le but des *Études de législation*. Il appartient, en effet, aux jurisconsultes de s'élever au-dessus des lois positives, pour les juger, les critiquer dans leurs imperfections, indiquer les réformes à accomplir, les progrès à réaliser. Pour que cette recherche du mieux dans le domaine du droit aboutisse à des résultats féconds, il importe qu'elle s'opère sous le contrôle permanent de l'expérience. Cette expérience, on la puisera dans l'examen attentif des institutions nouvelles que fait surgir la pratique, dans l'étude comparée des législations étrangères, dans la connaissance des influences que peut exercer le changement de la législation sur la production et le développement de la richesse générale. C'est ainsi que le droit va sans cesse en s'améliorant. Mais ce progrès, la science doit-elle le subir, attendre pour ainsi dire qu'il lui soit imposé par les faits? Ne peut-elle pas en préparer l'avènement en se proposant à l'avance un but à atteindre, en se faisant une notion de plus en plus raffinée de l'idée du droit? L'histoire de l'évolution des institutions juridiques est là pour nous prouver que l'esprit humain, aux belles époques de son développement, a cherché à s'élever vers une conception idéale du droit qu'il s'efforce ensuite de faire triompher dans le domaine des réalités pratiques. C'est ce droit idéal, qu'on oppose au droit positif sous le nom mal choisi de *droit naturel* (3). Il faut bien se garder de voir là un ensemble de principes immuables proclamés de toute éternité par une autorité supérieure à l'homme. Le droit idéal

(3) S. Henri Maine, *L'ancien droit*, ch. IV, et introduction par M. Courcelle-Seneuil, p. XIX et suiv.

n'est en définitive qu'une pure conception de l'esprit. Il est la somme des *desiderata* d'un individu, d'une école philosophique, de tout un peuple. Il résume les notions de ce qui, à leurs yeux, est considéré comme le plus utile et le plus juste, de ce que devrait être le droit positif s'il était parfaitement adéquat aux deux idées qui contribuent à sa formation et à son progrès. On comprend dès lors la part d'influence que va exercer sur les destinées ultérieures d'une législation positive l'idée que les juristes se sont faite du droit idéal. C'est cette conception qui leur révèle les défectuosités du droit, souvent ignorées des praticiens de profession, c'est elle qui leur suggère les réformes, et qui, par suite, se reflète dans toutes leurs créations, imprimant à l'évolution juridique sa direction maîtresse. C'est assez dire que la science du droit a, comme couronnement nécessaire, l'étude des variations par lesquelles a passé la notion du droit idéal et la recherche des réformes qui découlent de l'idée que nous nous en faisons aujourd'hui (4).

3. — *Division en droit public et privé.* — Si maintenant on envisage le droit, non plus au point de vue de son évolution, mais eu égard aux divers rapports sociaux qu'il est destiné à régir, on voit que la science juridique se divise en deux branches principales : le droit privé et le droit public.

Le droit privé, compris dans le sens le plus large, embrasse tous les rapports d'homme à homme. Or, les relations qui peuvent s'établir entre les individus dérivent de deux causes : l'existence même de ces individus en tant qu'êtres humains, et les conventions qu'ils forment librement entre eux. A la première source se rattachent les droits qui ont pour objet la sécurité de notre personne physique et le respect de notre personnalité morale, le droit que nous avons

(4) V. pour les divergences fondamentales qui séparent à cet égard les écoles françaises, anglaises et allemandes, l'ouvrage de M. Fouillée : *L'idée moderne du droit.*

de travailler et de nous approprier d'une façon exclusive les produits de notre travail, c'est-à-dire le droit de propriété, enfin le droit général de défense qui garantit à chacun de nous le maintien des droits que nous venons d'indiquer. Dans la seconde catégorie rentrent tous les droits qui dérivent pour nous de la libre promesse, c'est-à-dire des engagements pris envers nous directement ou indirectement par autrui, ce qu'on appelle *droits conventionnels d'obligation* et *droits de famille*, enfin le droit d'exiger l'accomplissement de ces engagements. Tel est dans son ensemble le droit privé, ainsi nommé, parce qu'il a trait aux rapports des particuliers entre eux (1).

Le droit public règle les rapports de l'individu avec l'association politique dont il est l'un des membres. La société doit, en effet, pour assurer à chacun le libre exercice de ses droits, les définir et les reconnaître, en même temps qu'elle doit organiser la force sociale à laquelle on aura recours pour le cas où ils seraient contestés. De là la création des pouvoirs législatif et exécutif (2), c'est-à-dire des agents auxquels la

3. — (1) Nous nous écartons de la notion traditionnellement reçue en faisant figurer dans le droit privé, à côté des droits de propriété, d'obligation et de famille, les droits ayant pour objet la sauvegarde de notre personne physique ou morale. Il est d'usage, en effet, de rattacher ces derniers droits à une subdivision du droit public à laquelle on donne le nom de droit criminel ou pénal. Cette façon d'envisager les choses n'est pas parfaitement rationnelle. Sans doute le droit pénal appartient au droit public si l'on n'envisage que sa sanction. Mais à cet égard on pourrait considérer tous les rapports de droit privé comme rentrant dans le droit public, puisque les particuliers sont obligés d'avoir toujours recours au pouvoir social pour la sauvegarde de leurs droits menacés. La vérité est que les faits dont s'occupe le droit pénal peuvent se diviser en deux classes : infractions contre la personne et les biens, qui, dans une classification bien faite, sont du domaine du droit privé, infractions contre la société et ses représentants qui se rattachent au droit public. Le droit romain d'ailleurs, comme beaucoup d'autres législations anciennes, avait eu le sentiment de cette distinction et de ses conséquences, puisqu'il rangeait les atteintes au droit de propriété et à la personnalité (vol, dommage, injure) dans la classe des *délits privés*, qu'on opposait aux délits publics. S. Henri Maine : *L'ancien droit*, ch. x, et le tome II de notre ouvrage.

(2) Le pouvoir judiciaire n'est pas distinct en théorie du pouvoir exécutif,

société délègue la fonction de constater et de sanctionner le droit. Le droit public réglemente la constitution et les attributions respectives de ces pouvoirs, en même temps que les rapports des particuliers avec chacun d'entre eux. Il comprend le droit politique ou constitutionnel, le droit administratif, l'organisation judiciaire, le droit criminel(3).

Quant au *droit international* qu'on considère quelquefois comme une troisième branche du droit, il est facile de voir que par son objet il appartient en partie au droit privé, en partie au droit public. Il est destiné, en effet, à régler les rapports des particuliers appartenant à deux États différents, et dans cette première application, appelée *Droit international privé,* il n'est évidemment qu'une variété du droit privé envisagé dans un cas particulier. Il a aussi pour objet les relations des citoyens d'un État avec un autre État, ainsi que les rapports des États entre eux. On le désigne alors sous la dénomination de *Droit international public* ou *Droit des gens,* et sous cet aspect il se rattache au droit public.

4. — *Droit public et privé des Romains.* — La science juridique romaine a parfaitement mis en lumière la division du droit, en droit public et privé. Le droit public comprend tout ce qui concerne l'État romain, le droit privé tout ce qui a trait aux intérêts des particuliers (1, § 2, Dig., *De just. et jure,* I, 1). Le droit public romain, malgré l'intérêt historique que présente son étude, n'a pas sa place marquée dans nos programmes d'enseignement. Sa part d'influence sur le développement des législations modernes a été de peu d'importance. Certaines parties du droit public d'ailleurs, telles que l'organisation judiciaire, ont des rapports intimes avec le droit privé, et seront expliquées avec lui (1). Quant au droit

bien qu'en fait des considérations d'utilité pratique aient contribué à en faire un troisième pouvoir, séparé des deux autres.

(3) V. ce que nous disons du droit criminel, nº 3, note 1.

4. — (1) Sur le droit public romain, consulter : Bouché-Leclercq, *Manuel des institutions romaines;* Mispoulet, *Les institutions politiques des Romains;*

international public et privé, c'est à peine si les Romains ont connu l'existence de ces subdivisions du droit et sont arrivés à dégager à ce sujet quelques principes (2).

5. — Reste le droit privé, l'œuvre la plus originale et la plus durable du génie romain, celle aussi qui a été à la fois la plus complète et la plus féconde en résultats utiles à la science. C'est cette branche du droit romain à laquelle notre enseignement public est exclusivement consacré.

On conteste encore trop souvent de nos jours l'utilité de cette étude pour que nous ne nous attachions pas à faire ressortir brièvement ses avantages incontestables (1). Nous reconnaissons sans hésiter avec les adversaires les plus résolus de l'enseignement du droit romain que ce droit ne doit plus être envisagé comme objet d'études pratiques, et comme fournissant aux magistrats et aux jurisconsultes des éléments de

Willems, *Le droit public romain;* Madwig, *l'État romain,* trad. Morel, enfin le grand ouvrage de Mommsen et Marquardt.

(2) Sur le droit international à Rome, voir : Bouché-Leclercq, *op. cit.,* Ve partie, liv. I, chap. I; Mispoulet, *op. cit.,* II, chap. XV; Willems, *op. cit.,* pp. 379-386.

5. — (1) Les adversaires de l'enseignement du droit romain ne peuvent guère invoquer à l'appui de leur opinion qu'un seul argument. Cette étude d'une législation morte, dont les principes ne conviennent plus à notre état social, est, suivant eux, sans aucune utilité pour tous ceux, et ils forment l'immense majorité, qui se destinent à la pratique des affaires. Le temps consacré en pure perte à cette partie du programme serait bien mieux employé à l'étude des législations modernes se rapprochant de la nôtre. V. Bravard-Veyrières, *De l'étude et de l'enseignement du droit romain,* Paris, 1837. D'autres, que ne touchent pas ces raisons dictées par un esprit d'utilitarisme à courte vue, voudraient que l'enseignement du droit romain fût réduit comme durée, qu'on évitât l'abus des détails, qu'on laissât de côté la paraphrase minutieuse des textes pour s'en tenir à un exposé succinct des principes. Suivant eux, il faudrait insister de préférence sur les matières qui ont des analogies avec le droit français, sauf à passer sous silence ou à écourter celles qui traitent d'institutions qui n'ont laissé aucune trace dans notre droit. C'est ainsi seulement qu'on arriverait à sauver l'étude du droit romain du discrédit dans lequel elle menacerait de tomber. Sans aller sur tous les points aussi loin que les partisans de cette seconde manière de voir, nous serions assez disposé à adopter leur méthode. Aussi nous sommes nous efforcé de nous inspirer des mêmes tendances dans tout le cours de ce livre.

décision pour la solution des procès (2). Nous sommes en face d'une législation morte et c'est comme telle qu'il faut l'étudier. Or, en se plaçant uniquement à ce point de vue, le droit romain et plus particulièrement le droit privé mérite de figurer dans un programme d'études juridiques supérieures pour une double raison (3).

En premier lieu, le droit romain constitue l'une des sources du droit européen moderne et particulièrement du droit

(2) Est-ce à dire que les praticiens eux-mêmes n'aient aucun profit à attendre d'une connaissance approfondie des procédés et des méthodes des jurisconsultes romains? Loin de là. Il est certain, en effet, que les jurisconsultes, ceux surtout de l'époque appelée classique, ont déployé dans l'art d'interpréter les lois, d'en préciser le sens, d'en dégager les principes, d'en déduire les conséquences logiques une science réellement supérieure. Ils nous ont ainsi laissé des modèles de discussion juridique qu'on ne saurait trop étudier. L'esprit ne peut que gagner dans la fréquentation de pareils maîtres. Soumis à leur discipline, il en retirera des qualités de précision, de clarté et de force qui lui rendront facile l'étude de toutes les législations modernes. Ces raisons qui tendent à faire de l'étude du droit romain une sorte de gymnastique intellectuelle ne nous paraissent pas justifier suffisamment la place fort large que lui font nos programmes. Sans vouloir rabaisser la valeur esthétique du droit romain comme modèle de construction juridique, d'analyse pénétrante et de logique, on peut affirmer que l'esprit acquerra tout aussi certainement dans l'étude d'une législation moderne les qualités scientifiques nécessaires au jurisconsulte. La vérité est que le contenu du droit et non sa forme, les résultats et non pas les procédés de mise en œuvre, tels sont les objets qui donnent au droit romain toute sa valeur comme objet d'étude.

(3) L'étude du droit romain n'est pas moins indispensable pour les historiens et les littérateurs. Le droit privé, en effet, est l'une des formes les plus saisissantes sous lesquelles se manifeste la vie d'une nation. C'est dans les institutions juridiques qu'il faut aller chercher l'explication des événements historiques, des tendances et des transformations politiques d'un peuple. Ajoutons qu'à Rome le rôle joué par le droit a été plus important que chez tout autre peuple de l'antiquité. Dans le domaine de presque toutes les productions intellectuelles, Rome a vécu d'emprunts faits à la Grèce; le droit seul fait exception. Il constitue une création originale du génie de la nation, un produit spontané et pur de la race. L'esprit romain est juriste par excellence et la langue reflète cette tendance caractéristique du génie romain, au point qu'il est impossible de le posséder entièrement si l'on n'a point une notion très précise du droit. Ce sont ces raisons qui ont fait donner une place si importante aux notions de droit dans tous les manuels d'institution destinés aux études historiques, philologiques ou littéraires concernant Rome. V. Bouché-Leclercq, *Manuel des inst. rom.* Mispoulet, *Les inst. polit. des Romains;* Reinach, *Manuel de philologie classique.*

civil français actuel. Le droit romain, en effet, n'a jamais cessé, même après l'invasion barbare, d'être appliqué dans les pays autrefois soumis à Rome. Son cercle d'action a fini par s'étendre au delà des limites de la domination romaine. Durant tout le moyen âge, il a joui d'un crédit universel, et il n'a cessé de fournir le principe de toutes les solutions des problèmes juridiques. Aux yeux des jurisconsultes, il incarnait un idéal de justice et de raison que le législateur et le juge devaient s'efforcer d'atteindre; il était pour eux la révélation d'un art et d'une science parfaite. Aussi ses maximes ont-elles prévalu partout, et il a contribué puissamment à épargner à la science moderne un temps précieux en lui fournissant des résultats incontestés et en lui évitant de recommencer des expériences déjà faites. C'est surtout en France que ces emprunts ont été les plus importants. Nos théories fondamentales en matière de propriété, de servitudes, d'obligations sont inspirées directement des doctrines romaines. Remonter à ces doctrines, les connaître dans leurs grandes lignes et leurs principales applications, est donc le complément indispensable de toute étude sérieuse et approfondie de notre droit national(4).

Ce motif pratique, déjà fort sérieux, se trouve fortifié par des considérations d'ordre philosophique. De toutes les législations de l'antiquité, aucune ne nous est connue aussi complètement que la législation privée des Romains. Les monuments qui nous en ont été conservés nous permettent de suivre les développements du droit à Rome depuis ses origines les plus lointaines jusqu'aux époques modernes, sans qu'un seul instant la série des transformations nous échappe. Chaque institution de droit privé peut être ainsi reconstituée dans son ensemble, et l'on peut constater sûrement ses modifications successives, assister à ses progrès ou à sa décadence. Or, de pareilles recherches donnent à l'esprit une largeur de conception que l'étude du droit positif

(4) Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 9.

ne saurait lui procurer. Mis en présence des variations incessantes d'un droit dont il peut suivre les vicissitudes à travers douze siècles, le jurisconsulte s'accoutume à l'idée que le droit ne constitue pas un ensemble de principes immuablement identiques à eux-mêmes, mais qu'il est dans un état de perpétuel devenir. On pénètre de cette façon le secret des évolutions du droit, et on s'initie aux efforts de l'esprit humain, cherchant à réaliser le mieux dans la sphère de l'utile et du juste. C'est ainsi qu'on arrive à dégager certaines lois générales de formation des idées juridiques, et à s'élever à une conception philosophique du droit appuyée sur des bases solides et vraiment scientifiques (5). En résumé, nous estimons que l'étude du droit romain ainsi comprise s'impose à tout esprit soucieux de s'assurer les avantages d'une culture juridique supérieure (6).

Ces considérations nous dictent en même temps la méthode que nous adopterons dans tout le cours de cet ouvrage. Nous ne pouvons plus, comme on le faisait encore au début de ce siècle, nous borner à étudier le droit romain de la dernière époque, tel qu'il a été résumé dans les *Institutes* de Justinien (7). Les exigences d'un enseignement essentiellement

(5) Voir ces considérations développées avec une grande profondeur de vues dans le *Précis de droit romain* de M. Accarias, t. I, Intr. génér., p. XX-XXIII. Ajoutons que, depuis un certain nombre d'années, des investigations ont été tentées en vue de reconstituer le passé juridique des peuples issus, comme le peuple romain, de la grande souche indo-européenne. Le droit romain et notamment celui des premières époques a été largement mis à contribution dans ces essais de constitution d'une science nouvelle qui ont donné déjà naissance à des ouvrages d'une haute valeur. V. notamment les ouvrages de S. Henri Maine : *L'ancien droit, Étùdes sur l'ancien droit et la coutume primitive,* avec préface du traducteur, *Études sur l'histoire des institutions primitives,* avec préface par M. Durieu de Leyritz et introduction par M. d'Arbois de Jubainville, auxquels on n'oubliera pas de joindre l'œuvre capitale de M. Fustel de Coulanges, *La cité antique.*

(6) Aussi voyons-nous le droit romain étudié non seulement chez les peuples de race latine, comme la France, l'Italie, l'Espagne, mais donnant lieu à un mouvement scientifique intense chez les nations comme l'Allemagne, où cependant il n'a contribué que dans une bien plus faible mesure à la formation du droit moderne.

(7) En suivant la méthode dont nous avons esquissé au texte les grandes

historique sont en contradiction avec cette méthode désormais vieillie. Sans renoncer à l'appui fourni par les textes, il est donc nécessaire d'abandonner le procédé aride et sec du commentaire pour adopter une marche plus en harmonie avec le but que se propose aujourd'hui la science. Notre tâche consiste à retracer l'histoire de chacune des institutions de droit privé, à lui restituer sa physionomie aux diverses phases de son développement, à la faire revivre de la vie qui l'animait autrefois, et à la suivre à travers toutes ses vicissitudes jusqu'au seuil de l'époque moderne.

Nous arriverons ainsi à mettre en relief les maximes fondamentales du droit romain, à nous pénétrer de l'esprit qui l'a inspiré dans ses principales créations, et à nous initier aux grands mouvements d'idées qui ont surgi dans le domaine juridique depuis l'époque rudimentaire des XII Tables jusqu'aux jours de la décadence byzantine (8).

lignes, nous restons fidèle à la fois à l'esprit et à la lettre du programme des études tel qu'il a été formulé dans la loi du 22 ventôse an XII, art. 2. « On enseignera le droit romain dans ses rapports avec le droit français. »

(8) D. le même sens, Accarias, *Précis de droit romain*, t. I, Introd. génér., p. XXIII, XXIV.

HISTOIRE

DU

DROIT ROMAIN.

HISTOIRE EXTERNE.

Histoire externe. Sa division en deux grandes périodes : Jus strictum, Jus gentium.

6. — Lorsqu'on envisage le développement du droit sous son aspect historique, on doit se placer à deux points de vue bien distincts. Il ne suffit pas de décrire les institutions juridiques en elles-mêmes. On a à rechercher tout d'abord sous quelle forme les prescriptions du droit se sont manifestées et imposées au respect des particuliers. L'observation démontre, en effet, qu'il y a un lien intime et des rapports constants entre le fond du droit et sa forme, entre ses préceptes et l'appareil extérieur qui sert à les exprimer. L'*histoire externe* du droit est destinée précisément à montrer quelles ont été aux diverses époques les sources d'où dérive le droit, à les suivre dans leurs transformations, à marquer la part d'influence qu'elles ont exercée sur le sort du droit d'une nation. On lui oppose l'*histoire interne* du droit, ainsi nommée parce qu'elle ne se préoccupe essentiellement que du contenu même des institutions juridiques. Une étude sommaire de l'histoire externe du droit privé romain est donc

le préliminaire obligé des explications plus détaillées que nous devons consacrer à l'histoire interne.

L'histoire de la formation et du développement du droit privé à Rome se divise en deux grandes périodes. A chacune d'elles, correspond une notion spéciale du droit, et un système juridique propre, à caractères nettement définis, auquel se rattachent toutes les institutions appartenant au droit privé. La première période s'étend jusqu'à la fin de la République. Le droit dans cette période a un caractère exclusivement romain, étroit, et formaliste. Les Romains le désignent eux-mêmes sous le nom de *Jus strictum*, ou système du droit strict. Avec la deuxième période, qui correspond à l'époque de l'Empire, le droit cesse d'être moins profondément national, pour devenir plus humain, plus large, moins formaliste. Les textes donnent à ce système la dénomination caractéristique de *Jus gentium*. Ces deux systèmes se sont succédé chronologiquement, reflétant ainsi dans le domaine du droit les profondes transformations qui s'accomplissaient dans l'ordre politique. Toutefois, on doit faire observer que nos deux périodes ne sont pas aussi nettement distinctes dans la réalité que nous sommes obligé de le supposer pour la clarté de l'exposition. C'est ainsi qu'on voit les premiers linéaments du second système de droit se dessiner déjà, alors que le premier n'avait pas encore atteint tout son développement; et que, plus tard, sous l'empire du *jus gentium*, le *jus strictum* subsiste encore dans ses grandes lignes et dans ses principales créations.

JUS STRICTUM.

Idées juridiques romaines primitives. Caractères du droit primitif.

7. Indiquons d'abord en quelques traits la notion que les Romains se sont faite du droit dans les débuts. Cette conception première a contribué en effet à donner au *Jus strictum*

ses caractères originaux et a influé sur sa marche ultérieure. Le droit, *jus*, est l'ensemble des principes auxquels l'individu doit conformer sa conduite dans ses rapports avec les autres citoyens. Le droit tire toute sa force de l'accord intervenu entre les citoyens, soit tacitement, soit expressément. Dans le premier cas, il provient d'une longue habitude, *longa, inveterata consuetudo*, c'est-à-dire de la coutume. Dans le second cas, il dérive de la volonté des citoyens formellement exprimée dans la loi, *lex*. Le droit, quelle que soit sa source, présente les caractères suivants. 1° Il est exclusif, c'est-à-dire qu'il n'est applicable qu'aux seuls membres de la cité. Ce caractère n'est pas d'ailleurs spécial au droit romain, on le retrouve dans toutes les législations de l'antiquité, car il est la conséquence de la notion étroite qu'on se faisait autrefois de la cité (1). De là les dénominations données au droit : *jus civile*, droit particulier aux citoyens, *jus quiritium, jus proprium civium romanorum*. 2° Par une suite naturelle de ce premier caractère, le droit repousse tout emprunt aux droits des peuples étrangers. 3° Rien d'étonnant dès lors si le droit reproduit exactement les tendances conservatrices, logiques et formalistes du caractère national. L'esprit conservateur des Romains ne se décide qu'avec peine à toucher aux institutions consacrées par une tradition ancienne, il n'accueille qu'avec timidité les innovations. Les Romains ont dû plus d'une fois lutter contre cette disposition de leur esprit, qui, si elle l'eût emporté eût été un obstacle aux progrès de la législation. C'est dans ce conflit d'aspirations opposées qu'on trouve l'explication de ces biais subtils, de ces détours ingénieux, qui leur ont permis de réformer leur droit sans jamais altérer son ordonnance primitive. Le droit romain est en outre logique, ce qui est cause de la fixité et de la solidité de toutes ses institutions. Enfin, comme toutes les législations primitives, le droit est à Rome éminemment

7. — (1) Fustel de Coulanges, *La cité antique*, L. III, ch. XI, *in fine*, et ch. XII.

formaliste, c'est-à-dire qu'il est porté à rendre visible par des signes extérieurs la manifestation de la volonté des parties, base de presque tous les actes juridiques (2).

Sources du Jus strictum.

8. — Le *Jus strictum* tire son origine de deux sources, le *Jus non scriptum*, et le *Jus scriptum*. 1° Le *Jus non scriptum* dérive exclusivement de la coutume, *longa consuetudo, mores majorum*, c'est-à-dire d'un ensemble de dispositions qui n'ont jamais été proclamées par l'autorité législative et qui cependant sont acceptées de tous comme la règle des relations sociales. L'autorité de la coutume vient de ce qu'elle est fondée sur la volonté unanime de tous les citoyens, s'exprimant tous les jours sans contrainte, sous la pression des nécessités juridiques (1). Aussi présente-t-elle ce double avantage d'être la manifestation la plus vraie et la plus spontanée de l'idée du droit chez un peuple, de répondre toujours à ses besoins et d'être essentiellement variable comme ces besoins eux-mêmes. Mais cette variabilité est pour le droit coutumier une cause d'infériorité, car elle enlève au droit toute fixité, et par suite la constatation des droits des individus se trouve livrée aux hasards de la mémoire et à l'arbitraire des juges. 2° Ces résultats dangereux pour la liberté et l'égalité des citoyens, sont évités grâce au *Jus scriptum*. On appelle ainsi les préceptes de droit formulés et rendus publics à un jour donné par l'autorité compétente. Cette publicité donnée au droit permet à tous de le connaître, elle rend facile sa constatation, et lui permet d'échapper à des changements continuels (2).

(2) Pour l'étude du formalisme romain, Ihering, *Esprit du droit romain*, T. III, §§ 50-57.

8. — (1) *Consuetudinis autem jus esse putatur id quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit.* Cicér., *De Invent.*, II, 22.

(2) Les expressions *Jus non scriptum, Jus scriptum* ne doivent pas être prises au pied de la lettre. Elles proviennent de ce que le plus souvent les

9. — Le *Jus scriptum* provient de deux sources : la loi, *lex,* ou le plébiscite, *plebiscitum.*

1°. *Loi.* — La loi, *lex,* est la décision arrêtée par l'assemblée générale des citoyens romains. Le mode de confection de la loi a varié avec la constitution politique de Rome. C'est ainsi que dans notre période nous trouvons deux formes de la loi : la *lex curiata,* et la *lex centuriata.*

La *lex curiata* est la forme primitive de la loi. C'est celle qui correspond à la plus ancienne organisation politique de l'État romain, divisé en trois tribus, subdivisées chacune en dix curies. La loi était proposée au *populus,* c'est-à-dire à l'assemblée des trente curies, par un magistrat (le roi ou le consul), qui interrogeait le peuple, *rogat populum,* et lui demandait son assentiment à la proposition. Le sénat était appelé ensuite à sanctionner la loi votée.

Les transformations que Servius Tullius fit subir à l'organisation politique, et notamment la répartition des citoyens en cinq classes, composées chacune d'un certain nombre de centuries, entraînèrent une modification profonde dans le mode de votation de la loi. C'était désormais l'assemblée des centuries qui avait à statuer sur les propositions de loi, de là le nom de *lex centuriata.* En théorie, tous les citoyens, quelle que fût leur naissance ou leur richesse, participaient au vote. En fait, les choses avaient été combinées de telle façon que seuls les nobles et les riches étaient appelés à voter les lois. En même temps on avait donné à l'âge et par suite aux tendances conservatrices une part d'influence qui contrebalançait celle de la jeunesse toujours plus ardente aux idées nouvelles. L'influence patricienne continuait d'ailleurs à s'exer-

législateurs, pour sauver le droit promulgué par eux des altérations ou de l'oubli, le font constater par écrit. C'est ainsi que dans l'antiquité les lois étaient gravées sur le bronze ou le marbre et conservées dans des temples. Mais le droit, quoique non écrit ou gravé, n'en mérite pas moins le nom de *droit écrit* dès qu'il est promulgué par l'autorité législative. De même le nom de *droit non écrit*, provient de ce qu'en effet le droit coutumier n'est pas, à raison de son origine, constaté par écrit. Mais il ne perdrait pas ce nom s'il était l'objet d'une rédaction par écrit, œuvre exclusive des particuliers.

cer, la loi une fois votée, puisqu'on exigeait toujours la sanction du sénat (1).

Pendant quelque temps encore, grâce à la force de la tradition, les assemblées curiates subsistèrent à côté des assemblées centuriates. Mais, peu à peu, les curies ne se réunirent plus, la distinction des races sur laquelle reposait leur organisation tendant à s'effacer de plus en plus. Dépouillées de leurs attributions législatives, les curies ne conservèrent plus que le pouvoir de valider certains actes comme l'adrogation (V. n° 100) et de conférer l'*imperium* aux magistrats. A l'époque de Cicéron, l'assemblée curiate est remplacée par trente licteurs, présidés par le magistrat, *ad speciem atque usurpationem vetustatis adumbrata comitia* (Cicér. c. *Rullum.*, II, 12). Quant aux assemblées centuriates, elles furent, sous la République, l'objet de modifications destinées à faire, dans le vote, une part plus grande aux classes les moins riches. Mais ces lois centuriates devaient elles-mêmes être remplacées dans la pratique par une autre forme de disposition législative, le plébiscite.

10. — 2°. *Plébiscite.* — Le plébiscite, *plebiscitum,* désigne d'abord la décision prise par cette partie de la population romaine appelée la plèbe, *plebs*. La plèbe formait, en dessous du patriciat, *populus*, une caste d'ordre inférieur, exclue des fonctions sacerdotales et des magistratures, ne pouvant s'unir aux familles patriciennes par mariage légitime, vivant côte à

9. — (1) Voici en résumé comment était organisé le vote dans l'assemblée par centuries. Votaient d'abord les centuries d'*equites*, appelées à raison de ce privilège, *centuriæ prærogativæ* (*præ rogare*), puis les centuries de la première classe composées des citoyens ayant la plus grande fortune. Or, cette première classe avait à elle seule plus de centuries que les quatre autres réunies. Il suit de là que les centuries de chevaliers jointes à celles de la première classe pouvaient, si elles étaient d'accord, faire passer ou faire rejeter une loi. Ajoutons que chaque classe était composée d'un certain nombre de centuries de *seniores* et de centuries de *juniores* en nombre égal et que, le vote ayant toujours lieu par centuries, l'influence de la jeunesse et par suite du nombre se trouvait balancée par celle du grand âge. V. Accarias, t. I, nos 11, 12.

côte avec elles sans avoir les mêmes droits dans la cité (1). La lutte des plébéiens contre les patriciens en vue d'acquérir l'égalité des droits politiques et civils, donna précisément naissance à cette nouvelle source du *Jus scriptum* appelée plébiscite. La plèbe, dans ses assemblées, *concilia*, prenait des décisions qui ne liaient que les plébéiens, mais qui, plus tard, furent rendues obligatoires pour les patriciens par la loi *Hortensia* (G., I, 3). A partir de ce moment, les patriciens qui avaient le droit de voter dans les assemblées populaires où le vote avait lieu par tribus, cherchèrent à y faire prévaloir leur autorité. Ils firent modifier par les censeurs le principe de la répartition de la population en tribus. On ne tint plus compte du domicile; les patriciens et les plébéiens riches furent inscrits dans les trente et une tribus rurales, la population plébéienne des pauvres et des affranchis fut entassée dans les tribus urbaines dont le nombre resta fixé à quatre. Or, comme on votait par tribus, la prédominance dans les *comitia tributa* passa encore une fois aux plus riches. A la fin de la République, le plébiscite n'est donc plus l'œuvre exclusive de la démocratie, et cette source du droit a d'ailleurs fini par usurper la place de la *lex centuriata* et jusqu'à son nom. Les expressions *lex* et *plebiscitum* sont désormais synonymes (2).

Loi des XII Tables.

11. — Il serait sans intérêt de donner ici l'énumération des lois ou plébiscites rendus en matière de droit privé pendant la période du *Jus strictum*, puisque nous ne pouvons parler de leur contenu. Toutefois, il est une loi qui, à raison de son antiquité et de l'influence qu'elle a exercée sur le développement ultérieur du droit, mérite une mention parti-

10. — (1) V. n° 54 *bis*.

(2) Accarias, t. I, nos 14, 15; Ortolan, *Histoire de la législation romaine*, t. I, nos 15, 102-106; Bouché-Leclercq, *Manuel*, p. 11-12, 23 et suiv., 70, 103, 118.

culière. C'est la loi des XII Tables, le seul essai de codification générale de tout le droit qui ait été tenté avant le *Corpus juris* de Justinien. Cette loi, rédigée par les soins de dix magistrats revêtus à cet effet d'un pouvoir exceptionnel, *Decemviri legibus scribendis*, fut adoptée dans les comices centuriates. Elle ne nous est pas parvenue dans son intégrité, mais nous pouvons encore en apprécier le caractère général, grâce aux fragments qui nous en ont été conservés dans les écrits des jurisconsultes et des autres écrivains anciens (1).

Les principes de droit proclamés par la loi des Décemvirs ne sont nullement, comme l'ont prétendu certains historiens de l'antiquité, empruntés aux législations des pays de population hellénique. Ils portent, au contraire, au plus haut degré la marque de l'esprit romain, et ne sont que la codification des coutumes nationales. On trouve dans la loi des XII Tables des dispositions ayant trait à toutes les matières du droit, au droit politique et pénal, au droit religieux, au droit privé et à la procédure. Elle avait en effet pour but de mettre un terme à l'arbitraire et aux injustices que favorisait l'absence d'une loi écrite générale. A un droit coutumier, incertain, inconnu du vulgaire, inégal entre les deux ordres, elle substitua une loi publique, connue de tous, assurant à tous, sur presque tous les points, des droits égaux. Aussi a-t-elle été l'une des causes les plus actives de l'affranchissement de la plèbe qu'elle a rendue indépendante de l'aristocratie, jusque-là dépositaire exclusive des traditions juridiques. Désormais, la loi des XII Tables sera considérée par les Romains comme la somme de tout le droit national, *corpus omnis romani juris* (Tit. Liv., III, 35), comme la source à laquelle il faut rattacher toutes les institutions juridiques, *fons omnis publici privatique juris* (Tit. Liv., III,

11. — (1) On trouvera dans Ortolan, *op. cit.*, t. I, p. 102 et suiv., dans Rivier, *Introduction au droit romain*, §§ 35-38, et dans Bruns, *Fontes juris romani antiqui*, pp. 14-37, la suite des dispositions de la loi reconstituée d'après les sources.

34). Malgré les progrès que réaliseront les siècles qui suivent, la loi décemvirale continuera à rester debout, sans jamais être formellement abrogée. Justinien lui-même reconnaît son autorité (2).

Droit coutumier de formation secondaire : Responsa Prudentium, *Édits des magistrats.*

12. — La fixation, dans une loi, des coutumes nationales devait donner lieu à Rome à un phénomène qu'on retrouve dans l'histoire de toutes les législations. Le droit, quoique codifié, ne demeure pas pour cela stationnaire; il continue à se développer, à s'adapter aux besoins toujours changeants de la société. Loin de s'astreindre servilement au texte écrit de la loi, il le complète, en étend la portée à des cas nouveaux, en tempère l'application. Mais ces modifications ne sont pas l'œuvre du législateur, elles émanent des jurisconsultes et des magistrats, qui contribuent ainsi à donner naissance à un droit coutumier de formation secondaire, dont les caractères sont bien distincts de ceux du droit coutumier antérieur. Au lieu de se développer spontanément, mais au hasard des circonstances, la coutume nouvelle, s'appuyant sur une base solide, le droit écrit, va procéder sûrement à l'édification d'un droit coutumier nouveau, plus scientifique que ne l'était le droit coutumier primitif. Les sources d'où dérive ce droit coutumier sont les *Responsa Prudentium*, et les Édits des magistrats.

13. — 1°. *Responsa Prudentium* (1). — On désigne sous ce nom générique les principes juridiques nouveaux dont l'introduction est due aux jurisconsultes. Des causes diverses

(2) Accarias, t. I, n° 26; Ortolan, t. I, n^{os} 109-140; S. Henri Maine, *L'ancien droit*, trad. Courcelle-Seneuil, p. 13-20.

13. — (1) V. Accarias, t. I, n° 21; Ortolan, t. I, n^{os} 233-239; Ihering, *Esprit du droit romain*, II, § 31 et III, § 49.

ont contribué à donner aux œuvres scientifiques des jurisconsultes romains une portée et une valeur légale que de semblables travaux n'ont plus aujourd'hui dans nos états modernes. Ce résultat est dû d'abord à la haute position sociale qu'occupaient les juristes dans la société. L'office du jurisconsulte a, durant longtemps, en effet, été l'apanage des patriciens et des pontifes. Les patriciens, appelés à l'exclusion des plébéiens à occuper les magistratures d'ordre judiciaire, pouvaient conseiller les plaideurs et les guider dans la marche toujours mystérieuse des procédures. D'autre part, la famille antique et toutes les institutions de droit privé qui s'y rattachent, le mariage, l'adoption, les successions, reposaient encore à Rome sur des conceptions d'ordre religieux. Elles supposaient un culte privé, tout un ensemble de prescriptions sacrées, justifiant, dans le règlement de ces rapports de droit, l'intervention permanente des pontifes (2). La science du droit revêtit donc longtemps un caractère politique et religieux qui donnait à ses résultats une valeur et une autorité plus haute que si elle n'avait été cultivée que par de simples particuliers. Enfin, le champ ouvert à l'activité du juriste était tellement vaste que son influence s'exerçait sur presque tous les actes de la vie juridique. 1° Il était appelé soit par les magistrats, soit par les juges privés (*judices*), soit par les citoyens à donner des consultations, *respondere*. 2° Il rédigeait les contrats, les formules et les actes, *cavere*. 3° Il assistait les plaideurs en justice devant le magistrat, *in jure*, leur indiquait les paroles solennelles à prononcer, les rites sacramentels à accomplir, *agere*. 4° Enfin, il enseignait publiquement, écrivait des recueils de formules, et des livres, *scribere*.

Appelés à ces divers points de vue à appliquer le droit écrit, tel que l'avaient formulé les XII Tables, les jurisconsultes, tout en respectant la lettre de la loi, eurent le talent de ne pas s'en rendre esclaves. Ils surent appliquer et déve-

(2) V. Bouché-Leclercq, *Les pontifes de l'ancienne Rome*, p. 201 et suiv

lopper les règles qu'elle proclamait et, par une habile conciliation de ses principes avec les nécessités de la pratique, ils arrivèrent à faire admettre des règles nouvelles de droit (3). Ce travail d'adaptation du *Jus scriptum* porte le nom d'*interpretatio*. L'*interpretatio*, transmise de disciple en disciple, par la tradition orale, accueillie par les magistrats et les juges, finit par constituer une nouvelle source de droit, les *Responsa Prudentium*, qui, n'ayant jamais été l'objet d'une promulgation législative, fait partie du *Jus non scriptum* (2, § 5, Dig., *De orig. juris.*, I, 2).

Les premiers, comme aussi les plus célèbres parmi les *juris periti*, ou *jurisprudentes*, furent les membres du collège des Pontifes. Mais le droit qui était entre leurs mains et celles des Patriciens leurs disciples, un instrument de domination, conservait par cela même un caractère mystérieux qui le rendait comme la religion elle-même, inaccessible à d'autres qu'aux initiés. Seuls, les pontifes connaissaient les jours auxquels on pouvait agir en justice, *dies fasti* (par opposition aux *dies nefasti*), les rites qu'il fallait accomplir devant le magistrat, les formules sacramentelles qu'on devait prononcer, les gestes dont l'emploi était nécessaire. La connaissance du droit restait donc cachée au vulgaire et comme enfouie dans les arcanes du pontificat; *jus civile repositum in penetralibus pontificum* (Tit. Liv., IX, 46) (4).

Mais le droit ne devait pas tarder à se dépouiller de son

(3) Nous aurons à indiquer, au fur et à mesure que nous les rencontrerons, les principes et les institutions nouvelles dont l'introduction est due à l'*interpretatio*. Citons comme exemples, 1° l'*in jure cessio*, application au transfert des droits et à l'affranchissement de la maxime *Confessus in jure pro judicato est* (V. n° 178). 2° L'émancipation, application détournée du principe : *Si pater filium ter venum dabit filius a patre liber esto* (V. n° 105). 3° Toutes les solutions qu'on a fait découler du texte des XII Tables, relatif à la succession *ab intestat : Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto, si agnatus nec escit, gentiles familiam habento* (V. n° 233-2° et note 6).

(4) Pomponius, 2, § 6, 7, Dig., *De orig. juris*, I, 2 : « *Omnium tamen harum (legum XII Tab.) et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant.* »

allure mystérieuse. La divulgation des jours fastes et néfastes, ainsi que des formules d'action par Cnaeus Flavius, et plus tard par Sextus Ælius, l'admission des plébéiens au pontificat, la publicité qu'ils donnèrent à leur enseignement furent cause de cette transformation. Tiberius Coruncanius, le premier plébéien admis au pontificat, fut aussi le premier qui donna des *responsa* à quiconque venait le consulter sur une question de droit. Il fondait ainsi l'enseignement public du droit à Rome, et son exemple fut suivi par ses successeurs. Citons après lui parmi les plus célèbres *jurisperiti*, Sextus Ælius, auteur d'un ouvrage appelé *Tripertita* (5), Marcus Cato, et son fils, Brutus, Manilius, le grand pontife Publius Mucius Scævola et son fils Quintus Mucius Scævola également revêtu de cette dignité, aux leçons duquel assista Cicéron et auteur d'un grand ouvrage en 18 livres sur le *Jus civile*. Mentionnons enfin les jurisconsultes Aquilius Gallus, Servius Sulpicius et Trebatius Testa, contemporains de Cicéron (6). Ainsi peu à peu l'étude du *Jus civile* tendait à devenir une véritable science, *jurisprudentia*, ouverte à tous, de plus en plus libre d'allures, mais conservant les qualités de finesse, d'analyse subtile et de souplesse qu'elle devait à son origine pontificale (7).

14. — 2°. *Édits des magistrats* (1). — Lors de leur entrée

(5) Cet ouvrage était ainsi appelé parce qu'il se divisait en trois parties : le texte même de la loi des XII Tables, l'*interpretatio*, et les formules d'action, *legis actio* « *Tripertita autem dicuntur, quoniam lege XII Tabu-* « *larum præposita, jungitur interpretatio, dein subtextitur legis actio* » (2, § 38, Dig., *De orig. juris*, I, 2).

(6) Voir, pour l'énumération complète des jurisconsultes, 2, § 35 et suiv., Dig., *De orig. juris*, I, 2.

(7) Un jurisconsulte de l'époque suivante, Ulpien, donne encore de la *jurisprudentia* une notion qui rappelle les rapports intimes existant autrefois entre les jurisconsultes et les pontifes, entre le droit et la religion : « *Juris-* « *prudentia est rerum divinarum atque humanarum notitia justi atque* « *injusti scientia* » (10, § 2. Dig., *De just. et jure*, I, 1). Justinien s'est approprié cette définition dans ses *Institutes* (§ 1, Inst. *De just. et jur.*, I, 1), sans se rendre compte qu'elle ne convenait guère à son temps.

14. — (1) Ortolan, t. I, n° 290; Accarias, t. I, n^os^ 19, 20.

en fonctions, les magistrats du peuple romain avaient pour habitude de publier une déclaration, *edictum,* où ils annonçaient au public les règles qu'ils se proposaient de suivre pendant l'exercice de leur magistrature. Ce furent surtout les préteurs, et les édiles curules à Rome, les propréteurs ou proconsuls en province, qui firent des édits de ce genre. Les plus importants furent ceux émanés du préteur, c'est-à-dire du magistrat chargé de tout ce qui concernait la *jurisdictio* à Rome, ayant par conséquent pour mission d'entendre les plaideurs, d'organiser les instances, de renvoyer l'affaire devant les juges privés, de surveiller l'exécution des sentences. On sait qu'il n'y eut d'abord qu'un seul préteur, puis à raison des relations de plus en plus fréquentes avec les étrangers, on en créa un second, *qui jus dicit inter cives et peregrinos,* ou *inter peregrinos,* appelé à cause de cela *Prætor peregrinus,* tandis que son collègue recevait le nom de *Prætor urbanus.* Il y eut donc deux édits : l'édit du préteur urbain et celui du préteur pérégrin.

L'édit indiquait les cas dans lesquels l'action en justice serait admise par le préteur, et les règles de procédure qu'il suivrait pour les contestations qui devaient être tranchées par lui seul, sans renvoi devant les *judices privati.* C'était donc en définitive un simple règlement de procédure. Comme ses prescriptions avaient un caractère général et étaient destinées à recevoir leur application durant tout le temps que durait la magistrature, on l'appelait *Edictum perpetuum* (2). Il était écrit en lettres noires sur un tableau blanc, *album,* exposé en public. Bien que le préteur eût le droit de modifier son édit dans le courant de sa préture, il se considérait cependant comme lié par ses propres déclarations, et il n'y apportait d'ordinaire aucune modification. Cet usage ayant été enfreint à la fin de la République par des préteurs qui, sous couleur d'intérêt général, cherchaient à favoriser certains particuliers qu'ils protégeaient, une loi Cornélia vint établir

(2) A l'*Edictum perpetuum,* on opposait l'*Edictum repentinum,* édit rendu à l'improviste, au cours de la préture, pour un cas imprévu.

en principe la nécessité pour le préteur de respecter son propre édit (*Ascon. in Cicer. Orat. pro Corn.*). Mais lorsque le préteur sortait de charge, son successeur n'était pas tenu de maintenir l'édit de celui-ci. En fait, cependant, la force des choses l'amenait à reprendre en son nom les dispositions du précédent édit, du moment qu'elles lui paraissaient justes et destinées à satisfaire des besoins permanents. Il y eut donc des clauses de l'édit prétorien, qui, transmises d'année en année d'un préteur à l'autre, finirent par constituer un fond traditionnel commun à tous les édits, qu'on appela *Edictum tralatitium*. Ce furent les principes ainsi consacrés par les édits successifs qui constituèrent une source nouvelle de droit coutumier.

Comment et dans quelle mesure, le préteur, chargé uniquement d'appliquer la loi, *jus dicere,* a-t-il pu arriver à faire prévaloir dans le droit des règles nouvelles? Ce résultat, qui nous paraît incompatible avec le but même de sa fonction, s'explique en étudiant le rôle qu'il était appelé à jouer dans l'instance. Tant que dura le système primitif de procédure ou système des *legis actiones,* le préteur n'était pas maître d'accueillir toutes les actions qu'on portait devant lui, mais seulement celles qui étaient conformes à la loi. L'édit était donc la mise en pratique du droit civil, il était fait *confirmandi juris civilis causa*. Mais l'introduction d'un mode de procédure nouveau, la procédure dite *formulaire,* où le préteur jouissait d'une grande liberté dans l'octroi des formules d'action, eut son contrecoup sur la rédaction de l'édit. Désormais, le préteur put promettre la délivrance d'une formule dans des cas où le droit civil laissait les particuliers dénués de tout recours. Par là le préteur introduisait en somme une innovation, il aidait ou complétait le droit civil, et son édit était rédigé *adjuvandi vel supplendi juris civilis causa*. Enfin, les préteurs allèrent plus loin. Ils se hasardèrent à battre directement en brèche le droit civil, à donner l'action en justice dans des circonstances où le droit civil la refusait, ou à permettre au défendeur de repousser l'action

fondée sur le droit civil par le moyen d'une exception. Ici l'édit est fait *corrigendi juris civilis causa* (7, § 1, Dig., *De justit. et jure*, I, 1).

Ce nouveau droit ainsi créé par le préteur et qui trouvait son expression dans l'édit, se développa en face du droit qui avait sa source dans la coutume, dans la loi, le plébiscite, les *Responsa Prudentium*, droit qu'on appela *Jus civile* pour l'opposer au droit de l'édit, *Jus prætorium* (7 pr., § 1, Dig., *De just. et jure*, I, 1). Le *Jus prætorium* fait d'ailleurs partie du droit coutumier. Le préteur, soit qu'il appliquât simplement la loi, soit qu'il complétât ou corrigeât le droit civil, devait tenir compte du sentiment public, et ses prescriptions n'avaient d'autorité que parce que, dictées par les besoins de la pratique, elles étaient comme sanctionnées à l'avance par l'assentiment général mais tacite des citoyens. Le droit dérivant de l'édit n'a donc jamais été proclamé par l'autorité législative et il appartient par suite au *Jus non scriptum* (Cicér., *De Invent.*, II, 22). Se révisant d'année en année, il suit le progrès des idées, toujours soumis au contrôle de l'expérience et de l'opinion, et il forme comme l'expression vivante et mobile du droit civil, *viva vox juris civilis* (8. Dig., *De just. et jure*, I, 1).

A côté de l'édit des deux préteurs, urbain et pérégrin, signalons celui des édiles curules à Rome, et en province ceux des propréteurs ou des proconsuls, *Edictum provinciale*, enfin celui des questeurs (G., I, 6). L'ensemble des règles de droit qui ont leur source dans les divers édits des magistrats forme le *Jus honorarium*, ou droit honoraire, ainsi nommé parce qu'il émane de ceux qui sont investis des magistratures, *honores*. C'est d'ailleurs l'édit prétorien qui est la source la plus abondante du droit honoraire; aussi prend-on souvent l'une pour l'autre les expressions Droit honoraire et Droit prétorien.

Caractères généraux du système du Jus strictum.

15. — Nous pouvons, dès à présent, indiquer les caractères généraux du système du *Jus strictum*, sauf à les retrouver à propos de chaque institution de droit privé. 1° Le droit privé, tout en restant à certains égards en rapport avec la religion, est indépendant de celle-ci. Le domaine du *jus* (droit profane) ne se confond pas avec celui du *fas* (droit religieux). C'est là une des idées les plus fécondes dues au génie pratique des Romains. Le droit n'est pas, comme dans les législations des peuples de l'Orient, confondu dans une sphère d'action commune avec la religion et la morale. Il n'est pas représenté comme l'œuvre d'une volonté divine supérieure à l'homme, infaillible et immuable. Produit des nécessités sociales, il doit se modeler sans cesse sur elles, il est nécessairement variable et perfectible(1). 2° En même temps, le droit privé devient indépendant, dans une large mesure, de la constitution politique et du droit public. Au début, les individus n'ont de droits que comme membres de certains groupes sociaux, familles et *gentes*, dont la réunion forme la cité. De là l'aspect primitif sous lequel se présente le droit privé qui n'est, en somme, que l'ensemble des avantages assurés par la loi aux membres de l'association politique des familles ou *gentes*. Mais les plébéiens conquièrent l'égalité des droits, bien qu'étant en dehors des anciennes *gentes*. Avec eux, bientôt avec les étrangers, l'homme et le droit humain va l'emporter sur le droit exclusivement national. 3° Cependant les principes fondamentaux du droit sont encore foncièrement romains. Dans le système du *Jus strictum*, rien n'est doux, mitigé, tempéré. Ni moyens termes, ni demi-mesures, telle est la devise de ce droit auquel convient si bien la dénomination caractéristique de *Jus strictum*. On doit ajouter toutefois que dans l'application, le droit strict se trouve tempéré par les mœurs. La sévérité des règles juri-

15. — (1) Ihering, *Esprit du droit romain*, t. I, § 21.

diques fléchit sous la pression des nécessités pratiques. Il y a là un contraste constant entre le droit et le fait, dont nous aurons de fréquents exemples, et qu'on ne saurait omettre, sous peine de n'avoir qu'une vue imparfaite des institutions et de leur fonctionnement.

JUS GENTIUM.

Origines et développements de ce système.

16. — Le système du *Jus strictum* pouvait convenir à une cité n'ayant qu'un territoire restreint, mais il devait bientôt cesser d'être en harmonie avec les besoins d'un grand Etat comme l'Etat romain, accru sans cesse par la conquête de pays nouveaux. Le *Jus strictum* était donc destiné à se modifier, et les transformations dont il fut l'objet dérivent de deux causes essentielles : les révolutions intérieures dont Rome fut le théâtre, et les relations de plus en plus intimes que la conquête établit entre le peuple romain et les nations étrangères.

Tout d'abord, le vieux droit national ne pouvait manquer de se transformer sous l'influence des événements politiques qui avaient amené la décadence de l'aristocratie et le triomphe d'hommes nouveaux sortis de la plèbe ou même de la servitude. Le culte des ancêtres, la constitution ancienne de la famille, les traditions domestiques, le respect des *mores majorum*, allaient en s'affaiblissant de jour en jour. Cette disparition des mœurs anciennes, qui autrefois servaient à compléter ou à tempérer le droit, nécessita l'intervention du législateur dans un domaine jusque-là soustrait à son action. Il se produisit donc à ce moment un mouvement législatif, affectant les allures d'une rénovation sociale, et portant sur un grand nombre d'institutions juridiques (1). Mais ces chan-

16. — (1) Gide, *Étude de la condition privée de la femme*, I, ch. 5, pp. 123 et suiv.

gements, qui coïncident avec les débuts de l'Empire n'auraient pu, à eux seuls, donner au système du *Jus strictum* une orientation nouvelle ni altérer d'une façon essentielle ses caractères.

Les influences extérieures modifièrent plus profondément le pur droit romain et finirent à la longue par faire de ce droit exclusif et étroitement national, un droit large, propre à tous les peuples et véritablement humain. Déjà sous la République, Rome entre de bonne heure en contact avec des peuples dont la civilisation est plus vieille que la sienne, les Étrusques, les Grecs de l'Italie méridionale et de la Sicile, les Carthaginois. Le succès de ses armes la met en rapport avec tout l'Orient hellénique. Or, les diverses nations et notamment celles de race grecque, adonnées spécialement au commerce, pratiquaient depuis longtemps un droit aux allures plus simples et plus souples que le droit romain, et qui répondait mieux aux besoins du négoce. Les magistrats que Rome envoyait en province devaient connaître ce droit des étrangers, qu'ils étaient appelés à leur appliquer pendant la durée de leurs fonctions. A Rome même, le *Prætor peregrinus* ne pouvait non plus l'ignorer, puisqu'il était la règle des rapports internationaux entre particuliers. On s'accoutuma ainsi à opposer au droit strict, formaliste, produit des coutumes et des lois nationales, propre aux citoyens seuls, *Jus strictum, Jus civile,* le droit sans formes, réservé aux affaires, pratiqué par toutes les nations étrangères, civilisées, le *Jus gentium* (G., I, 1; Cicéron, *De off.*, III, 69). Ces institutions du *Jus gentium* que les Romains retrouvaient identiques chez tous les peuples en dépit des différences de nationalité, elles n'étaient, semblait-il, que les fragments épars d'un droit primordial, dicté à l'humanité par la raison seule, du droit de la nature, type éternel du bon et du juste. Aussi le *Jus gentium* se confondait-il dans la pensée des philosophes et des jurisconsultes avec le *Jus naturale* (2), et

(2) *Natura enim juris nobis explicanda est, eaque ab hominis repe-*

c'est de ce droit que devait s'inspirer le *Jus civile* dans ses tentatives de rénovation. D'assez bonne heure, même pendant la période du *Jus strictum*, on voit le *Jus civile* entrer dans cette voie des emprunts faits au *Jus gentium*, et une foule d'institutions tirant leur origine du *Jus gentium* furent consacrées par lui.

Cette invasion de principes nouveaux dans le droit national romain eût amené sa perversion totale, s'il eût été doué d'une force de résistance moindre. Le *Jus gentium* ne réussit donc pas à absorber le *Jus civile*, mais il s'établit en face de lui, et le dualisme que nous avons signalé dans la première période, en opposant le droit aux mœurs, reparaît ici, mais sous un aspect tout nouveau (3). Les institutions les plus importantes nous offrent, en effet, le spectacle de deux droits distincts, pratiqués simultanément, l'un dérivant du *Jus civile* ancien, l'autre emprunté au *Jus gentium*. Désormais, l'histoire du droit romain va être celle de la lutte entre ces deux droits et de la substitution progressive du *Jus gentium* au *Jus civile*. Ce résultat fut l'œuvre lente et ininterrompue de cinq siècles, pendant lesquels se produisirent entre les deux droits rivaux des phénomènes de pénétration réciproque, qui devaient aboutir à une heureuse combinaison des mérites de chacun d'eux. Au contact du *Jus gentium*, le *Jus civile* s'assouplit, se fait plus humain et se débarrasse des formes surannées et désormais vides de sens. Mais ses cadres rigoureusement définis restent intacts, et c'est encore sur ses solides assises que continue de reposer l'édifice des doctrines juridiques. D'autre part, les institutions du *Jus gentium* venant une à une s'incorporer dans l'organisme juridique romain, y prennent un caractère de solidité, de précision et de

tenda natura... nos ad justitiam esse natos neque opinione sed natura constitutum jus esse (Cicéron, *De legib.*, I, 5, 10). — « *Quia antiquius jus gentium cum ipso genere humano proditum est* » (1, pr. Dig., *De acq. rer. domin.*, 41, 1; G., I, 1). V. à ce sujet S. Henri Maine, *L'ancien droit*, ch. 3.

(3) V. nº 15, et Gide, *Étude sur la condition privée de la femme*, pp. 127 et suiv.

sûreté qui leur assure comme à toutes les œuvres romaines une durée indéfinie. C'est surtout avec les empereurs provinciaux, au second siècle avec les Antonins, au troisième avec les Sévères, que s'accentue et que s'achève la fusion. C'est alors qu'apparaissent les grands jurisconsultes dont les travaux ont jeté sur le droit de cette époque un lustre incomparable et lui ont valu le nom de *droit classique*, parce qu'ils constituent ce qu'il y a eu de plus achevé dans la production scientifique. Mais bientôt apparaissent les premiers symptômes d'une décadence, qui devait aller s'augmentant, à partir du jour où la création d'une capitale nouvelle sur les rives du Bosphore consacre la séparation définitive des deux empires d'Occident et d'Orient.

Sources du droit dans cette période.

17. — *Jus non scriptum.* — La coutume conserve encore son autorité, bien que les produits dus à cette source de droit soient de moins en moins abondants. Le droit résultant des *Responsa Prudentium* et des édits des magistrats se transforme d'ailleurs à cette époque, en *Jus scriptum* (V. nos 21, 22).

18. — *Jus scriptum.* — Avec l'Empire, la loi et le plébiscite étaient destinés à disparaître. A leur place on trouve les Sénatusconsultes et les Constitutions impériales.

19. — *Sénatusconsultes* (1). — Sous la République, le sénat était toujours appelé à donner son approbation, *auctoritas*, aux lois proposées à l'assemblée des centuries ou des tribus. Cette procédure continua à être suivie dans les premiers temps du Principat, tant qu'on réunit les comices. Puis, lorsque les assemblées politiques furent réduites au

19. — (1) Accarias, t. I, no 18; Ortolan, t. I, nos 347-349.

silence, on en vint à considérer comme équivalant à une loi, la décision prise par le sénat, *senatusconsultum*. C'est ainsi que prévalut, non sans quelque difficulté, paraît-il, le principe : *senatusconsultum legis vicem obtinet* (G., I, 4; 2, § 9, Dig., *De orig. juris*, I, 2). La proposition de sénatusconsulte émanant presque toujours de l'empereur, recevait le nom d'*Epistola* ou *Oratio principis*, et comme le sénat, peuplé des créatures des Césars, ne rejetait jamais les projets soumis à ses délibérations, on en vint à confondre le sénatusconsulte avec l'*Oratio principis*, et c'est l'*Oratio* que les jurisconsultes commentent dans leurs ouvrages. Les sénatusconsultes rendus en matière de droit privé sont assez nombreux pendant les deux premiers siècles de l'Empire. Mais ils disparaissent à mesure que s'affirme le pouvoir absolu, et ils sont remplacés par les constitutions impériales.

20. — *Constitutions impériales* (1). — Pendant toute la durée du Principat, les empereurs ne sont pas investis de la puissance législative. Cependant, à raison des pouvoirs dont ils sont revêtus comme magistrats suprêmes, ils contribuent à créer le droit par leurs *Decreta*, *Rescripta*, *Edicta* et *Mandata* (1, § 1, Dig., *De const. princip.*, I, 4).

1°. *Decreta et Rescripta.* — Les *Decreta* sont les décisions émanées de l'empereur en sa qualité de juge des procès portés à son tribunal. Les *Rescripta* sont les réponses qu'il donne aux particuliers ou aux juges qui le consultent. Souverain magistrat, il était naturel qu'il fût considéré comme le plus élevé parmi les jurisconsultes, et qu'on eût recours à ses lumières pour la solution des cas douteux (2).

2°. *Edicta et Mandata.* — Comme tous les magistrats supérieurs, l'empereur pouvait rendre des *Edicta* ayant un

20. — (1) Accarias, t. I, nos 16-18; Ortolan, t. I, no 350.

(2) Le rescrit portait le nom de *Subscriptio* lorsqu'il était écrit à la suite de la *Supplicatio* adressée à l'empereur pour le consulter. On l'appelait *Epistola* lorsqu'il prenait la forme d'une réponse séparée (G., I, 94; 1, § 1, Dig., *De const. princip.*, I, 4).

caractère obligatoire général. Les *Mandata* sont des instructions adressées aux fonctionnaires impériaux et dont certains passages avaient trait au droit privé.

Par les *Rescripta* et les *Decreta,* les empereurs continuaient l'œuvre d'*interpretatio* des Prudents. En droit, les décisions de ce genre n'eurent d'abord qu'une autorité relative, restreinte au cas particulier en vue duquel l'empereur avait statué. Mais, peu à peu, on finit par attribuer à cette *interpretatio* officielle la valeur d'une loi générale. Telle était également la portée des *Edicta* et *Mandata* au moins pour la durée du règne de l'empereur qui les avait rendus. A l'époque des Antonins, la force obligatoire générale de toutes les décisions émanées des empereurs est hors de contestation (G., I, 5). Plus tard, Ulpien proclame ce principe dans les termes les plus formels : *Quod principi placuit legis habet vigorem* (1 pr., Dig., *De const. princ.,* I, 4). Les règles de droit qui sont dues ainsi aux empereurs, *jus quod princeps constituit, constitutio principis,* font partie du *Jus scriptum,* puisqu'elles ont été, de la part de l'autorité, l'objet d'une promulgation officielle.

21. — *Édits des magistrats*(1). — Cette source de droit ne tarda pas à se tarir rapidement sous l'Empire, les préteurs et autres magistrats n'étant que des fonctionnaires subordonnés, dont l'initiative créatrice était paralysée par les sénatusconsultes et les constitutions. A partir du 1er siècle, les préteurs ne firent plus que reproduire l'édit de leurs prédécesseurs sans y introduire de dispositions nouvelles. Il arriva donc un moment où cette source de droit devint improductive et où il parut nécessaire de consacrer officiellement les principes de droit qui avaient trouvé dans les édits leur expression définitive. Telle fut l'œuvre d'Hadrien. Il chargea le jurisconsulte Salvius Julianus de réunir en un seul corps les disposi-

21. — (1) Accarias, t. I, nº 20; Ortolan, t. I, nº 386; Glasson, *Etude sur Gaius,* nouv. éd., pp. 258-314.

tions contenues dans les édits des préteurs urbain et pérégrin, en y insérant les règles de l'édit des édiles curules relatives aux ventes d'esclaves et d'animaux. Ce travail paraît avoir été soumis ensuite à l'approbation du sénat qui lui donna force obligatoire. On l'appela l'Édit d'Hadrien, ou de Salvius Julianus, ou encore *Edictum perpetuum*, pour bien marquer qu'il était le résumé des anciens édits annuels. Il est présumable que l'édit provincial fut l'objet d'un travail de coordination analogue.

On n'est pas d'accord sur les conséquences de la publication de l'Édit perpétuel. Il est probable que les magistrats conservèrent le *Jus edicendi*, mais l'édit qu'ils publiaient lors de leur entrée en charge ne pouvait être différent dans le fond de l'Édit perpétuel. S'il se présentait des questions douteuses ou des cas nouveaux, les magistrats devaient s'efforcer de les résoudre d'après les principes existants, ou pouvaient solliciter un rescrit impérial. Mais il semble qu'ils ne furent plus libres de créer des principes nouveaux. Le droit honoraire se trouvait donc incommutablement fixé, et dans ce nouveau sens on pouvait dire que l'édit était *perpetuum*. L'édit cependant n'est pas devenu une loi, et, par suite, il ne rentre pas dans le *Jus civile*. Mais, comme son autorité vient, en réalité, non du pouvoir propre du magistrat, mais de la volonté de l'empereur qui, à l'avance, a donné à ce règlement force obligatoire, on peut ranger désormais le *Jus honorarium* au nombre des sources du *Jus scriptum* (2).

(2) Nous ne possédons pas le texte intégral et cohérent du travail de Salvius Julianus. Mais, les jurisconsultes les plus célèbres, à commencer par Julianus lui-même, Gaius, Paul, Ulpien ont commenté l'édit, et des fragments considérables de leurs commentaires se trouvent insérés dans le Digeste de Justinien. C'est grâce à cette circonstance que certains passages du texte de l'édit sont parvenus jusqu'à nous. Mais il n'est pas possible de reconstituer, avec ces débris, l'ensemble de l'édit. Tout au plus peut-on, en s'aidant de certains indices, retrouver l'ordre probable des dispositions et se faire une idée assez exacte du caractère de l'œuvre de Salvius Julianus. L'opinion la plus vraisemblable est que, comme tous les vieux édits dont il est le résumé, l'édit de Julien est une réglementation de tout ce qui rentre dans l'*officium* du magistrat chargé de rendre la justice, en tant que cet *officium*

22. — *Responsa Prudentium* (1). — L'Empire devait ici, comme partout ailleurs, conserver l'apparence des institutions anciennes, tout en les faisant servir à ses desseins politiques. Sous la République, à partir du moment où la science se fût émancipée de la tutelle pontificale, il fut loisible à toute personne de donner, en qualité de jurisconsulte, des réponses aux consultants, *publice respondere*. Auguste accorda à certains jurisconsultes le droit de répondre, voulant ainsi ramener à lui, grâce à la faveur officielle, les jurisconsultes attachés aux souvenirs aristocratiques, et tenter d'assouplir les consciences indépendantes. On eut donc désormais une caste privilégiée de jurisconsultes, à côté des jurisconsultes ordinaires qui ne perdirent pas, pour cela, le *jus publice respondendi*. L'autorité des *responsa* des jurisconsultes dut subir le contrecoup de cette innovation. Ceux qui étaient revêtus de l'estampille officielle exerçaient leur profession en vertu d'une sorte de délégation des pouvoirs de l'empereur. Leurs *responsa* devaient donc avoir la même force que les *responsa*, c'est-à-dire les rescrits du prince. Il semble qu'il en ait été bientôt de même de toutes leurs opinions dogmatiques. Hadrien vint confirmer et réglementer cet état de choses par un rescrit, où il décide que les avis et opinions « *sententiæ et opiniones* » des prudents officiels auront force de loi, lorsqu'ils seront unanimes. Le juge ne conserve sa liberté d'appréciation que s'il y a entre eux des divergences (G., I, 7). A partir de ce moment, non seulement les *responsa*, mais toutes les opinions des prudents officiels, sous quelque forme qu'elles fussent exprimées, rentrent dans le

n'a pas été réglé par une loi ou un sénatusconsulte. De là la division de l'édit en deux parties. La première règle tout ce qui a trait à la compétence, à la procédure de l'action en justice portée *in jure*. La seconde s'occupe des actions que le préteur ou magistrat accorde, et des autres voies de droit qu'il met à la disposition des parties : envois en possession, interdits, exceptions, stipulations prétoriennes. V. sur tous ces points, Glasson, *Étude sur Gaius*, pp. 271 et suiv. et notamment 296-298.

22. — (1) Accarias, t. I, n° 23 ; Ortolan, t. I, n^os^ 388-391, et appendice 1 du tome II ; Glasson, *Étude sur Gaius*, pp. 84-119.

Jus scriptum. La *permissio jura condendi* qui leur a été donnée équivaut, en effet, à une promulgation officielle, quoiqu'anticipée, de leurs décisions.

23. — *Principaux jurisconsultes de cette période. — Sectes ou écoles rivales. — Jurisconsultes classiques.* — Les débuts de notre période sont marqués par l'apparition de deux jurisconsultes éminents, tous deux contemporains d'Auguste : Marcus Antistius Labeo, et Ateius Capito. Capito, malgré sa science, resta attaché aux anciennes doctrines juridiques. Labeo, au contraire, initié aux belles lettres, aux enseignements des philosophes, fit preuve d'une plus grande indépendance de vues, et ne craignit pas de se séparer des doctrines traditionnelles. Il a laissé un nombre considérable d'ouvrages dont quelques fragments sont insérés au Digeste de Justinien(1). Son rival semble avoir moins produit. Autour de ces deux maîtres, *duo pacis decora,* comme les appelle Tacite, se groupèrent une foule de disciples, qui accentuèrent les divergences qui séparaient les deux chefs d'école. De là la naissance de deux écoles ou sectes rivales, *scholæ, sectæ,* dont l'existence se prolongea, pendant près de deux siècles, jusqu'à l'époque de Marc Aurèle. Labeo eut pour élève principal, Nerva le père, auquel succéda comme chef de la secte Proculus, qui lui a donné son nom. Les jurisconsultes de cette école sont appelés en effet *Proculeiani*, Proculiens. Après lui, on cite, sous Vespasien, Pegasus, Juventius Celsus, Neratius Priscus à l'époque de Trajan. A Capito se rattache immédiatement son élève, Massurius Sabinus qui donna son nom à l'école. Ses successeurs sont en effet appelés *Sabiniani*, Sabiniens. Puis viennent, sous Vespasien, Priscus Javolenus, Salvius Julianus le rédacteur de l'Edit perpétuel sous Hadrien, Sextus Pomponius, Africanus, et

23. — (1) Tacite (*Annales,* III, 70, 75) et Pomponius (2, § 47, Dig., *De orig. juris,* I, 2), établissent entre les deux jurisconsultes un parallèle intéressant au point de vue politique et scientifique.

Gaius (2). Il ne faudrait pas croire que ces deux sectes se soient distinguées l'une de l'autre par leurs méthodes d'enseignement ou leurs doctrines. Leurs désaccords ne se révèlent que dans des controverses de détail, sans qu'on puisse découvrir un principe unique qui donne la clef de toutes leurs dissidences (3).

24. — Parmi les jurisconsultes des deux sectes, Gaius est le seul dont il nous soit resté un ouvrage complet. Il vécut sous Hadrien et Antonin, peut-être même au début du règne de Marc Aurèle. Son nom semble être d'abord resté obscur, et sa réputation ne s'est affirmée qu'après sa mort. Il n'est nommé pour la première fois que dans la loi des citations (an 426), plus de deux cents ans après l'époque où il a existé. Gaius a composé un grand nombre d'écrits de doctrine, parmi lesquels figurent en première ligne, les Institutes, *Institutiones,* qui ont servi de modèle aux Institutes de Justinien. C'est en 1816 seulement, qu'une découverte inespérée, faite dans la bibliothèque du chapitre de Vérone, nous a fait connaître le texte de cet ouvrage, dont nous n'avions qu'un abrégé, *Epitome,* inséré dans la loi romaine des Wisigoths. Le manuscrit de Vérone, quoiqu'offrant quelques lacunes, nous donne un résumé complet de l'ensemble du droit privé à l'époque des Antonins. En même temps, le jurisconsulte fournit à propos de chaque institution importante des aperçus historiques, dont la précision et l'intérêt augmentent, s'il est possible, le prix de cette œuvre. On peut dire sans exagération que la découverte des *Institutes* de Gaius a permis pour la première fois de remonter jusqu'aux premiers âges de la vie juridique romaine, et qu'elle a été le signal d'une véritable rénovation de la science du droit romain (1).

(2) Voir, pour l'énumération complète des jurisconsultes des deux sectes, Rivier, *Introduction au droit romain,* § 133.

(3) Accarias, nº 44; Ortolan, t. I, nos 362-367; Glasson, *Étude sur Gaius,* pp. 61-69.

24.— (1) Gaius a divisé son ouvrage en quatre commentaires, le premier traitant

25. — Après Gaius, les divergences qui séparaient les deux écoles tendent à s'effacer. Les jurisconsultes ne se rattachent plus à aucune secte, et leurs doctrines empreintes d'un esprit d'éclectisme élevé, donnent à la science du droit une ampleur et un éclat incomparables. C'est alors qu'apparaissent, sous Septime Sévère et Alexandre Sévère, c'est-à-dire à la fin du IIe siècle et au commencement du IIIe, les grands jurisconsultes classiques, Papinien, Paul et Ulpien. Papinien, Æmilius Papinianus, le plus célèbre de tous, préfet du prétoire (1) sous Septime Sévère, est remarquable par la vigueur de ses raisonnements et l'élégance nerveuse, quoiqu'un peu concise, de son style. Nous ne possédons de lui que des fragments conservés au Digeste et dans d'autres recueils. Ulpien, Domitius Ulpianus, assesseur de Papinien, préfet du prétoire sous Alexandre Sévère, nous a laissé, outre les nombreux extraits de ses œuvres insérés au Digeste, le livre des *Regulæ,* divisé en 29 titres, qui ne nous est pas parvenu dans son intégrité. Paul, Julius Paulus, également assesseur de Papinien, et préfet du prétoire sous Alexandre Sévère, a composé aussi de nombreux ouvrages, dont le Digeste nous a gardé de précieux extraits. Il est resté de lui un ouvrage élémentaire, les Sentences, *Sententiarum receptarum ad filium libri V,* divisé en 5 livres, dont chacun est subdivisé en titres. Après Paul, on ne peut plus citer que Modestin, Herennius Modestinus, dont on n'a que des fragments au Digeste. Ici s'arrête la série des jurisconsultes célèbres. Après eux, l'obscurité se fait tout à coup, et aucun nom ne surgit dans la science durant ces années si troublées

des sources du droit et des personnes; le second des choses, des droits réels, des successions testamentaires; le troisième des successions *ab intestat* et des obligations; le quatrième des actions. Sur Gaius, sa vie, son œuvre, consulter Glasson, *Étude sur Gaius;* Ortolan, t. I, nº 392.

25. — (1) Le préfet du prétoire, *præfectus prætorio,* est comme le second de l'empereur. Il le supplée à la présidence du *consilium,* véritable conseil consultatif de gouvernement, qui à fini par remplacer le sénat, dont le rôle politique s'efface de jour en jour. Bouché-Leclercq, *Manuel des Instit. romaines,* pp. 152-157.

qui séparent la fin du règne d'Alexandre Sévère de l'avènement de Dioclétien. L'activité créatrice des juristes est désormais éteinte. Les empereurs se sont substitués à eux, et c'est dans leur conseil que s'élabore, sous forme de rescrits, de décrets, et d'édits le droit du Bas-Empire.

Système du Jus gentium *au Bas-Empire.*

26. — L'époque classique avait vu s'effectuer l'alliance du *Jus gentium* et du *Jus civile*. Mais dans cette combinaison de deux tendances opposées, la prédominance appartient encore aux idées romaines. Avec la fin du IIIe siècle, l'influence du *Jus gentium* se fait sentir d'une façon plus marquée dans le sens d'une disparition de plus en plus complète des institutions de l'ancien droit. Ce mouvement s'achève sous l'action combinée de trois causes. 1° La constitution par laquelle Caracalla octroie le droit de cité romaine à tous les habitants de l'Empire (V. n° 60), généralise l'application du droit romain, et tend à le transformer en un droit universel. En même temps, elle favorise la fusion des droits provinciaux avec le droit civil et détermine même l'introduction d'institutions nouvelles tout à fait étrangères à l'esprit romain (1). 2° La division définitive de l'Empire en deux parties, la fondation d'une seconde capitale, rivale de Rome, assure le triomphe de l'hellénisme oriental et de l'esprit provincial. Pendant ce temps, Rome délaissée voit l'activité intellectuelle et productrice s'éteindre chez elle. Sans doute, le droit romain ne périt pas dans l'Empire d'Occident, mais obligé de s'accommoder aux mœurs et aux institutions sociales qu'introduisent les Barbares, il se transforme et déjà laisse apparaître les premiers linéaments du droit moderne. 3° Enfin, le christianisme triomphant porte un

26. —(1) Citons comme exemples le colonat (V. n° 50), la donation *propter nuptias*.

coup terrible à la constitution de la société antique et à toutes les conceptions juridiques qui s'y rattachent. Le dogme de la fraternité et de l'égalité des hommes dont il assure le triomphe en le vulgarisant, précipite le mouvement commencé par la philosophie grecque et continué par les jurisconsultes de la belle époque. Avec lui aussi, le droit perd son caractère étroitement romain pour devenir humain.

L'histoire des sources du droit au Bas-Empire est partagée naturellement en deux périodes. Dans la première, qui s'étend de Dioclétien à Théodose II, la séparation de l'Empire en deux moitiés devient définitive. Mais en théorie du moins, elle ne s'applique pas à la législation qui reste commune aux deux Empires (2). Après Théodose II, les destinées du droit romain en Orient et en Occident sont désormais distinctes.

Sources du droit au Bas-Empire jusqu'à la fin du règne de Théodose II.

27. — La coutume a perdu le peu de vitalité qu'elle pouvait encore avoir. Depuis longtemps elle avait cessé de créer le droit, Constantin lui enlève la force de l'abroger. Quant au *Jus scriptum*, toutes ses sources se sont taries successivement, à l'exception des constitutions impériales. Les empereurs absorbent à eux seuls toute l'activité juridique, et leurs décisions, désignées sous le nom de *Leges*, sont l'unique source d'où dérive le droit de cette époque. On prend d'ailleurs l'habitude d'opposer aux *Leges* le *Jus*, c'est-à-dire le droit dérivant des sources plus anciennes en date. Cette opposition mérite qu'on s'y arrête, car elle devait avoir une influence capitale sur la forme des travaux de codification générale qui signalent la fin de l'histoire du droit romain.

(2) Une constitution des empereurs Théodose II et Valentinien (5, C. Th., *De const. princip.*, I, 1); décide que toute loi faite pour l'un des deux empires sera promulguée dans l'autre.

Aux yeux des Romains, le droit écrit par excellence, c'est-à-dire la loi, ne fait qu'établir un certain nombre de principes qui sont destinés à donner à la production juridique un point d'appui fixe, à inspirer aux juristes l'idée des applications logiques à déduire du texte, des amendements qu'il comporte. Lorsque ce travail d'*interpretatio* est terminé, la loi existe toujours en théorie, mais en fait elle disparaît sous les interprétations et la jurisprudence qu'elle a enfantées. La *lex* est transformée en *jus*, et c'est désormais le *jus* seul qui fait autorité. La *lex* elle-même tombe dans l'oubli. Ce phénomène, qui s'est réalisé dès les premiers temps pour la loi des XII Tables, s'est reproduit pour toutes les lois qui l'ont suivie, pour l'Édit, pour les plus anciennes constitutions des empereurs. A mesure donc qu'on avance, la masse des matériaux qui compose le *jus* devient plus considérable. Restent en dehors du *jus*, les constitutions impériales les plus récentes qui, n'ayant pu encore être oblitérées par l'*interpretatio*, subsistent à l'état de *leges*.

28. — 1°. *Jus*. — Il est probable que les grands jurisconsultes classiques, Papinien, Paul, Ulpien, Modestin, avaient été investis par les empereurs de la *permissio jura condendi*. La tâche des magistrats et des juges était par là devenue plus difficile, obligés qu'ils étaient de tenir compte non seulement des opinions de ces jurisconsultes, mais aussi de celles émanant des jurisconsultes officiels plus anciens. Cette question avait déjà préoccupé Hadrien (V. n° **22**). Constantin la reprit par un de ses petits côtés. Ulpien et Paul ayant annoté les *Responsa* de Papinien, se trouvaient quelquefois en désaccord avec ce dernier. Les juges, de moins en moins instruits, obligés de se décider dans ce conflit d'autorités également respectées, devaient souvent être fort embarrassés. Aussi Constantin abroge-t-il les notes d'Ulpien et de Paul comme sources du *jus* (1. C. Th., I, 4, *anno* 321). Un siècle après, la situation s'était empirée. La science s'obscurcissait, les ouvrages des jurisconsultes autorisés, rares

et coûteux, n'étaient pas à la disposition des juges. L'unanimité d'opinions exigée par la constitution d'Hadrien devait être fort difficile à constater. La constitution de Théodose II, connue sous le nom de *Loi des citations*, vint mettre un terme à cette situation (3. C. Th., I, 4, *anno* 426). De tous les jurisconsultes officiels, cinq seulement sont reconnus comme ayant pouvoir de *jura condere* : Papinien, Gaius, Paul, Ulpien, Modestin. En cas d'unanimité, leur opinion fait loi; en cas de désaccord, la majorité l'emporte, et s'il y a partage, l'avis de Papinien, sorte de président de ce tribunal permanent de consultations officielles, est prépondérant. Cette constitution publiée à la fois en Occident et en Orient supprimait en réalité, sauf pour cinq jurisconsultes, le privilège créé par Auguste. Elle est l'un des signes les moins équivoques de l'état de décadence dans lequel étaient tombées la science juridique et l'instruction professionnelle des juges (1).

29. — 2°. *Leges, et premiers essais de codification privée des leges.* — A partir de Dioclétien, le nombre des constitutions impériales s'est accru dans des proportions considérables. A cette époque, les rescrits et les décrets n'ont plus, en principe, qu'une autorité relative aux personnes en vue desquelles ils ont été rendus (*constitutio personalis*). Aussi ne sont-ils pas l'objet d'une promulgation. Mais il est probable qu'on continuait à y puiser des éléments de décision pour la solution des procès. C'est sous forme d'édit appelé désormais *Lex* (*constitutio generalis*) que les empereurs prennent des décisions ayant un caractère obligatoire général. La nécessité de réunir en un seul corps toutes les constitutions impériales dut donc, à cette époque, se faire sentir avec d'autant plus de force, que les rescrits et décrets n'étant pas promulgués, ne parvenaient que difficilement à la connaissance des praticiens. Déjà sous Marc Aurèle, le jurisconsulte Papirius

28. — (1) Ortolan, t. I, nos 499-501; Accarias, t. I, no 29.

Justus avait composé un recueil de constitutions. On connaît aussi un livre de Paul contenant des décrets impériaux. Au IVe siècle, les jurisconsultes Gregorianus et Hermogenianus formèrent des compilations de ce genre qu'ils appelèrent *Codices*, nom qui est resté désormais attaché à toutes les collections de constitutions impériales (1). A côté de ces œuvres dépourvues de tout caractère officiel, citons des écrits également destinés à la pratique judiciaire, assemblage de *jus* et de *leges*, ayant pour but d'apporter un peu d'ordre dans le chaos des matériaux juridiques utilisés à cette époque. Tels sont les *Fragmenta Vaticana*, la *Mosaïcarum* et *Romanarum legum collatio*, et la *Consultatio veteris jurisconsulti* (2).

Première codification officielle. Code Théodosien.

30. — Avec Théodose II, les empereurs entrent eux-mêmes dans la voie de la codification. Prenant comme exemple les Codes Grégorien et Hermogénien, Théodose publia en 438, pour l'empire d'Orient, un recueil de toutes les constitutions depuis Constantin jusqu'à son propre règne. Ce code fut publié l'année suivante en Occident par Valentinien III. Nous le possédons presque en entier. Théodose interdit d'invoquer désormais d'autre Code que le sien, lorsqu'il s'agirait de recourir aux constitutions impériales. Il complétait ainsi pour les *Leges* l'œuvre qu'il avait commencée pour le *Jus* dans la loi des citations. Le Code Théodosien est divisé en seize livres et chaque livre en un certain nombre de titres. Ce recueil a eu plus d'influence sur l'avenir du droit en Occident où il est la dernière manifestation officielle de l'activité juridique des

29. — (1) Nous ne possédons dans leur entier ni l'un ni l'autre de ces *Codices*. On a pu les reconstituer en partie en réunissant les extraits qu'en donnent certains recueils juridiques postérieurs. V. Ortolan, t. I, nos 459-466 ; Accarias, t. I, no 29.

(2) Ortolan, t. I, nos 511-525.

empereurs. En Orient, il devait bientôt être remplacé par les compilations justiniennes (1).

Sort du Droit romain dans l'empire d'Orient. Compilations de Justinien.

31. — Le travail de codification commencé par Théodose II, fut repris au sixième siècle et poussé plus loin par Justinien. Cet empereur a complètement remanié les sources du droit, et son travail de compilation comprend : le Code, le Digeste, les Institutes, les Novelles. L'ensemble de ces documents est appelé par les modernes : *Corpus juris civilis*. C'est le produit dernier de la science juridique romaine, le suprême effort de concentration du droit luttant contre la désagrégation lente dont les premiers indices apparaissent déjà au troisième siècle. Le *Corpus* de Justinien forme donc comme le pendant de la loi des XII Tables, et ces deux monuments juridiques, témoignent des transformations profondes subies par le droit dans ce long intervalle : l'un profondément imprégné encore de l'esprit des institutions primitives, l'autre contenant déjà les principes essentiels du droit des sociétés modernes.

32. — *Codex vetus*. — Justinien conserva la distinction du *Jus* et des *Leges*. Sa première œuvre concerne les *Leges*. Elle consista dans la codification des constitutions impériales depuis Hadrien, en s'aidant des *Codices* de Grégorien, d'Hermogénien et de Théodose. Les compilateurs chargés de ce travail, à la tête desquels était Tribonien, durent conserver à chaque constitution le nom de l'empereur de qui elle émanait, sa date, le lieu où elle avait été rendue, le nom des personnes à qui elle avait été adressée. L'ouvrage, à l'exemple des *Codices* précédents, reçut le nom de *Codex*. Il fut divisé en douze

30. — (1) Ortolan, t. I, nos 502-507; Accarias, t. I, no 29; Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 10.

livres pour rappeler le souvenir de la loi des XII Tables, et promulgué en 529. Ce *Codex vetus* n'est pas parvenu jusqu'à nous (1).

33. — *Digeste.* — Quant au *Jus,* l'empereur chercha également à réunir en un seul corps de doctrine les opinions des jurisconsultes les plus célèbres. Tribonien et les autres commissaires chargés de ce travail, eurent le droit de choisir parmi tous les écrits des jurisconsultes les passages qui leur parurent être l'expression des doctrines encore en vigueur de leur temps. Mais ils durent conserver à chaque fragment le nom du jurisconsulte qui l'avait fourni, l'indication de l'ouvrage d'où il était tiré. Cette compilation fut promulguée en 533, mais pour n'entrer en vigueur qu'en 534. Elle reçut le nom déjà usité de *Digesta,* ou *Pandectæ,* de *digerere,* mettre en ordre, et πᾶν δέχεσθαι, exposé général (1).

34. — *Institutes.* — Le Code et le Digeste étaient des recueils trop considérables pour pouvoir être consultés facilement par ceux qui n'étaient pas initiés à la science du droit. Justinien fit donc rédiger sous le titre d'*Institutiones* une sorte d'abrégé élémentaire du droit, qui fut déclaré obliga-

32. — (1) Ortolan, t. I, nº 539.

33. — (1) Le *Digeste* est divisé en 50 livres, chaque livre en titres et chaque titre en un certain nombre de fragments extraits des ouvrages consultés par les compilateurs. Les fragments classés par numéro d'ordre sont souvent appelés lois par les modernes. Chacun de ces fragments a été divisé au moyen âge, et pour la commodité des citations, en paragraphes numérotés, dont le premier seul, non numéroté, porte le nom de *principium.* Le mode de citation que nous employons est le suivant : 12, § 2, Dig., *De ritu nuptiarum,* XXIII, 2, le premier chiffre désignant le numéro du fragment, le second le paragraphe, le chiffre romain indiquant le livre, et le chiffre arabe qui le suit le numéro du titre. L'ordre des livres et des titres est à peu près celui qui avait été adopté par le rédacteur de l'Edit perpétuel. On a longtemps cherché quelle avait été l'idée qui avait présidé au classement des fragments dans chaque titre. On a fini par reconnaître que les commissaires, presque tous professeurs de droit, avaient distribué les textes dans l'ordre correspondant à celui qui était suivi dans l'enseignement du droit à cette époque. Ortolan, t. I, nº 544 ; Accarias, t. I, nº 30.

toire à l'égal d'une loi, à partir du même jour que le Digeste. Les rédacteurs des Institutes, s'inspirèrent principalement des Institutes de Gaius (V. n° 24). Ils en conservèrent le plan, les divisions, et même le texte, et n'y apportèrent de modifications que lorsqu'il s'agissait d'institutions tombées en désuétude ou de principes nouveaux introduits dans le droit par Justinien ou ses prédécesseurs (1).

35. — *Codex repetitæ prælectionis.* — Depuis la promulgation du Code, une révision de ce recueil était devenue nécessaire. Un grand nombre de constitutions avaient été rendues par Justinien, et il était indispensable de les insérer dans le Code. Ce travail de refonte, terminé en 534, fut promulgué sous le nom de *Codex repetitæ prælectionis*, et c'est cette seconde édition qui nous est parvenue (1).

36. — *Novelles.* — Après tout ce travail de remaniement législatif, Justinien rendit durant les trente années qu'il régna encore, un assez grand nombre de constitutions, *Novellæ constitutiones*, qui modifièrent sensiblement, mais sur certains points seulement, le droit du Digeste, du Code et des Institutes. Ces constitutions, presque toutes rédigées en grec, destinées qu'elles étaient aux populations de l'empire d'Orient, n'ont fait l'objet de la part de Justinien ou de ses successeurs d'aucune collection officielle (1).

34. — (1) Les Institutes de Justinien sont divisées en quatre livres, chaque livre en un certain nombre de titres, et chaque titre en paragraphes, dont le premier non numéroté porte le nom de *principium*. Le mode de citation que nous emploierons pour les Institutes est le suivant : § 1, Inst., *De usucap.*, II, 6. Ortolan, t. I, nos 548, 549; Accarias, t. I, n° 32.

35. — (1) L'ouvrage est divisé en douze livres, chaque livre en titres. Dans chaque titre, on trouve un certain nombre de constitutions classées dans l'ordre chronologique, avec en tête le nom de l'empereur et celui de la personne à qui elle est adressée, à la fin le lieu et la date. Pour les citations du Code nous adopterons le procédé suivant : 1. Cod., *De legitimis heredibus*, VI, 58. Ortolan, t. I, nos 550, 551.

36. — (1) Ortolan, t. I, nos 552-561.

37. — *Appréciation de l'œuvre de Justinien.* — Pour apprécier la valeur de l'œuvre de Justinien, il faut l'envisager d'abord comme travail de codification. Or, il est certain que la pensée première d'une codification des *Leges* ne lui appartient pas. En ce qui concerne le *Jus,* il a été mieux inspiré que ses devanciers, car il a rompu définitivement avec l'autorité des prudents investis de la *permissio jura condendi*, en donnant aux compilateurs le droit de recourir aux écrits de tous les jurisconsultes anciens. Le plus grave reproche qu'on puisse adresser à ce point de vue aux commissaires chargés de ce travail, c'est le manque d'unité de leur œuvre. Ce défaut s'est traduit par des antinomies ou contradictions qu'ils n'ont pas songé à faire disparaître. Il est arrivé aussi qu'ils ont laissé subsister dans leur texte des solutions qui n'étaient plus en vigueur à cette époque. Enfin, reproduisant fidèlement les écrits des jurisconsultes, leurs raisonnements, leurs controverses et leurs doutes mêmes, ils ont fait parler à Justinien le langage de l'interprète et non celui du législateur qui ordonne et ne discute pas. Au lieu d'être originale et une, la codification Justinienne est donc une compilation d'une valeur médiocre, mosaïque de fragments précieux, empruntés à des œuvres d'art anciennes, soudés les uns aux autres par des praticiens de la décadence (1). Quant au fond même des dispositions du *Corpus,* si on laisse de côté les emprunts considérables faits au droit ancien, pour ne s'attacher qu'à l'œuvre propre de Justinien, on ne peut nier les mérites de celle-ci. Sans doute, on trouve dans ses constitutions des défauts de rédaction qui caractérisent l'époque, un style où la prolixité et l'emphase le disputent au manque de précision et de logique. Mais, ses décisions s'inspirent d'une assez grande largeur de vues et réalisent des progrès sérieux. Il consacre définitivement la

37. — (1) Si la méthode qui a présidé à la composition du *Corpus,* et particulièrement du Digeste mérite des critiques, elle a du moins contribué à nous conserver d'importants extraits d'œuvres juridiques, qui, sans les compilateurs, seraient perdus pour nous.

chute de plusieurs institutions, legs de l'ancien droit, qui n'étaient plus en harmonie avec les idées de son temps. Il n'a fait, il est vrai, que sanctionner ainsi des résultats acquis depuis longtemps dans la pratique. Mais il n'en a pas moins déblayé le terrain du droit de tous les vestiges gênants du droit antique, et préparé les voies où devait s'engager à sa suite le législateur moderne.

38. — *Destinées ultérieures du droit romain en Orient.* — Les recueils dus à Justinien, primitivement écrits en latin, furent traduits en grec et paraphrasés. Parmi ces paraphrases, citons celle de Théophile sur les Institutes. Puis, malgré la défense de Justinien, vinrent les commentaires et les abrégés toujours en langue grecque. Les successeurs de Justinien rendirent d'ailleurs de nouvelles constitutions et tentèrent de remanier les lois anciennes. Ce travail fut commencé par Basilius Macedo au IXe siècle, et terminé par son fils Léon le Philosophe au début du Xe siècle. Cette refonte du droit forme l'ouvrage connu sous le nom de *Basiliques*. A partir de ce moment, on ne trouve plus que des résumés de plus en plus imparfaits, dont le plus célèbre date du XIVe siècle et resta en vigueur dans la pratique jusqu'à la chute de l'empire d'Orient. C'est le *Promptuarium* d'Harmenopoulos (1).

39. — *Destinées du droit romain en Occident.* — Pendant que, dans l'empire d'Orient, le droit romain se concentrait en un corps de doctrine qui devait plus tard réagir sur les législations occidentales, sa force de résistance s'affaiblissait dans les pays qui faisaient autrefois partie de l'empire d'Occident. Les Barbares qui fondèrent des états nouveaux sur ses ruines respectèrent cependant la loi des vaincus. C'est ainsi que le Code Théodosien et les Novelles de Théodose continuèrent à faire le fond de la législation en vigueur

38. — (1) V. pour plus de détails sur le droit byzantin, Ortolan, t. I, nos 590-596; Mortreuil, *Histoire du droit byzantin*.

en Occident. En même temps, certains peuples barbares, les Wisigoths et les Burgondes, publièrent des lois destinées à leurs sujets d'origine romaine : la *Lex romana Wisigothorum* ou *Breviarium Alarici*, et la *Lex romana Burgundionum* appelée aussi *Papianus* (1). Quant au droit de Justinien, bien que promulgué en Italie, il n'y fut guère pratiqué. Il ne pénétra pas officiellement en Gaule, mais il semble n'y avoir pas été inconnu, surtout le droit des Novelles (2). Au XI^e^ siècle, l'école de Bologne remet de nouveau en lumière les compilations de Justinien; elle les explique dans des notes brèves, *glossa*, et, grâce à elle, le droit de Justinien est répandu dans toutes les écoles (3). Enfin, la renaissance littéraire et artistique des XV^e^ et XVI^e^ siècles a son contrecoup dans l'étude du droit romain. A l'école des glossateurs succède celle des humanistes, qui introduit les lettres et l'histoire comme auxiliaires dans l'étude du droit romain, et qui, dans ses recherches, remonte aux sources du droit antéjustinienes et remet en honneur les écrits des jurisconsultes négligés jusque-là pour les constitutions insérées dans le Code. A partir de ce moment, le droit romain cesse d'être une source directe du droit. Mais on le consulte comme document scientifique, et c'est là qu'on va chercher, à défaut de législation positive, les principes généraux de la science du droit; c'est à ce titre qu'il jouit d'une autorité incontestée, non seulement dans les pays de droit écrit, mais aussi dans ceux de droit coutumier, où il contrebalance les influences germaniques et les tendances féodales (4). Aussi n'est-il guère d'institutions de notre droit privé qui ne portent la marque de l'influence romaine et ne consacrent les maximes dont le génie juridique de Rome a doté l'humanité.

39. — (1) Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 16, 98, 104.
(2) Ortolan, t. I, n^os^ 607-610.
(3) Ortolan, t. I, n^os^ 611-632.
(4) Ortolan, t. I, n^os^ 633-636; Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 125, 126, 127.

Résultats du développement du droit romain.

40. — Il n'est pas inutile d'indiquer en quelques traits les résultats auxquels a abouti le développement du droit romain. On se rendra compte ainsi de l'action bienfaisante qu'il a exercée sur les destinées du droit moderne. 1° Le droit à Rome est, nous l'avons déjà dit (V. n° 15), essentiellement distinct de la religion. Rome a donc initié le monde à l'idée d'un droit séculier. Sans elle, il est probable que notre droit occidental porterait la trace de certaines conceptions d'ordre religieux, qui entraveraient son libre développement. 2° Le droit privé n'est plus exclusif, comme dans les débuts. Il n'est plus fait pour les membres d'une cité, mais pour l'homme en tant que membre de l'humanité. Il n'admet donc plus en principe les distinctions fondées sur les différences de race, de nationalité, de religion. 3° Le droit est devenu plus riche en institutions, mais par là même plus complexe. Les droits de famille font l'objet d'une réglementation légale, alors qu'autrefois ils étaient régis plutôt par les mœurs que par les lois. La disparition des conceptions antiques relatives à la famille assure à certaines personnes des droits dont jusqu'alors elles étaient privées. En ce qui concerne le droit des choses, le droit romain a fait triompher la notion de la propriété exclusive et individuelle, et dans la matière des obligations, il a contribué à dégager tous les principes sur lesquels s'appuie encore aujourd'hui la science moderne. 4° Enfin, le droit a fini par dépouiller son caractère formaliste. Déjà, à l'époque classique, mais surtout sous Justinien, la forme n'a plus l'importance capitale qu'elle avait autrefois dans la création, la transmission, l'extinction des droits. Elle n'est même plus prédominante dans la procédure. On voit quelle influence un droit ainsi simplifié a dû exercer sur le développement des législations modernes, et combien il a dû contribuer à hâter la maturité de nos institutions juridiques.

OBJET DU DROIT PRIVÉ

ET

PLAN DU LIVRE.

---

41. — L'exposé doctrinal des matières composant le droit privé romain comprend trois objets essentiels : les personnes, les choses, les actions.

1°. La théorie des personnes étudie les individus au point de vue de leur état, c'est-à-dire en tant que membres d'une nation et d'une famille. Elle détermine les droits et les obligations qui dérivent pour la personne de la situation qu'elle occupe dans la société.

2°. Puis, mettant l'individu en relation avec les choses du monde matériel et cherchant à se les approprier, la théorie des choses détermine la nature, l'étendue et les effets des droits dont les choses peuvent être l'objet.

3°. Enfin la théorie des actions a pour but l'examen des règles destinées à assurer à chacun le respect de ses droits.

Cette classification tripartite dont l'idée première paraît due au jurisconsulte Gaius, a été reproduite par Justinien à qui elle a servi de plan dans ses Institutes : *omne jus quo utimur vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones.* (G. I, 8; pr., Inst., *De jure personarum,* I, 3). Les personnes, les choses, les actions, telles seront également les trois grandes divisions de cet ouvrage.

PREMIÈRE PARTIE.

DES PERSONNES.

---

42. — *Notion et divisions des personnes.* — Le droit, étant fait pour les individus, implique nécessairement l'idée d'un sujet; qu'on appelle *personne*. Les personnes se divisent en deux catégories principales : les *personnes physiques*, et les *personnes juridiques*. Les personnes physiques sont les êtres humains; les personnes juridiques ne correspondent à aucune individualité concrète, et ne sont que des abstractions auxquelles le législateur a attribué une personnalité fictive. Aux premières appartient le nom de *persona*, des secondes on dit qu'elles font l'office de personnes, *personæ vice funguntur*. Nous reviendrons ultérieurement sur cette première division, après que nous aurons étudié les personnes physiques (V. n° 149).

Une personne physique est nécessairement appelée à jouer dans la société des rôles bien différents : celui de citoyen, de père de famille, d'enfant, d'époux, de tuteur. Dans l'intérêt d'une exposition méthodique, il est indispensable d'envisager la personne successivement sous ces divers aspects, en lui faisant jouer l'un après l'autre sur la scène juridique tous les personnages qu'elle peut être appelée à remplir. Cette méthode, due à l'esprit d'analyse des jurisconsultes romains, les a conduits à classer les personnes physiques de la façon suivante :

Première division. Les personnes sont libres ou esclaves. Les hommes libres se subdivisent en ingénus et affranchis.

Deuxième division. Les personnes libres sont des citoyens, ou des non citoyens.

Troisième division. Les citoyens sont *sui juris* ou *alieni juris*.

Quatrième division. Les personnes *sui juris* sont placées en tutelle ou en curatelle, ou n'y sont point placées.

PREMIÈRE DIVISION DES PERSONNES.

Personnes libres ou esclaves.

43. — *Notion de l'esclavage.* — La principale division des personnes, *summa divisio,* est la division en hommes libres et en esclaves. L'esclavage que les Romains voyaient pratiqué autour d'eux dans tout le monde antique, était considéré par eux comme appartenant au *Jus gentium* (G., I, 52). L'institution de l'esclavage se retrouve, en effet, dans toutes les civilisations inférieures. Elle a sa source première dans la guerre et la conquête, car pour les peuples primitifs, la personne, comme les biens du vaincu, est envisagée comme étant propriété du vainqueur de par le droit du plus fort. De là l'expression de *mancipia* (*manu capta*) dont se servent les Romains pour désigner les esclaves. Très rude au début, la condition de l'esclave finit par s'adoucir. Vers la fin de la République, l'influence bienfaisante de la philosophie grecque fit concevoir aux Romains des doutes sur la légitimité de l'esclavage. On reconnut que, bien qu'universellement acceptée, l'institution de l'esclavage n'en était pas moins contraire à la nature (1). Guidé par ces idées nouvelles, le législateur se

43. — (1) *Servitus est constitutio juris gentium qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur,* dira plus tard le jurisconsulte Florentinus, 4, § 1, Dig., *De stat. homin.*, I, 5.

préoccupe du sort de l'esclave dont la condition déjà adoucie en fait, s'améliore en droit. Mais l'esclavage ne disparaît pas, et même après le triomphe du christianisme, il subsiste en Occident et dans l'empire de Constantinople. Justinien s'en occupe avec un luxe de détails qui prouve que, de son temps, l'institution est encore en pleine vigueur.

Comment on devient esclave.

44. — On devient esclave soit par la naissance, soit par un fait postérieur à la naissance : *Servi aut nascuntur aut fiunt,* § 4, Inst., *De jure personarum,* I, 3.

1°. *Par la naissance.* — Pour savoir dans quel cas un enfant naissait esclave, les Romains appliquaient un principe adopté dans toutes les législations antiques, et qui par suite appartient au *Jus gentium.* D'après ce principe, l'enfant doit toujours se rattacher à celui de ses deux parents dont la parenté est indéniable, et qu'un fait matériel désigne comme ayant engendré l'enfant, c'est-à-dire à la mère(1). L'enfant suit donc la condition de sa mère et naît esclave si sa mère est esclave elle-même. Peu importe que le père soit un homme libre, car l'enfant ne prend la qualité du père que lorsqu'il y a mariage légitime, *justæ nuptiæ.* Or, il n'y a point de *justæ nuptiæ* possible entre un homme libre et une esclave. C'est d'ailleurs au jour de l'accouchement qu'il faut se placer pour déterminer la condition de la mère et par suite celle de l'enfant. Dès lors, si la femme, esclave durant sa grossesse, est devenue libre au jour de l'accouchement, l'enfant naîtra libre, tandis que si, libre pendant la grossesse, la mère était esclave au jour de l'accouchement, l'enfant naîtra esclave (G., I, 82; Ulp., *Reg.,* V, 10). De ces deux conséquences, la dernière, bien que logique, était contraire à l'humanité. Aussi voit-on Hadrien admettre, dans une hypothèse particulière,

44. — (1) Nous verrons d'autres applications de cette règle, nos 53, 71, 98.

que l'enfant né d'une femme qui avait été libre durant sa grossesse naîtrait libre. Cette décision de faveur fut généralisée par la pratique, et l'on finit par admettre en principe que l'enfant naîtrait libre dès qu'à un instant quelconque de la grossesse, la mère avait été libre (5, § 3, Dig., *De stat. hom.*, I, 5; pr. Inst., *De ingen.*, I, 4).

45. — 2°. *Par un fait postérieur à la naissance.* — Les faits qui peuvent d'un homme né libre faire un esclave, dérivent les uns du *Jus gentium* (1), et, par suite, sont applicables à toutes personnes, même aux non citoyens; les autres du *Jus civile*, et, comme tels, sont propres aux citoyens seuls (2).

Modes de constitution de l'esclavage, dérivant du Jus gentium. — *Captivité.* — Lorsqu'il s'agissait d'un peuple avec lequel Rome n'entretenait aucune relation d'amitié ou d'alliance, tout individu appartenant à ce peuple pouvait devenir l'esclave des Romains, s'il était fait captif, même en dehors de toute guerre déclarée. Tel fut, sans doute, le droit des débuts au regard des peuples, voisins immédiats de Rome; et telle est encore la règle à la fin, vis-à-vis des Barbares. Mais, s'il s'agit d'un peuple ami ou allié, les nationaux de ce peuple ne peuvent devenir esclaves des Romains que s'ils sont faits prisonniers dans une guerre déclarée régulièrement suivant un cérémonial consacré, *justum bellum*. Pris dans d'autres conditions, ils demeurent libres. Les Romains admettaient, d'ailleurs, par voie de réciprocité, l'application de ces principes à leurs propres nationaux. On voit donc que la captivité est une cause d'esclavage, aussi bien pour les étrangers que pour les Romains, et que, par suite, elle rentre dans les institutions du *Jus gentium*.

Modes de constitution de l'esclavage se rattachant au Jus civile. — Le principe du *Jus civile* est que l'homme libre ne

45. — (1) C'est également en vertu du *Jus gentium* que l'enfant né d'une femme esclave devient esclave. V. n° 44.

(2) Accarias, t. I, n^os^ 37-1° et 38.

peut volontairement abdiquer sa liberté, mais qu'elle peut lui être enlevée à titre de peine. C'est ainsi que, dans le droit ancien, le citoyen qui ne s'était pas fait porter sur les registres du cens, *incensus*, et avait ainsi essayé de se soustraire aux charges pesant sur tous les citoyens, notamment au service militaire, était vendu comme esclave. Avec l'Empire, cette peine terrible ne fut plus appliquée. De même, le débiteur condamné qui n'avait pas, dans le délai légal, satisfait son créancier, devenait l'esclave de ce dernier. Mais cette rigueur disparut assez rapidement de la pratique. Enfin, le voleur surpris en flagrant délit, *fur manifestus*, était attribué comme esclave à la victime du vol. Le préteur a de bonne heure supprimé cette cause d'esclavage.

A l'époque classique, on trouve d'autres cas de servitude encourue *jure civili*, à titre de peine : 1° Un sénatusconsulte porté sous Claude, *Senatusconsultum Claudianum*, décida que la femme libre, qui, sachant sa condition, entretiendrait des relations suivies avec un esclave, malgré la volonté du maître de celui-ci, deviendrait esclave de ce maître. Cette peine était prononcée par un décret du magistrat (G., I, 84, 91 ; Paul, *Sent.*, II, 21, a). Ce sénatusconsulte est resté en vigueur jusqu'à Justinien, qui l'a abrogé. — 2° Les condamnations *ad bestias*, ou *ad metallum*, entraînaient l'esclavage. Les condamnés étaient, en pareil cas, des esclaves sans maître, *servi pœnæ*, esclaves de la peine qu'ils subissaient. Constantin supprima la condamnation *ad bestias*, et Justinien, tout en conservant la condamnation *ad metallum*, décida qu'elle n'entraînerait plus la perte de la liberté. — 3° Une constitution de l'empereur Commode permettait au patron qui avait de justes griefs contre son affranchi, de faire révoquer la liberté qu'il lui avait donnée (6, § 1, Dig., *De agnosc. vel alend.*, XXV, 3). C'était encore le magistrat qui prononçait cette peine, à charge par le patron d'établir contre son affranchi des faits d'ingratitude bien caractérisés. Telle est encore la législation sous Justinien. — 4° L'homme libre qui par fraude s'était fait passer pour esclave, et s'était laissé

acheter par un tiers de bonne foi, devenait esclave de l'acheteur (3). Cette cause d'esclavage subsiste encore sous Justinien.

Condition des esclaves.

Droit strict.

46. — 1°. *Rapports du maître et de l'esclave.* — Le maître a sur l'esclave tous les droits qu'un propriétaire a sur sa chose. Il peut à son gré et selon son caprice, punir l'esclave, le tuer, l'aliéner, louer ses services, le marier, le séparer de son époux, de ses enfants. L'esclave vis-à-vis du maître n'est donc pas une personne, *servi pro nullis habentur,* (32. Dig., *De reg. juris.,* L, 17). En somme l'esclave n'est pas loin d'être considéré comme une chose. Semblable aux bêtes de somme, il est rangé par le droit au nombre des *res mancipi.* Il peut être l'objet d'un droit d'usufruit, d'un droit d'hypothèque, appartenir en copropriété à plusieurs maîtres. Il ne peut avoir de patrimoine. Tous les biens que possédait l'homme libre, devenu esclave, deviennent propriété du maître; tout ce qu'il acquiert étant esclave est acquis au maître (G., I, 52). Enfin l'esclave ne peut agir en justice soit comme demandeur soit comme défendeur (1).

2°. *Rapports des esclaves entre eux.* — Tous les esclaves d'un même maître sont, en droit, égaux dans la servitude. Entre eux il ne peut être question d'opérations juridiques valables, car ils sont censés parler au nom du maître, qui ne peut évidemment traiter avec lui-même. Il n'y a de possibles

(3) L'esclavage n'était encouru dans ce cas que moyennant la réunion des cinq conditions suivantes : 1° Mauvaise foi du vendeur et de l'homme libre qui s'était laissé vendre; 2° Bonne foi de l'acheteur; 3° Paiement du prix effectué par l'acheteur; 4° Partage du prix entre le vendeur et l'homme libre son complice; 5° Ce dernier devait être âgé de plus de 20 ans. Accarias, t. I, n° 38-4°.

46. — (1) Il en est ainsi non seulement dans ses rapports avec son maître, mais aussi dans ses rapports avec les tiers.

que des actes juridiques entre esclaves appartenant à des maîtres différents, et aussi des unions soit entre esclaves du même maître, soit entre esclaves de deux maîtres. Ces unions, même autorisées par les maîtres, ne constituent pas des *justæ nuptiæ*. Aux yeux de la loi l'esclave n'a pas de femme légitime, il a une compagne de servitude cohabitant avec lui, *contubernalis*, à laquelle il est uni par les liens du *contubernium* (V. n° 97-3°) Cette union, que le maître peut dissoudre à son gré, ne donne au mari aucun pouvoir sur la femme, au père aucun pouvoir sur les enfants.

3°. *Rapports des esclaves avec les tiers.* — Tout en refusant à l'esclave la personnalité juridique, le droit romain est forcé de lui reconnaître une intelligence et une volonté. C'est ainsi qu'on admet qu'il peut s'obliger civilement par ses délits. De plus, on met à profit son activité en lui permettant de représenter son maître vis-à-vis des tiers, pourvu qu'il s'agisse d'actes augmentant le patrimoine du maître, et non d'actes tendant à le diminuer comme une aliénation ou une obligation. En somme, l'esclave est comme le porte-paroles du maître, il est entre ses mains une sorte de machine intelligente qui lui permet d'accroître sa capacité, d'étendre le cercle de son activité juridique. L'esclave se trouve ainsi forcément mêlé à la vie, à ses combinaisons d'intérêt, au mouvement journalier des affaires.

47. — *Condition des esclaves en fait.* — Il s'en faut de beaucoup que dans la réalité, le sort de l'esclave ait été ce qu'il devait être en droit. Les institutions humaines, en effet, ne produisent jamais ni tout le bien qu'on en attend, ni tout le mal qu'elles pourraient faire. Une première cause qui devait atténuer les rigueurs de l'esclavage était l'identité de race des maîtres et des esclaves. Les premiers esclaves qu'on eut à Rome, provenaient de peuples voisins et congénères. Ils n'étaient donc pas séparés de leurs maîtres par l'abîme que crée toujours la diversité des origines ethniques, des langues et des civilisations. De plus, le petit nombre des esclaves et

la difficulté de se les procurer devait les faire considérer comme une marchandise assez rare, qu'on cherchait à épargner. Enfin, dans les débuts, le maître et sa famille était constamment mêlé aux esclaves dans les travaux de la maison et des champs. Par ses propres fatigues, le maître devait comprendre l'intérêt qu'il avait à ménager son aide de chaque jour. Ainsi, grâce à cette communauté de travail et de vie domestique, initié aux événements de la vie de famille, participant au culte des dieux du foyer, l'esclave était associé à la famille comme une sorte de membre inférieur de celle-ci. Il en portait même le nom *familiaris*, *famulus* (1).

Ces faits devaient grandement influer, on le conçoit, sur la pratique de l'institution. Aussi les censeurs réprimaient-ils l'usage excessif de la *potestas dominica*. Au point de vue religieux, l'esclave était considéré comme une personne, puisque le lieu où il était enterré était *religiosus* (V. n° 164). Enfin, il pouvait avoir un pécule, *peculium*. On appelait ainsi, une partie du patrimoine du maître, dont celui-ci laissait l'administration à l'esclave, et qui était composé des sommes que le maître lui donnait, des économies réalisées par l'esclave sur sa nourriture, des présents que les tiers lui faisaient. En droit, le pécule restait propriété du maître, qui pouvait le reprendre, mais qui n'usait guère de ce droit. En fait, l'esclave conservait le pécule qu'il avait amassé et grossi par son économie, son habileté, son esprit d'intrigue. Le pécule devenait comme le compagnon de l'esclave dans sa servitude. Il était vendu avec lui à titre d'accessoire, on le lui laissait en règle générale lorsqu'on l'affranchissait. Les maîtres avaient intérêt d'ailleurs à laisser ainsi un pécule aux mains des esclaves afin de développer chez eux l'esprit d'ordre et d'économie, l'amour du gain, qualités précieuses aux yeux des Romains, et que l'esclave devait apporter ensuite dans la gestion des affaires du maître. Il arrivait aussi, souvent,

47. — (1) Boissier, *Religion romaine d'Auguste aux Antonins*, passim et notamment t. II, liv. III, ch. 4; Wallon, *Histoire de l'esclavage*, t. II, part. 2, ch. 6.

que le maître faisait acheter à l'esclave sa liberté à prix d'argent, et c'était le pécule grossi par les économies et les spéculations de l'esclave qui fournissait la somme que le maître recevait en échange de l'affranchissement qu'il consentait.

En somme, à la fin de la République, le sort des esclaves s'était singulièrement adouci. Tous sans doute n'étaient pas l'objet d'un traitement identique. Leur condition dépendait des hasards de leur naissance, des dispositions du maître, de leur propre capacité. Les esclaves nés dans la maison, *vernæ,* étaient plus estimés que les autres. Comme ils n'avaient pas subi la flétrissure d'une condamnation ou d'une vente publique, on les traitait avec plus d'égards, on les considérait comme attachés à la famille où ils étaient nés. Chez les grands et les riches, les esclaves pouvaient parvenir à des fonctions élevées dans la domesticité. Ainsi, à la campagne, ils devenaient *villici,* sorte d'intendants ruraux, chargés de l'administration d'un domaine où le maître ne réside que de loin en loin. A la ville, ils étaient *dispensatores,* c'est-à-dire économes, ou, lorsqu'ils avaient reçu une culture intellectuelle, supérieure souvent à celle des Romains eux-mêmes, ils remplissaient dans la maison l'office de *librarius, pictor, medicus, pædagogus* chargés, dans ce dernier cas, d'élever les enfants du maître et conquérant ainsi un ascendant qui ne s'efface pas. Enfin, lorsque l'esclave avait pour maître une personne morale, s'il était *servus populi romani,* esclave d'une ville, d'un temple, il était en fait absolument indépendant, l'autorité impersonnelle d'un être de raison étant nécessairement plus douce que celle d'un maître ordinaire(2).

Jus gentium, Époque classique et Bas-Empire.

48. — Avec l'Empire, le sort des esclaves changea. Un double phénomène se produisit. D'une part, la condition de

(2) Boissier, *La Religion romaine d'Auguste aux Antonins,* t. II, pp. 366 et suiv.; Wallon, *Histoire de l'esclavage,* t. II, part. 2, ch. 3.

l'esclave tendit à devenir en fait plus dure, tandis que, d'autre part, la loi s'inspirant des leçons de la philosophie et des exigences de la politique, intervint pour protéger l'esclave contre la rigueur du maître. Des causes multiples contribuèrent à créer cette situation nouvelle. L'affluence des esclaves étrangers de race et d'idée à la civilisation gréco-romaine, augmenta la distance qui séparait l'esclave du maître. Le nombre croissant des esclaves empêcha les maîtres d'avoir avec eux des rapports directs et personnels constants. De là une tendance de la part des propriétaires d'esclaves à se montrer beaucoup moins humains envers leurs esclaves que par le passé. Les censeurs ayant perdu peu à peu l'autorité dont ils étaient investis autrefois pour réprimer la violence ou la brutalité des maîtres, il fallut que le législateur intervînt. D'un autre côté, la philosophie considérait l'esclavage comme contraire à la justice et à l'égalité naturelle des hommes. Le monde des gens lettrés, qui se piquait de suivre les leçons des Grecs, traitait l'esclave avec douceur et humanité. Déjà Cicéron et Atticus pratiquent ces maximes nouvelles. Plus tard, Sénèque et Pline le Jeune expriment dans un langage élevé les idées qui tendent à se faire jour dans la société d'alors. *Errat, si quis existimat,* dit Sénèque (*De benefic.*, III, 20), *servitutem in totum hominem descendere, pars melior ejus excepta est; corpora obnoxia sunt et adscripta dominis, mens quidem sui juris.* Ulpien, à l'époque classique, proclame la complète égalité des hommes au point de vue du droit naturel (32. Dig., *De reg. juris*, L, 17), *quod ad jus naturale attinet, omnes homines æquales sunt* (1).

Les empereurs furent donc amenés, sous l'influence de ces causes diverses, à améliorer le sort de l'esclave. Ils avaient trop souvent, d'ailleurs, mis à profit ses services, ses talents et ses vices, pour ne pas lui en avoir conservé quelque reconnaissance. Sous Auguste, une loi *Petronia,* confirmée plus

48. — (1) *Adde* : Lemonnier, *Etude historique sur la condition privée des affranchis,* pp. 25, 26, 27.

tard par des sénatusconsultes, défend aux maîtres de livrer leurs esclaves aux bêtes sans un juste motif, qui doit être approuvé par le magistrat. Claude décide que les maîtres qui abandonneraient leurs esclaves malades pour se dispenser de les soigner, perdraient leur droit de propriété. Mais c'est à Antonin le Pieux que revient l'honneur d'avoir proclamé des règles générales destinées à réprimer la cruauté des maîtres. Une constitution de ce prince punit le maître qui aura tué son esclave, sans justes motifs, de la même peine que celui qui tue l'esclave d'autrui, c'est-à-dire de la déportation ou de la mort. D'après une autre constitution, le maître qui punit son esclave outre mesure, ou se livre envers lui à des violences ou à des actes infamants, pourra être contraint par le magistrat à vendre l'esclave, avec la clause que jamais ce dernier ne devra retomber sous la puissance de son ancien maître (G., I, 53; 2. Dig., *De his qui sui vel al.*, I, 6). Les empereurs chrétiens n'apportèrent aucun adoucissement nouveau au sort des esclaves. Constantin avait interdit l'exposition des enfants, même esclaves. Justinien renouvela cette défense, et décida que les enfants exposés, au lieu de devenir esclaves de ceux qui les auraient recueillis, seraient libres (2).

L'esclavage n'a donc pas disparu au Bas-Empire, et l'on peut affirmer que son maintien, l'une des plaies de la société antique, a été pour une grande part la cause de sa ruine. Il a perpétué la disproportion des fortunes en enrichissant, outre mesure, certains grands propriétaires, et en tuant toute concurrence de la part des propriétaires de petits domaines et des travailleurs libres. C'est l'esclavage qui a toujours mis obstacle à la constitution d'une classe intermédiaire tenant le milieu entre la richesse extrême et le prolétariat. C'est l'esclavage enfin qui, éteignant chez l'homme libre l'activité et l'amour du travail, l'a façonné à la servitude impériale pour le livrer ensuite sans défense aux entreprises des Barbares (3).

(2) Accarias, t. I, nº 40.

(3) Boissier, *Religion romaine d'Auguste aux Antonins*, t. II, p. 354; Wallon, *Histoire de l'esclavage*, t. II, part. 2, ch. 9.

Cessation de l'esclavage.

49. — L'esclavage peut prendre fin sans la volonté du maître, ou par l'effet d'une abdication volontaire de son droit de puissance.

1°. *Causes de cessation de l'esclavage indépendantes de la volonté du maître.* — L'esclave peut acquérir la liberté sans la volonté du maître, soit de plein droit, soit par une décision du magistrat.

Il devient libre de plein droit, en vertu de la décision de Claude, lorsque malade il aura été abandonné par son maître (n° 48). Marc Aurèle déclare également libre de plein droit l'esclave acquis sous la condition qu'il serait affranchi dans un certain délai, lorsque l'affranchissement n'avait pas eu lieu dans le délai convenu. Enfin, lorsqu'il s'agissait d'esclaves devenus tels par la captivité, l'esclave redevenait libre de plein droit, s'il reconquérait sa liberté par la fuite. Cette règle, que les Romains avaient admise pour leurs nationaux, était également appliquée par eux, par voie de réciprocité, à leurs prisonniers de guerre. La coutume avait fait prévaloir, d'ailleurs, en ce qui concerne les Romains captifs qui s'étaient enfuis de chez l'ennemi, une règle fort avantageuse. Le citoyen, qui avait réussi à rentrer dans la cité, était censé n'avoir jamais été esclave. On effaçait rétroactivement, à son profit, toutes les conséquences de la captivité. Cette fiction était appelée *Jus postliminii*. C'est ainsi que le captif reprenait, dans la cité, le titre et les droits d'*ingenuus* qu'il avait auparavant et n'était pas traité comme affranchi. *Paterfamilias*, il était censé n'avoir jamais perdu la puissance paternelle, et les acquisitions réalisées entre temps par ses esclaves ou ses fils lui appartenaient. Enfin son testament demeurait valable (G., I, 129). Tous les captifs, à leur retour, ne jouissaient pas du *Jus postliminii*. Il était refusé à ceux qui s'étaient rendus à discrétion, à ceux que Rome avait livrés à

l'ennemi en vertu d'un traité, à ceux, comme Regulus, qui revenaient à Rome mais avec l'esprit de retour à l'ennemi. La fiction du *postliminium* était également appliquée aux captifs faits par les Romains, car s'ils étaient repris après s'être enfuis dans leur pays, ils appartenaient non à leur ancien, mais à leur nouveau maître (1).

L'esclave peut obtenir aussi sa liberté contre le gré du maître, en s'adressant au magistrat, lorsque le maître a reçu l'esclave en vertu d'un testament qui le charge de l'affranchir et qu'il se refuse à accomplir la *manumissio*. Telle est la décision du sénatusconsulte Rubrien porté sous Trajan (26, § 7, Dig., *De fideicomm.*, XL, 5) (V. n° 66).

2°. *Causes de cessation de l'esclavage dépendant de la volonté du maître.* — Affranchissement (V. n^os^ 60 et suiv.).

Du Colonat (1).

50. — A côté de l'esclavage, il faut mentionner le colonat qui, au Bas-Empire, forme comme un échelon intermédiaire entre la servitude et la liberté. Le colon que les sources désignent sous les noms de *colonus, inquilinus, originarius, adscripticius, tributarius* (2), est avant tout un homme libre, souvent un citoyen romain. On lui reconnaît le droit de contracter un mariage légitime, d'être propriétaire, de transmettre ses biens. Mais, placé sur un fonds dont il n'a pas la propriété et qu'il cultive à charge de payer au propriétaire

49. — (1) Pour le *postliminium*, Accarias, t. I, n^os^ 42, 43.

50. — (1) Fustel de Coulanges, *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, p. 3-186; Fustel de Coulanges, *Histoire des Institutions politiques de l'ancienne France*, t. I, p. 244, 2e édit.; Esmein, *Mélanges d'histoire du droit*, p. 306 et suiv.; Gautier, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 73, 74; Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, t. I, p. 258; Accarias, t. I, n° 44.

(2) Ces expressions diverses, pour désigner une même classe de personnes, montrent qu'il y a eu des différences de condition dans la situation des colons. Il semble, en effet, que le colonat n'ait pas été une institution uniforme,

une redevance périodique (3), il reste attaché à ce fonds qu'il ne peut déserter. Le propriétaire a le droit, s'il s'enfuit, de l'y ramener de force. En cas d'aliénation il passe avec la terre elle-même, au propriétaire nouveau, à titre d'accessoire du fonds. Ce lien indissoluble qui unissait ainsi le colon au sol, fait qu'on le considère comme l'esclave de la terre sur laquelle il travaille, *servus terræ*. La condition de colon était héréditaire et perpétuelle. La prescription ne peut, du moins sous Justinien, soustraire les colons à leur condition.

On conçoit facilement qu'une pareille institution, loin d'être apparue brusquement, se soit établie lentement sous l'influence de causes multiples, sur lesquelles la science moderne n'a pu encore faire une lumière complète. Les origines probables du colonat doivent être rattachées aux faits suivants, qui sont avant tout d'ordre économique.

1°. L'expression *colonus*, désigne dans la pure langue du droit romain, celui qui a loué une terre en vue d'une exploitation agricole. Entre ce fermier, homme libre, et le propriétaire de la terre, il n'y a d'autres rapports que ceux qu'engendre le contrat de louage. Aucun lien de sujétion corporelle n'attache le *colonus* au propriétaire ou à la terre. Il est seulement tenu de payer son prix de location en argent, *merces*, aux époques convenues. Les meubles, animaux, ustensiles aratoires apportés par lui sur la ferme, *invecta illataque*, étaient affectés à la sûreté du paiement des fermages. Or, au début de l'époque classique, on voit assez fréquemment des *coloni* qui, n'ayant pu payer leurs fermages, continuent ce-

mais un état qui, suivant les pays et les domaines et souvent aussi dans un même pays et un même domaine, pouvait revêtir des aspects différents. Nous ne rappelons au texte que les traits qu'on peut considérer comme communs à tous ceux qui figurent dans cette classe de personnes.

(3) La redevance consistait, suivant l'usage établi dans le domaine où travaillait le colon, usage qui provenait de l'accord intervenu anciennement avec les colons primitifs, en une part des récoltes ou en argent. Les colons sont également tenus de fournir au *dominus* certaines prestations ou corvées qui s'exécutent sur les terres du domaine que le maître exploite personnellement, ou par le moyen de ses esclaves. De là la présence simultanée sur le même domaine des colons et des esclaves.

pendant à rester sur la ferme et à la cultiver. Mais une redevance en fruits semble avoir remplacé la *merces* en argent. Le *dominus,* qui tient à conserver un fermier, n'a pas voulu faire vendre les objets affectés au paiement de l'arriéré qui lui est dû. Il conserve donc son *colonus*. Celui-ci, de son côté, ne peut pas quitter la ferme, car il s'exposerait ainsi à la saisie du gage et à la ruine. Peu à peu il s'attache au sol, il y reste sa vie durant; ses enfants lui succèdent, retenus comme lui par les mêmes causes et dans les mêmes conditions. Les fermiers libres se transforment ainsi insensiblement en colons. Ils gardent leur ancien nom, *coloni,* mais ce nom correspond à une condition nouvelle.

2°. A l'époque impériale la petite propriété tendait à disparaître. Dans un grand nombre de provinces on voyait de vastes domaines, *latifundia, saltus,* appartenant à un seul propriétaire (4). Il les faisait exploiter par des esclaves ruraux, dont quelques-uns vivant toujours sur le même fonds, loin du maître, avaient peu à peu conquis une condition de fait voisine de la liberté. Ces esclaves cultivaient un lot de terre qu'on leur avait concédé à part, mais à charge de payer une redevance, semblables en cela aux fermiers libres, *coloni,* mais ne pouvant quitter le sol auquel ils étaient attachés plus qu'au maître lui-même. La transition entre cette condition quasi-servile et celle du colon a dû, semble-t-il, être facile. Des esclaves affranchis reçurent sans doute également des lots de terre à cultiver dans des conditions analogues, et restèrent ainsi dans la condition de colon au sortir de l'esclavage. A côté des esclaves qui cultivaient les grands domaines, on trouve aussi des hommes libres qui, volontairement s'étaient placés sous la dépendance du propriétaire, s'engageant à rester sur les lots de terre qui leur étaient donnés pour les mettre en culture, et devant fournir au propriétaire une part des fruits et des journées de travail. Ils ne perdaient

(4) C'est ainsi que le fisc impérial avait des propriétés immenses, notamment en Afrique. Il les faisait exploiter simultanément par des colons et des esclaves.

pas leur qualité d'hommes libres, mais peu à peu, eux et leurs descendants s'attachèrent au sol, jusqu'au jour où on ne leur permit plus de le quitter (5).

3°. Enfin les empereurs distribuèrent souvent aux propriétaires des barbares faits prisonniers pour cultiver leurs terres, ou les établirent par groupes sur les terres du domaine impérial. Ils en firent ainsi des colons (6).

Telles sont les causes diverses qui ont concouru simultanément, chacune dans une mesure qu'il est difficile de préciser, à créer le colonat. Déjà au IIe siècle, on voit apparaître cette institution. Elle se développe en dehors de toute action législative pendant le IIIe siècle, sans faire encore l'objet d'une réglementation légale. C'est seulement au milieu du IVe siècle, à partir de Constantin, que les empereurs s'en préoccupent dans leurs constitutions, et consacrent officiellement les principales règles que la pratique avait fait prévaloir bien longtemps avant eux. La colonat est encore en pleine vigueur sous Justinien et il a subsisté en Occident pendant plusieurs siècles après la chute de la domination romaine.

DEUXIÈME DIVISION DES PERSONNES.

Citoyens et non citoyens.

51. — *Notion générale.* — La division des personnes en citoyens, *cives,* et non citoyens, *non cives,* avait en droit ro-

(5) On a retrouvé récemment en Tunisie une inscription qui permet de reconstituer en partie la condition des colons d'un des grands domaines que le fisc impérial possédait dans ce pays : le *Saltus Burunitanus.*

(6) On rattache souvent l'origine du colonat à des mesures fiscales prises sous l'Empire en vue de rendre l'impôt plus productif. Le fisc aurait exigé l'inscription de certains cultivateurs libres sur les registres du cens en vue de leur faire payer la *capitatio humana.* Il est certain que cette inscription a été exigée à partir d'une époque donnée. C'est de là que les colons tirent leur nom d'*adscripticii, censiti, tributarii.* Mais ce n'est pas, semble-t-il, cette inscription qui a transformé en colons des individus qui ne l'étaient pas auparavant. Elle paraît s'être appliquée à des personnes qui avaient déjà la qualité de colons, et n'avoir été qu'une reconnaissance officielle par le fisc d'une institution qui existait déjà auparavant.

main, comme dans toutes les législations de l'antiquité, une importance capitale qu'elle a perdue de nos jours (1). Seul, en effet, le citoyen avait part au droit de la cité. Le non citoyen en était systématiquement exclu. Ce n'est qu'avec peine que les Romains se sont décidés à abandonner cette conception étroite et ont admis les étrangers à participer aux privilèges juridiques que conférait le droit de cité. Des raisons politiques, des vues d'intérêt, des considérations d'ordre philosophique ont favorisé ce mouvement. De là a surgi l'idée de l'égalité de tous les hommes au point de vue du droit privé, quelle que soit la nationalité à laquelle ils appartiennent, idée dont toutes les applications ne sont pas encore adoptées aujourd'hui par les législations modernes. Pour retracer cette évolution, nous envisagerons d'abord le *civis*, puis mettant en face de lui le *non civis*, nous aurons à montrer comment on en est venu à faire participer les *non cives*, aux avantages de la qualité de *civis*.

Des citoyens.

52. — *Privilèges attachés à la qualité de citoyen.* — Dans le droit primitif des Romains le citoyen peut se définir : celui qui fait partie de l'association politique, religieuse et civile des *gentes*. De là résulte pour le citoyen : 1° dans l'ordre politique, le droit de voter dans les assemblées du peuple, *jus suffragii* et le droit d'être élu aux magistratures, *jus honorum;* 2° dans l'ordre religieux, le droit de participer aux *sacra publica*, et aux *sacra privata* comme membre d'une famille et d'une *gens;* 3° dans l'ordre civil, la pleine jouissance du *jus civile*, lequel se ramène dans le principe aux trois éléments suivants : *jus connubii, jus commercii, legis actio*. Le *jus connubii* est le droit de contracter un mariage valable d'après le *jus quiritium, justæ nuptiæ*, et de jouir de tous les avantages légaux

51. — (1) Fustel de Coulanges, *La cité antique*, livre III, ch. 12.

qui en découlent : puissance sur la femme et sur les enfants. C'est aussi le *connubium* qui crée la parenté civile ou *agnatio* avec toutes ses conséquences légales, droit à la succession *ab intestat* et à la tutelle. En somme, le *jus connubii* comprend tous les droits que l'individu peut avoir dans la famille. Par *commercium*, il faut entendre l'ensemble des droits que le citoyen peut avoir sur les choses : la faculté d'acquérir le droit de propriété romaine, *dominium ex jure quiritium*, de faire tous les actes de disposition qui en dérivent, aliéner entre-vifs ou à cause de mort, acquérir aux mêmes titres, s'obliger ou devenir créancier. Enfin, pour la garantie de tous ces droits, le citoyen peut avoir recours au magistrat et après accomplissement des formalités de la *legis actio*, obtenir soit une décision immédiate, soit le renvoi de son affaire devant un juge (1).

Comment on devenait citoyen.

53. — La qualité de *civis* s'acquérait par l'effet de la naissance, ou par un fait postérieur à la naissance.

1°. *Par la naissance.* — Théoriquement il n'y a que deux façons d'acquérir la qualité de citoyen par l'effet de la naissance. On naît citoyen, *jure soli*, par le fait de la naissance sur le sol de la cité et quelle que soit la nationalité des parents. On naît citoyen, *jure sanguinis*, parce qu'on est issu de parents citoyens eux-mêmes, et indépendamment du lieu où on est né. De ces deux systèmes, le premier ne fut point admis par les Romains. La cité, en effet, dans les idées antiques, n'est que la réunion et l'association d'un certain groupe de familles. Pour être citoyen d'un État, il ne suffit donc pas d'être né sur son territoire, il faut appartenir par les liens du sang à l'un des groupes familiaux qui forment l'État. La qualité de

52. — (1) On retrouve donc ici sous une forme un peu différente la division tripartite du droit privé : les personnes, les choses, les actions.

citoyen est donc transmise des parents aux enfants. Mais quel est celui des deux parents qui communiquera à l'enfant sa nationalité? Si l'on suivait ici la règle du *Jus gentium*, dont nous avons vu l'application dans la matière de l'esclavage (V. n° 44), l'enfant devrait avoir la même nationalité que celle de sa mère (G., I, 78, 80). Mais le *Jus civile* se séparait à cet égard du *Jus gentium*. D'après le *Jus civile* l'enfant né *ex justis nuptiis* suit la condition du père et non celle de la mère, et par conséquent prend la nationalité du père au jour de la conception (G., I, 89). La combinaison de cette règle avec celle du *Jus gentium* conduisait aux conséquences suivantes : 1° l'enfant issu des *justæ nuptiæ* d'un citoyen romain avec une citoyenne romaine naît romain; 2° l'enfant issu de l'union de deux pérégrins ou d'un romain avec une pérégrine suit la condition de la mère et naît pérégrin, car il n'y a pas *connubium* entre ses deux parents (G., I, 67). Si l'enfant naît d'un père pérégrin et d'une mère romaine, comme il n'y a pas non plus *connubium* entre les parents, il devrait suivre, conformément au *Jus gentium*, la condition de la mère et par suite être romain. Mais une loi *Minicia*, vint décider qu'en cas de *dispar matrimonium*, c'est-à-dire d'un mariage où l'un des deux parents est pérégrin, l'enfant devrait toujours suivre la pire condition, et par suite naîtrait pérégrin (G., I, 78; Ulp., *Reg.*, V, 8); 3° lorsqu'enfin, l'enfant était *vulgo conceptus*, c'est-à-dire né des relations passagères d'une femme non mariée avec un individu quelconque, la règle du *Jus gentium* reprenait son application, et l'enfant naissait romain, si au jour de l'accouchement sa mère était romaine (G., I, 92).

2°. *Par un fait postérieur à la naissance.* — La qualité de citoyen peut s'acquérir par un fait postérieur à la naissance : 1° par l'effet de l'affranchissement, dans le cas où un esclave était affranchi par un maître citoyen (V. n° 64); 2° lorsque le droit de cité était concédé individuellement à un étranger ou en bloc à toute une nation (V. n° 59).

Comment on perdait la qualité de citoyen (1).

54. — Toutes les causes qui entraînaient la perte de la liberté, faisaient perdre par voie de conséquence la qualité de citoyen. Nous n'avons donc qu'à indiquer ici les causes qui, sans toucher à la liberté, font perdre la cité. 1° On pouvait abdiquer la qualité de citoyen, en se faisant admettre dans une cité étrangère, par exemple dans une colonie latine (G., I, 131). Il était de principe, en effet, qu'on ne pouvait à la fois appartenir à deux nationalités différentes. 2° La perte de la qualité de citoyen pouvait aussi résulter de certaines condamnations. C'est ce qui arrivait sous la République, lorsqu'on livrait à l'ennemi un citoyen pour avoir conclu un traité honteux, sans y être autorisé, pour avoir frappé un ambassadeur étranger, ou lorsqu'un citoyen était condammé à l'interdiction de l'eau et du feu. Sous l'Empire, la peine de l'*aquæ et ignis interdictio* fut remplacée par celle de la déportation, consistant dans l'internement du condamné dans un pays soumis à la domination de Rome. Le condamné y restait libre, mais sans appartenir à aucune nationalité, *sine civitate,* privé par conséquent de tous les avantages du *Jus civile,* et n'ayant que les droits dérivant du *Jus gentium.*

Des différentes classes de citoyens.

54 *bis.* — Entre les citoyens, on peut constater aux différentes époques de l'histoire de Rome des distinctions qui, si elles ont eu en droit public une importance considérable, ont exercé une influence moins profonde dans le domaine du droit privé. L'idée de la division des citoyens en classes privilé-

54. — (1) Accarias, t. I, nº 48.

giées et en classes inférieures n'est pas restée étrangère aux Romains. Elle a abouti, sous la République, et d'une façon encore plus marquée sous l'Empire à la constitution d'une véritable hiérarchie sociale. Mais elle n'a réussi qu'à entamer à peine le principe d'égalité des droits proclamé par les XII Tables. C'est seulement avec le régime impérial et surtout à l'époque de son déclin, que la division en classes se traduit en droit privé par de véritables inégalités dans la condition des personnes. Ces distinctions, dont nous allons donner une idée sommaire, n'ont pas eu d'ailleurs l'importance que devait prendre plus tard la division en classes, dans la société du moyen âge(1).

1°. *Patrons et clients, patriciens et plébéiens.* — Dans les débuts, les patriciens seuls sont citoyens. A côté d'eux les clients(2) et les plébéiens(3), bien que vivant dans la cité, n'en font pas partie et par suite ne comptent pas parmi les *cives*. La clientèle, institution florissante dans les premiers temps de l'état patricien, disparut d'ailleurs rapidement et se fondit dans la plèbe. Quant à celle-ci, la constitution de Servius Tullius la fit entrer dans la cité. Mais les plébéiens ne furent pas d'abord des citoyens de même ordre que les patriciens : ils n'étaient que *cives minuto jure* (V. n° 57). S'ils ont le bénéfice du *jus commercii*, ils sont privés du *jus connubii* avec les membres de la classe patricienne (V. n° 85). La loi des XII Tables maintient encore cette inégalité qui ne dispa-

54 *bis*. — (1) Nous n'avons pas fait figurer parmi les distinctions dont nous parlons au texte, la division en *honestiores* et *humiliores* qui n'a d'applications qu'au point de vue du droit criminel. Duruy, *Histoire des Romains*, t. V, Append.; Bouché-Leclercq, *Manuel des inst. rom.*, pp. 359, 449, 128.

(2) Sur les origines d'ailleurs incertaines de la clientèle, les devoirs réciproques des patrons et des clients, les transformations et la décadence de cette institution, V. Ortolan, *Histoire de la lég. rom.*, t. I, n° 16; Mispoulet, *Inst. polit. des Romains*, t. I, § 6; Fustel de Coulanges, *La cité antique*, livre IV, ch. 1.

(3) Pour la question encore obscure des origines de la plèbe, et l'histoire intéressante de ses luttes avec le patriciat, V. Ortolan, *op. cit.*, t. I, nos 15, 102 et suiv.; Mispoulet, *Inst. polit. des Romains*, t. I, § 7; t. II, § 97; Madvig, *Etat romain*, trad. Morel, t. I, pp. 82 et suiv.

raît qu'avec la loi *Canuleia* (an 309, U. C.). L'égalité civile conquise, la lutte pour l'égalité politique continue. Elle se termine sous la République par la victoire complète de la plèbe (4).

2°. *Clarissimi et non clarissimi.* — Il n'y a jamais eu à Rome de véritable noblesse, dans le sens où ce mot est entendu des modernes (5). Sous la République, les membres du Sénat occupent, il est vrai, une situation prépondérante dans l'État. Jusqu'aux Gracques, ils figurent seuls sur la liste des juges, *album judicum*. Mais cette prérogative et d'autres purement honorifiques, sont essentiellement du ressort du droit public. Elles ne suffisent pas pour faire des sénateurs une classe de citoyens privilégiés (6). C'est seulement à dater d'Auguste que se constitue une classe sénatoriale, *ordo senatorius*, comprenant, à côté des sénateurs effectifs, d'autres personnes qui ne font pas partie du Sénat, mais jouissent comme les sénateurs d'une condition juridique spéciale. Ces personnes sont les descendants et les femmes de sénateurs. A la fin du I^er^ siècle, les membres de l'*ordo* reçoivent le nom de *clarissimi*, titre qui se transmet héréditairement *per masculos* ou s'acquiert par le mariage avec un *clarissimus*. En matière de droit privé, les *clarissimi* se distinguent des autres citoyens aux points de vue suivants. 1° Ils sont considérés comme domiciliés à Rome, et par suite ont le droit, lorsqu'ils

(4) Nous avons vu (n° 10, *suprà*) que l'un des résultats de cette victoire fut la reconnaissance de la force obligatoire des plébiscites.

(5) Ceux qu'on désignait sous le nom de *nobiles* formaient sous la République non une aristocratie fermée, ni une caste de privilégiés, mais simplement un parti politique, comprenant tous ceux qui avaient géré une magistrature curule. Avec l'Empire, la *nobilitas* cesse d'exister. Mispoulet, *Inst. polit. des Romains*, t. II, § 103; Madvig, *État romain*, trad. Morel, t. I, p. 200.

(6) Quant aux chevaliers, *equites*, ils forment, à partir des Gracques, un *ordo*, *ordo equester*. Mais à part le droit de figurer sur l'*album judicum*, et réserve faite de certains avantages tenant au droit public, rien, dans le droit privé, ne distingue les *equites* des autres citoyens. L'ordre équestre disparut sous l'Empire. V. Mispoulet, *op. cit.*, t. II, §§ 105, 130; Madvig, *op. cit.*, t. I, pp. 169 et suiv.

sont poursuivis en justice, d'opposer la *præscriptio fori*, à l'effet d'obtenir leur renvoi devant les tribunaux de la capitale, où d'ailleurs ils sont justiciables du *Præfectus urbi*. 2° En cas d'insolvabilité, on les dispense de la *bonorum venditio*, et par suite on les soustrait à l'infamie qui en est la conséquence. En leur faveur, un sénatusconsulte a introduit à la place de la *bonorum venditio*, la procédure de la *bonorum distractio*, dont l'emploi devait plus tard se généraliser (5. Dig., *De curator. fur.*, XXVII, 10). 3° Enfin, l'une des *leges caducariæ*, la loi *Julia*, prohibait le mariage entre les sénateurs, les enfants de sénateurs au premier degré, leurs autres descendants *per masculos*, et les affranchis, affranchies, ou personnes se livrant au métier de comédien (44, pr., Dig., *De Ritu nupt.*, XXIII, 2;) (Ulp., *Reg.*, XIII, 1). (V. n° 86).

Au Bas-Empire, le nombre des *clarissimi* s'est accru. Ils forment dans la société hiérarchisée de l'époque, la première classe. Mais ils se distinguent des autres plutôt par les charges qui pèsent sur eux, que par les avantages dont ils sont investis, avantages qu'ils avaient peu à peu fini par perdre (7).

3°. *Milites et Pagani*. — Sous la République, les militaires ne sont pas l'objet d'une législation exceptionnelle. Le service militaire, imposé à tous les citoyens, n'est point pour eux l'occasion d'une situation privilégiée. Avec l'Empire et la constitution des armées permanentes, apparaît la distinction des *milites* et des *non milites*, *privati* ou *pagani*. Une législation spéciale régit les *milites*, et à partir du IIIe siècle, une opposition très tranchée s'établit entre le *Jus militare*, *privilegium militum*, et le *Jus commune* (40. Dig., *De adm. et per. tutor.*, XXVI, 7; 15. Dig., *De vulg. et pupill. subst.*, XXVIII, 6). C'est ainsi que les militaires arri-

(7) La prohibition de mariage entre les *clarissimi* et les personnes de condition affranchie ou adonnées au théâtre, subsiste encore sous Constantin. Elle ne disparaît qu'avec Justinien. Le droit d'opposer la *præscriptio fori* et de réclamer la juridiction des magistrats de la capitale, fut enlevé aux nombreux *clarissimi* domiciliés en province. Quant à la *bonorum distractio*, elle a été généralisée, et par suite a cessé d'être une faveur.

vent à constituer une classe à part parmi les personnes libres(8). La formation de ce droit spécial est due aux empereurs qui cherchaient par ce moyen à ménager et à flatter l'armée. Par leurs *Edicta* et *Mandata,* les Césars sont arrivés peu à peu à constituer ce droit exceptionnel dont les caractères sont en opposition avec les tendances du droit national. Les privilèges de droit privé dont jouissent les militaires seront exposés à propos de chacune des matières auxquelles ils se rapportent. Le plus important de ces privilèges consiste dans la dispense d'un grand nombre des règles imposées par le droit commun en matière de succession (V. n° 279). Nous verrons également que les fils de famille *milites* sont affranchis de la puissance paternelle en ce qui touche les biens qu'ils ont acquis à l'occasion du service militaire (V. n° 77, 1°, théorie du pécule *castrense*)(9). Certaines prohibitions forment d'ailleurs la contrepartie de ces privilèges(10). Les empereurs se montrèrent également pleins de bienveillance pour les soldats qui avaient accompli leur temps de service et reçu leur congé régulier, *missio honesta.* Ces militaires obtenaient, *beneficio principali,* le droit de cité pour eux et leurs enfants, et en outre le *jus connubii* avec la femme non citoyenne qu'ils avaient au moment de leur *missio* ou qu'ils épouseraient par la suite(11) (V. n° 60). (G., I, 57).

(8) Les privilèges dont les militaires sont dotés leur appartiennent, indépendamment de leur qualité de citoyens. Plusieurs même supposent qu'ils ne sont pas citoyens. La distinction en *milites* et *pagani* ne doit donc pas être considérée exclusivement comme une subdivision des *cives.* Elle a une portée plus générale.

(9) Signalons aussi la faveur dont jouissent les militaires, avec d'autres personnes d'ailleurs, de pouvoir invoquer leur ignorance du droit, et celle de n'être tenus d'exécuter les condamnations prononcées contre eux que *quatenus facere possunt* (bénéfice de compétence).

(10) Il faut signaler, entre autres, l'incapacité d'acheter ou de louer des fonds de terre dans la province où ils servent. On a prétendu sans aucune preuve qu'ils auraient été incapables, pendant la durée du service, de contracter des *justæ nuptiæ.* Mispoulet, *Etudes d'institut. romaines,* pp. 229 et suiv.; Bouché-Leclercq, *Manuel des inst. rom.*, p. 329.

(11) Le droit de cité et le *jus connubii* sont également accordés par les empereurs à des militaires qui restent au service. Lorsqu'il s'agissait de vé-

Des non citoyens.

55. — Les dénominations qui servaient à désigner les non citoyens ont varié avec les époques. Au début, on les appelle *hostes*, et ils changent ce nom pour celui de *perduelles*, lorsqu'ils sont en guerre avec Rome (Festus, v° *Hostis;* Varro, *De lingua latina*, V, 3). Plus tard, les étrangers sujets ou alliés de Rome reçoivent le nom de *peregrini*. La qualification d'*hostis* n'est conservée que pour ceux qui, n'étant unis à Rome ni par les liens de la sujétion, ni par un traité, étaient en état d'hostilité de droit avec elle (1). Enfin, sous l'Empire, Rome se trouve en contact avec une nouvelle catégorie d'étrangers, les barbares, *barbari*. Ceux-ci restés en dehors du cercle d'action de la civilisation romaine, n'ont jamais participé, même dans une mesure restreinte, aux avantages qui résultent du droit de cité. Il en fut autrement des *peregrini*, qui à un moment donné devinrent tous citoyens. Cette extension du droit de cité aux pérégrins ne se fit que progressivement, et ne fut réalisée complètement qu'à l'époque de Caracalla.

Extension successive du droit de cité.

56. — Dans les débuts, Rome, placée en face de voisins plus puissants qu'elle, est obligée à certains ménagements

térans, on constatait officiellement la concession du droit de cité et du *jus connubii* dans les diplômes qu'on remettait aux soldats. Plusieurs de ces diplômes, *tabulæ honestæ missionis,* sont parvenus jusqu'à nous. Mispoulet, *Les inst. polit. des Romains,* t. II, § 117; Bouché-Leclercq, *Manuel des inst. rom.,* p. 328.

55. — (1) Les Romains ne se considèrent en état d'hostilité légale avec un peuple, *justum ac pium bellum,* que lorsque la guerre a été déclarée conformément à un certain cérémonial réglé par le *Jus fetiale*. Willems, *Droit public romain,* pp. 384, 385.

vis-à-vis des étrangers. Aussi, tout en traitant l'étranger en *hostis*, c'est-à-dire en individu placé hors la loi de la cité, cherche-t-elle à lui assurer la sécurité de sa personne et de ses biens lorsqu'il se trouve sur le territoire romain. A cet effet l'étranger peut, en contractant avec un citoyen ūn *hospitium privatum*, obtenir aide et protection. D'*hostis* il devient *hospes*, et son patron lui doit la même assistance qu'à un client. Un peuple étranger peut d'ailleurs assurer à tous ses nationaux un bénéfice semblable en concluant avec Rome un traité d'*hospitium publicum* (1). A ces sortes de traités succéda le système du *fœdus æquum*, dont le type est celui qui fut conclu avec la confédération latine (2). Mais, à mesure que Rome devient plus puissante, elle tend à abandonner le *fœdus æquum*, pour le *fœdus iniquum*, par lequel elle fait la loi aux peuples vaincus. Sa politique consiste dès lors à accorder aux étrangers une part plus ou moins large des avantages, dont l'ensemble constitue le droit de cité.

Si donc nous nous plaçons à la fin de la République, nous pouvons constater que l'abîme profond qui séparait primitivement le *civis* du *non civis* s'est peu à peu comblé. Entre ces deux situations extrêmes, il y a toute une série graduée d'intermédiaires qui peuvent se ramener à deux groupes principaux : les *cives minuto jure*, les latins. Les pérégrins forment un troisième groupe auquel convient plus spécialement la qualification de *non cives*.

57. — 1°. *Cives minuto jure.* — Les citoyens qui jouissent de tous les privilèges du *jus civitatis*, sans aucune exception, sont appelés : *cives optimo jure*. On leur oppose les citoyens qui sont privés de quelques-uns des droits que confère le

56. — (1) Willems, *Droit public romain*, pp. 129, 130; Mispoulet, *Inst. polit. des Romains*, t. II, p. 10; Bouché-Leclercq, *Manuel des inst. romaines*, pp. 344, 345.

(2) Nous savons qu'entre autres clauses ce *fœdus* contenait concession du *connubium* et du *commercium*, et organisation d'une juridiction mixte, *reciperatio*, pour les procès entre les nationaux des deux États. Bouché-Leclercq, *Manuel des inst. romaines*, p. 346.

jus civitatis : cives minuto jure. Tels ont été les plébéiens à partir du moment où ils furent admis dans la cité, et tant qu'ils n'eurent pas conquis l'égalité des droits politiques et civils (V. n° 54 *bis*). Tels furent aussi les habitants des municipes, ceux des colonies romaines, les *ærarii*, les affranchis (1).

a) Le *municipium* est une cité dont les habitants ont reçu collectivement la *civitas romana*, quoique d'une façon incomplète. Les habitants du municipe, *municipes*, ont le *jus connubii* et le *jus commercii*, mais sont privés des droits politiques, notamment du *jus suffragii*. Aussi dit-on qu'ils ont la *civitas sine suffragio*. Peu à peu tous les *municipes* furent dotés de la cité romaine complète, et après la guerre sociale on n'en trouve plus en Italie; tous sont devenus *cives optimo jure* (2).

b) La colonie romaine est un établissement fondé par Rome à l'image de la métropole dans une ville qu'elle a conquise. Les colons qui y sont envoyés sont des citoyens romains *optimo jure*. Mais les anciens habitants n'ont que la *civitas sine suffragio*, et par suite sont *cives minuto jure*. Quelquefois par faveur spéciale, on les autorisait à s'inscrire sur la liste des colons. Le nombre des colonies romaines fondées en Italie sous la République a été considérable. Avant César, il n'y en eut point dans les provinces, après lui il en fut créé en dehors de l'Italie, mais leurs habitants n'eurent pas la *civitas* complète. Ils comptaient donc aussi au rang des *cives minuto jure* (3).

c) *Aerarii*. — Les *aerarii* sont des citoyens *optimo jure*

57. — (1) La constitution municipale des municipes et des colonies nous a été révélée surtout par des documents épigraphiques importants : la *lex Julia municipalis* de Jules César, appelée aussi Table d'Héraclée, la *lex Rubria de Gallia Cisalpina*, les lois de Salpensa et de Malaga, enfin la loi de la *colonia Julia Genetiva*. Mispoulet, *Des instit. politiques des Romains*, t. II, p. 112; Madvig, *L'État romain*, t. III, trad. Morel, p. 2, note 1.

(2) Mispoulet, *op. cit.*, t. II, pp. 157, 158; Bouché-Leclercq, *Manuel des inst. romaines*, p. 351, 352.

(3) Mispoulet, *op. cit.*, t. II, p. 159.

qui ont été notés d'*ignominia* par les censeurs et par suite exclus des tribus et privés du *jus suffragii*. Ils sont inscrits sur les mêmes listes que les *municipes* et comme eux sont *cives minuto jure* (4). Il en est de même de ceux qui ont été notés d'infamie.

d) *Affranchis* (V. pour la condition des affranchis, n° 63).

58. — 2°. *Latins*. — On appelle ainsi les personnes qui ont été dotées du *Jus latii*. Le *Jus latii* n'existe qu'à partir de la soumission du Latium à la domination de Rome. Mais il a son origine dans les rapports antérieurs de Rome avec la confédération latine. Cette association de trente *civitates* avait d'abord eu Albe comme capitale. Après la destruction de cette ville, Rome prit sa place et conclut avec la confédération un *fœdus æquum*, dont il est difficile de déterminer avec sûreté les clauses. A cette fédération se rattachaient les colonies latines qu'elle avait fondées. Plus tard, Rome poursuivit contre la ligue latine une série de luttes qui se terminèrent par la défaite et la destruction de celle-ci. Des traités particuliers furent conclus avec chacune des *civitates* vaincues, et leurs habitants admis à la cité romaine. Mais leur condition ne fut pas identique. Les uns reçurent la *civitas romana* complète, les autres qui gardèrent en général leur condition antérieure, *nomen latinum*, continuèrent à être traités comme latins, *latini*, et en réalité ils font partie des *cives minuto jure* (1).

La condition faite à ces premiers latins, *latini veteres*, servit de modèle aux Romains pour toutes les colonies latines qu'ils fondèrent depuis lors, soit dans l'ancien Latium, soit dans le reste de l'Italie. Ces colonies ne sont pas composées exclusivement des anciens habitants du pays. Elles reçoivent des citoyens romains renonçant volontairement à la cité ro-

(4) Mispoulet, *op. cit.*, t. II, p. 158; Bouché-Leclercq, *op. cit.*, p. 352; Willems, *Droit public romain*, pp. 103 et suiv.

58. — (1) Mispoulet, *op. cit.*, t. II, pp. 50 et suiv.; Willems, *Droit public*, pp. 132, 133; Accarias, t. I, n° 50.

maine, des fils de famille envoyés par leur père comme *coloni*, des citoyens condamnés à une amende et qui en évitaient ainsi le paiement. Ces *latini coloniarii* conservent leur droit propre. Ils sont liés à Rome par la charte de fondation de la colonie, qui détermine les secours en troupes et en argent qu'ils doivent fournir. Ils ont avec les Romains le *jus commercii*, peut-être aussi le *jus connubii*, bien qu'il y ait des doutes à cet égard. Dans les derniers siècles de la République le *Jus latii coloniarii* fut accordé à des cités, alors même qu'elles n'avaient pas été constituées en colonies latines. Ce fut là l'origine de la *latinitas* fictive concédée sous l'Empire à des pays entiers en dehors de l'Italie ainsi que de la *latinitas* spéciale attribuée à une certaine classe d'affranchis, les *latini Juniani* (V. n° 68) (2).

La guerre sociale entre Rome et les *civitates fœderatæ* de l'Italie, y fit disparaître la *latinitas*. Les lois *Julia* et *Plautia Papiria* accordèrent le droit de cité complet à tous les habitants des *civitates fœderatæ* (3). Désormais, il n'y eut plus en Italie que des *cives romani*, faisant tous partie de la *civitas* unique et suprême qui a absorbé en elle toutes les autres. A partir de ce moment, l'Italie se distingue au point de vue du droit public et privé du reste des possessions de Rome, c'est-à-dire des provinces. Les habitants de celles-ci forment en majeure partie la classe des pérégrins (4).

(2) Mispoulet, *op. cit.*, t. II, pp. 50 et suiv.; Willems, *Droit public*, pp. 133 et suiv.; Accarias, t. I, n° 50.

(3) Bien que soumise à la domination de Rome, l'Italie ne formait pas un État dans le sens moderne de cette expression, mais une agglomération de peuples rattachés chacun à Rome par les liens d'une sujétion plus ou moins étroite. On y rencontrait d'abord la catégorie des villes ayant la *civitas romana* avec ou sans droit de suffrage : colonies romaines, préfectures, municipes. Venaient ensuite les *civitates fœderatæ*, ayant conservé leur indépendance administrative et leurs lois, mais reliées à Rome par le *fœdus iniquum* qui déterminait les secours en troupes et en argent qu'elles devaient fournir aux Romains. Ces *civitates fœderatæ* comprenaient les *socii nominis latini*, c'est-à-dire les cités dotées du *jus latii* ainsi que les colonies latines, et les cités des *socii* non latins.

(4) Mispoulet, *op. cit.*, t. II, p. 65; Willems, *op. cit.*, pp. 365, 366.

59. — 3°. *Pérégrins.* — Dans les provinces, on trouve des colonies romaines, des municipes, des colonies latines, enfin des *civitates peregrinæ.* Les membres de ces dernières, *peregrini,* conservent leurs lois nationales et n'ont droit dans leurs rapports avec Rome qu'à l'application du *Jus gentium.* Ils ont le bénéfice du *connubium* et du *commercium* si ces droits leur ont été spécialement concédés (G., I, 76, 77; III, 96, 120; Ulp., *Reg.,* V, 4; XIX, 4). On rencontre aussi en province des *peregrini dedititii,* habitants d'un pays conquis auquel Rome a enlevé toute autonomie, qui n'ont plus le bénéfice de leurs lois nationales et sont réduits à invoquer uniquement le *Jus gentium.* Ils occupent le dernier degré de l'échelle, et sont appelés *peregrini sine civitate.*

Époque impériale. — Disparition des diverses classes de non citoyens.

60. — Le mouvement qui avait amené l'extension de la qualité de citoyen aux habitants de l'Italie devait s'accentuer sous l'Empire, et s'étendre aux provinces. Outre les colonies romaines qui y furent établies, on y fonda aussi de nombreuses colonies latines, dotées du *Jus latii coloniarii.* Ce *Jus latii* fut même octroyé à des villes non transformées en colonies latines, et à des provinces entières, comme l'Espagne sous Vespasien. En même temps, le titre de *civis* était accordé par les empereurs à titre de faveur, par voie de concessions individuelles. C'est ainsi qu'il était donné comme récompense d'un certain temps de service militaire. Les diplômes de congé, délivrés aux *veterani,* contiennent la mention de cet octroi du droit de cité pour le vétéran et ses enfants, ainsi que la concession du *jus connubii* avec la femme qu'il avait épousée ou épouserait (G., I, 57). (V. n° 54 *bis*-3° et note 11). De même les empereurs concédèrent le droit de cité à toute une catégorie de personnes, comme Claude le fit en faveur d'un certain nombre de Gaulois; ou bien, ils

dotèrent certaines villes latines d'un privilège en vertu duquel les habitants qui auraient géré une fonction municipale deviendraient citoyens romains. On distinguait à cet égard le *majus* et le *minus latium* (G., I, 95, 96). Dans les villes qui jouissaient du *majus latium*, on parvenait à la cité en gérant une magistrature municipale ou un *honor*, ou simplement en obtenant la qualité de décurion. Dans les villes n'ayant que le *minus latium*, on ne devenait citoyen qu'à la suite d'une magistrature ou d'un *honor* (1). Enfin, un sénatus-consulte, rendu dans le premier siècle de l'Empire, décida que si un pérégrin, un latin ou un romain avaient, en se mariant, commis une erreur sur leur propre nationalité ou sur celle de leur conjoint, ils pouvaient, en prouvant leur erreur, effacer le vice de leur union et la transformer en *justæ nuptiæ*. En même temps, la cité était acquise aux deux époux, ou à celui des deux qui ne l'avait pas. Mais il fallait pour que cette *erroris causæ probatio* fût accueillie qu'il y eut déjà un enfant né du mariage (G., I, 67-76). (V. n° 103).

Caracalla vint compléter l'œuvre d'assimilation commencée par ses prédécesseurs, en accordant, par un édit formel, le droit de cité à tous les habitants de l'Empire romain (17. Dig, *De statu homin.*, I, 5). Après cette constitution, il n'y eut plus dans l'*orbis romanus*, en dehors des *cives romani*, que certaines classes d'affranchis *non cives*, les affranchis *latini juniani* et *dediticii* (V. n° 69), et certaines peuplades barbares transplantées sur le sol de l'Empire, et qui sous le nom de *dediticii*, *fœderati*, *læti* conservaient leurs coutumes nationales. Sous Justinien, après qu'il eut supprimé toutes les distinctions entre les diverses classes d'affranchis (V. n° 70), la qualité de sujet impérial se confond avec celle de *civis*. En face du *civis*, il n'y a plus que le *barbarus*, ennemi permanent de la civilisation romaine, et auquel on ne reconnaît aucun

60. — (1) Mispoulet, *Inst. polit. des Romains*, t. II, pp. 62 et suiv.; Beaudouin, *Nouvelle revue historique de droit*, 1879, pp. 1 et suiv., 111 et suiv.

droit (2). On en est donc revenu au point de départ; mais au cours de cette longue suite de siècles, la notion même du *civis* s'est transformée. La qualité de citoyen n'est plus le privilège exclusif d'un nombre restreint d'individus, habitant une cité au territoire peu étendu. Elle appartient désormais à toute personne faisant partie de l'*orbis romanus*, c'est-à-dire à tous ceux qui habitent le monde civilisé connu des anciens (3).

Subdivision des hommes libres en ingénus et affranchis.

61. — Nous avons mentionné plus haut (V. n° 42), en parlant de la division des personnes en hommes libres et esclaves, une subdivision des hommes libres en ingénus et affranchis. Nous revenons maintenant à cette distinction, que pour des raisons de méthode nous avions intentionnellement abandonnée.

Les ingénus, *ingenui*, sont ceux qui sont nés libres, les affranchis sont ceux qui sont nés esclaves et n'ont été élevés à la liberté qu'après leur naissance, par un acte d'affranchissement émané du maître. Cette abdication volontaire de la puissance dominicale qui mettait fin à l'esclavage (V. n° 49-2°), portait le nom caractéristique de *manumissio*, de *manu mittere*. L'esclave affranchi s'appelait *libertinus*, ou *libertus*, suivant qu'on l'envisageait dans ses rapports avec d'autres que l'ancien maître ou dans ses rapports avec ce dernier, qui de *dominus* devenait *patronus* (G., I, 10, 11).

(2) Au Bas-Empire ce sont les Barbares qui composent presque exclusivement l'armée. Quelques-uns pour prix de leurs services obtiennent le droit de cité et la participation aux honneurs. Depuis la seconde moitié du IVe siècle, on les voit partout, non seulement à l'armée, mais à la cour, dans les conseils de l'Empereur, dans les plus hautes magistratures. Mais il est probable que les Barbares élevés à ces dignités avaient reçu expressément le titre de citoyens.

(3) Accarias, t. I, n° 51.

Affranchissement dans le système du Jus strictum.

62. — *Conditions de validité de l'affranchissement.* — 1° Pour être valable, l'affranchissement devait s'appliquer à un individu soumis à l'esclavage conformément au droit, *justa servitus*. C'est ainsi que l'*ingenuus* qui était en état de servitude de fait, *in servitute*, ne devenait pas, malgré l'affranchissement, un affranchi. Il restait *ingenuus* (Paul, *Sent.*, V. I, § 2). 2° L'affranchissement supposait un acte volontaire de la part du maître, et par suite, l'esclave qui s'est enfui et qui vit en état de liberté de fait, *in libertate*, n'est pas libre. Son maître peut le reprendre à tout moment. 3° Enfin le maître ne peut affranchir valablement qu'un esclave sur lequel il a la propriété quiritaire, *dominium ex jure quiritium*.

A ces conditions de fond devaient se joindre des conditions de forme. La volonté du maître affranchissant était inefficace tant qu'elle ne s'était pas exprimée dans certaines formes consacrées par la coutume. L'emploi de ces formes était jugé nécessaire, à raison des conséquences sociales de l'affranchissement. L'affranchi devenant en effet membre de la cité, il est nécessaire que le peuple intervienne d'une façon au moins indirecte dans l'acte qui va introduire dans la cité un citoyen de plus (1). Les trois formes d'affranchissement employées dans la période du *Jus strictum* étaient le cens, la *vindicta*, le testament.

1°. *Affranchissement censu* (2). — Cette forme, sans doute la plus ancienne, consistait dans l'inscription de l'esclave sur les registres du cens. De même qu'on devenait esclave si l'on omettait de se faire porter sur les registres du cens (V. n° 45), on cessait de l'être si on y était inscrit avec le consentement du maître. Le censeur, magistrat du peuple romain,

62. — (1) Accarias, t. I, n° 53.

(2) Accarias, t. I, n° 55; Ortolan, t. II, n° 57.

ratifiait ainsi la volonté du maître au nom de l'État (Ulp., *Reg.*, I, 8). Ce procédé d'affranchissement n'était possible que tous les cinq ans, car tel était l'intervalle qui séparait deux recensements successifs. De plus il ne pouvait être employé qu'à Rome même, l'opération du cens n'ayant pas lieu en dehors de la ville. Ce fut sans doute à raison de ces difficultés qu'on imagina le procédé d'affranchissement *vindicta*.

2°. *Affranchissement vindicta* (3). — Cette forme d'affranchissement consiste en un procès fictif en réclamation de la liberté, intenté par l'esclave à son maître. Dans le cas d'un procès véritable en revendication de la liberté, *causa liberalis,* l'esclave qui se prétendait homme libre, ne pouvant pas paraître en justice, se faisait représenter par un homme libre, *assertor libertatis*. Cet *assertor* amenait le maître et l'esclave devant le magistrat, *in jure,* et là touchant l'esclave d'une baguette (*vindicta, festuca*) (4), il affirmait en termes solennels la liberté de l'esclave : *Aio, hunc hominem liberum esse ex Jure quiritium*. Le maître contestant cette prétention, l'affaire était renvoyée par le magistrat devant un juge. C'est précisément cette première phase de la procédure de la *causa liberalis* qu'on mit à profit, pour arriver à l'affranchissement de l'esclave. Le maître s'entendait avec un tiers complaisant, qui, jouant le rôle d'*assertor libertatis,* appelait le maître *in jure,* et armé de la *vindicta,* réclamait la liberté de l'esclave également amené devant le magistrat. Au lieu de contredire à la demande, le maître gardait le silence ou reconnaissait que l'esclave était libre. En présence de cet aveu, *confessio in jure,* le renvoi devant un juge devenait inutile, et le magistrat n'avait plus qu'à prononcer la liberté de l'esclave (Ulp., *Reg.*, I, 7) (5). L'affranchissement *vindicta* pouvait avoir lieu

(3) Accarias, t. I, n° 54; Ortolan, t. II, n° 58.

(4) La *vindicta, festuca*, est le symbole de la *hasta* qui elle-même est le signe de la propriété quiritaire (G., IV, 16). (V. n° 173, note 1.)

(5) Il est probable que dans le principe ce procédé fut employé comme un moyen de faire fraude à la coutume, qui n'autorisait que l'affranchissement

en tout temps et en tout lieu, à Rome devant le préteur, en dehors de Rome devant le magistrat chargé de rendre la justice. On admit d'ailleurs qu'il n'y avait là de la part du magistrat qu'un acte de juridiction gracieuse pouvant s'accomplir en dehors du tribunal, *jurisdictio voluntaria*.

3°. *Affranchissement testamento* (6). — Les deux modes d'affranchissement que nous venons de décrire, avaient lieu entre-vifs, c'est-à-dire supposaient que le maître était encore vivant lorsqu'il donnait la liberté à son esclave. Dans le cas d'affranchissement *testamento*, la liberté n'était acquise à l'esclave que par l'effet du testament du maître, par conséquent après le décès de celui-ci. Au début, la validité du testament était subordonnée à l'approbation que lui donnait le peuple réuni dans ses comices par curies (V. n° 225-1°). L'affranchissement contenu dans le testament se trouvait donc être soumis au contrôle du peuple en même temps que les autres dispositions testamentaires. L'affranchissement testamentaire pouvait être fait de deux manières : *directo* ou *per fideicommissum* (7). Dans le premier cas, le maître déclarait en termes impératifs qu'il donnait la liberté à son esclave : *liber esto, liberum esse jubeo*. Dans le second cas, le maître chargeait son héritier d'affranchir l'esclave et il s'exprimait en termes précatifs comme ceux-ci : *rogo, fideicommitto he-*

censu. Mais la nécessité d'un mode d'affranchissement praticable dans les intervalles du cens dut faire considérer comme licite ce détour ingénieux. La présence du magistrat qui prononce la liberté de l'esclave, peut à la rigueur passer pour une garantie suffisante pour la société.

(6) Accarias, t. I, n° 56; Ortolan, t. II, n° 59.

(7) Dans le début il est probable que l'affranchissement *per fideicommissum* n'était pas usité. Lorsque le maître ne voulait pas laisser la *libertas directa* à son esclave, il imposait à l'héritier l'obligation de l'affranchir dans la forme usitée pour le legs *per damnationem : heres meus dannas esto manumittere* (V. n° 263). L'affranchissement en forme de *fidéicommis* ne devait guère être pratiqué, car les *fidéicommis* n'étaient point obligatoires. Mais du jour où ils le devinrent (V. n° 274) on ne distingua plus l'affranchissement fait sous forme de legs *per damnationem*, et l'affranchissement *per fideicommissum*. Dans les deux cas, l'affranchissement suppose l'intervention d'un tiers, et ne confère que la *libertas fideicommissaria*. Accarias, t. I, n° 56.

redis mei ut manumittat (Ulp., *Reg.*, II, 7). Ces deux variétés d'affranchissement testamentaire doivent être soigneusement séparées. Dans le cas de liberté donnée *directo*, l'intervention de l'héritier est inutile pour rendre libre l'esclave. Le seul fait que la succession est acquise par l'héritier, affranchit l'esclave, qui, par conséquent, a pour patron le défunt, et s'appelle *libertus orcinus* (son patron étant allé *ad orca*) (G., II, 267; Ulp., *Reg.*, II, 8). Mais, lorsque la liberté est laissée par fidéicommis, il faut que l'héritier accomplisse la volonté du testateur en affranchissant lui-même l'esclave entre-vifs, et, par suite, l'esclave a pour patron l'héritier (G., II, 266).

63. — Deux différences doivent être signalées entre l'affranchissement opéré entre-vifs et l'affranchissement *testamento* (1). 1° L'usage avait prévalu d'abandonner à l'esclave affranchi par le cens ou la *vindicta*, la propriété de tout ou partie de son pécule. Il suffisait pour que l'esclave eût droit à cet avantage, que le maître n'eût pas manifesté d'intention contraire. Mais lorsque l'esclave était affranchi *testamento*, il n'avait droit à son pécule que si le maître en avait disposé expressément à son profit, par voie de legs. On ne voulait pas, en effet, que l'héritier fût privé d'une partie de la succession, sans que le testateur eût manifesté formellement, en faisant un legs, son intention à cet égard. 2° L'affranchissement *testamento* pouvait être fait à terme suspensif ou sous une condition suspensive, *ex die* ou *sub conditione*. L'affranchissement entre-vifs répugnait, à raison des formes mêmes employées pour sa réalisation, à l'apposition de ces modalités (2). L'affranchissement *censu* ou *vindicta* consiste, en somme, dans la reconnaissance de la liberté actuelle de l'esclave, ce

63. — (1) Accarias, t. I, nº 56 *bis* a.

(2) Le terme, *dies*, est un événement futur et certain, la *conditio* un événement futur et incertain. Un acte juridique peut être fait sous un terme suspensif, *ex die*, ou sous une condition suspensive, *sub conditione*. Dans le premier cas, les effets de l'acte sont suspendus jusqu'au jour de l'arrivée du

qui est incompatible avec l'idée d'un terme suspensif reculant l'effet de l'affranchissement, ou avec celle d'une condition suspensive qui tient en suspens l'existence même de cet acte. Il n'en est plus ainsi au cas d'affranchissement testamentaire, puisque le testament ne produit pas immédiatement ses effets, et que le testateur a toujours le droit de subordonner toutes les libéralités qu'il fait à l'arrivée d'un terme ou d'une condition. Or l'affranchissement *testamento* peut être considéré comme un legs : le legs de la liberté (3).

64. — *Condition des affranchis* (1). — Il faut envisager les rapports de l'affranchi, soit avec les autres membres de la cité, soit avec son ancien maître devenu son patron.

1°. Tiré du néant par le bienfait du patron qui l'a appelé à la liberté, l'affranchi entre dans la société et y prend le nom (2) et la nationalité du maître. Le maître, citoyen romain, a donc fait à la fois d'un esclave un homme libre et un citoyen. Toutefois, l'affranchi n'est pas traité à l'égal des autres citoyens, il n'est que citoyen *minuto jure* (V. n° 56), et, comme tel, privé du *jus honorum,* exclu du service militaire, privé du *jus connubii* avec les ingénus. Cette situation inférieure faite aux affranchis n'était pas héréditaire. En droit,

terme, mais il est certain qu'ils se produiront à ce jour. Dans le second cas, au contraire, c'est l'existence même de l'acte qui est subordonnée à la réalisation ultérieure de la condition ; par suite il pourra se faire que l'acte ne produise pas ses effets.

(3) Lorsque le testateur affranchissait l'esclave à terme, *ex die,* l'esclave n'était pas libre tant que le terme n'était pas arrivé. On était toutefois assuré qu'il le deviendrait au jour du terme. Lorsque la liberté était donnée à l'esclave *sub conditione,* l'esclave n'était pas sûr de l'obtenir, car la condition pouvait ne pas se réaliser. Provisoirement, l'esclave demeurait esclave de l'héritier, sous le nom de *statu liber,* et l'héritier qui l'aliénait avant l'arrivée de la condition, le transmettait à l'acquéreur avec son droit éventuel à la liberté (Ulp., *Reg.,* II, 4).

64. — (1) Accarias, t. I, nos 57, 58, 59; Ortolan, t. II, n° 80.

(2) L'affranchi prenait le *prænomen* et le *nomen gentilitium* de son maître, auxquels il ajoutait son ancien nom d'esclave comme *cognomen*. Lemonnier, *Étude historique sur la condition privée des affranchis,* pp. 167 et suiv.

leurs enfants naissaient ingénus. En fait, cependant, on leur refusa longtemps l'accès des honneurs, et cette inégalité de situation, qui s'étendait même aux petits-fils d'affranchis, ne disparut qu'assez tard.

2°. C'est surtout dans les rapports qui existent entre l'affranchi et son ancien maître que se manifeste avec énergie l'infériorité sociale de celui-ci. L'affranchi est, en effet, astreint envers le patron à certaines obligations, qui sont comme les dernières traces de la puissance dominicale éteinte, et dont l'ensemble constitue les *jura patronatus*. Ces *jura* comprennent : *a*) L'*obsequium* ou *reverentia* qui se traduisait pratiquement par l'obligation de fournir des aliments au patron dans le besoin, par la défense d'intenter contre le patron une action criminelle ou une action civile infamante, et la nécessité d'obtenir l'autorisation préalable du préteur pour intenter contre lui une action civile quelconque, même n'entraînant pas l'infamie. — *b*) *Operæ*. L'affranchi devait à son patron des services de diverse nature : *operæ officiales et fabriles* (3). Mais ces services ne pouvaient être exigés de lui que s'il avait promis au patron de les accomplir. Or, il était à craindre qu'une fois libre il ne se refusât à faire cette promesse. Pour éviter ce danger, le patron, avant de procéder à l'affranchissement, faisait jurer à l'esclave qu'il accomplirait les *operæ*, et ce serment qui n'était pas obligatoire en droit, était converti en une promesse obligatoire une fois l'esclave affranchi (4). — *c*) *Jura in bonis*. L'affranchi, lorsqu'il entre dans la cité, n'a encore aucune famille civile. Il s'en créera une par le mariage ou l'adoption, qui lui donneront des descendants sur lesquels il aura le droit de puissance paternelle. Mais, à défaut de descendants, c'est le patron et sa famille qui lui tiennent lieu de famille civile, c'est-à-dire d'agnats.

(3) Voir pour la distinction entre les *operæ officiales* et *fabriles*, Accarias, t. II, n° 495 *a* et note.

(4) Nous aurons à revenir d'une façon plus complète sur ce point dans le second volume, lorsque nous parlerons de la *jurata promissio liberti*.

De là, pour ces personnes, des droits à la succession et à la tutelle de l'affranchi, droits que nous exposerons en temps et lieu (V. nos 116, 240).

Affranchissement dans le système du Jus gentium.

65. — A la fin de la République, et dans les débuts de l'Empire, de grands changements se produisirent dans la législation relative aux affranchis. D'un côté, les progrès de la civilisation et la disparition des mœurs anciennes inclinaient les esprits à une plus grande bienveillance pour les affranchis dont le nombre n'avait fait que s'accroître, et dont l'influence devenait de plus en plus marquée. Mais en même temps les hommes politiques avaient été frappés des périls que leur introduction dans la cité faisait courir à l'État. Les guerres civiles avaient diminué le nombre des ingénus, et pendant qu'on refusait obstinément le titre de citoyen aux populations italiennes, on laissait un sang étranger remplir les vides faits dans les rangs des citoyens. A cette race énergique et laborieuse qui avait fait la force et la fortune de Rome, succédaient des hommes nouveaux, étrangers par leur origine aux idées nationales, corrompus par leur passage dans la condition servile. Un double courant contradictoire se manifeste dès lors dans le droit. D'une part on édicte des dispositions favorables aux affranchissements, de l'autre on essaie de réagir contre les facilités trop grandes accordées à l'esclave qui veut devenir libre et citoyen (1). Pour exposer avec méthode les résultats de ce renouvellement du droit, nous examinerons : 1° les formes de l'affranchissement dans cette période, 2° les restrictions légales apportées à la faculté d'affranchir, 3° la condition des affranchis.

65. — (1) Lemonnier, *Étude historique sur la condition privee des affranchis*, p. 20 et suiv.

Formes de l'affranchissement.

66. — 1°. *Modes d'affranchissement solennels.* — Les trois procédés solennels d'affranchissement continuèrent à être employés comme autrefois. Toutefois l'affranchissement *censu* disparut de la pratique à partir du moment où l'opération du cens cessa d'avoir lieu. Quant à la *vindicta* son emploi persista pour les affranchissements entre-vifs, mais à la fin de l'époque classique la prononciation des paroles solennelles devint inutile, et il semble même qu'on pût se passer du magistrat et se présenter devant les licteurs (23. D., *De man. vind.*, XL, 2). En ce qui concerne l'affranchissement testamentaire, notons que les fidéicommis étant devenus obligatoires (V. n° 274), l'esclave affranchi par fidéicommis peut, en cas de refus de l'héritier de procéder à l'affranchissement, *adire prætorem* et se faire déclarer libre par le magistrat (V. n° 49-1°, *b*) (1).

67. — *Modes d'affranchissement non solennels.* — Les modes d'affranchissement solennels obligeaient tous trois le maître à l'emploi de formalités plus ou moins gênantes. Or les débuts de la période du *Jus gentium* sont caractérisés par une tendance générale vers la simplification des formes. Aux actes solennels de l'époque primitive succèdent, pour chaque institution, des actes sans formes, d'abord tolérés en fait, puis reconnus comme valables en droit (1). Nous trouvons ici une des manifestations de cette transformation. Il arrivait souvent qu'un maître voulant immédiatement donner la

66. — (1) En pareil cas, l'héritier était néanmoins le patron de l'affranchi, à moins qu'il n'eût résisté frauduleusement à l'injonction du préteur, hypothèse où l'affranchi devenait *libertus orcinus*. Telle était la disposition de sénatusconsulte Rubrien.

67. — (1) On trouvera dans le cours du livre de nombreuses applications de cette idée.

liberté à son esclave sans recourir aux formes légales, se contentait de le déclarer libre en présence de quelques amis *inter amicos*, ou par l'envoi d'une lettre, *per epistolam*. Désormais l'esclave était libre en fait, *in libertate*, mais il demeurait esclave en droit. On attendait l'occasion de renouveler ultérieurement l'affranchissement dans la forme solennelle. Cette façon de procéder avait donné lieu à des abus, les maîtres profitant de la situation mal définie qu'ils avaient créée à l'esclave, pour revenir sur leur promesse. L'esclave pouvait, il est vrai, recourir au préteur lequel, *cognita causa*, empêchait le maître de reprendre l'exercice de ses droits de puissance (G. III, 56; Dosithée, *De manum*, 5) (2). Néanmoins la condition de ces affranchis, restant toujours équivoque, une loi *Junia Norbana* vint la réglementer (3). Elle décida que les esclaves affranchis sans l'emploi des formes solennelles seraient libres, mais ne deviendraient pas citoyens romains. Elle leur attribuait la qualité de *latini* et les assimila aux *latini coloniarii*. Désormais on les désigna sous le nom de *latini juniani* (4). On retrouve donc dans cette loi les deux tendances contraires dont nous avons parlé plus haut (V. n° 65), une pensée de faveur pour les affranchis dont elle assure la condition, une pensée de défiance qui se manifeste par le refus de la qualité de citoyen.

(2) Dositheus est un grammairien grec du IIIe siècle, auquel on attribue un écrit *de manumissionibus*, dont il n'est resté qu'un fragment en double original grec et latin. Il est possible que ce fragment soit l'œuvre d'un jurisconsulte et non celle de Dosithée.

(3) Un seul texte (§ 3, Inst., *De Libert.*, I, 5), l'appelle *Junia Norbana*, les autres la désignent sous le nom de loi *Junia*. La date exacte de la loi n'est point connue. Les uns la placent à l'époque de Sylla, les autres sous Auguste, quelques années avant la loi *Ælia Sentia*. D'autres enfin lui assignent une date postérieure à la loi *Ælia Sentia* et l'attribuent au règne de Tibère. Accarias, t. I, n° 62, note 1; Madvig, *Etat romain*, t. I, p. 210; Lemonnier, *op. cit.*, pp. 61 et suiv.

(4) Sont encore traités comme *latini juniani* les esclaves affranchis par un maître n'ayant sur eux que l'*in bonis* au lieu du *dominium ex jure quiritium* (Ulp., *Reg.*, I, 16) (V. n° 217). Il n'est pas prouvé que ce soit la loi *Junia Norbana* qui ait établi cette règle.

2°. *Restrictions légales à la faculté d'affranchir.*

68. — Jusqu'au commencement de l'Empire, on n'avait pas songé à limiter la faculté d'affranchir. Deux lois de l'époque d'Auguste vinrent restreindre à cet égard le droit jusqu'alors absolu du maître. Ce sont les lois *Ælia Sentia*, et *Fufia Caninia*.

I. Loi Ælia Sentia (1).

Cette loi poursuivait un double but : rendre plus difficile l'affranchissement des esclaves, entraver l'acquisition par les affranchis du droit de cité romaine. On peut grouper ses dispositions sous deux chefs principaux.

1°. *Conditions imposées au maître qui veut affranchir.* — Pour pouvoir faire un affranchissement valable, le maître devait être âgé d'au moins 20 ans. La loi avait cherché de cette façon à prémunir les maîtres trop jeunes contre leurs propres entraînements. Elle redoutait l'influence qu'exerçait trop souvent l'esclave sur l'esprit encore peu mûri du maître. Par exception, le mineur de 20 ans pouvait affranchir s'il avait fait approuver au préalable ses motifs, *justæ causæ* (2), par un *consilium* composé à Rome de cinq sénateurs et de cinq chevaliers, en province de vingt *recuperatores* (G., I, 38, 20). La loi exigeait, dans ce cas, l'emploi de la forme solennelle de la *vindicta*.

Même âgé de 20 ans, et bien qu'il eût de justes causes

68. — (1) La date de la loi *Ælia Sentia* n'est pas discutée. Elle est de l'an 757 U. C., an 4 ap. J.-C., sous le consulat de S. Ælius Catus et de C. Sentius Saturninus. Son texte ne nous est pas parvenu. Lemonnier, *Étude historique sur la condition privée des affranchis*, pp. 54 et suiv.

(2) On ne peut pas bien évidemment donner une énumération limitative des *justæ causæ*. Signalons comme exemples de *justa causa* le cas où le maître a acquis l'esclave à charge de l'affranchir, et celui où un motif d'affection ou d'intérêt lui font désirer l'affranchissement. Accarias, t. I, n° 70.

d'affranchissement, le maître ne pouvait pas affranchir ses esclaves *in fraudem creditorum*. La loi, dans l'intérêt des créanciers, annulait les affranchissements faits en fraude de leurs droits (G., I, 37) (3). Les créanciers devaient prouver d'abord que l'affranchissement qu'ils attaquaient leur avait causé un préjudice, *eventus damni*, en ce qu'il avait créé ou aggravé l'insolvabilité de leur débiteur. Mais des discussions s'étaient élevées sur le point de savoir s'il fallait prouver en outre la mauvaise foi du débiteur, *consilium fraudis*, c'est-à-dire la connaissance qu'il aurait eue de son insolvabilité au moment où il donnait la liberté à son esclave. L'opinion qui imposait cette preuve aux créanciers avait fini par l'emporter (4).

2°. *Conditions exigées de l'affranchi pour qu'il devienne citoyen.* — Pour pouvoir devenir citoyen, par l'effet de l'affranchissement, l'esclave devait être âgé d'au moins 30 ans. Affranchi avant cet âge, il devenait latin junien, sauf le cas où le maître avait une *justa causa* d'affranchissement qu'il avait fait approuver par le *consilium* dont nous avons parlé, et à condition d'employer la forme de la *vindicta* (G., I, 18). Mais si l'esclave avait été, durant sa servitude, frappé de peines ou flétrissures déshonorantes, il ne devenait ni citoyen, ni latin. Il était traité comme *peregrinus dedititius* et privé à jamais du droit de parvenir à la cité ou à la latinité (G., I, 13, 15). De plus, la loi le frappait d'une interdiction de séjour dans Rome et dans un rayon de cent milles au-

(3) Le préteur, il est vrai, donnait aux créanciers une action, l'action paulienne, à l'effet d'obtenir la révocation des actes faits par le débiteur insolvable, en fraude de leurs droits (V. t. II). Mais le principe de l'irrévocabilité de la liberté une fois acquise, s'opposait à ce que l'affranchissement tombât sous le coup de l'action paulienne. Du moins les préteurs n'avaient-ils pas osé, semble-t-il, étendre à cet acte la disposition si générale cependant de leur édit. Mais ce que le préteur n'avait pu faire, une disposition législative expresse pouvait l'ordonner.

(4) La loi *Ælia Sentia* annulait aussi les affranchissements faits par un affranchi *in fraudem patroni*, en vue d'enlever à ce dernier les avantages que pouvaient lui conférer ses droits à la succession de l'affranchi (G., I, 37).

tour de Rome, sous peine de se voir vendu par l'État comme esclave, avec défense au nouveau maître de l'affranchir.

Application de la loi aux affranchissements testamentaires. — Les dispositions de la loi *Ælia Sentia* étaient applicables aussi bien aux affranchissements testamentaires qu'aux affranchissements entre-vifs (G., I, 40, 17). Mais on les écartait pour le cas où un maître craignant, à raison de son insolvabilité, de voir sa succession répudiée, instituait pour son héritier un esclave qu'il affranchissait par son testament. Il était de principe que l'esclave institué dans ces conditions devenait *heres necessarius*, c'est-à-dire qu'il ne pouvait répudier l'hérédité (V. n° 249). Le maître était assuré d'avoir ainsi un héritier et de sauver sa mémoire de la honte d'une *venditio bonorum*. Cette espérance eût été déçue si l'affranchissement avait été déclaré nul ou imparfait comme contrevenant aux dispositions prohibitives de la loi. Aussi la loi l'avait-elle déclaré inattaquable, à la condition qu'il n'y eût qu'un seul esclave bénéficiant de cette faveur, et qu'il ne se présentât aucun autre héritier pour faire adition.

II. Loi Fufia Caninia.

Les maîtres, en général peu disposés à donner la liberté à leurs esclaves par acte entre-vifs, se montraient beaucoup plus faciles dans leur testament, où ils prodiguaient les affranchissements au grand détriment de leurs héritiers. La loi Fufia Caninia, portée sous Auguste en 761 (U. C,) vint fixer le chiffre maximum d'esclaves qu'on pouvait affranchir par testament. Ce chiffre était variable suivant le nombre d'esclaves dont on était propriétaire. Les affranchissements faits au delà de ce chiffre étaient annulés (G., I, 42-46).

3°. *Condition des affranchis.*

69. — A la suite des lois *Junia Norbana* et *Ælia Sentia*, les affranchis, au lieu de former comme autrefois une classe unique, se trouvent divisés en trois catégories : 1° les affranchis citoyens qui ont la *major libertas*, 2° les affranchis latins juniens qui ont la *minor libertas*, 3° les affranchis *dedititii* qui ont la *pessima libertas*.

Première classe : Affranchis citoyens (1).

Pendant longtemps encore la distance qui séparait l'affranchi citoyen de l'ingénu resta aussi considérable qu'autrefois, du moins dans le droit. En fait et dans les mœurs, les différences tendaient à s'effacer (2). Un grand nombre d'affranchis s'étaient enrichis, et jouaient dans la cité un rôle important. On sait la place prépondérante que les affranchis impériaux ont occupée auprès des premiers Césars. En même temps et par un mouvement en sens inverse, les prérogatives dont jouissaient les ingénus, surtout dans le domaine politique, devenaient de plus en plus insignifiantes, à mesure que disparaissait la liberté. L'égalité s'établissait donc insensiblement. D'ailleurs les affranchis avaient réalisé dans le domaine du droit quelques conquêtes importantes. Sous Auguste, les lois Julia et Pappia Poppæa accordèrent aux affranchis le *jus connubii* avec les ingénus, sauf avec les personnes de rang sénatorial (V. n° 54 *bis*). Une concession du prince pouvait d'ailleurs les élever au rang des ingénus, soit en leur concédant le *jus aureorum annulorum*, soit en leur accordant la *restitutio natalium*. Dans le cas où il recevait le droit

69. — (1) Accarias, t. I, 61.

(2) Lemonnier, *Etude historique sur la condition privée des affranchis*, pp. 150 et suiv.

de porter l'anneau d'or, signe distinctif des ingénus, l'affranchi ne devenait ingénu que dans ses rapports avec tous autres que son patron, dont les droits restaient intacts, *salvo jure patroni.* La *restitutio natalium* enlevait même au patron ses droits sur l'affranchi; elle nécessitait, par conséquent, le consentement formel du patron ou de ses enfants.

Deuxième classe : Affranchis latins juniens (3).

C'est la loi Junia qui avait réglé la condition des affranchis latins, en la calquant sur celle des *latini coloniarii* (V. n° 57), bien qu'à certains égards elle fût moins favorable (G., III, 56). Le latin junien était privé des droits politiques et du *jus connubii,* mais il avait le *jus commercii* avec cette restriction qu'il ne pouvait recueillir le bénéfice des institutions d'héritier et des legs à lui adressés. La loi Junia lui avait en effet enlevé le *jus capiendi ex testamento*, à moins qu'il ne fût devenu citoyen du vivant du testateur ou dans les cent jours du décès de celui-ci (4). Il ne pouvait non plus être nommé tuteur par testament (Ulp., *Reg.*, V, 4, 9; XIX, 4; XVII, 1). Le latin junien qui a vécu en homme libre, meurt esclave, en ce sens que son testament s'il en a fait un est nul, et que ses biens, semblables à un pécule d'esclave, retournent à son patron et ne passent ni à ses héritiers testamentaires ni à ses héritiers *ab intestat.* La loi *Ælia Sentia*, et d'autres dispositions postérieures avaient d'ailleurs permis aux latins juniens d'acquérir assez facilement la qualité de citoyens. Citons parmi les modes d'acquisition du droit de cité ainsi

(3) Les principales causes, qui font d'un affranchi un latin junien sont : 1° l'emploi de formes non solennelles pour l'affranchissement, disposition formelle de la loi *Junia* (V. n° 67); 2° l'affranchissement obtenu par l'esclave avant trente ans, règle édictée par la loi *Ælia Sentia* (V. n° 68); 3° l'affranchissement par le maître qui n'a que l'*in bonis* (V. n° 67, note 4).

(4) Les latins juniens pouvaient recueillir les fidéicommis qui leur étaient laissés (G., II, 275). Bien que les dispositions faites en cette forme fussent un moyen de tourner les dispositions de la loi *Junia,* il ne semble pas qu'on les ait interdites (V. n° 260).

réservés aux latins juniens (5) : 1° Le *beneficium principale*, octroi de la cité par le prince, cas auquel le latin vivait comme citoyen, mais mourait latin, la qualité de citoyen n'étant concédée que sous réserve des droits de succession du patron qui avait ignoré cette concession ou n'y avait pas consenti (G., III, 72, 73). 2° La *causæ probatio*, organisée par la loi *Ælia Sentia* et généralisée au profit de tous les latins juniens par le sénatusconsulte Pégasien. Le latin junien qui s'était marié en présence de sept témoins citoyens et avait de son mariage un enfant, n'avait qu'à se présenter devant le magistrat dès que l'enfant avait atteint l'âge d'un an, et à charge de faire la preuve de ces faits, *causæ probatio*, il obtenait le droit de cité pour lui, sa femme, son enfant, et ses autres enfants à naître (G., I, 29, 30, 31; Ulp., *Reg.*, III, 3). 3° L'*iteratio* qui concerne celui qui est devenu latin junien, à raison de l'emploi d'un mode non solennel d'affranchissement. Un second affranchissement opéré dans les formes solennelles lui conférera la qualité de citoyen (Ulp., *Reg.*, III, 4) (6).

Troisième classe : affranchis dedititii.

Ces affranchis sont traités comme les *peregrini dedititii* (V. n° 59), et par suite sont *sine civitate*. Ils ne peuvent laisser un testament, ni *capere ex testamento*. Ils n'ont que les droits

(5) Signalons d'autres modes d'acquisition de la cité par le latin junien : *militia*, lorsqu'il avait servi un certain temps dans les Vigiles de Rome (disposition de la loi *Visellia*); *nave*, lorsqu'il avait aidé à l'approvisionnement de la capitale en construisant un navire et en transportant du blé à Rome dans ce navire (Édit de Claude); *ædificio*, lorsqu'il avait contribué à l'embellissement de Rome en y construisant un édifice où il avait dépensé la moitié de son patrimoine; *pistrino*, lorsqu'il avait géré un moulin à Rome (Édit de Trajan); *triplex enixus*, lorsqu'une latine a eu trois enfants, *vulgo concepti* (G., I, 32 *b*, 32 *c*, 33; Ulp., *Reg.*, III, 1).

(6) Il y a encore lieu à *iteratio*, lorsqu'un esclave est devenu affranchi latin parce que le maître n'avait sur lui que l'*in bonis*. Dans ce cas un nouvel affranchissement fait dans les formes légales par le *dominus ex jure Quiritium* lui donnera la cité (Ulp., *Reg.*, III, 4).

généraux dérivant du *Jus gentium*, et ils ne peuvent parvenir ni à la latinité ni à la cité. Nous avons vu que la loi *Ælia Sentia* leur interdisait le séjour dans Rome et dans un périmètre de cent milles (V. n° 68).

Affranchissement au Bas-Empire et sous Justinien.

70. Au Bas-Empire, on continua à employer les modes solennels d'affranchissement. La *vindicta* subsiste sous la forme simplifiée déjà usitée dans la période précédente. Le testament sert toujours aux affranchissements par acte de dernière volonté. L'affranchissement *censu* qui a disparu avec le cens, est remplacé depuis Constantin par l'affranchissement *in sacrosanctis ecclesiis,* consistant dans une déclaration solennelle du maître, à l'église, devant les prêtres et les fidèles. Quant à la condition des affranchis, elle tendait en fait à devenir uniforme. Justinien réalisa dans ce domaine des réformes importantes qui peuvent se résumer ainsi : 1° Les formes solennelles d'affranchissement, *vindicta, testamento, in sacrosanctis ecclesiis* sont maintenues. A côté d'elles, il y a en outre des formes non solennelles : affranchissement *inter amicos, per epistolam,* etc., qui sont considérées comme manifestant suffisamment la volonté du maître d'affranchir l'esclave, et produisant le même effet que les formes solennelles. 2° Justinien supprime en grande partie les restrictions légales à la faculté d'affranchir. La loi *Fufia Caninia* est abrogée. De la loi *Ælia Sentia,* il ne laisse subsister que la nullité édictée contre les affranchissements faits par un mineur de vingt ans, sauf toutefois le droit pour le mineur d'affranchir par testament dès qu'il aura la capacité de tester. Il maintient également la disposition de la loi *Ælia Sentia,* annulant les affranchissements faits *in fraudem creditorum,* (pr., §§ 1, 3, 4, 5, 6, 7. Inst., *Qui, quibus ex causis manum. non possunt,* I, 6). 3° La division des affranchis en trois classes est supprimée. Il n'y a plus de latins juniens ni de *dedititii*.

Désormais, comme dans les débuts du droit, l'affranchissement valablement accompli par un citoyen, fait de l'esclave un citoyen. Comme il subsistait toujours une différence entre l'ingénu et l'affranchi, Justinien décida que par le seul effet de l'affranchissement, l'affranchi était relevé de son infériorité sociale *erga omnes*, excepté vis-à-vis du patron qui conserve ses droits. Mais celui-ci peut y renoncer et par ce moyen égaler tout à fait l'affranchi à un ingénu (Nov. 78, ch. 1, 2).

DE LA FAMILLE.

71. — *Évolution de la notion de famille* (1). — La famille, telle que nous la concevons aujourd'hui, n'a pas toujours existé. Il en est de même du mariage, fondement de la famille. La notion élevée que se fait de ces deux institutions la société moderne n'est que le résultat d'un lent et laborieux progrès. Avant d'en venir à ce point elles ont passé par une série d'états ou de formes d'ordre inférieur, correspondant à des phases différentes de l'histoire de la civilisation. C'est ainsi que dans un grand nombre de sociétés primitives le mariage n'existe pas sous la forme de l'union permanente d'un seul homme avec une femme unique. A sa place on trouve établi le régime de la communauté des femmes, sans que les relations entre les deux sexes paraissent même faire l'objet de prescriptions légales. Les nations antiques qui sont parvenues au plus haut degré de culture, comme les peuples de race grecque ou italienne, ont conservé dans leurs traditions des souvenirs encore précis d'un état de promiscuité de ce genre. D'autres races ne paraissent pas s'être élevées à une conception plus haute de l'union conjugale. Cette ma-

71. — (1) Gide, *Étude sur la condition privée de la femme*, 2e édit., avec notes de M. Esmein, pp. 13-34, où l'on trouvera cités les auteurs principaux qui se sont occupés de cette question. *Adde*, S. Henri Maine, *Études sur l'ancien droit et la coutume primitive*, ch. 7; Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 323.

nière d'envisager l'union entre les deux sexes a donné naissance chez certains peuples à une organisation familiale où la femme joue le rôle principal, où elle est indépendante de l'homme, souvent même supérieure à lui. Dans ce système, c'est à la femme que se rattachent les enfants, c'est elle qui leur donne son nom, c'est par elle que se comptent les généalogies, c'est aux seuls parents par les femmes que sont dévolus les biens par voie de succession. On conçoit d'ailleurs que la promiscuité des unions doive donner lieu assez facilement à un régime pareil, l'enfant ne pouvant guère se rattacher qu'à celui de ses deux auteurs qu'un fait matériel indéniable désigne comme l'ayant engendré. Ce *droit de la mère* comme on l'appelle, n'a peut-être pas régné partout. Il est des races humaines chez lesquelles il n'a pas apparu et qui paraissent avoir débuté par un principe tout différent, le principe de la famille patriarcale. Il en est aussi sans doute chez lesquelles cette conception nouvelle de l'état de famille aura peu à peu détrôné le principe de la parenté par les femmes (2).

Dans l'état patriarcal toute la famille est groupée autour de l'homme. Celui-ci vit en maître souverain, avec la femme ou les femmes qu'il possède et qu'il a le plus souvent capturées ou achetées (3). Il a sur les enfants nés de ces unions des droits analogues à ceux qu'il exerce sur les enfants de ses

(2) Dans une question de ce genre, il faut se garder soigneusement de se laisser aller à des généralisations hâtives que ne permettent ni l'état actuel de la science de l'origine des sociétés, ni l'étude encore si incomplète des usages des peuples restés à l'état sauvage. Les résultats auxquels on est arrivé dans cette voie sont destinés à être complétés ou rectifiés sur bien des points. On ne pouvait cependant se dispenser de les signaler. Ils éclairent d'un jour tout nouveau le passé des institutions juridiques romaines, et leur assignent leur véritable place dans l'histoire du développement des phénomènes sociaux.

(3) On peut conjecturer que chez certains peuples, le passage de la vie nomade à la vie sédentaire a été l'une des causes déterminantes de la constitution de la famille patriarcale. La disproportion du nombre des femmes par rapport à celui des hommes, la pratique de l'achat des femmes, l'exogamie ou nécessité de se marier en dehors de la tribu, ont dû jouer aussi un rôle important dans les transformations par lesquelles a passé l'idée de la famille.

esclaves, et il peut, en se reconnaissant leur père, se rattacher à eux par un lien légal. La famille apparaît dès lors comme une dépendance du *pater* et c'est pour cela qu'on la désigne sous le nom de famille patriarcale. Elle est organisée exclusivement en vue des droits du *pater*, souverain maître des personnes placées sous sa puissance (femmes, enfants, esclaves), souverain propriétaire des biens de la famille, souverain prêtre des dieux domestiques (4). Les enfants rattachés désormais au père prennent son nom, suivent sa condition et la seule parenté qui assure des droits dans la famille est la parenté par les mâles. Ce régime familial qui est le contre-pied du système du droit de la mère est celui que pratiquaient les populations de race italiote qui fondèrent Rome (5). Ainsi s'explique l'organisation de la famille romaine où tout, personnes et choses, est placé sous l'autorité du *pater*. Ainsi se comprend l'état d'abaissement juridique auquel s'y trouve réduite la femme, tout d'abord. Mais une réaction devait se produire au sein du droit romain lui-même contre le principe excessif du système patriarcal. Le rôle de la femme longtemps diminué tendit à redevenir sinon prépondérant du moins égal à celui de l'homme. Une lutte s'engagea entre les deux principes qui, tour à tour, avaient régi les rapports familiaux, jusqu'à ce que, grâce à une heureuse combinaison de ces deux tendances, l'idée moderne de la famille se fit jour, donnant au père et à la mère le même rang, attribuant à la parenté par les hommes et par les femmes des effets identiques (6).

(4) Le foyer domestique est, en effet, considéré comme l'autel consacré aux dieux lares, c'est-à-dire aux ancêtres adorés comme divinités inférieures, et qui continuent à veiller, après leur mort, sur cet autel auprès duquel ils ont sacrifié pendant leur vie. Fustel de Coulanges, *La Cité antique*, livre I, chap. II.

(5) Le régime de la famille patriarcale a été celui des principaux peuples appartenant aux races aryennes et sémitiques. Le triomphe de ce régime a été l'une des causes principales de leur grandeur, et il constitue l'une des plus heureuses transformations qui se soient accomplies dans le sein des sociétés humaines.

(6) Les recherches auxquelles se livre la science actuelle pour retrouver

TROISIÈME DIVISION DES PERSONNES.

Personnes sui juris et personnes alieni juris.

72. — Les considérations qui précèdent montrent qu'à Rome toute la théorie juridique de la famille a pour fondement la puissance paternelle. Le père de famille, *pater, paterfamilias*, est celui qui exerce sa puissance sur un certain groupe de personnes composant sa *familia* (1). Dans le sein de la famille, les personnes se divisent donc en deux catégories : celles qui sont libres de toute puissance ou personnes *sui juris* et celles qui sont soumises à la puissance d'autrui ou personnes *alieni juris*.

1°. *Personnes sui juris*. — La qualité de *sui juris* peut appartenir aussi bien à la femme qu'à l'homme. A l'homme *sui juris* est réservé le titre de *paterfamilias*. Par là, on veut indiquer qu'il a le droit de puissance, c'est-à-dire qu'il a ou peut avoir des personnes placées sous sa *potestas*, qu'il a ou peut avoir un patrimoine. Mais cette dénomination de *paterfamilias* n'implique pas l'idée de paternité. Un enfant non encore apte à la génération, un célibataire, un homme marié sans enfants, peuvent être *patresfamilias*. Quant à la femme, elle peut être *sui juris;* mais si, dans ce cas, elle est capable d'avoir un patrimoine, elle reste néanmoins in-

les origines et retracer l'évolution de l'idée de famille, ne sont nullement de nature à porter atteinte à l'idée morale sur laquelle repose la famille moderne. Un enseignement élevé se dégage au contraire de ces travaux. C'est que les conceptions qui nous sont les plus familières et qui, par leur simplicité même, semblent devoir s'imposer à la raison, n'ont surgi dans l'esprit humain qu'avec une lenteur infinie, qu'elles sont le fruit tardif mais précieux de la civilisation, et qu'à ce titre elles nous doivent être d'autant plus chères.

72. — (1) Dans son acception la plus large, la *familia* comprend tout ce qui est soumis à la puissance du *pater :* personnes et choses (195, § 1, Dig., *De verb. signif.*, L, 16). Le *pater* s'appelle encore *dominus* ou *herus*. Sa puissance est désignée par les diverses expressions : *potestas*, *manus*, *mancipium*, suivant la qualité des personnes sur lesquelles elle s'exerce.

capable d'avoir la puissance sur d'autres personnes. Aussi dit-on de la femme *sui juris* qu'elle est *familiæ suæ et caput et finis* (2) (195, § 5, *De verb. signif.*, L, 16).

2°. *Personnes alieni juris.* — Sont *alieni juris* les personnes qui sont soumises à la puissance de quelqu'un. Ce sont : 1° les esclaves, placés sous la *dominica potestas;* 2° les enfants et descendants, placés sous la *patria potestas;* 3° la femme mariée, soumise à la *manus;* 4° certaines personnes libres, placées *in mancipio* (G., I, 48, 49).

De ces quatre formes de puissance, nous avons déjà étudié la première (V. nos 43-50); les trois autres vont être examinées en insistant plus particulièrement sur la puissance paternelle, la plus importante par ses conséquences, celle qui s'est conservée presque intacte jusqu'à la dernière heure du droit romain.

I. PUISSANCE PATERNELLE.

Caractères et effets de la puissance paternelle.

Puissance paternelle dans le Jus strictum.

73. — *Caractères.* — Dans le vieux droit civil, la puissance paternelle était presque aussi absolue que la puissance dominicale. Sur la personne de ses enfants, le *pater* exerce le *jus vitæ ac necis* dans toute sa plénitude. Il peut les exposer, les vendre, les punir, les frapper de mort, et ses décisions sont en dehors du contrôle de la loi. A lui seul il constitue un tribunal irresponsable et souverain. Déjà cependant la loi des XII Tables avait apporté une restriction à ce pou-

(2) A la différence de l'expression *paterfamilias*, celle de *materfamilias* a revêtu diverses acceptions, et elle ne désigne pas nécessairement la femme *sui juris*. Dans le début, elle paraît avoir été réservée aux femmes mariées soumises à la *manus* du mari, puis avoir été étendue à toute femme mariée et être devenue l'équivalent de *uxor,* enfin elle servit à désigner toute femme de mœurs honnêtes, même non mariée.

voir sans limite, en décidant que le fils qui aurait été l'objet de trois ventes successives serait soustrait à la puissance paternelle : *Si pater filium ter venumduit a patre filius liber esto* (G., I, 132). Comme la loi n'avait expressément parlé que du *filius*, l'*interpretatio* décida qu'une seule vente produisait le même effet pour la *filia* et les petits-enfants, *nepotes* (1). Il est logique que celui qui est placé sous la puissance paternelle ne puisse lui-même l'exercer sur d'autres. Aussi, les *filiifamilias* n'ont-ils aucun pouvoir de puissance ni sur leurs propres enfants, ni sur leur femme. C'est au *pater* que revient le droit de puissance sur les enfants de ses fils, c'est lui qui exerce la *manus* sur leur femme. Au point de vue des biens, les enfants de famille sont incapables d'avoir un patrimoine. Tout ce qu'ils acquièrent est acquis au *pater* et vient augmenter le patrimoine de celui-ci.

La puissance paternelle, malgré les analogies évidentes qu'elle présente avec la puissance dominicale, diffère de cette dernière à beaucoup d'égards. Les enfants de famille ne doivent pas être confondus avec les esclaves. L'enfant de famille est une personne libre, et il en porte le nom : *liber*. En même temps, il est citoyen, et en ce qui concerne le droit public, il est, dès qu'il a atteint l'âge légal, traité comme un *paterfamilias*, et, par suite, fait partie de l'armée, jouit du *jus suffragii*, du *jus honorum*. Cette puissance, à laquelle il est soumis, est destinée d'ailleurs à cesser. A la mort du *pater*, et quelquefois avant ce moment, l'enfant de famille devient *sui juris*, et à son tour *paterfamilias*. Enfin, si les enfants

73. — (1) La vente du fils de famille par le *pater* avait pour effet de faire tomber l'enfant sous le *mancipium* de l'acheteur (V. n° 107). Ce pouvoir de *mancipium* prenait fin de plein droit à l'expiration de chaque lustre, par le seul effet du cens (G., I, 140). La vente du fils n'était donc pas une aliénation définitive de la puissance paternelle, elle n'en était que la suspension momentanée, une sorte de location des services du fils au profit d'un tiers. Dès que cessait le *mancipium*, la puissance paternelle renaissait et le père pouvait vendre à nouveau son fils. C'est pour empêcher l'abus de ces ventes successives que la loi des XII Tables enlevait au père le droit de puissance après la troisième vente.

de famille n'ont pas de patrimoine, il n'y a là qu'une suspension momentanée de leurs droits, qui s'explique par la nécessité de concentrer l'administration des biens de la famille dans une seule main (2). Aussi, les enfants sont-ils considérés comme copropriétaires avec le *pater* des biens familiaux. Celui-ci n'est qu'un gérant dont les pouvoirs sont sans limites et non révocables, et qui administre dans l'intérêt collectif de la famille. C'est pour cela que lorsque le *pater* meurt, l'enfant qui lui succède n'est point censé faire une acquisition, mais plutôt reprendre la gestion des mains du *pater* décédé (11. Dig., *De liberis et postumis*, XXVIII, 2) (V. n° 233-1°).

74. — *Effets.* — Les effets que produit la puissance paternelle expliquent ses caractères essentiels. En premier lieu, on voit qu'elle n'a pas pour but la protection de l'enfant de famille. Elle est constituée en vue de sauvegarder les intérêts religieux et pécuniaires de la famille dont le soin est confié au *pater* seul. Il en résulte : 1° Que parvenu à l'âge de raison, l'enfant de famille n'est point exonéré de la puissance. Eut-il atteint la vieillesse la plus avancée, s'il a encore son *pater*, il peut être soumis à la *potestas* de celui-ci; 2° Que si l'enfant n'est pas, dès sa naissance, sous la puissance paternelle, il n'y peut être placé malgré lui (1); 3° Que la puissance paternelle ne peut être exercée par une femme, pas même par la mère, en cas de décès ou d'incapacité du père (V. n° 72); 4° Qu'elle n'appartient jamais qu'à un seul ascendant, l'as-

(2) Aussi les enfants de famille peuvent-ils s'obliger valablement, non seulement par leurs délits, comme les esclaves, mais par leurs contrats. Mais leur obligation ne pouvait pas grever le patrimoine du père.

74. — (1) C'est pour cela que lorsqu'un pérégrin obtenait de l'empereur la concession du droit de cité, pour lui, sa femme et ses enfants déjà nés, ceux-ci ne tombaient sous la puissance de leur père, qu'en vertu d'une décision expresse du prince, rendue après un examen sérieux destiné à s'assurer que cette perte de leur qualité de *sui juris* leur serait profitable (G., I, 93). Nous verrons, ailleurs, qu'un assentiment tacite de l'individu *sui juris*, suffit pour qu'il soit soumis à la puissance paternelle (V. n° 103-1°).

cendant mâle le plus éloigné, de la ligne paternelle. C'est ainsi qu'un arrière-grand-père paternel avait à la fois sous sa puissance, son fils, son petit-fils, son arrière-petit-fils (2). En second lieu, on comprend qu'avec des caractères aussi nettement accusés, la puissance paternelle ait été considérée par les jurisconsultes comme une institution propre aux Romains seuls. Elle appartient donc au *jus civile* et, par suite, un pérégrin ne peut en être le sujet actif ou passif, à moins que telle ne soit sa loi nationale (G., I, 55) (3).

75. — Si telle était, dans le droit, la puissance paternelle, il s'en faut que dans les mœurs elle offrit ce caractère de rigueur absolue que nous révèlent les textes juridiques. L'opinion réprouvait l'abus que le père pouvait être tenté de faire de ses pouvoirs; les censeurs intervenaient pour en réfréner les excès. L'institution, restée obscure pour nous, du tribunal domestique, venait aussi tempérer l'exercice arbitraire de la *potestas*, surtout le *jus vitæ ac necis*. Maîtres d'eux-mêmes dans la vie publique, chargés par leur père de la gestion de pécules considérables, les fils de famille devaient souvent jouir d'une indépendance de fait, initiation nécessaire à leur rôle futur de *patresfamilias*. Néanmoins, ces tempéraments divers n'ont pas affaibli l'influence que la forte organisation de la *patria potestas* a exercée sur les destinées de la nation. Groupée autour de son *pater*, chaque famille formait une unité sociale, une sorte de corporation dans l'État (1), ayant sa vie propre, ses biens patrimoniaux, ses

(2) Accarias, t. I, nº 75.

(3) Ce serait cependant une erreur de considérer la puissance paternelle comme une institution inconnue à d'autres nations. Gaius (I, 55) constate son existence chez les Galates d'Asie-Mineure, et l'on doit ajouter que le pouvoir souverain du *pater* se retrouve chez tous les peuples qui ont pratiqué le régime patriarcal. Ce qu'il y a de particulier en droit romain, c'est la persistance avec laquelle ce régime s'y est maintenu dans toute sa pureté archaïque jusqu'à une époque relativement moderne. S. Henri Maine, *L'ancien droit*, p. 128.

75. — (1) *Familiæ appellatio refertur ad corporis cujusdam significationem*, (195, § 2, Dig., *De verb. signif.*, L, 16).

règles de conduite. L'enfant trouvait là des leçons de discipline, de respect pour l'autorité, de sagesse pratique, et il transportait plus tard dans la vie ces traditions de gouvernement de soi-même et des autres qui ont contribué à assurer à Rome la puissance souveraine.

Puissance paternelle dans le Jus gentium, dans le Droit classique et au Bas-Empire.

76. — *Pouvoir sur la personne.* — L'antique constitution de la famille tendit à s'altérer vers la fin de la période républicaine. Le contrôle censorial, l'autorité du tribunal de famille ayant peu à peu disparu, le pouvoir du *pater* subsistait sans entrave, sans contre-poids. La loi et le magistrat durent intervenir au sein des familles pour le limiter. D'un autre côté, les Césars n'étaient point disposés à maintenir les anciennes traditions qui assuraient à la famille une sorte de vie à part dans l'État. C'est en s'inspirant de ces considérations que la législation impériale a fait des brèches successives au pouvoir souverain du *paterfamilias* (1). Le *jus vitæ ac necis* est peu à peu retiré au père par les constitutions impériales à partir du IIe siècle. La puissance paternelle nous dit un jurisconsulte, *in pietate debet non atrocitate consistere* (Marcianus, 5, Dig., *De lege Pompeia*, XLVIII, 9). C'est ainsi que Trajan contraint le père qui maltraite son fils à l'émanciper. Sous Alexandre Sévère, on voit Ulpien refuser au père le droit de mettre à mort son fils, et exiger que ce dernier soit poursuivi devant le magistrat. Enfin, Constantin condamne le père, meurtrier de son fils, à la peine du parricide. Il ne reste plus, au profit du père, qu'un droit assez étendu, d'ailleurs, de correction. D'autre part, l'exposition des enfants, encore pratiquée au Bas-Empire, fait perdre au père son droit de puissance, et Justinien assure, en ce cas, à l'enfant, la qualité de *sui juris*. Pour ce

76. — (1) Gide, *Étude sur la condit. privée de la femme*, pp. 129, 130.

qui est de la vente des enfants, elle est déjà interdite par Dioclétien, et cette prohibition est reproduite par Constantin qui, cependant, permet aux parents de vendre les enfants nouveau-nés en cas d'extrême misère. Enfin, Justinien enlève au père le droit qui avait subsisté jusqu'alors de faire abandon noxal de ses enfants en cas de délit commis par ceux-ci (2).

77. — *Pouvoir sur les biens. Théorie des pécules.* — Quant au pouvoir du père sur les biens, il devait disparaître presque tout à fait par l'effet de l'institution des pécules. On a vu que les maîtres confiaient souvent à des esclaves la gestion d'un pécule (V. n° 47). Le *paterfamilias* agissait de même avec ses enfants. Par la concession qu'il leur faisait d'un pécule, il se déchargeait du soin de l'administration d'une partie de ses biens, et il initiait l'enfant de famille au rôle d'administrateur qu'il aurait à remplir un jour pour son propre compte. Mais, sur ce pécule, l'enfant n'avait pas plus de droits que n'en avait un esclave. Le pécule était révocable à volonté, et bien que grossi des acquisitions réalisées par l'*alieni juris*, il ne cessait pas de faire partie du patrimoine du *pater*. A côté de ce pécule, l'usage en introduisit d'autres, sur lesquels on reconnut aux enfants de famille un véritable droit de propriété. Ce sont : le *peculium castrense*, le *peculium quasi castrense*, les *bona adventitia* ou *peculium adventitium*, tous trois distincts du pécule constitué par le *pater* avec des biens lui appartenant, pécule qui reste soumis aux principes anciens, et qu'on a appelé, *peculium profectitium, quod a patre proficiscitur*.

1°. *Peculium castrense*. — Nous trouvons ici une des applications les plus intéressantes de la législation spéciale

(2) Lorsque l'enfant de famille avait commis un délit, le père pouvait l'abandonner à la victime du délit, afin d'échapper au paiement de la *pœna*. Cet abandon était appelé *noxalis deditio*, et il avait pour effet de placer l'enfant sous le *mancipium* de celui à qui il était mancipé, *noxali causa* (V. n° 107).

édictée par les Empereurs en faveur des militaires (V. n° 54 *bis*-3°). Auguste, le premier, semble avoir reconnu aux fils de famille militaires le droit d'avoir un pécule, composé des choses acquises par eux *in castris* et dont ils auraient le droit de disposer par testament (pr., Inst., *Quib. non est permis. fac. testament*, II, 12). Cette innovation, dont l'effet était de rendre les fils de famille indépendants de leurs *patres*, fut consacrée à plusieurs reprises par les Empereurs suivants. Peu à peu, les biens compris dans le *peculium castrense* furent considérés comme le patrimoine propre du *filiusfamilias* et celui-ci traité, pour ce qui regardait son pécule, comme un véritable *paterfamilias* (2. Dig., *Ad Senat. Macedon.*, XIV, 6). Le *peculium castrense* se composait de tout ce que le fils de famille avait pu acquérir en qualité de militaire, c'est-à-dire de sa solde, de sa part dans le butin, et aussi de toutes les libéralités qui lui étaient faites par son *pater* ou des tiers en considération de son état. Le régime légal auquel était soumis ce pécule peut facilement se résumer dans les deux principes suivants. 1° D'une part, le pécule ne fait pas partie du patrimoine du père qui ne peut ni s'en emparer ni en disposer. 2° D'autre part, le pécule constitue un véritable patrimoine pour le fils, qui peut aliéner les biens qui le composent, s'obliger sur ces mêmes biens, exercer les actions qui en dépendent. Ce pouvoir d'aliéner emportait le droit de disposer par testament des biens compris dans le pécule (1). Mais, si le fils n'avait pas testé, le père reprenait le pécule, non comme héritier, mais comme *pater*, non *jure hereditario*, mais *jure pristino* ou *jure pe-*

77. — (1) Il est à noter que ce droit de tester *de peculio castrensi* accordé par Auguste aux fils de famille militaires a été le germe et le point de départ du développement ultérieur de la théorie du pécule *castrense*. Après avoir reconnu au fils le droit de tester, on lui donna celui d'affranchir un esclave, de faire une donation, d'intenter une action même *invito patre*, jusqu'à ce qu'enfin prévalut le principe : *filiifamilias in castrensi peculio vice patrum familiarum funguntur* (2. Dig., *Ad Senat. Maced.*, XIV, 6). Le privilège de tester *de peculio castrensi*, confirmé par Nerva et Trajan, fut d'ailleurs étendu aux vétérans par Hadrien.

culii (2. Dig., *De castr. pec.*, XLIX, 1). Cette règle, d'après laquelle le pécule n'est pas dévolu au père comme une hérédité, avait une grande portée pratique. Le père devenait, en effet, immédiatement et malgré lui, propriétaire des valeurs du pécule, tandis que s'il avait été traité comme héritier, il aurait eu le choix entre l'adition et la répudiation. De plus, il n'était tenu des dettes que pendant une année utile et jusqu'à concurrence de l'actif recueilli, *de peculio*, alors que, s'il eut été traité comme héritier, il aurait été tenu perpétuellement et *in infinitum*, même sur ses biens propres. C'est seulement sous Justinien que le *peculium castrense*, laissé par le fils mort *intestat*, est dévolu aux héritiers de celui-ci, et parmi eux au *pater*, comme une succession véritable (2). Ainsi était effacée la dernière différence qui subsistât encore entre le pécule *castrense* et un patrimoine ordinaire.

2°. *Peculium quasi castrense.* — Ce pécule fut introduit par Constantin au profit des fils de famille qui occupaient un office dans la maison impériale. Il comprenait les économies qu'ils avaient faites sur leur traitement, les libéralités qui leur provenaient du prince. Plus tard, les avocats, les prêtres, tous les fonctionnaires purent avoir un pécule de ce genre, composé des biens acquis par eux à l'occasion de leur profession. Ce pécule était traité comme le pécule *castrense*, de là son nom de pécule *quasi castrense*.

3°. *Peculium adventitium.* — Il se compose des *bona adventitia*, sur lesquels les enfants de famille obtinrent des droits à partir de Constantin. On entendit d'abord par là les biens que l'enfant avait recueillis dans la succession de sa mère, *bona materna*. On y fit rentrer ensuite les biens provenant, soit par succession, soit par donation, d'un ascendant

(2) Justinien, en effet, défère le pécule aux descendants, à leur défaut, aux frères et sœurs, à défaut de ceux-ci au *pater* qui le recueille *jure communi* (pr., Inst., *Quib. non est permis. fac. testament*, II, 12), c'est-à-dire non plus *jure peculii*, mais conformément au droit commun des successions *ab intestat, jure hereditario*.

maternel, *bona materni generis*, puis les donations et legs provenant du conjoint. Enfin, Justinien y comprit tous les biens acquis à n'importe quel titre, qui ne faisaient pas partie des pécules *castrense* ou *quasi castrense* ou qui ne provenaient pas du père. La composition de ce genre de pécule montre qu'il n'est pas réservé seulement à certains fils de famille privilégiés (militaires, fonctionnaires, avocats), mais à tous les enfants de famille, fils ou filles. La propriété des *bona adventitia* appartenait à l'enfant de famille, qui cependant ne pouvait pas en disposer par testament. Le père conservait comme dernier vestige de son ancienne puissance le droit d'administrer le pécule et l'usufruit des biens qui en faisaient partie. Les droits des enfants sur les *bona adventitia* ne sont donc pas aussi étendus que ceux qu'on leur accorde sur les pécules *castrense* et *quasi castrense*.

On voit en définitive quelles altérations successives a subies, dans la suite des temps, l'ancien principe en vertu duquel l'enfant de famille est incapable d'avoir un patrimoine. De ce principe, il ne reste plus sous Justinien que le droit d'administration et d'usufruit laissé au père sur le pécule *adventitium* et la pleine propriété du pécule profectice.

SOURCES DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

Première source : le mariage.

78. — *Notion.* — La puissance paternelle, qui est, nous l'avons vu, la base de l'organisation familiale romaine, a pour source principale le mariage. Le mariage dans le droit primitif romain est l'union de l'homme et de la femme, s'associant pour toute la vie en vue d'une communauté absolue du culte domestique et des intérêts pécuniaires. Cette notion antique du mariage est encore celle qu'admettront plus tard les jurisconsultes de l'époque classique, à une époque où cependant la disparition des mœurs anciennes avait altéré profondément

l'institution. Modestin (1. Dig., *de Rituu ptiarum*, XXIII, 2) définit en effet le mariage : *Nuptiæ sunt conjunctio maris et feminæ, consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio*. De cette définition découlent les caractères suivants qui peuvent être considérés comme les traits essentiels du mariage romain. 1° Le mariage suppose l'union de deux personnes de sexe différent, *maris et feminæ conjunctio* (1). 2° Entre les époux, le mariage établit une sorte d'association qui donne à la femme le rang social du mari, le même domicile, les mêmes *sacra privata*. Longtemps placée sous la *manus mariti*, elle est dans la famille du mari traitée à l'égal d'une *filiafamilias*, copropriétaire avec les enfants du patrimoine dont elle aura comme eux sa part. Il y a bien entre elle et son mari, *divini et humani juris communicatio*. 3° Ainsi comprise, l'institution du mariage appartient au *jus civile*. Sans doute les Romains reconnaissent l'existence d'unions régulières entre les non-citoyens (V. n° 97-1°). Mais de pareils mariages ne sont pas pour eux conformes au droit, *jus*. Ce ne sont pas des *justæ nuptiæ*. Ils ne produisent pas les effets que le droit attache exclusivement au mariage romain, au *justum matrimonium*.

79. — *Histoire des transformations de la notion du mariage* (1). — Dans les débuts, les *justæ nuptiæ* font inévitablement tomber la femme sous la *manus* du mari, s'il est *sui juris*, ou s'il est *alieni juris* sous la *manus* de l'ascendant qui exerce sur lui la puissance. La femme entre comme *filiafamilias* dans la famille du mari, et tous les liens religieux et civils qui l'attachaient à sa famille naturelle sont rompus.

78. — (1) Les Romains ne conçoivent pas d'ailleurs la possibilité du mariage entre un homme et plusieurs femmes. Si loin que nous reportent en arrière les traditions de la nation, on ne voit apparaître aucune trace de pratiques polygames (G. I, 63).

79. — (1) Esmein, *Mélanges d'histoire du droit et de critique*. Droit romain : La *manus*, la paternité et le divorce, pp. 3-17; Gide, *Étude sur la condit. privée de la femme*, 2e édit., par Esmein, pp. 113, 114; Fustel de Coulanges, *La cité antique*, liv. II, ch. 2.

Elle n'a plus d'autres *sacra* que ceux de son mari. Elle est avec ses propres enfants, dont elle est comme la sœur, sous la puissance du mari, ou du *pater* de celui-ci. Elle perd ses biens personnels qui désormais appartiennent en propriété à celui qui exerce la *manus*, et devient aussi incapable d'acquérir pour elle-même qu'un enfant de famille. Les liens qui l'unissaient à sa famille naturelle n'existant plus, elle perd ses droits d'agnation et de succession, mais obtient des droits équivalents dans sa famille nouvelle. Héritière du mari, concurremment avec ses propres enfants, elles est leur agnate, et il y a entre elle et eux des droits de succession réciproques. Ainsi se trouvait réalisée aussi entièrement qu'il est possible, cette *divini et humani juris communicatio*, qui, aux yeux des Romains, était l'essence même du mariage.

On conçoit facilement, étant donnés les effets que nous venons de décrire, que le mariage dût être entouré de formalités destinées à affirmer la volonté des deux époux et à donner à l'expression de cette volonté la publicité qui est le caractère de tous les actes du droit primitif. Tel était le but des actes désignés sous le nom de *confarreatio* et de *coemptio*. 1° La *confarreatio* est une cérémonie éminemment religieuse, consistant dans un sacrifice offert par les deux époux à Jupiter, en présence de dix témoins. L'accord des parties était constaté par un échange de paroles solennelles, *certa et solemnia verba* (G. I, 112; Ulp., *Reg.*, IX) (2). Il est probable que la *confarreatio* est la forme la plus archaïque du mariage romain, et elle paraît avoir été réservée aux patriciens seuls (3). Dans ce genre de mariage, l'acquisition de la *manus*

(2) Les cérémonies de la *confarreatio* sont avant tout destinées à associer la femme au culte du mari. Le sacrifice offert en commun consistait dans la présentation sur l'autel d'un pain fabriqué avec de l'épeautre, *far*, la plus ancienne espèce de grain connue des Romains. De là le nom de *confarreatio*. Les formes de la *confarreatio* se retrouvent presque identiques dans le mariage hindou. Esmein, *op. cit.*, p. 5.

(3) Les enfants nés *ex confarreatis nuptiis* étaient désignés par les noms de *patrimi* et *matrimi*, et, seuls, étaient admis à certains sacerdoces (G. I, 112). Ce privilège est bien le propre des membres de la classe patricienne.

découlait naturellement et nécessairement de l'acte solennel accompli par les époux. 2° La *coemptio* apparaît déjà comme une forme profane de l'union conjugale, qui aurait été pratiquée d'abord par ceux qui, comme les plébéiens, ne pouvaient user de la *confarreatio*. Elle se décompose en deux actes, tous deux solennels, mais distincts : l'un appelé plus spécialement *coemptio,* par lequel les deux époux se prennent réciproquement pour mari et femme, l'autre qui n'est qu'une application de la *mancipatio* et dont l'objet est de soumettre la femme à la *manus*. L'ensemble de l'acte porte également le nom de *coemptio* (G. I., 113, 114, Boëthius, *Ad Cicer. Topic.,* Orelli, p. 299). Ici la *manus* est encore inséparable du mariage, mais elle n'est acquise que par l'effet d'un acte distinct de l'accord des volontés des parties. Le *pater* de la femme, ou, si elle est *sui juris,* ses tuteurs figurent dans la *mancipatio* à côté de la femme elle-même à l'effet d'établir sur elle le lien de puissance appelé *manus* (4).

Déjà cependant à l'époque des XII Tables, un changement profond s'est opéré dans les idées primitives relatives aux effets du mariage. La loi prévoit et autorise l'acquisition de la *manus* dans une union qui tout d'abord n'avait pas produit cet effet, par suite de l'absence ou de l'irrégularité des formes. Elle décide qu'une cohabitation continue pendant un an avec le mari fait passer la femme dans la fa-

(4) Nous ne pouvons entrer ici dans le détail des opinions contradictoires auxquelles a donné lieu l'explication du mariage par *coemptio*. Le système qui voit dans cette forme un vestige de l'antique coutume de l'achat des femmes n'est pas dénué de vraisemblance. Toutefois, il est visible que les Romains, à l'époque où ils pratiquaient la *coemptio* avaient déjà transformé cet usage brutal, car on y voit la femme figurer dans l'acte comme partie principale et non comme objet vendu. La distinction que nous faisons au texte entre la *coemptio* (*stricto sensu*) et la *mancipatio* qui l'accompagne et crée la *manus* nous paraît résulter avec évidence de la lecture attentive des sources. Quant à la question de savoir qui, dans la *mancipatio,* joue le rôle d'aliénateur, si c'est la femme elle-même ou, au contraire, son *pater* ou ses tuteurs, il est difficile d'y répondre. Il paraît certain, en tous cas, que par l'effet de la mancipation, la femme n'était pas réduite à la *servilis conditio* où se trouvait celui qui tombait *in mancipio* (G. I, 123).

mille de celui-ci et la soumet à la *manus*. Au fond, il n'y avait encore là qu'une forme d'acquisition indirecte de la *manus* qui n'avait pu être acquise immédiatement. De même que la propriété des choses autres que les immeubles s'acquérait par une possession prolongée d'un an, de même la *manus* s'obtenait par l'usage, *usu,* au bout d'une année (G. I. 111). Ici, la séparation entre le mariage et la *manus* est déjà faite et admise par la loi, puisque la *manus* n'est plus la conséquence immédiate et nécessaire de l'union des époux (5).

L'idée d'un mariage sans *manus* était destinée, sous l'influence de causes diverses, à gagner du terrain (6). Un moment vint où telle fut la forme habituelle de l'union conjugale. Le mariage n'en était pas moins pour cela un mariage légitime, rattachant les enfants au père et les soumettant à sa puissance. Mais entre ce genre d'union et l'union avec *manus* existait une différence capitale. La femme qui se mariait sans *conventio in manum* ne sortait plus de sa famille naturelle et n'entrait plus dans celle de son mari. Elle restait sous la puissance de son *pater* ou sous la tutelle de ses tuteurs. Lorsqu'elle était *sui juris,* elle conservait la propriété de ses biens sur lesquels le mari n'acquérait aucun droit, pas même des pouvoirs d'administration. D'autre part,

(5) La loi des XII Tables va même plus loin, puisqu'elle organise expressément un moyen pour la femme d'empêcher l'acquisition de la *manus usu.* Il suffisait pour cela qu'elle eut trois nuits de suite déserté le domicile conjugal (G. I, 111), *trinoctio abesse.*

(6) Le mariage sans *manus* a dû être pratiqué d'abord en vue des inconvénients que présentait dans certains cas le mariage avec *manus*. Lorsque la femme était *sui juris* et par conséquent sous la tutelle de ses agnats, ceux-ci pouvaient être peu disposés à autoriser la *conventio in manum* qui, rompant les liens d'agnation, leur faisait perdre leurs droits à la succession. Lorsque la femme était encore *filia*, son *pater* pouvait, par raison de prudence, tenir à conserver son droit de puissance sur sa fille, de façon à pouvoir rompre l'union si elle ne lui paraissait pas avantageuse pour son enfant. Enfin, il est probable que les plébéiens et les affranchis, ont dû aussi préférer le mariage sans *manus* à l'autre forme de l'union. Quoi qu'il en soit des origines du mariage sans *manus,* il est certain qu'il était déjà connu à l'époque des XII Tables, la loi prévoyant précisément le cas d'un mariage où la *manus* n'est acquise qu'après une cohabitation d'un an.

comme elle demeurait étrangère à la famille du mari, elle n'y avait plus les droits de succession d'une *filia*, et, par suite, elle n'avait plus intérêt, comme autrefois, à voir s'augmenter une fortune dont aucune part ne devait lui revenir. Aucun lien de parenté civile ne la rattachait à ses propres enfants. Il n'y avait plus entre elle et son mari cette communion intime des intérêts religieux et temporels que l'acquisition de la *manus* était destinée à réaliser (7). On conçoit, dès lors, que l'apparition de cette nouvelle forme de mariage n'ait pas fait disparaître sur-le-champ la forme primitive du mariage accompagné de *manus*. Cette dernière était plus en harmonie avec l'idée élevée que la société antique s'était faite de l'union conjugale. L'indépendance de la femme vis-à-vis du mari, le défaut de pouvoirs de ce dernier sur la personne et sur les biens, tout devait contribuer à faire ressembler le mariage sans *manus* à une union d'ordre inférieur, à une sorte de concubinage légal où la femme n'atteignait pas à la pleine dignité d'épouse et de mère.

Avec la disparition des mœurs anciennes, le nombre des mariages sans *manus* ne fit que s'accroître. Le seul avantage que le mariage avec *manus* présentait encore, à savoir, la stabilité plus grande de l'union conjugale, disparut du jour où il fut permis à la femme *in manu* de divorcer. Dès lors, les mariages avec *manus* deviennent rares. Seul l'emploi de la *confarreatio* persiste encore, à cause des avantages auxquels elle donne lieu dans le domaine religieux (G. I, 111, 112). Mais dès les débuts de l'Empire, en tous cas à l'époque classique, nous ne trouvons plus qu'une seule espèce de *justæ nuptiæ*, le mariage sans *manus*.

(7) La femme simplement appelée *uxor*, ne portait plus le titre de *mater familias* réservé aux femmes *in manu*. Cicéron, *Topic.*, III, 14 : *Genus enim est uxor, ejus duæ formæ, una matrum familias earum quæ in manum convenerunt, altera earum quæ tantummodo uxores habentur*. Nous verrons d'ailleurs plus loin que la situation indépendante de la femme vis-à-vis du mari se traduisait effectivement par la fragilité de l'union ainsi contractée, le père de la femme ou celle-ci si elle était *sui juris* pouvant rompre l'union en mettant fin à la vie commune (V. nº 95).

80. — *Comment se contracte le mariage. Preuve du mariage.* — Le mariage suppose essentiellement l'accord des volontés des deux époux qui consentent à se prendre réciproquement pour mari et femme (V. n° 82). Mais un simple consentement dénué de formes, *nudus consensus*, est-il suffisant? Ne faut-il pas que l'expression de la volonté des parties revête une forme solennelle, destinée à lui donner un caractère plus grand de certitude, à l'entourer d'une publicité indispensable pour un acte aussi important? Pour qui connaît les tendances formalistes du droit romain primitif, la réponse n'est pas douteuse. Les deux formes anciennes de la *confarreatio* et de la *coemptio* sont là précisément pour nous prouver qu'à cet égard le mariage ne se distinguait pas des autres actes juridiques. Le mariage sans *manus*, plus récent en date, est au contraire un acte non solennel qui ne suppose pour sa validité ni la prononciation par les époux de paroles sacramentelles, ni la rédaction d'un écrit, ni la présence de témoins, ni l'intervention d'un représentant de l'autorité civile ou religieuse(1). Telle est la règle qui prévaut désormais dans toute la suite du droit. Cette absence de formes avait de graves inconvénients auxquels les mœurs et les pratiques traditionnelles remédiaient imparfaitement. C'est ainsi que l'usage avait subsisté d'accompagner le mariage de cérémonies religieuses qui lui assuraient une publicité de fait. Il était également dans les habitudes de rédiger un écrit constatant la dot et les autres conventions matrimoniales relatives aux biens, *tabulæ nuptiales*, *instrumentum dotis*, *instrumentum dotale*. Mais, ni la célébration des cérémonies religieuses, ni la confection des *tabulæ nuptiales* n'étaient considérées comme essentielles. Elles n'avaient pas plus d'importance que n'en a aujourd'hui dans le droit français le mariage

80. — (1) Nous retrouvons ici, comme dans beaucoup d'autres matières, la transformation de l'acte formel en acte non solennel, phénomène qui est l'un des effets de la décadence du formalisme (V. *Théorie de l'affranchissement*, n° 67).

religieux. Leur omission ne faisait pas obstacle à la validité du mariage (2).

Toutefois, il serait inexact de dire que le simple accord des volontés fût suffisant pour qu'il y eut mariage. Le mariage ne peut être assimilé aux contrats consensuels dont les effets se produisent dès qu'il y a eu échange des consentements. C'est un simple état de fait auquel le droit attache des conséquences légales, mais seulement lorsqu'il s'est réalisé par des actes matériels. Il fallait en définitive que l'association des existences eut commencé, que la femme eût été traitée comme *uxor* et eut inauguré la vie commune. On n'exigeait pas à cet effet qu'il y eut eu rapprochement sexuel entre les époux, et tel est le sens de la règle posée dans plusieurs textes : *Nuptias non concubitus sed consensus facit* (30. Dig., *De reg. juris*, L, 17); *Non coitus matrimonium facit sed maritalis affectio* (32, § 13. Dig., *De donat. inter vir. et ux.*, XXIV, 1). On se contentait simplement d'introduire la femme dans la maison du mari et de l'y installer en qualité d'*uxor*. Cette *transitio ad maritum*, signe matériel de l'établissement de la vie commune, résultait ordinairement de la *deductio mulieris in domum mariti*, et de la réception de la femme dans la communauté de l'eau et du feu, *aqua et igni accipere*. Tels étaient les actes qui étaient considérés comme le complément nécessaire de l'accord des parties (3) (66, § 1, Dig., *De donat. int. vir. et ux.*, XXIV, 1).

On voit, par ce qui précède, qu'aux temps classiques, il n'avait été organisé aucun mode officiel de constatation des mariages. Pour prouver un mariage, il fallait avoir recours au témoignage des personnes présentes aux cérémonies d'usage,

(2) 3. Cod., *De nuptiis*, V, 4. Sous Justinien cependant, on exige la rédaction d'un *instrumentum dotale* pour la validité du mariage de toutes les personnes ayant le rang d'*illustres* ou un rang plus élevé. Pour les autres, le principe énoncé au texte subsiste : *Ex solo affectu celebratas nuptias firmas esse sancimus* (Nov. 117, ch. IV).

(3) Lorsque les deux époux étaient présents, rien, semble-t-il, ne devait les empêcher de faire commencer autrement le *consortium omnis vitæ*. Mais,

et établir par ce moyen qu'il y avait eu *maritalis affectio*, c'est-à-dire que la femme avait été reçue comme *uxor*. De cette façon l'union ne pouvait être confondue avec une liaison passagère, ou avec une union d'ordre inférieur comme le concubinat. Si les preuves directes faisaient défaut, on en était réduit à des présomptions de fait. C'est ainsi que la cohabitation entre deux personnes de condition également honorable, faisait présumer qu'il y avait eu *justæ nuptiæ*. Cette règle déjà énoncée par les textes classiques est confirmée par les constitutions du Bas-Empire (24. Dig., *De ritu nupt.*, XXIII, 2; 22. Cod. *De nuptiis*, V, 4). Sous Justinien, on va même plus loin, puisque entre deux personnes également libres et ingénues la cohabitation fait présumer le mariage.

81. — *Conditions de validité du mariage.* — A l'époque classique, comme plus tard, sous Justinien, quatre conditions sont requises pour qu'il y ait *justæ nuptiæ* : 1° Les époux doivent consentir au mariage; 2° ils doivent avoir l'aptitude physique au mariage, autrement dit avoir atteint l'âge de la puberté; 3° ils doivent avoir l'aptitude légale nécessaire pour contracter les *justæ nuptiæ*, ou *jus connubii*; 4° enfin, les personnes qui ont sur les époux le droit de puissance doivent consentir à l'union (Ulp., *Reg.*, V, 2).

82. — *Première condition : Consentement des époux.* — Les époux doivent donner leur consentement au mariage, et par suite le mariage est impossible lorsque l'époux est, à raison de son état de folie, dans l'impossibilité de consentir. Le

en cas d'absence de l'un des époux, il était plus difficile d'inaugurer en fait l'existence commune. C'est en vue de ce cas que les textes font une distinction entre l'homme et la femme. La femme absente ne peut pas se marier, alors même qu'elle exprimerait son consentement par lettre ou par un *nuntius*. Le mari absent peut se marier. Il suffit que son consentement soit transmis par lettre ou par *nuntius* et que la femme soit *deducta in domum mariti, quasi in domicilium matrimonii*. (Paul, *Sent.*, II, 19, § 8); (5. Dig., *De ritu nupt.*, XXIII, 2.)

consentement doit d'ailleurs être libre, c'est-à-dire ne pas émaner d'une personne qu'on aurait contrainte par violence. Les *alieni juris* ne peuvent être contraints par le *pater-familias* à se marier. Tel est du moins le droit de l'époque classique, mais il est probable que dans le très ancien droit romain la puissance paternelle donnait au *pater* le droit de forcer les filles à se marier, malgré leur volonté (11-13. Dig., *De spons.*, XXIII, 1). Bien qu'engagés à l'avance l'un à l'autre par les fiançailles, les futurs époux restaient libres de ne pas consentir à l'union projetée (1).

83. — *Deuxième condition : Puberté.* — Le but du mariage étant d'assurer la perpétuité de la famille, ceux-là seulement ont le droit de contracter mariage qui sont reconnus aptes à engendrer ou à concevoir. L'âge auquel se révèle cette aptitude à la génération est appelé *pubertas,* âge de puberté. Les personnes qui l'avaient atteint étaient pubères, *puberes;* celles, au contraire, qui n'y étaient pas encore arrivées étaient impubères, *impuberes.* Mais la transition de l'impuberté à la puberté n'ayant pas lieu pour tout le monde à un âge invariablement fixe, les Romains paraissent dans le principe s'en être rapportés à cet égard à l'appréciation du *pater* ou du tuteur. De fort bonne heure cependant, on admit pour les femmes l'âge de 12 ans révolus comme étant celui

82. — (1) Dans le principe, les fiançailles consistaient en une promesse que se faisaient réciproquement les pères de famille des époux, promesse qui revêtait la forme solennelle de la *sponsio.* De là les noms de *sponsalia* ou *sponsalitia,* de *sponsus* et *sponsa.* Une peine pécuniaire était promise en cas de non exécution de la promesse. Cet usage resta en vigueur assez longtemps, puis disparut. Désormais, le simple consentement, *nudus consensus* suffit pour engager soit les *patresfamilias,* soit les époux eux-mêmes. Mais, comme aucune action en justice n'était possible pour le cas où la parole donnée aurait été violée, on joignait d'habitude à la simple promesse une *stipulatio pœnæ* ou une dation d'arrhes. La *stipulatio pœnæ* fut considérée à une certaine époque comme portant atteinte à la liberté du mariage, et son emploi fut proscrit (134, pr. Dig., *De verb. oblig.,* XLV, 1). Quant à la dation d'arrhes, elle continua à être pratiquée, celui qui renonçait à l'union devant perdre les arrhes qu'il avait données ou en restituer le double si c'était lui qui les avait reçues.

où elles seraient censées pubères. Pour les hommes, au contraire, l'ancienne règle subsista plus longtemps. Toutefois, comme la puberté avait pour eux des conséquences importantes au point de vue de la capacité juridique (1), les jurisconsultes cherchèrent à faire prévaloir à leur égard le principe d'un âge fixe. Les Proculiens proposèrent l'âge de 14 ans qui était celui auquel on déposait habituellement la robe prétexte pour prendre la *toga virilis*. Mais les Sabiniens, s'en tenant aux anciennes traditions, estimaient qu'il y avait là une question de fait qu'on ne pouvait résoudre que *ex habitu corporis*. La controverse ne cessa qu'avec Justinien, qui la trancha dans le sens de l'opinion proculienne (G. I, 196; 3. Cod., *Quando tutores,* V. 60; pr. Inst., *Quib. mod. tut. fin.*, I, 22.)

L'union contractée entre personnes dont l'une ou toutes deux étaient impubères n'était pas *justa*. Mais si elle durait encore en fait au jour où l'âge de puberté était atteint, elle se convertissait en *justæ nuptiæ* pour l'avenir (2).

84. — *Troisième condition : Jus connubii.* — De ce qu'une personne a l'aptitude physique au mariage, il ne s'ensuit pas qu'elle puisse contracter des *justæ nuptiæ*. Elle doit, pour cela, réunir certaines conditions d'aptitude légale dont l'ensemble constitue le *jus connubii*, qu'Ulpien définit : *uxoris jure ducendæ facultas* (Ulp., *Reg.*, V, 3). Il faut, d'ailleurs, distinguer à cet égard deux catégories de prohibitions

83. — (1) L'arrivée de la puberté mettait fin à la tutelle des impubères *sui juris* du sexe masculin, tandis que les femmes restaient placées en tutelle perpétuelle. Quant aux *alieni juris* des deux sexes, ils pouvaient, parvenus à l'âge de puberté, contracter valablement des obligations (141, § 2. Dig., *De verb. oblig.*, XLV, 1).

(2) Certaines personnes, bien qu'ayant dépassé l'âge de puberté, ne pouvaient se marier à raison d'un accident physique qui leur enlevait toute aptitude à la génération. Il ne faut pas confondre ces personnes, *castrati*, avec les *spadones* dont l'impuissance provient d'un vice organique impossible à constater avec certitude et à qui, par conséquent, le mariage n'est pas interdit. Pour une raison du même genre, le mariage restait également permis à ceux qui avaient dépassé l'âge où cesse, en général, la faculté de génération.

légales auxquelles correspondent deux sortes d'incapacités. 1° Il est des individus absolument privés du *jus connubii*, et qui, par suite, ne peuvent contracter de *justæ nuptiæ* avec aucune autre personne. 2° Il est des individus qui, tout en ayant le *jus connubii*, ne peuvent contracter de *justæ nuptiæ*, avec certaines personnes déterminées. Il y a donc, en réalité, des incapacités absolues et des incapacités relatives de contracter les *justæ nuptiæ*.

85. — *Incapacités absolues.* — Les *justæ nuptiæ* donnant naissance à la puissance paternelle, et cette puissance ne pouvant appartenir qu'aux citoyens romains, il en résulte que seuls les citoyens jouissent du *jus connubii*. Les latins, les pérégrins, les barbares, les esclaves en sont privés. Pour eux, il y a donc incapacité absolue de contracter des *justæ nuptiæ* (1). Cette incapacité des *non cives* disparut peu à peu, surtout à partir de la constitution de Caracalla (V. n° 59). Sous Justinien, il n'en est plus question, sauf pour les barbares.

86. — *Incapacités relatives.* — C'est surtout de ces incapacités que les textes se sont préoccupés. On peut les rattacher à deux ordres d'idées : à des considérations d'ordre politique ou religieux, ou à des raisons de moralité publique.

I. *Incapacités fondées sur des motifs d'ordre politique ou religieux.* — 1° Prohibition des *justæ nuptiæ* entre citoyens et étrangers. — Bien que jouissant du *jus connubii*, les citoyens ne peuvent contracter de *justæ nuptiæ* qu'avec des citoyens. Il n'y a pas de *connubium* avec les latins ou les pérégrins. *Connubium habent cives romani, cum civibus romanis* (Ulp., *Reg.*, V, 4). L'étranger, en effet, dans la cité antique, n'a ni les mêmes lois, ni le même culte que le citoyen. Il ne

85. — (1) Nous avons vu que, par l'effet de concessions individuelles ou générales, le droit de cité avec *jus connubii* pouvait être accordé à ceux auxquels il faisait défaut (V. n° 60). De même, l'*erroris causæ probatio* pouvait faire obtenir, avec la qualité de citoyen, le *jus connubii* (V. n° 60).

peut donc y avoir entre les époux dont l'un n'est pas citoyen, cette *divini et humani juris communicatio* qui constitue le mariage (1). Sous Justinien, grâce à l'extension progressive du droit de cité, il ne subsiste plus de cette prohibition que l'impossibilité de contracter des *justæ nuptiæ* avec les barbares.

2°. Prohibition des *justæ nuptiæ* entre patriciens et plébéiens. — Avant la loi *Canuleia,* les plébéiens bien qu'admis dans la cité, ne jouissaient pas du *jus connubii* avec les patriciens. Cette loi le leur donna (V. n° 54 *bis*).

3°. Prohibition des *justæ nuptiæ* entre ingénus et affranchis. — Pendant longtemps, il y eut défaut de *connubium* entre les ingénus et les affranchis, l'infériorité sociale de l'affranchi faisant obstacle à la communauté complète d'existence entre les deux époux. Sous Auguste, les lois *Julia* et *Papia Poppæa* supprimèrent cette prohibition, tout en la laissant subsister pour les sénateurs, fils et filles de sénateurs (V. n°s 54 *bis* et 69). Ce dernier vestige de la prohibition ne disparut que sous Justinien (23 et 44 pr. Dig., *De ritu nupt.,* XXIII, 2).

4°. Prohibition des *justæ nuptiæ* entre personnes honorables et personnes de condition vile. — Ce sont les lois *Julia* et *Papia Poppæa* qui imaginèrent ce genre de prohibition, en défendant aux sénateurs et aux enfants de sénateurs d'épouser des personnes adonnées au théâtre, et à tout ingénu d'épouser une femme notée d'infamie (V. n° 54 *bis*). Sous Justinien, ces prohibitions ont été abrogées (2).

5°. Les empereurs dans leurs *mandata* avaient interdit à tout fonctionnaire chargé de gérer un *officium* quelconque en province, d'épouser une femme née dans cette province ou y ayant son domicile. Il était également interdit aux

86. — (1) Notons que des concessions du *jus connubii,* faites individuellement ou collectivement aux étrangers, permettaient aux citoyens d'échapper à cette prohibition. Le système de l'*erroris causæ probatio* produisait également ce résultat (V. n° 85; note 1).

(2) Voir pour les détails, Accarias, t. I, n° 91-3°.

fonctionnaires de consentir au mariage que leur fils aurait voulu contracter dans les mêmes conditions. Cette prohibition était dictée par la crainte de voir les fonctionnaires chercher à s'affranchir de l'autorité impériale.

6°. Prohibition des *justæ nuptiæ* entre personnes de religion différente. — Au Bas-Empire le mariage fut interdit entre juifs et chrétiens.

87. II. *Incapacités fondées sur des motifs de morale publique.* — 1°. *Parenté.* — La prohibition du mariage entre parents repose sur des raisons de haute moralité qui paraissent s'être révélées et imposées dès le principe aux Romains (1). On se montre d'ailleurs plus rigoureux pour les mariages entre parents en ligne directe, que pour ceux entre parents en ligne collatérale. La ligne directe est la série des parents qui descendent les uns des autres. La ligne collatérale est le groupe des parents qui, sans descendre les uns des autres, descendent d'un auteur commun. Pour déterminer la parenté entre deux personnes, on compte par degrés, *gradus*, c'est-à-dire par intervalles entre deux générations successives. Mais ce calcul ne se fait pas de la même façon dans les deux lignes. En ligne directe, on n'a qu'à compter le nombre des degrés qui séparent l'un de l'autre les deux parents. C'est ainsi que le père et ses enfants sont parents au premier degré, les grands parents et les petits enfants au second degré. En ligne collatérale on va de l'un des parents à l'auteur commun, pour redescendre de l'auteur commun vers l'autre parent, et c'est le nombre total de degrés ainsi trouvé qui détermine le degré de parenté. Ainsi deux frères sont au second degré, un oncle et un neveu au troisième, deux cousins au quatrième.

En ligne directe, la parenté faisait obstacle au mariage *in infinitum*, c'est-à-dire quel que fût le nombre de degrés

87. — (1) Elle est également fondée sur des raisons d'ordre physiologique qui n'avaient pas échappé à l'observation des anciens.

séparant le parent ascendant de son descendant (G. I, 59). En ligne collatérale, le mariage ne fut prohibé d'abord qu'entre frère et sœur, oncle et nièce, tante et neveu, les grands-oncles et grandes-tantes se trouvant également compris dans la prohibition. Sous Claude, le sénat voulant complaire à la passion de l'empereur pour sa nièce Aggripine, autorisa le mariage entre l'oncle et la nièce, fille de son frère (G. I, 62). Les autres prohibitions subsistèrent. Constantin revint aux anciens principes en interdisant de nouveau les mariages entre oncle et nièce. Quant aux unions entre cousins-germains, quoique peu fréquentes en fait, elles ne furent prohibées que par les premiers empereurs chrétiens; mais, autorisées par Arcadius et Honorius, elles sont encore licites sous Justinien (2).

2°. *Alliance.* — L'alliance, *affinitas*, est le rapport qui relie juridiquement l'un des époux aux parents de l'autre. Il y a donc alliance en ligne directe et en ligne collatérale. Ainsi, le père du conjoint, *socer*, sa mère, *socrus*, sont des alliés en ligne directe de l'autre conjoint appelé *gener* ou *nurus*, suivant son sexe. De même l'époux en secondes noces est allié en ligne directe des enfants du premier lit de son conjoint, appelés *privignus*, *privigna*. Lui-même, suivant qu'il s'agit d'un homme ou d'une femme, est nommé *vitricus* ou *noverca*. C'est ainsi encore que le frère ou la sœur du conjoint (beau-frère et belle-sœur), est l'allié en ligne collatérale de l'autre époux. Entre alliés en ligne directe, le mariage est prohibé *in infinitum*. Entre alliés en ligne collatérale, il n'y avait pas à l'époque classique d'obstacles au mariage. Constance prohiba le mariage entre beau-frère

(2) Les prohibitions résultant de la parenté dérivant, avant tout, de considérations morales, il en résulte qu'elles existent même entre personnes que n'unit pas le lien de parenté civile ou agnation (V. n° 98, note 2), soit que ce lien ait été rompu ou n'ait jamais existé. Ainsi, le frère ne peut épouser sa sœur émancipée ou utérine. De même, ces prohibitions s'étendent à des personnes dont la parenté n'est qu'une parenté artificielle dérivant non des liens du sang, mais de l'adoption (V. pour l'étendue de ces prohibitions dans ce dernier cas, n° 101).

et belle-sœur, et cette prohibition fut maintenue par Justinien. Il est bien évident, d'ailleurs, que les prohibitions dérivant de l'alliance n'ont leur effet que lorsque le mariage d'où découle l'alliance est déjà dissous. Jusque-là, en effet, l'union des deux alliés est rendue impossible par l'existence de l'époux du chef duquel l'alliance provient (G. I, 63).

L'union contractée entre parents ou alliés au mépris de ces prohibitions était nulle. La femme n'avait ni le titre ni les droits d'*uxor*. Les enfants se rattachaient à leur mère, comme s'ils étaient nés de père inconnu, *vulgo quæsiti* (G. I, 64) (3).

3°. *Rapports de tutelle ou de curatelle.* — Entre le tuteur et son ex-pupille, entre le curateur et la femme mineure de vingt-cinq ans placée en curatelle, le mariage fut interdit par un sénatusconsulte rendu sous Marc Aurèle et Commode. La prohibition était fondée sur la crainte de voir le tuteur ou curateur chercher, dans un pareil mariage, le moyen d'éviter de rendre ses comptes.

88. — *Quatrième condition : Consentement des personnes qui ont le droit de puissance.* — Lorsqu'au moment du mariage, le futur époux était encore *alieni juris*, il devait obtenir le consentement de celui qui avait sur lui le droit de puissance paternelle. Cette nécessité d'obtenir le consentement du *paterfamilias* ne se justifie pas, comme dans le droit moderne, par une idée de respect pour les parents appelés à consentir, non plus que par le désir de protéger l'enfant contre le défaut de réflexion et les entraînements tout puissants de la passion. Si le *pater* romain doit consentir à l'union, c'est parce que le mariage va donner naissance à des enfants qui perpétueront son culte, continueront son nom et ses traditions, prendront un jour leur part de son patrimoine. On avait pensé, par suite, que l'on ne pou-

(3) Ces mariages constituaient, d'ailleurs, le crime d'inceste puni de peines sévères. V. pour les détails, Accarias, t. I, n° 90.

vait pas imposer au *pater*, malgré lui, des continuateurs de sa personne, *ne ei invito suus heres adgnascatur* (§ 7, Inst., *De adopt.*, I, 11). Ces raisons expliquent la nécessité du consentement du *pater* au mariage des fils. Elles sont insuffisantes pour justifier cette exigence à l'égard des filles, les enfants de celles-ci ne devant pas être placés sous la puissance de leur grand-père maternel (1). Quoi qu'il en soit, le droit de consentir au mariage des enfants étant considéré comme une conséquence de la puissance paternelle, on comprend pourquoi ce droit n'appartenait pas à tous les parents et ne s'étendait pas à tous les enfants. 1° Ceux-là seulement parmi les parents devaient consentir au mariage qui avaient le droit de puissance ou devaient l'avoir un jour. Ainsi le *filius* a besoin du consentement du père, le *nepos* du consentement du grand-père et du père. La *filia* doit avoir le consentement du père, la petite-fille, *neptis*, n'a besoin que du consentement du grand-père, actuellement investi de la puissance, et peut se passer du consentement de son père. Par application du même principe, la mère ou les ascendants maternels n'ont jamais à consentir au mariage. 2° Tout enfant de famille, si avancé qu'il fût en âge, devait obtenir le consentement du *pater*. Mais dès qu'un enfant était *sui juris*, il pouvait, si jeune qu'il fût, se marier sans le consentement de personne. Toutefois, des constitutions du Bas-

88. — (1) Tant que la *manus* fut inséparable du mariage, la femme dut, pour se marier, avoir le consentement de son *pater* ou de ses tuteurs, suivant qu'elle était *alieni juris* ou *sui juris* (*Collat. leg. mos.*, t. IV, ch. 2, § 2. Cicéron, *Pr. Flacco*, XXXIV, 84). La puissance paternelle, en effet, s'éteignant à la suite de l'acquisition de la *manus*, on ne pouvait pas admettre que le *pater* la perdit contre son gré. Lorsque la femme était *sui juris*, comme ses biens devenaient, par l'effet de la *manus*, la propriété du mari, il était inadmissible que les tuteurs fussent privés malgré eux de leurs droits à la succession future de leur pupille. Avec le mariage sans *manus*, il n'y eut plus les mêmes raisons pour exiger le consentement du père ou des tuteurs. Aussi admit-on que la femme *sui juris* pouvait se marier désormais sans l'*auctoritas tutorum*. Quant aux filles de famille, le consentement du *pater* ne paraît avoir été exigé que par respect pour l'autorité paternelle et la persistance des anciennes habitudes.

Empire décidèrent qu'avant vingt-cinq ans, les femmes *sui juris* ne pouvaient se marier sans le consentement de leur père, et, à son défaut, sans celui de leur mère ou de leurs proches parents. On voit poindre, dans ces décisions, le premier germe de l'idée qui a guidé le législateur moderne : la nécessité de protéger l'enfant tant qu'il n'a pas atteint l'âge de la maturité et de la réflexion.

Durant la période du *Jus strictum* le *pater* fut libre de refuser son consentement au mariage de ses enfants. La loi restait impuissante devant un refus non justifié ou injuste. Le *pater* exerçait là un droit souverain, sans contrôle. Il n'en fut plus de même à partir d'Auguste, sous le régime des lois *Julia* et *Papia Poppæa*. Ces lois dont le but était de favoriser le mariage, durent naturellement chercher le moyen de restreindre le droit absolu qu'avait le *pater* de refuser son consentement. Aussi la loi *Julia* permettait-elle au magistrat d'intervenir pour contraindre le père à consentir au mariage, à moins qu'il n'eût de justes raisons pour s'y refuser (19. Dig., *De ritu nupt.*, XXIII, 2).

Le mariage contracté sans le consentement du *pater* était nul, et si le consentement était donné postérieurement, le mariage devenait valable, mais pour l'avenir seulement (2).

Effets du mariage.

89. — I. *Rapports réciproques des époux.* — Les rapports que le mariage établit entre les deux époux ont trait soit à la personne, soit aux biens.

1°. *Rapports personnels.* — Avec le mariage sans *manus*, la femme devint complètement indépendante du mari qui n'eut plus sur elle aucun droit de puissance (1). En même temps,

(2) En cas de folie, d'absence ou de captivité du *pater*, on est obligé de se passer de son consentement. Voir les détails à ce sujet dans Accarias, t. I, n° 84.

89. — (1) Toutefois on trouve encore dans le droit quelques vestiges de l'an-

le mariage sans *manus*, ayant fait de la femme l'égale de l'homme, suggéra l'idée de la réciprocité des devoirs conjugaux. C'est par application de ce principe, que le mari pouvait être contraint de procurer à sa femme, atteinte de folie, des soins médicaux et des aliments en rapport avec le chiffre de sa dot. De même, l'un des époux ne pouvait intenter contre l'autre l'*actio furti*, à raison de son caractère infamant. En cas de procès entre les deux époux, l'époux condamné avait droit au bénéfice de compétence, c'est-à-dire qu'il n'était tenu d'exécuter la condamnation que dans la mesure de ses ressources actuelles, *quatenus facere potest*. Enfin, parmi les devoirs réciproques, figure le devoir de fidélité, et celui des deux époux qui y manque, se rend coupable d'adultère. La loi *Julia de adulteriis* rendue sous Auguste punit l'adultère de la femme de peines corporelles et pécuniaires : la *relegatio in insulam*, et la confiscation de la dot et du tiers de ses autres biens. Quant au mari, son adultère reste impuni. S'il a entretenu des relations coupables avec une femme mariée, ce n'est que comme complice du délit de celle-ci qu'il est poursuivi. S'il a eu des rapports avec une *matrona honesta*, il n'est coupable que du délit appelé *stuprum*(2). Dans tous les cas, l'époux offensé pouvait invoquer l'adultère de son conjoint comme une juste cause de divorce. La loi *Julia* subit le sort de toutes les lois portées à la même

tique subordination de la femme. C'est ainsi que la femme mariée ne peut avoir d'autre domicile que celui du mari, lequel a la ressource d'un interdit spécial, l'interdit *De uxore exhibenda vel ducenda* pour ramener sa femme au domicile conjugal. Si le père de la femme voulait reprendre sa fille au mari, celui-ci pouvait résister avec succès à l'interdit *De liberis exhibendis* intenté par le père, ou user contre lui de l'interdit *De uxore exhibenda vel ducenda* (1, § 5; 2. Dig., *De liber. exhib.*, XLIII, 30).

(2) Dans le vieux droit romain, l'adultère de la femme était puni par le mari, agissant comme juge domestique assisté du tribunal de famille, où siégeaient les proches de la femme. Le mari pouvait d'ailleurs légitimement tuer sa femme surprise par lui en flagrant délit. Quant à l'adultère du mari c'était une faute morale dont il ne devait compte à personne. Cette inégalité, dans la répression du délit d'adultère, s'explique par les antiques traditions relatives au culte des ancêtres. L'adultère de la femme risque d'introduire

époque en vue de remédier à la dégradation des mœurs. Elle ne fut guère observée, et il fallut à plusieurs reprises la renouveler de peur qu'elle ne fût abrogée par la désuétude. Les peines qu'elle prononçait furent aggravées par Constantin qui punit de mort la femme et son complice. Mais Justinien moins sévère à l'égard de la femme, remplace la peine de mort par la fustigation et l'emprisonnement dans un monastère (3).

90. — 2°. *Rapports pécuniaires* (1). — Lorsque la femme tombait *in manu* par l'effet du mariage, elle perdait la propriété de tous ses biens qui étaient acquis par le mari. Durant le mariage, elle n'avait d'ailleurs aucun droit ni sur les biens entrés de son chef dans le patrimoine du mari, ni sur les autres biens de celui-ci. Mais elle retrouvait une part de sa fortune dans la succession du mari dont elle était *heres sua*. Le mariage sans *manus* rendit la femme plus indépendante encore du mari au point de vue des biens qu'au point de vue de la personne. Chacun des époux conservait la propriété des biens qu'il avait au jour du mariage ou qu'il pouvait acquérir par la suite. Le mari n'avait aucun droit de propriété, de jouissance ou même d'administration sur les biens de sa femme. Mais comme celle-ci vivait aux frais du mari, obligé de l'entretenir conformément à son rang, obligé d'élever les enfants nés de l'union, il était juste que la femme

dans la famille un sang étranger, de donner au mari des enfants qui, n'étant point nés de ses œuvres, seront indignes d'offrir aux dieux familiaux les sacrifices consacrés et ne pourront valablement continuer le culte domestique. Mais l'adultère du mari n'a pas la même gravité, puisqu'il ne peut avoir les mêmes effets. Tel est déjà le droit des Hindous (loi de Manou), et le droit romain primitif n'en est que la reproduction. Cette rigueur vis-à-vis de la femme mariée est d'ailleurs en parfaite harmonie avec la position dépendante que lui faisait le mariage accompagné de *manus*. Esmein, *Mélanges d'histoire du droit et de critique,* Droit romain, p. 71 et suiv.: Le délit d'adultère à Rome et la loi *Julia de adulteriis.*

(3) Accarias, t. I, n° 92-2°, Esmein, *op. cit.*, à la note précédente.

90. — (1) Nous nous bornons à esquisser ici d'une façon sommaire les traits essentiels du régime matrimonial romain. Pour de plus amples développements, nous renvoyons au tome II.

contribuât à subvenir à ces charges du mariage. De là l'usage d'apporter au mari une certaine portion de biens qui composaient la dot. Le mari, propriétaire de la dot, pouvait non seulement l'administrer, en percevoir et en garder les revenus, mais en disposer comme il le jugeait à propos. Au jour de la dissolution du mariage, il n'avait aucun compte à rendre de ses actes d'administration ou de disposition, il n'était pas tenu non plus de restituer la dot. Mais au début de l'Empire le législateur intervint pour restreindre les droits du mari en tant que propriétaire des biens dotaux, pour assurer leur bonne administration pendant le mariage et leur restitution à la femme au jour de sa dissolution. 1° La loi *Julia de fundo dotali* interdit au mari l'aliénation des immeubles dotaux sans l'assentiment de la femme; 2° La femme put reprendre sa dot à la dissolution du mariage, dans le cas de divorce ou de prédécès du mari, et une action, l'*actio rei uxoriæ*, lui fut donnée pour en obtenir la restitution; 3° Enfin, une pratique postérieure à l'époque d'Auguste, autorisa la femme à reprendre sa dot, même avant la dissolution du mariage, dans le cas où le mari par sa mauvaise administration venait à mettre en péril les biens dotaux et à compromettre le droit éventuel de la femme à la restitution (Origine de la séparation de biens judiciaire, art. 1443 C. civ.). Ces changements dans la législation relative à la dot se rattachent au mouvement général de réformes, contemporain de la fin de la République et du début de l'Empire, réformes dont le but était de remédier à la diminution croissante du nombre des citoyens. Pour atteindre ce résultat, il fallait encourager les Romains au mariage (2), par suite garantir la dot contre les dilapidations du mari, assurer sa restitution à la femme pour qu'elle pût, le mariage venant à se dissoudre,

(2) Telle fut la pensée qui inspira les lois Caducaires (Lois *Julia* et *Papia Poppæa*) dans leurs dispositions frappant les célibataires de certaines déchéances et récompensant la paternité légitime (V. nos 257, 259), ainsi que dans la disposition qui permet de contraindre le père à donner son consentement au mariage (V. no 88).

trouver un nouveau mari : *Nam publice interest dotes mulieribus conservari cum dotatas esse fœminas ad sobolem procreandam replendamque liberis civitatem maxime sit necessarium* (1. Dig., *Solut. matrim.*, XXIV, 3). Ce régime matrimonial où, sauf pour les biens dotaux, les intérêts pécuniaires des époux restent constamment distincts, a subsisté sans modifications jusqu'à Justinien, qui l'a maintenu en renforçant les garanties données à la femme contre la mauvaise administration du mari. C'est encore ce régime qui, sous le nom de *Régime dotal*, est pratiqué aujourd'hui en France dans les anciens pays de droit écrit et en Normandie (3).

91. — II. *Rapports des époux et de leurs parents avec les enfants nés du mariage. De l'agnation.* — A l'égard des enfants issus du mariage, *justi liberi*, les *justæ nuptiæ* produisent deux effets essentiels : 1° les enfants suivent la condition du père, et sont placés sous sa puissance, ou s'il est *alieni juris*, sous la puissance de son *pater* (1); 2° les *justæ nuptiæ* donnent naissance au lien d'agnation. Les enfants nés des *justæ nuptiæ* sont rattachés au *pater* et aux parents du *pater per masculos* par le lien d'agnation. Mais en même temps, les enfants sont rattachés à leur père et à leur mère, ainsi qu'à tous les parents de ceux-ci par le lien de la cognation. L'agnation, *agnatio*, ou parenté civile est donc opposée à la cognation, *cognatio*, ou parenté naturelle (10, § 4. Dig., *De gradibus*, XXXVIII, 10).

L'existence de deux sortes de parenté n'est plus en harmonie avec les idées actuelles sur l'organisation de la famille (2). Pour nous, la parenté dérive exclusivement des liens du sang.

(3) Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 681.

91. — (1) Ulp., *Reg.*, V, 8 : *Patrem sequuntur*. Ils prennent en conséquence le nom, la nationalité, la condition sociale de leur père.

(2) A Rome, au contraire, la parenté civile était une conséquence de l'organisation patriarcale de la famille. On retrouve encore aujourd'hui un régime de parenté civile analogue chez des peuples de race Aryenne, tels que les Hindous du Pandjab, et en général dans tout le droit hindou moderne. La parenté civile est également en vigueur à l'heure actuelle chez les Slaves

Elle est le lien qui unit les enfants à leurs descendants des deux sexes (parenté en ligne directe), ou qui unit entre eux ceux qui descendent soit par les hommes, soit par les femmes d'un auteur commun (parenté en ligne collatérale). Telle est la parenté que les Romains appelaient *cognatio* et à laquelle ils avaient attaché certains effets de droit. A cette parenté naturelle qui ne suppose pas nécessairement l'existence d'un mariage légitime (3), ils opposaient la parenté par les mâles, ou agnation, qui provient des *justæ nuptiæ,* comme aussi des autres sources de la *patria potestas* (adrogation, adoption, légitimation, acquisition de la *manus*). La base de l'agnation est donc la puissance paternelle, et c'est pour ce motif que l'agnation est une institution du *jus civile.*

En première ligne, étaient unis au *pater* par le lien d'agnation, les personnes soumises à sa puissance : enfants nés de lui *ex justis nuptiis*, adoptés ou adrogés, femme *in manu*, petits-enfants *ex filio*. Ce groupe restreint constituait la *familia* dans son sens le plus étroit (195, § 2. Dig., *De verb. signif.*, L, 16). Bien qu'on reconnut à ces personnes le titre d'agnats du *pater*, on les désignait plutôt sous le nom de *sui heredes* (V. n° 233-1°). A proprement parler, on ne faisait commencer l'agnation que dans la ligne collatérale où elle unissait tous ceux qui étaient placés sous la puissance du même *pater*. L'agnation ne s'arrêtait pas d'ailleurs à ce premier cercle. Les enfants du *pater* venant à se marier, fondaient à leur tour des familles nouvelles. Mais les enfants nés de ces unions n'étaient pas tous destinés à entrer dans le lien d'agnation. Les enfants des filles, en effet, en étaient exclus puisqu'ils se rattachaient à la famille civile de leur

méridionaux de l'Europe orientale. Elle était pratiquée dans le droit grec ancien. S. Henri Maine, *Études sur l'ancien droit et la coutume primitive*, pp. 107, 156; S. Henri Maine, *l'Ancien droit*, p. 142; Fustel de Coulanges, *la Cité antique*, livre I, ch. 5.

(3) La cognation, dérivant des liens du sang, il en résulte que les rapports de parenté dont elle est la source existent sans qn'on ait à distinguer si l'union qui a donné lieu à la cognation est ou non *justa*.

pater. Seuls les enfants des fils restaient dans la famille de leur père; ils étaient agnats des agnats de leur père, et agnats entre eux. Les mêmes résultats se produisant lorsqu'ils se mariaient à leur tour, après un certain nombre de générations, la famille civile comprenait un groupe de personnes, descendants par les mâles seulement d'un auteur mâle commun, *dux et princeps generis* (G. I, 156; III, 10; Ulp., *Reg.*, XI, 4; Festus, v° *Familia*) (4).

Entre ces diverses personnes, l'agnation ne produisait aucun effet tant qu'elles restaient soumises à la puissance du *pater*, auteur commun. Mais une fois cette puissance dissoute sans qu'il y eût *capitis deminutio* subie par les agnats, ses effets se réalisaient. Elle donnait le droit à chacun des agnats d'être appelé à la succession *ab intestat* des autres agnats, mourant sans laisser de *sui heredes* (V. n° 233-2°). De plus, les agnats de sexe mâle avaient droit à la tutelle de leurs agnats impubères, et des agnates même pubères (V. n° 114, 131). Bien moins étendus étaient les effets de la *cognatio*. Elle faisait obstacle au mariage dans les cas précédemment indiqués (V. n° 87 et note 2); elle donnait aux cognats des droits de succession *ab intestat* réciproques, mais ces droits ne furent reconnus qu'assez tard par le préteur et les constitutions impériales (5).

On voit par ce qui précède combien peu conforme à la nature était cette institution de la famille agnatique. D'une part, elle admettait dans son sein des personnes, comme les adoptés, qui n'étaient pas unis aux autres agnats par les liens

(4) L'agnation ne suppose donc pas nécessairement l'existence actuelle de l'ancêtre mâle, commun à tous les agnats. Les agnats sont ceux qui sont placés actuellement sous la puissance de cet ancêtre, ou qui y ont été placés et en sont sortis après sa mort, ou aussi qui pourraient y être placés si cet ancêtre avait pu vivre assez longtemps pour exercer sa puissance. S. Henri Maine, *l'Ancien droit*, pp. 141, 142.

(5) Il existait d'ailleurs une obligation alimentaire réciproque entre ascendants et descendants simplement cognats, ainsi qu'une obligation à la *reverentia* des descendants envers les ascendants. V. pour les détails, Accarias, t. I, n° 94.

du sang et qui, par un artifice destiné à étendre les limites de la famille, devenaient néanmoins leurs parents civils (6). D'autre part, elle excluait ceux des cognats qui n'étaient que parents que par les femmes, et aussi les parents par les mâles qui avaient, à la suite d'une *capitis deminutio*, perdu leurs droits d'agnation (7).

La décadence des institutions primitives devait entraîner la chute du système de la parenté civile. Les injustices auxquelles donnait lieu la composition de la famille agnatique déterminèrent une réaction en faveur de la famille naturelle des cognats. Nous aurons à exposer plus loin les conséquences de ce changement, qui aboutit sous Justinien à la suppression complète de l'agnation et au triomphe du système de la parenté naturelle (V. n° 239).

92. — *De la gens et des droits des gentiles.* — A l'institution de l'agnation se rattache celle de la *gens*. Si nous connaissons exactement ce qu'était l'agnation, il n'en est pas de même pour la *gens*, au sujet de laquelle les renseignements que nous fournissent les sources sont rares et manquent de précision (1). Suivant l'opinion, qui paraît prévaloir aujourd'hui, la *gens* aurait été, à ses débuts, le groupe formé de tous ceux qui se rattachaient par les mâles à un ancêtre mâle commun, *princeps generis*. La *gens* se confondait donc avec la famille patriarcale, dont elle réunissait tous les membres

(6) En même temps et pour compléter la fiction qui donnait aux adoptés la même situation qu'aux enfants nés *ex justis nuptiis*, on les considérait comme les cognats de leurs agnats. De là le principe : *Qui est adgnatus et cognatus est* (10, § 4, *De gradibus*, XXXVIII, 10). Mais la réciproque n'était pas vraie, celui qui est cognat n'étant pas nécessairement agnat. Ceux-là seuls par conséquent sont à la fois agnats et cognats non fictifs, qui sont entrés dans la famille par l'effet de la naissance *ex justis nuptiis*.

(7) Pour se rendre compte de la composition de la famille agnatique on peut consulter le tableau généalogique de la famille *Cornelia*, dans la *Cité antique* de M. Fustel de Coulanges, livre II, ch. 5.

92. — (1) Les textes où il est parlé de la *gens* romaine proviennent d'écrivains qui n'ont observé l'institution qu'à l'époque de son déclin et qui, par suite, ne se sont pas rendu un compte exact de son origine et de son rôle

en une sorte de corporation, ayant des *sacra* à elle propres, un patrimoine qui restait impartagé, un droit de juridiction et de censure sur tous les *gentiles*. Mais déjà à l'époque des XII Tables, les droits de la *gens* semblent avoir reçu une atteinte sérieuse par l'effet des dispositions attribuant aux agnats, c'est-à-dire aux *gentiles* les plus proches, les droits à la succession et à la tutelle réservés jusque-là à la *gens* tout entière. Peu à peu la notion qu'on se fait de la *gens* s'obscurcit, à mesure que ses droits s'effacent devant ceux des agnats. A l'époque de Cicéron cependant, la *gentilitas* existe encore et il en donne une notion assez précise (2). Quatre conditions sont exigées pour que deux personnes soient *gentiles inter se*, c'est-à-dire fassent partie de la même *gens* et jouissent l'une vis-à-vis de l'autre des droits que confère la qualité de membre de la *gens* : 1° Elles doivent porter le même nom de famille, *nomen gentilitium*. Ce nom, qui leur vient de l'ancêtre commun, est le signe apparent et matériel de leur communauté d'origine (Festus, v° *Gentilis;* Varro, *De lingua latina,* VIII, 4); 2° Elles doivent être nées de personnes ingénues; 3° Elles ne comptent parmi leurs ancêtres que des ingénus; 4° Ni elles ni leurs ancêtres ne doivent être sortis de la famille par suite de *capitis deminutio*. Il semble, d'après cette définition, qu'à l'époque où écrivait Cicéron, deux *gentiles* ne se seraient point distingués de deux agnats. La différence qui existe entre la gentilité et l'agnation est, en effet, l'un des

véritable. C'est seulement dans ces dernières années que les recherches, entreprises par la science des institutions primitives, ont permis de formuler sur cette question des solutions qui, si elles ne sont pas définitives, sont du moins très voisines de la vérité. On retrouve, en effet, l'équivalent de la *gens* romaine chez des peuples appartenant comme les Romains à la race indo-européenne. Tels sont le γένος hellénique d'autrefois, le *sept* celtique, la communauté domestique des Slaves du sud de l'Europe orientale, la communauté familiale (*Joint-family*) des Hindous. S. Henri Maine, *Études sur l'ancien droit et la coutume primitive*, pp. 321, 322; Fustel de Coulanges, *La cité antique*, livre II, ch. 10.

(2) Cicéron (*Topic.* 6) emprunte sa définition au pontife Scævola : *Gentiles sunt inter se qui eodem nomine sunt, qui ab ingenuis oriundi sunt, quorum nemo servitutem servivit, qui capite non sunt deminuti.*

plus délicats problèmes qu'ait fait naître cette matière déjà si obscure. On admet assez généralement à l'heure actuelle que, dans le sein de la *gens*, telle qu'elle était primitivement constituée, il n'y aurait eu aucune différence de condition entre les divers *gentiles*, la proximité de degré n'étant point une cause de faveur pour ceux qui pouvaient l'invoquer. Les agnats et les droits d'agnation auraient donc été tout d'abord inconnus. Ce n'est que plus tard que l'agnation aurait fait son apparition et aurait été le premier pas dans cette voie de réaction contre les droits des *gentiles*, où devait s'engager de plus en plus le droit romain. Sans cesser d'appartenir à la grande et nombreuse famille des *gentiles*, l'individu tendait naturellement à se grouper avec ceux des *gentiles* qui étaient ses plus proches. Avec eux, il fait partie d'une *familia*, sorte de corporation, plus restreinte que la *gens*, mais conçue dans le même esprit, construite sur le même modèle. L'ensemble de ces *familiæ* associées forme la *gens* (3). On voit par là comment ceux qui sont agnats font nécessairement partie de la même *gens*. Mais ils peuvent facilement établir le lien de parenté qui les unit, en remontant à leur auteur commun, dont le souvenir n'est pas perdu, et qui n'est séparé d'eux que par un certain nombre de générations. Les *gentiles inter se*, au contraire, ne peuvent plus retrouver la preuve de leur parenté, et, pour démontrer leur communauté d'origine, ils n'ont d'autre argument que celui tiré de la communauté du nom, qui leur vient de l'ancêtre primitif, fondateur de la *gens* (4).

(3) *Gens Aelia appellatur quæ ex multis familiis conficitur*. Festus, v° *Gens Aelia*.

(4) Nous ne faisons pas figurer dans la *gens*, un groupe de personnes qu'on y rattache quelquefois, et qui serait constitué par tous les individus actuellement ingénus se rattachant à un ancêtre commun qui avait été autrefois client ou affranchi d'un membre de la *gens*. Dans ce système dont on trouvera l'exposé dans Ortolan, t. I, p. 26 et suiv., n° 17, t. III, n° 1040, ces *gentiles* étaient dans une situation inférieure à celle des *gentiles* de race ingénue, lesquels avaient droit de leur succéder et de leur servir de tuteurs. Ici les droits de gentilité n'auraient pas été réciproques, et ce défaut de réciprocité ne cadre nullement avec la définition de la gentilité que nous a laissée Cicéron. Dans notre sens, V. Accarias, t. I, n° 96.

Les membres de la *gens* étaient unis les uns aux autres par un triple lien, religieux, politique et civil. 1° Les *gentiles* avaient des *sacra gentilitia*, un culte particulier distinct de celui de chaque famille et où l'on adorait le fondateur de la *gens*. Ils avaient également des tombeaux communs à toute la *gens*, *sepulchra gentilitia*, des rites funèbres à eux propres, comme, par exemple, la *gens Cornelia* qui pratiqua, jusqu'à Sylla, l'ensevelissement des morts et non leur incinération. 2° La *gens* semble avoir été au début l'unité politique, la cité n'étant que la réunion des *gentes*. La *gens* se gouvernait elle-même, avait un pouvoir de surveillance sur ses membres, pouvait exclure du culte de la *gens* les *gentiles* indignes, interdire certains usages comme l'exposition des enfants, l'emploi d'un *prænomen*, la pratique du célibat. 3° Enfin, il y avait, au point de vue du droit privé, une sorte d'association entre toutes les familles provenant de la même *gens*. Les biens de ces familles sont considérés comme le patrimoine collectif de la *gens*, et il importe que ces biens ne soient pas dissipés et qu'il ne passent pas à des mains étrangères. De là pour les *gentiles* le droit de recueillir la succession *ab intestat* du *gentilis* décédé (V. n° 233-3°), l'organisation de la curatelle du *gentilis* fou et du prodigue (V. n° 135), la tutelle des impubères et des femmes pubères, déférée aux *gentiles* (V. n^{os} 114, 131) (5).

A la fin de la République, l'institution de la *gentilitas* était en voie de pleine décadence. Le nombre des *gentes* était devenu de plus en plus restreint à mesure qu'on s'éloignait des temps primitifs. Les droits des *gentiles* à la succession des membres de la *gens*, déjà diminués depuis les XII Tables, étaient réduits à néant par l'effet de l'admission des cognats au rang des successeurs prétoriens (V. n° 235). A l'époque où écrit Gaius, la gentilité a disparu et n'est plus qu'une curiosité historique (6) (G. III, 17).

(5) Accarias, t. I, n° 96; Willems, *Droit public romain*, p. 36 et suiv., 4e édit.

(6) La gentilité n'a pas été une institution propre aux familles patriciennes. Il

93. — *Preuve de la filiation.* — Pour que les enfants puissent réclamer le bénéfice des effets que produisent à leur égard les *justæ nuptiæ,* il faut qu'ils puissent prouver leur filiation légitime. Pour ce qui est de la mère, le fait matériel de l'accouchement, toujours facile à établir, est la seule preuve qu'ils aient à rapporter, *mater semper certa est* (5. Dig., *De in jus vocando,* II, 4). Mais la preuve directe et matérielle de la paternité étant impossible, on a dû avoir recours à une présomption, c'est-à-dire à une induction fondée sur l'observation des faits (1). Tenant pour certain qu'une femme mariée n'a eu de rapports qu'avec son mari, les Romains ont posé, en principe, que le mari de la mère est le père de l'enfant : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant* (5. Dig., *De in jus vocando,* II, 4). Mais cette présomption peut être combattue par la preuve contraire, si l'on démontre que, par suite d'absence, de maladie ou d'accidents, le mari a été dans l'impossibilité de cohabiter avec sa femme (6. Dig., *De his qui sui vel alieni juris sunt,* I, 6). La présomption *pater is est* ne peut d'ailleurs être invoquée que si la conception a eu lieu pendant le mariage. Or, le jour précis de la conception ne peut être déterminé, et ici encore il a fallu établir une nouvelle présomption. L'observation ayant révélé que la durée minima de la grossesse est de 180 jours, et sa durée maxima de 300 jours, on en a conclu que l'enfant est censé conçu pendant le mariage et que, par suite, il est *justus,* lorsqu'il naît soit le 181e jour depuis celui du mariage, soit le 301e jour depuis celui de la dissolution (2).

y a eu, mais assez tard semble-t-il, des *gentes* plébéiennes, sans doute à dater du moment où les plébéiens eurent conquis par la loi *Canuleia* le *jus connubii* avec les patriciens.

93. — (1) Marc Aurèle ordonna que tout père déclarât dans les trente jours la naissance de ses enfants. Cette déclaration devait être faite, à Rome, devant le *Præfectus ærarii,* en province devant des *tabularii publici.* Mais les sources juridiques ne parlent pas de cette obligation du père et des conséquences qu'elle a pu avoir sur la preuve de la filiation.

(2) Dans ces 181 ou 301 jours figure celui du mariage ou de sa dissolution. Né

Dissolution du mariage.

94. — *Causes de dissolution indépendantes de la volonté des époux.* — 1° La servitude encourue *jure civili* par l'un des époux, mettait fin aux *justæ nuptiæ*. Il en était de même au cas de captivité subie par les deux époux ou par l'un d'eux (1).

2° La mort de l'un des époux dissout les *justæ nuptiæ*, et l'époux survivant redevient libre de contracter une nouvelle union. Il importe toutefois de distinguer à cet égard entre le mari et la femme. La femme veuve devait, conformément aux anciens usages, porter le deuil, *lugere maritum*, pendant dix mois; et, par suite, elle ne pouvait se remarier avant l'expiration de ce délai, sous peine d'être notée d'infamie, ainsi que son *pater*, son second mari, et le *pater* celui-ci (1. Dig., *De his qui notantur infamia*, III, 2; *Vat. frag.*, §§ 320, 321). Plus tard, lorsque les traditions religieuses s'altérèrent, l'interdiction de se remarier ne se justifia plus que par le danger des confusions de part, *turbatio sanguinis*. Si la femme veuve avait la faculté de se remarier immédiatement, l'enfant né du second mariage pourrait être attribué indifféremment au second ou au premier mari. Ce résultat est évité, si la femme attend dix mois depuis le décès, puisque tel est le délai maximum de la grossesse. Ce motif nouveau permettait de décider que dans les cas où, à raison de l'indignité du mari, la femme n'était pas tenue de *lugere*, elle ne pouvait néanmoins se remarier avant les dix mois écoulés, et que si elle venait à accoucher avant la fin des dix mois, il n'y avait plus d'obstacle à un nouveau mariage. Avec les empereurs

avant le 181e jour depuis celui du mariage, l'enfant est censé conçu avant le mariage, né après le 301e jour depuis la dissolution, il est censé conçu après le mariage.

94. — (1) V. pour les effets que produit ici le *Jus postliminii*, Accarias, t. I, n° 97-2°. Quant à la perte de la cité, elle transforme les *justæ nuptiæ* en mariage du droit des gens. Accarias, t. I, n° 97 et la note.

chrétiens, ce délai de viduité subsista, mais fut porté à douze mois. La prohibition changea encore une fois de caractère. Désormais, elle se fonde sur des considérations de convenance beaucoup plus que sur la crainte d'une confusion de part(2). Quant au mari, il n'avait jamais été tenu de *lugere uxorem*, et, par suite, il pouvait se remarier immédiatement après la mort de sa femme. Il y était même contraint, sous l'empire des lois caducaires, afin d'échapper aux déchéances prononcées contre les *coelibes* (3). Lorsque les empereurs chrétiens imposèrent à la femme douze mois de viduité, ils n'astreignirent point le mari au même délai, bien que la raison de convenance fût identique.

95. — *Cause de dissolution dépendant de la volonté commune des époux ou de la volonté de l'un d'eux.* — *Divorce* (1). — Dans les idées primitives des Romains, le mariage était destiné à durer toute la vie. C'est ce qu'indique encore la définition du mariage que nous donnent les jurisconsultes classiques : *consortium omnis vitæ*. Cette indissolubilité du lien conjugal resta longtemps le caractère essentiel du mariage avec *manus*. Il importe toutefois de remarquer qu'ici encore la femme n'était pas traitée à l'égal de l'homme. Considérée comme *filiafamilias*, elle ne pouvait, par un acte de sa seule volonté, renoncer à la vie commune, ou forcer le mari à renoncer à la *manus*. Le mari, au contraire, à raison de ses pouvoirs, pouvait dans certains cas et à certaines conditions répudier sa femme. La religion et les mœurs tempéraient d'ailleurs l'exercice abusif de ce droit. Le mariage par *confarreatio* fut sans doute au début indissoluble, et lorsqu'il fut admis qu'il pouvait être dissous par le mari, les pontifes

(2) Dans notre droit civil français, le délai de viduité est encore de dix mois (art. 228 C. civ.).

(3) Mais la loi *Papia* laissait à la femme veuve un délai de deux ans pour se remarier (Ulp., *Reg.*, XIV) (V. nº 257, note 4).

95. — (1) Accarias, t. I, nº 97-4º; Esmein, *Mélanges d'histoire du droit et de critique,* Droit romain, p. 17.

durent intervenir pour autoriser la cérémonie religieuse, *diffareatio,* nécessaire pour désunir, ceux que la *confarreatio* avait liés. En tous cas, soit dans le mariage par *confarreatio,* soit dans les autres formes de mariage avec *manus* le mari ne pouvait répudier la femme sans consulter au préalable le tribunal de famille dont le contrôle protégeait la femme contre des répudiations sans motifs. Aussi les répudiations paraissent-elles avoir été rares dans la pratique. Mais avec le mariage sans *manus* le mari ne tint plus seul entre ses mains le sort de l'union. Il fut admis que le *pater* de la femme pouvait, en vertu de sa *patria potestas,* reprendre sa fille au mari, soit de sa propre autorité, soit à la prière de son enfant (2). D'autre part, la femme *sui juris* pouvait, sans motifs, rompre avec son mari, quitter le domicile conjugal, faire route à part, *divertere,* sans que le mari pût la contraindre à revenir avec lui. Quant au mari, il conserva le droit de répudiation qu'il pouvait exercer bien plus librement qu'autrefois, sans entrave du côté de la religion, sans le contrôle de plus en plus négligé du tribunal domestique. Cette fragilité extrême de l'union conjugale était en harmonie avec la nature même du mariage sans *manus*, conclu, sans aucune forme solennelle, par le simple accord des volontés confirmé par l'établissement de la vie en commun. Ce fut là sans doute aussi une des causes qui contribuèrent à maintenir dans la pratique l'usage des mariages avec *manus,* où le mari était à l'abri des caprices de la femme, et de l'immixtion arbitraire de son beau-père. Toutefois, du jour où l'on reconnut le droit de divorcer à la femme *in manu,* et où des constitutions impériales interdirent au *pater* de la femme de rompre les mariages bien unis, *bene concordans matrimonium,* toute distinction disparut à cet égard entre les deux formes de mariage. D'ailleurs, le nombre des divorces, autrefois restreint, était devenu, à la fin de la République et au début de

(2) Le père avait à cet effet l'action en revendication, plus tard l'interdit *de liberis exhibendis* (1. § 2, Dig., *De rei vindic.,* VI, 1; 1. § 5, Dig., *De liberis exhibendis,* XLIII, 30) (V. nº 79, note 7).

l'Empire, de plus en plus considérable. La démoralisation toujours croissante avait fait du divorce une cause de dissolution normale du mariage.

96. — *Divorce à l'époque impériale.* — A l'époque impériale, le divorce peut résulter d'un accord mutuel entre les époux, divorce appelé *divortium bona gratia,* ou de la volonté d'un seul, auquel cas on lui donne le nom de *repudium* ou divorce par répudiation. L'expression *divortium* finit d'ailleurs par être employée comme terme générique. Le divorce *bona gratia* n'était soumis à aucune forme. De même qu'un simple accord des volontés suffit pour contracter l'union, le désaccord mutuel suffit pour la dissoudre (1). Quant au divorce émané d'un seul des époux, la loi *Julia de adulteriis* exigea que l'époux manifestât solennellement sa volonté de divorcer en présence de sept témoins, pubères et citoyens, sous peine de nullité (2). C'est dans cette période que disparurent les derniers obstacles qui subsistaient encore à la faculté de divorcer. Les mariages accompagnés de *manus* purent être dissous de cette façon (G., I, 137 *a*), et l'on déclara nulle toute convention ayant pour effet de porter atteinte à la liberté du divorce (Rescrit d'Alexandre Sévère, 2. Cod., *De inut. stipul.,* VIII, 39). Toutefois, la loi *Julia de adulteriis* interdisait à l'affranchie, qui avait épousé son patron, de divorcer contre le gré de son mari, et une constitution d'Antonin le Pieux vint enlever au *pater* de la femme le droit de rompre sans motifs une union bien assortie, *ne bene concordantia matrimonia jure patriæ potestatis turbentur* (1. § 5, Dig. *De libe-*

96. — (1) C'est là l'application d'une règle générale qu'Ulpien formule ainsi : *Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere quo colligatum est* (35. Dig., *De Reg. juris,* L, 17).

(2) Il était utile, à divers points de vue, de connaître exactement la date du divorce, et c'est ainsi que s'explique l'exigence de la loi. Accarias, t. I, nº 98. En pratique, la répudiation était signifiée par l'époux à son conjoint par l'intermédiaire d'un affranchi porteur d'un *libellus repudii.* Mais cette signification du *libellus* ne dispensait pas de la déclaration devant les sept témoins.

ris exhib., XLIII, 30; Paul, *Sent.*, V. 6, § 15). Une fois divorcés, les deux époux redevenaient libres de contracter une nouvelle union (3). On n'avait pas imposé ici à la femme un délai de viduité de dix mois, ce qui eût été en opposition avec l'esprit des lois caducaires. Aussi les confusions de part étaient-elles à craindre, de même aussi les suppressions ou suppositions de part. Des précautions spéciales avaient été prises afin de permettre au mari de désavouer l'enfant, empêcher en même temps la femme de cacher sa grossesse ou d'en simuler une.

Le triomphe du christianisme n'a exercé qu'une influence minime sur la législation du divorce à l'époque du Bas-Empire. Le divorce *bona gratia* prohibé par Constantin, puis rétabli par Justinien, finit par être interdit par ce prince (Nov. 134, ch. 11). Mais la répudiation fut maintenue à condition que ses causes fussent légitimes. Le divorce sans justes motifs entraîne des peines contre l'époux qui en est l'auteur (4).

Des unions autres que les JUSTÆ NUPTIÆ.

97. — Entre les *justæ nuptiæ* et les simples unions de fait, le droit romain admettait toute une catégorie intermédiaire d'unions d'ordre inférieur, dont les effets bien que beaucoup moins complets que ceux des *justæ nuptiæ* étaient consacrés par les lois. Ces unions étaient le *matrimonium sine connubio*, le concubinat, le *contubernium*.

1°. *Matrimonium sine connubio* (1). — C'est l'union contractée par deux personnes auxquelles fait défaut le *jus connubii*, à raison de la nationalité de l'un des deux conjoints ou de tous deux. Tel est le cas des mariages entre citoyens et pérégrins ou latins, de même que des mariages des latins ou

(3) La femme divorcée avait un délai de dix-huit mois pour se remarier afin d'échapper aux peines du célibat (Ulp., *Reg.*, XIV) (V. nº 257, note 4).

(4) Accarias, t. I, nº 99.

97. — (1) Accarias, t. I, nº 100 *bis*.

pérégrins entre eux. Ces unions, valables d'après le *jus gentium*, sont appelées souvent mariages du droit des gens, par opposition aux *justæ nuptiæ* envisagées comme unions du *jus civile*. Gaius (I, 29, 66-78, 92) en parle comme de mariages légitimes, *matrimonia*, et donne à la femme le titre d'*uxor*. Mais ces textes et les quelques autres qui s'en occupent s'attachent surtout à mettre en relief les effets négatifs de ces mariages, particulièrement l'absence de *patria potestas* sur les enfants qui en sont issus. Pour le reste, ils sont à peu près muets. On peut présumer que la femme prenait le rang social de son mari, dont certainement elle n'acquérait pas la nationalité, et qu'elle était tenue du devoir de fidélité, les peines de la loi *Julia de adulteriis* lui étant applicables en cas d'adultère (13. § 1, Dig., *Ad leg., Jul. de adult.*, XLVIII, 5). Nous avons déjà vu que ces unions pouvaient, après leur conclusion, se transformer en *justæ nuptiæ*, par l'effet de l'*erroris causæ probatio*, de la *causæ probatio*, ou de la concession aux conjoints du *jus connubii* (V. nos 60, 69, 59). Le nombre de ces mariages a dû diminuer à partir de Caracalla, et sous Justinien, après la suppression des latins juniens, ils ont cessé d'avoir toute raison d'être.

2°. *Concubinat* (2). — Le concubinat est également une union d'ordre inférieur, qui ne produit pas les effets des *justæ nuptiæ*, mais qui, dans l'intention commune des parties, est destinée à durer et se distingue essentiellement par là d'une union passagère dont la loi ne tient aucun compte. C'est dans l'inégalité des conditions sociales, l'un des traits les plus constants de l'état de la société romaine, qu'il faut aller chercher l'explication du concubinat. Le concubinat est, en effet, avant tout, un mariage inégal, *inæquale conjugium*, dit la constit. 3. Cod., *De natur. liber.*, V, 27, où la femme ne peut

(2) Accarias, t. I, n° 100; Ortolan, t. II, n° 122. Gide, *Nouvelle revue historique de droit*, 1880, pp. 377 et suiv., 409 et suiv., a essayé de faire prévaloir une théorie contraire à celle généralement adoptée jusqu'ici, théorie dont on trouvera la réfutation dans Accarias, *loc. cit.*, et dans le *Journal des savants*, mars 1880, art. de Giraud.

s'élever au rang du mari, et où il ne peut être question d'établir entre elle et lui cette *divini et humani juris communicatio* qui est le propre des *justæ nuptiæ.* Or, si la femme ne peut monter au rang du mari, cela tient à ce qu'elle occupe dans la hiérarchie sociale une situation inférieure qu'elle doit soit à sa naissance, soit à certaines déchéances qui l'ont frappée, soit à sa profession (3). Aussi n'est-il question de concubinat qu'avec des affranchies qui s'unissent ainsi à leur patron ou à des tiers, avec des femmes ingénues de basse extraction, *obscuro loco nata,* avec des femmes qui ont perdu le titre honoré de *matrona,* avec des femmes qui tiennent une auberge, figurent dans les jeux du cirque ou au théâtre (3, pr., Dig., *De concubinis,* XXV, 7).

Le concubinat qui existait en fait sous la République, semble avoir été reconnu officiellement pour la première fois par les lois caducaires, *Julia* et *Papia Poppæa* (4). Ces lois, qui proscrivaient le célibat et récompensaient les unions légitimes fécondes, punissaient en même temps comme contraires aux bonnes mœurs toute relation autre que les *justæ nuptiæ* avec une *matrona* (*stuprum*). Il était naturel qu'elles s'occupassent en même temps du concubinat, qui était d'un usage fréquent, pour décider si les individus engagés dans ce genre d'union seraient traités comme mariés ou célibataires, si leurs enfants leur éviteraient les peines de l'*orbitas,* et leur assureraient les *præmia patrum* (V. n° 259), et enfin à quelles conditions

(3) Sous la République, l'union d'un patricien et d'une plébéienne ou le mariage non accompagné de *manus* ont dû être considérés pendant un temps comme des *inæqualia conjugia* (144. Dig., *De verb. signif.,* 50, 16); Esmein, *Mélanges. La manus,* etc., p. 26.

(4) La loi 3, § 1, Dig., *De concub.,* XXV, 7, dit : *Concubinatus per leges nomen assumpsit,* et par *leges* il faut entendre les lois caducaires (V. n° 257). On doit rapprocher ce texte de la loi 144. Dig., *De verb. sign.,* L, 16 du jurisconsulte Paul, *Ad legem Juliam et Papiam,* où le jurisconsulte rapporte l'opinion de Massurius Sabinus, d'après lequel on appelait autrefois *pellex* la femme *quæ cum uxor non esset, cum aliquo tamen vivebat,* et que de son temps on traite d'*amica*, ou plus honorablement encore de *concubina*. L'expression *concubina* paraît donc avoir été consacrée par les lois caducaires.

le concubinat se distinguerait du *stuprum*. L'état des sources ne permet pas de répondre d'une façon positive à toutes ces questions (5). Il est certain, en tous cas, qu'à partir de ce moment, et pendant tout l'Empire, le concubinat fut traité comme une union que ne réprouvaient ni les lois, ni les mœurs.

En apparence, le concubinat se confondait facilement avec les *justæ nuptiæ*, puisque grâce à la pratique de plus en plus répandue du mariage sans *manus*, aucune formalité n'était nécessaire pour la conclusion d'un mariage. C'était la condition sociale de la femme qui, seule, permettait de distinguer l'*uxor* de la *concubina*. Le concubinat étant impossible avec les *matronæ*, il ne pouvait être question de concubinat qu'avec les affranchies ou les femmes non décorées du titre de matrones (6). Mais, plus tard, à l'époque classique, ces démarcations se sont effacées (7). On voit des matrones engagées dans les liens du concubinat et des femmes de condition vile, comme les affranchies, unies par les *justæ nuptiæ* à leurs patrons. Dès lors, il faut rechercher, pour distinguer la *concubina* de l'*uxor*, quelle a été l'intention des parties, à quel titre la femme est traitée par l'homme : *concubina igitur ab uxore solo dilectu separatur* (Paul, *Sent.*, II, 20; 4. Dig., *De concub.*, XXV, 7).

Quant aux effets du concubinat, les textes ne paraissent s'en être occupés que pour montrer en quoi ils différaient de ceux des *justæ nuptiæ*, et c'est pourquoi certains interprètes ont été tentés de voir dans le concubinat une union illicite. Il est certain que la concubine n'est pas traitée comme *uxor*, qu'on lui refuse le titre de *matrona* (sauf le cas de la *liberta*,

(5) Accarias, t. I, nº 101 et les renvois.

(6) Il est à noter que l'affranchie, concubine de son patron, n'était pas privée du titre de *matrona* (13, pr., Dig., *Ad. leg. Jul. de adult.*, XLVIII, 5; 41, § 1. Dig., *De rit. nupt.*, XXIII, 2).

(7) Il subsiste cependant une trace de l'idée ancienne dans cette présomption que toute union avec une femme de mœurs irréprochables doit être traitée comme un mariage et non comme un concubinat (24. Dig., *De rit. nupt.*, XXIII, 2).

concubine de son patron, V. n° 97, note 6), que son adultère n'est pas puni (sauf le cas de la *liberta, concubina patroni*), que ses enfants ne sont pas *justi* et, par suite, ne sont pas placés sous la puissance paternelle. Mais, d'autre part, on voit les jurisconsultes régler l'âge à partir duquel la femme peut être *concubina* (12 ans), interdire le concubinat entre personnes parentes ou alliées au degré prohibé, décider qu'on ne pourra avoir à la fois une femme et une concubine. On doit donc admettre que le concubinat était traité comme une union régulière et licite (8). Il est incontestable qu'au Bas-Empire cette institution subsiste encore, malgré les efforts faits par les empereurs chrétiens pour la faire disparaître. Sous Justinien, qui la traite de *licita consuetudo*, elle est toujours pratiquée, et ce n'est guère que trois siècles après lui que Léon le Philosophe la supprima.

3°. *Contubernium*. — On appelle ainsi l'union de deux esclaves ou d'un esclave et d'une personne libre. Elle était considérée en droit comme n'ayant aucune valeur légale (9).

En dehors des cas où il y a *matrimonium sine connubio, concubinatus*, ou *contubernium*, l'union de deux personnes est dépourvue de tout effet, et le droit ne s'en préoccupe que pour la punir au cas où elle constituerait un *stuprum* (10), un adultère ou un inceste.

98. — *Du sort des enfants dans les unions autres que les* JUSTÆ NUPTIÆ. — Les enfants nés des unions autres que les *justæ nuptiæ* sont désignés dans les textes sous la dénomi-

(8) Le droit ne faisait ici que sanctionner des habitudes invétérées, tenant à un état social différent du nôtre. Le concubinat s'imposait presque aux fonctionnaires de tout ordre en province, auxquels il était défendu d'épouser des femmes originaires de la province où ils exerçaient leurs fonctions (V. n° 86-5°) (5. Dig., *De concub.*, XXV, 7). Des personnages d'une moralité non douteuse, les empereurs Vespasien, Antonin, Marc Aurèle eurent des concubines. Enfin, sur des inscriptions funéraires, on voit figurer à côté l'un de l'autre le nom de la femme légitime et celui de la concubine, les noms des enfants légitimes et ceux des enfants nés *ex concubinatu*.

(9) *Adde*, Accarias, t. I, n° 100 *ter*.

(10) Pour le *stuprum*, V. Accarias, t. I, n° 100, note 1, p. 248.

nation générale de *liberi non justi*, ou *injusti* (*Vat. frag.*, § 194). On appelle du nom spécial de *liberi naturales* ceux qui sont nés du concubinat et du *contubernium*. On donne le nom de *vulgo concepti* ou *spurii* à ceux qui sont nés d'une femme qui n'a eu que des relations passagères avec un homme (G., I, 64), et par assimilation on donne le même nom à ceux qui sont nés d'unions illicites, adultérines ou incestueuses *nefariæ atque incestæ nuptiæ* (Ulp., *Reg.*, V, 7; 23. Dig., *De statu hominum*, I, 5). Les enfants *non justi* ont toujours une mère certaine à laquelle les rattache le fait matériel et indéniable de l'accouchement. Ils suivent la condition de leur mère, *matrem sequuntur*, conformément à la règle admise par le *jus gentium*. Par conséquent, ils prennent son nom, sa nationalité (1), deviennent les cognats de ses propres cognats (2). Ils lui doivent la *reverentia* et par suite ne peuvent l'appeler en justice sans la permission du magistrat (4, § 3. Dig., *De in jus vocando*, II, 4). Les relations entre les *liberi non justi* et leur père sont loin d'être aussi nettement indiquées dans les sources. Dans le cas d'enfants *vulgo concepti* (*stricto sensu*), le père est inconnu en fait comme en droit. Mais dans les autres cas le père est connu en fait (3). Reste la question de sàvoir s'il y a entre lui et ses enfants des rapports de droit. Il est certain que le droit de puissance paternelle et, par suite, les liens d'agnation font ici défaut. D'autre part, le droit romain n'a jamais admis la reconnaissance des enfants illégitimes, permettant au père de se rattacher à ses enfants par un lien légal (4). On peut donc poser en principe qu'il n'y a aucun rapport de droit entre l'enfant illégitime et son père,

98. — (1) V. cependant l'exception établie par la *lex Minicia* (V. nº 53-1º).

(2) On tient compte de ce lien de cognation pour les obstacles au mariage (V. nº 87-1º, note 2), pour les droits de succession réciproques (V. nºs 238, 240).

(3) La loi 23. Dig., *De stat. homin.*, I, 5, distingue les *vulgo concepti* (sens strict) *qui patrem demonstrare non possunt*, des *spurii*, nés de relations illicites, *qui possunt quidem sed eum habent quem habere non licet.*

(4) Mais certaines catégories de *liberi non justi* peuvent tomber sous la puissance paternelle, ainsi que nous le verrons dans la théorie de la légitimation (V. nº 103).

même connu en fait. Toutefois on finit par reconnaître à la paternité illégitime certains effets. On en tient compte pour les empêchements au mariage, et plus tard pour les droits de succession *ab intestat* (V. n° 240) (5).

DEUXIÈME SOURCE DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

Adoption.

99. — *Adrogatio et adoptio.* — Les *justæ nuptiæ* étaient la source ordinaire de la puissance paternelle. Grâce à elles se trouvaient assurées la continuation de la famille, la perpétuité du culte domestique, la transmission du nom et du patrimoine. Mais, une union inféconde, la mort prématurée des enfants, pouvaient empêcher ces résultats et tromper les espérances du père de famille. Aussi trouve-t-on à Rome, comme d'ailleurs dans beaucoup d'autres législations antiques, un moyen légal pour le chef de famille de s'assurer, en dehors des *justæ nuptiæ*, un continuateur de sa personne (1). Tel était le but de l'adoption dont l'usage assez fréquent déjà sous la République, persista sous l'Empire et se généralisa à mesure que les mariages légitimes devinrent

(5) Dans quelle mesure a-t-on reconnu l'existence d'un rapport juridique entre le père et les *liberi non justi*, c'est là une question qui n'est pas susceptible d'une solution uniforme pour toutes les catégories de *liberi non justi*. En ce qui concerne les enfants nés du concubinat, il y a de vives discussions entre les interprètes pour savoir s'ils donnaient à leur père le *jus liberorum*, le *jus caduca vindicandi*, s'il y avait entre eux et lui vocation réciproque à la *bonorum possessio unde cognati*. Accarias, t. I, n° 101; Ortolan, t. II, Appendice 2. A l'égard des enfants nés du *matrimonium sine connubio*, les textes sont muets. Accarias, t. I, n° 101. Pour les enfants nés *ex contubernio*, V. Accarias, t. I, n° 101.

99. — (1) C'est ainsi, que dans le droit hindou, l'adoption est destinée avec beaucoup d'autres modes d'affiliation à assurer la continuité du sacrifice funèbre. Il en était de même en Grèce. S. Henri Maine, *Études sur l'ancien droit et la coutume primitive. Le culte des ancêtres*, p. 121; Fustel de Coulanges, *La cité antique*, livre II, ch. 4; Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 401.

plus rares et moins féconds. Plus tard cependant, lorsque les idées religieuses sur lesquelles était fondée l'institution se furent altérées, l'adoption perdit en grande partie son importance. A l'époque de Justinien, elle subsiste encore, mais dépouillée de son antique caractère et avec l'aspect qu'elle a revêtu aujourd'hui dans les législations modernes (2). Il y a eu à Rome deux espèces d'adoption : l'*adrogatio* ou adoption d'une personne *sui juris*, l'*adoptio* proprement dite qui s'applique à une personne *alieni juris*. Ces deux variétés d'adoption diffèrent au point de vue des formes, des effets et des conditions de validité, tout en remplissant cependant le même office (3).

1° Formes.

100. — *Formes de l'adrogation.* — Il est vraisemblable que, des deux espèces d'adoption, l'*adrogatio* a été pratiquée la première. C'est aussi celle où les formalités exigées mettent le mieux en relief le caractère politique et religieux de l'institution. Trois périodes doivent être distinguées ici dans le développement du droit. — *1re Période.* Au début, l'*adro-*

(2) Ortolan, t. II, nos 129-132; Accarias, t. I, no 102.

(3) La *transitio ad plebem* et l'*adoptio testamentaria,* quoique ayant une certaine analogie avec l'adoption, ne doivent pas cependant être tenues pour des variétés de cet acte. La *transitio ad plebem* était l'acte par lequel un patricien passait dans les rangs de la plèbe, afin de pouvoir épouser une plébéienne ou pour pouvoir arriver au Tribunat, ainsi que le fit Clodius à l'époque de Cicéron. Le patricien se faisait, dans ce but, adroger par un plébéien. On ignore si cette adrogation produisait tous les effets ordinairement attachés à l'adrogation, ou seulement l'effet unique qu'on avait en vue en passant à la plèbe. Bouché-Leclercq, *Manuel des inst. romaines,* p. 385, note 4. Quant à l'*adoptio testamentaria,* elle consistait dans une disposition testamentaire par laquelle un citoyen adoptait comme fils et héritier un individu. L'adopté ne tombait pas sous la puissance de l'adoptant, puisque c'est seulement au décès de celui-ci que l'acte pouvait produire son effet. Il n'entrait pas non plus dans la famille de l'adoptant. Ce genre d'adoption avait seulement pour but de permettre à l'adopté de prendre avec la fortune de l'adoptant le nom de celui-ci. Aux temps classiques, cette adoption est tombée en désuétude et elle est remplacée par l'institution d'héritier sous la condition de porter le nom du testateur. Bouché-Leclercq, *Manuel des inst. romaines*, p. 387.

gatio intéressant à la fois le culte et la cité, n'était possible qu'avec le concours et sous le contrôle des pontifes et du peuple. De là la nécessité de l'approbation préalable du collège des pontifes, qui avait à rechercher si l'adrogeant avait atteint un âge assez avancé pour ne plus espérer d'enfant, si l'adrogation ne cachait pas une spéculation déshonnête en vue d'acquérir les biens de l'adrogé, si enfin l'adrogation, en assurant la continuation des *sacra* de l'adrogeant, ne pouvait pas consommer la ruine des *sacra* de l'adrogé. Il était nécessaire également que l'adrogation fût approuvée par le peuple, qui avait intérêt à ce que l'adrogation projetée ne vînt pas diminuer la dignité de la famille de l'adrogeant. L'adrogation enlevant d'ailleurs aux agnats et aux *gentiles* de l'adrogé leurs espérances de succession *ab intestat*, il fallait l'approbation des *gentes* assemblées pour autoriser cette atteinte aux droits de la famille civile et cette dérogation à la dévolution traditionnelle du patrimoine (V. n° 225). Devant les comices par curies comparaissaient l'adrogeant et l'adrogé. Trois questions, *rogationes*, étaient posées : l'une à l'adrogeant pour lui demander s'il voulait l'adrogé comme enfant légitime; l'autre à l'adrogé pour obtenir son consentement; la troisième au peuple afin qu'il eût à exprimer son assentiment. De là le nom d'*arrogatio*, *adrogatio*, donné à l'acte. Plus tard, on appelait encore l'adrogation, *adoptio per populum* (G., I, 98, 99, 100; Aulu-Gelle, *Nuits att.*, V, 19)(1). — *2e Période.* Lorsque les curies ne se rassemblèrent plus effectivement, et qu'à leur place il n'y eut plus qu'un vain simulacre d'assemblée populaire, les trente licteurs présidés par le magistrat (V. n° 9), la décision préalable des pontifes dut être considérée comme la formalité essentielle. Tel fut le droit des débuts de l'Empire, et tel il paraît être encore à l'époque classique, bien que les textes juridiques fassent à peine

100. — (1) Il est probable qu'à la suite du vote du peuple intervenait une cérémonie religieuse, par laquelle l'adrogé renonçait publiquement aux *sacra* de sa famille et de sa *gens*. C'est ce qu'on appelait : *detestatio sacrorum*. Bouché-Leclercq, *Les pontifes de l'ancienne Rome*, p. 207.

allusion à l'intervention pontificale (G., I, 102). — *3e Période.* La participation fictive du *populus* à l'acte d'adrogation devait elle-même tomber en désuétude. Dernier vestige de l'antique constitution aristocratique de la famille, elle avait perdu toute raison d'être depuis le jour où les *gentes* patriciennes s'étaient fondues avec la *plebs* dans des assemblées communes, *comitia centuriata, comitia tributa* (V. n° 10). Elle subsistait cependant à titre de survivance, mais elle cessa d'avoir sa signification lorsque tout souvenir des droits de l'assemblée populaire fut perdu. Désormais, l'adrogation se fit par rescrit du prince, *principali rescripto*, et ce changement nous apparaît à l'époque de Dioclétien, comme accompli depuis assez de temps (2 et 6. Cod., *De adopt.*, VIII, 48). A ce moment a cessé également le rôle joué en cette matière par les pontifes, et l'enquête autrefois conduite par eux est confiée aux magistrats. Tel est encore le droit sous Justinien (§ 1. Inst., *De adopt.*, I, 11).

Formes de l'adoption. — Le but poursuivi dans l'*adoptio* est de faire passer l'enfant de la puissance de son *pater* naturel sous celle d'un *pater* nouveau. Or ce résultat ne peut être atteint par voie de cession directe de la puissance paternelle, celle-ci étant considérée comme incessible. Mais ce qui ne peut être obtenu directement, l'esprit ingénieux des juristes s'efforça de le réaliser par un détour. Il suffisait que le père naturel renonçât d'abord à son droit de puissance, et fournît ensuite à l'adoptant le moyen de l'acquérir. L'*adoptio* se décompose donc en deux actes successifs, qui se complètent l'un par l'autre. Le père naturel devait d'abord abdiquer sa puissance. Pour arriver à ce résultat on mit à profit la disposition de la loi des XII Tables, d'après laquelle trois mancipations successives pour un *filius*, une seule pour une *filia* ou un *nepos* éteignaient la puissance paternelle (V. n° 73). En conséquence, le père mancipait une première fois son fils à l'adoptant (2), en faisant promettre à ce dernier par une clause

(2) Gaius, I, 134, indique que les mancipations successives ou l'unique man-

de fiducie qu'il affranchirait immédiatement le fils du *mancipium* ainsi établi (V. n° 107). Retombé sous la puissance paternelle à la suite de cet affranchissement, le fils était encore mancipé deux fois par le père. Une seule mancipation suffisait pour la *filia* ou le *nepos*. La puissance paternelle ainsi éteinte, l'adoptant remancipait l'enfant *au pater*, puis il se présentait avec celui-ci et l'enfant devant le magistrat. Là, l'adoptant revendiquait le droit de puissance paternelle sur l'enfant. Le père naturel, défendeur à ce procès fictif, ne contredisait pas la prétention de l'adoptant, et le préteur en la consacrant (*addictio*) ne faisait que sanctionner la volonté commune des parties (G., I, 134). A raison de l'intervention du magistrat, l'*adoptio* était appelée *adoptio imperio magistratus* (G., I, 98). Elle avait lieu à Rome devant le Préteur, dans les provinces devant le Magistrat gouverneur (3). L'adoption continua à être ainsi pratiquée pendant l'époque classique. Mais aux temps de Justinien, les formes vieillies et les fictions surannées sont mises de côté. Il suffit que l'adoptant se présente devant le magistrat avec le père et l'enfant, et que la volonté des parties soit constatée dans les *acta publica* du magistrat.

cipation pouvaient être faites à un tiers quelconque autre que l'adoptant. Ce tiers ne remancipait pas l'enfant au *pater*, et c'était contre lui que l'adoptant revendiquait la puissance paternelle. Accarias, t. I, n° 103.

(3) On peut remarquer que parmi les formes de l'*adoptio*, ne figurent ni l'intervention des pontifes, ni l'approbation du peuple. Le contrôle pontifical et populaire semble cependant s'imposer ici tout aussi bien qu'en cas d'adrogation. On peut admettre que dans les débuts les *alieni juris* auraient été adoptés par voie d'adrogation. Puis on se serait aperçu que l'adrogation d'un fils de famille était pour la religion et l'État un fait moins grave que celle d'un *sui juris*. En pareil cas, en effet, un *pater* ne disparaît pas de la cité, un culte privé ne risque pas d'être abandonné. On comprend qu'alors on ait cherché à soustraire l'adoption d'un enfant de famille à un contrôle qui paraissait d'autant plus gênant qu'il était moins nécessaire. La nature du procédé employé pour réaliser l'adoption, semble prouver qu'elle n'aurait été qu'un détour ingénieux imaginé, non sans effort, pour arriver à éviter l'application aux *alieni juris* de la loi générale. Lange, *Römische Alterthümer*, t. I, 103, 104.

2° Effets.

101. — *Droit antérieur à Justinien.* — L'effet de l'adoption, sous ses deux formes, était de rompre tous les liens qui unissaient l'adopté à sa famille naturelle, et de le faire tomber sous la puissance du *pater* adoptant, comme s'il était né de lui *ex justis nuptiis*. Tel est le sens de la règle *adoptio naturam imitatur* (§ 4. Inst., *De adopt.*, I, 11). Mais l'*adrogatio* s'appliquant à une personne *sui juris*, lui enlevait une plus grande somme de droits que l'adoption n'en faisait perdre à l'*alieni juris*, lequel passait simplement d'une puissance sous une autre. Indiquons donc d'abord les effets de l'adrogation, plus pleins que ceux de l'adoption *stricto sensu*. L'adrogé sortait de sa famille naturelle et y perdait tous ses droits en qualité d'agnat ou de *gentilis* pour le cas où il était adrogé en dehors de sa *gens*. Mais il y conservait son titre et ses droits de cognat. D'autre part, il entrait dans la famille de l'adrogeant à titre d'enfant de famille soumis à la puissance de l'adrogeant (1). Ses propres enfants, sa femme *in manu* tombaient également sous cette puissance. Ses biens devenaient la propriété de l'adrogeant (V. n° 280). Il prenait le nom (2) et les *sacra* de celui-ci, était uni à tous les agnats de l'adrogeant par le lien d'agnation et même considéré fictivement comme leur cognat. Cependant il n'était pas, à tous égards, assimilé à l'enfant né *ex justis nuptiis* (3). Quant à l'*a-*

101. — (1) Il y entrait soit comme enfant *primo gradu*, soit *loco nepotis*. Dans ce dernier cas, l'adrogeant l'acceptait *loco nepotis quasi ex filio incerto*, ou *loco nepotis quasi ex filio vivo* (43, et 10. Dig., *De adopt.*, I, 7).

(2) L'adrogé pouvait conserver son *cognomen* ou se composer avec le *nomen gentilitium* perdu un *cognomen* nouveau qui en conservait le souvenir, et qui est caractérisé par la désinence *anus*. C'est conformément à ce second usage que le fils de Lucius Æmilius Paulus, adopté par Publius Cornelius Scipio (Scipion l'Africain), s'appela P. Cornelius. P. F. Scipio Æmilianus (Scipion Emilien).

(3) C'est ainsi que l'adrogé ne devenait pas le cognat des simples cognats de l'adrogeant, qu'il ne comptait pas à l'adrogeant pour lui éviter les peines

doptio, elle produisait tous les effets que nous venons de décrire, à l'exception des deux suivants : 1° Les enfants de l'adopté déjà nés au moment de l'adoption ou simplement conçus à cette époque, n'entraient pas avec l'adopté dans sa famille nouvelle. 2° L'adoption ne fait acquérir aucun bien au père adoptant, puisque l'enfant adopté n'a pas de patrimoine.

Droit de Justinien (4). — Les effets de l'adrogation n'ont pas été modifiés. Il n'en est pas de même de l'adoption dont le caractère et les effets se sont lentement transformés, surtout sous l'influence du droit prétorien. Le préteur s'est efforcé de remédier à certaines conséquences iniques de l'adoption, en maintenant le lien qui unit l'adopté à son ancienne famille, tout en lui assurant certains avantages dans sa famille adoptive (V. n° 237, note 2). Cette conception nouvelle, qui n'a trouvé son expression définitive que dans notre Code civil (art. 347-350 C. civ.), a influé sur la législation de Justinien. C'est ainsi qu'il fut amené à distinguer suivant que l'adoptant est ou non l'ascendant de l'adopté. Dans le premier cas, l'adoption (*adoptio plena* des interprètes) conserve la plénitude de ses anciens effets. Dans le second cas (*adoptio minus plena* des interprètes), elle ne donne plus à l'adoptant la puissance paternelle et n'opère aucun changement de famille. Son unique effet est de donner à l'adopté des droits de succession *ab intestat* dans la succession du père adoptif (V. n° 239).

de l'*orbitas* (V. n° 260). De même en cas d'émancipation de l'adrogé, la filiation adoptive ne continuait pas à produire les effets qu'en pareil cas conservait la filiation *ex justis nuptiis*. Les liens de cognation produits par l'adrogation étaient en effet rompus, car ils n'étaient qu'une conséquence de l'agnation produite par l'adrogation. Aussi les obstacles au mariage provenant de cette cognation artificielle disparaissaient-ils avec elle, du moins dans la ligne collatérale, mais par des raisons de convenance ils subsistaient dans la ligne directe (V. n° 87-1°). Accarias, t. I, n° 107.

(4) Accarias, t. I, n° 108, pour les détails.

3° Conditions de validité.

102. — Outre les formes exigées et qui sont essentielles (1), il est d'autres conditions de validité de l'adoption tenant à la personne de l'adoptant ou à celle de l'adopté.

I. *Conditions relatives au pater adoptant.*

Adrogatio. — 1° Étaient incapables d'adroger ceux qui ne pouvaient avoir la puissance paternelle : esclaves, *non cives;* femmes, personnes *alieni juris.* A partir de Dioclétien on permit aux femmes d'adroger des enfants pour remplacer ceux qu'elles auraient perdus, *ad solatium liberorum amissorum.* L'adrogé ne tombait pas en pareil cas sous la puissance de la femme, mais était censé né d'elle *ex justis nuptiis.* Ici l'adrogation est détournée de son but primitif, et elle n'est plus, comme chez nous, qu'une institution destinée à favoriser des sentiments d'affectivité naturelle. 2° L'adoption devant imiter la nature, on exigeait que l'adrogeant fût plus âgé que l'adrogé (G. I, 106), et même qu'il eût dix-huit ans de plus que l'adrogé, l'âge de dix-huit ans étant considéré comme celui où l'homme est réellement apte à la génération, *plena pubertas.* 3° La faculté d'adroger ne devait pas être d'ailleurs un encouragement au célibat. Aussi les pontifes devaient-ils examiner si l'adrogeant pouvait encore avoir des enfants. Plus tard, sous l'influence des lois caducaires, on fixa l'âge de soixante ans comme étant celui à partir duquel on était présumé avoir perdu l'aptitude à la génération (V. n° 257, note 4), et on défendit d'adroger avant cet âge, sauf dans des cas exceptionnels avec autorisation du prince. 4° Enfin, l'adrogation n'était pas permise à ceux qui avaient déjà des enfants légitimes par suite

102. — (1) Les formes employées conduisaient aux conséquences suivantes : 1° L'adrogation ne pouvait avoir lieu qu'à Rome, où se réunissaient les comices, l'adoption pouvait se faire partout où se trouvait le magistrat. Cette différence s'effaça d'ailleurs du jour où l'adrogation put se faire *ex principali rescripto.* 2° L'adrogation et l'adoption ne pouvaient avoir lieu à terme ou sous condition.

des *justæ nuptiæ* ou d'une adoption précédente. Cette défense comportait cependant des exceptions pour des motifs graves dont l'appréciation était laissée au prince.

Adoptio. — Toutes ces conditions, sauf les deux dernières, étaient exigées, en cas d'adoption, à l'égard du père adoptant.

II. *Conditions relatives à l'adopté* (2). — Certaines personnes étaient incapables d'être adrogées ou adoptées par qui que ce fût. 1° Tels étaient les esclaves, car la puissance paternelle ne s'exerce que sur des personnes libres. 2° Les femmes pouvaient être adoptées, mais leur adrogation était impossible, à raison des formes mêmes de cet acte, la présence d'une femme dans les comices étant interdite. D'ailleurs, l'adrogation d'une femme n'eût pas permis à l'adrogeant d'atteindre le but qu'il se proposait : assurer la perpétuité de sa race, puisque les enfants à naître de la fille adrogée ne faisaient pas partie de la famille civile du *pater* adrogeant. Cette incapacité, encore admise au temps de Gaius (G. I, 101) et d'Ulpien (Ulp., *Reg.*, VIII, 5), a disparu à partir du moment où l'adrogation se fit par rescrit. Sous Dioclétien, elle n'est plus observée. 3° Les impubères purent toujours être adoptés. Pendant longtemps, au contraire, il fut impossible de les adroger, l'accès des comices leur étant fermé. Cette prohibition persista, par respect pour les anciennes traditions, même lorsque l'assemblée effective des curies fut remplacée par la réunion des trente licteurs présidés par le magistrat. Toutefois, comme l'adrogation pouvait être profitable à l'impubère en le faisant entrer dans une famille riche, on finit par l'autoriser à titre exceptionnel, jusqu'à ce que Antonin le Pieux,

(2) La validité de l'adoption est subordonnée au consentement de l'adopté. Ce consentement, en cas d'adrogation, devait être manifesté d'une façon expresse et solennelle. Il en fut ainsi tant que l'adrogation se fit par une *lex curiata*. Lorsqu'elle se fit par rescrit, on dut s'assurer par la voie de l'enquête préalable du consentement de l'adrogé qui put l'exprimer dans une forme quelconque. L'*adoptio*, au contraire, ne nécessitait pas le consentement formel de l'adopté. On se contentait de son assentiment tacite résultant de l'absence de contradiction de sa part lors de la comparution devant le magistrat. Tel est encore le droit de Justinien (5. Dig., *De adopt.*, I, 7).

dans un rescrit adressé au collège des pontifes, vint réglementer définitivement cette hypothèse. En principe, l'adrogation fut permise, mais soumise à certaines conditions destinées à sauvegarder les intérêts de l'impubère et ceux des héritiers éventuels de celui-ci (G. I, 102). D'une part, l'adrogation ne devait être autorisée que s'il y avait une *justa causa* dont l'appréciation était laissée au collège pontifical (3). D'autre part, l'adrogation faisant perdre à l'adrogé son patrimoine, enlevait à ses héritiers éventuels leurs espérances de succession. On admit donc que si l'adrogé mourait étant encore impubère, l'adrogeant serait tenu de restituer ses biens à ceux qui y auraient eu droit s'il n'y avait pas eu d'adrogation (4). Ajoutons que l'adrogé parvenu à l'âge de puberté pouvait s'adresser au magistrat, et à la condition d'établir que l'adrogation ne lui avait pas été avantageuse, en obtenir la rescision, en même temps la restitution des biens qu'il avait apportés à l'adrogeant (5).

Étaient incapables d'être adrogés par certaines personnes :

(3) On pouvait craindre aussi que, l'adrogation une fois faite, l'adrogeant n'émancipât l'enfant, afin de conserver les biens de celui-ci. On avait décidé en conséquence que si l'adrogé était émancipé avant sa puberté, sans juste cause approuvée par le magistrat, il aurait droit à la restitution des biens qui lui appartenaient lors de l'adrogation, et de tous ceux que l'adrogeant avait acquis par son intermédiaire. De plus, au décès de l'adrogeant, l'adrogé émancipé, sans juste cause, avait droit au quart de la part qu'il aurait eue *ab intestat* comme enfant de l'adrogeant, *Quarta divi Pii*, ou Quarte Antonine et ce alors même qu'il aurait été formellement exhérédé par l'adrogeant (V. nº 247 *bis*). Si l'émancipation avait lieu pour une juste cause, l'adrogé avait droit à la restitution de ses biens et de ceux acquis par son intermédiaire, mais il ne pouvait réclamer la *Quarta*. Accarias, t. I, nº 112.

(4) Comme on ne connaissait pas les héritiers éventuels de l'impubère avant le décès de celui-ci, et que l'engagement de restitution devait être pris envers eux avant l'adrogation, on fit intervenir à leur place un *servus publicus*, qui stipulait la restitution à leur profit. Accarias, t. I, nº 112.

(5) Mais si l'adrogé, parvenu à l'âge de puberté, était ensuite émancipé ou exhérédé, il n'avait plus droit à la restitution de ses biens, ni à la Quarte Antonine, et s'il mourait *in potestate*, l'adrogeant n'était plus tenu de restituer ses biens à ses héritiers. En somme, il était désormais dans la situation de toute personne adrogée après sa puberté, sauf le droit qu'on lui accordait de faire rescinder l'adrogation.

1° Les mineurs de vingt-cinq ans, qui ne pouvaient être adrogés par leur ancien tuteur ou leur curateur, de peur que ce ne fût pour l'adrogeant un moyen de ne pas rendre ses comptes. 2° Les *liberi naturales* nés *ex concubinatu* qui, en vertu d'une constitution de l'empereur Justin, ne purent plus être adrogés par leur père, la possibilité de pareilles adrogations détournant les hommes des *justæ nuptiæ* (V. n° 103).

TROISIÈME SOURCE DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

Légitimation (1).

103. — La légitimation s'applique à certaines classes de *liberi non justi.* Elle constitue pour leur père naturel un moyen d'obtenir sur eux la *patria potestas* qu'il n'avait pas eue dès leur naissance. Déjà, à l'époque classique, ce résultat était obtenu dans les cas suivants : 1° En cas d'*erroris causæ probatio,* où l'enfant né de l'union *non justa* était désormais soumis à la puissance paternelle à laquelle il avait été soustrait jusque-là (V. n° 60); 2° En cas de *causæ probatio* (V. n° 69); 3° Lorsqu'un non citoyen obtenait du prince la concession du droit de cité et en même temps le droit de puissance paternelle sur ses enfants déjà nés (V. n° 59, n° 74, note 1). Au Bas-Empire, toute distinction entre les *cives* et *non cives* ayant disparu, il n'est plus question de ces causes de légitimation. A leur place apparaît une nouvelle application de la légitimation, qui a passé du droit romain dans le droit moderne : la légitimation des enfants nés du concubinat. Nous avons vu qu'à l'époque classique les *liberi naturales* nés du concubinat, pas plus d'ailleurs que les *spurii,* nés d'unions illicites, n'étaient rattachés à leur père par aucun lien légal (V. n° 98). Mais rien n'empêchait le père

103. — (1) Accarias, t. I, nos 113-117; Ortolan, t. II, nos 123 et suiv.; Viollet, *Précis de l'histoire du droit français,* p. 394.

d'en faire des *justi liberi* par le moyen d'une adrogation. Sous l'influence des idées chrétiennes, ces principes se modifièrent. Le concubinat, qui restait autorisé en droit, fut regardé comme une union dégradante. Les enfants qui en étaient issus étaient considérés comme entachés d'une souillure morale. Dès lors on pensa qu'il était juste de permettre au père d'effacer cette tache en réparant sa propre faute, c'est-à-dire en convertissant son union en un véritable mariage. De là, la légitimation par le mariage subséquent des deux concubins, et comme corollaire l'interdiction pour le père naturel d'adroger les enfants nés ex *concubinatu* (V. n° 102, *in fine*). A côté de ce mode normal de légitimation, la pratique en introduisit deux autres : la légitimation par rescrit du prince et celle par oblation à la curie.

1°. *Légitimation par mariage subséquent.* — Ce fut Constantin qui, le premier, permit la légitimation par mariage avec la concubine. Zénon, puis Anastase, reproduisirent cette règle nouvelle. Justin, plus rigoureux, interdit à la fois la légitimation par mariage et l'adrogation des enfants nés du concubinat (V. n° 102, *in fine*). Justinien enfin, tout en laissant subsister l'interdiction de l'adrogation, permit de nouveau la légitimation, mais en la subordonnant aux conditions suivantes : 1° Un *instrumentum dotale* devait être rédigé, afin qu'il n'y eut aucun doute sur l'intention des concubins de transformer leur union en *justæ nuptiæ*. 2° Bien que le consentement formel des enfants ne fût pas exigé, il fallait au moins qu'ils ne s'opposassent pas à la légitimation, qui allait leur enlever la qualité de *sui juris*. 3° Enfin, il fallait qu'au jour où pouvait se placer la conception de l'enfant, il n'existât aucun obstacle légal au mariage. C'est ainsi que les enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin, ne pouvaient être légitimés par le mariage subséquent, alors même que l'empêchement aurait disparu avant leur naissance. — L'effet de cette espèce de légitimation était de donner aux enfants à qui elle s'appliquait tous les droits résultant de la filiation *ex justis nuptiis*.

2°. *Légitimation par rescrit du prince.* — Justinien introduisit ce mode de légitimation pour le cas où le père ne pouvait épouser sa concubine à raison du prédécès ou de l'indignité de celle-ci. Comme depuis la constitution de Justin, on ne pouvait plus remédier à cette situation par l'adrogation, Justinien permit de solliciter un rescrit impérial qui produirait les mêmes effets que le mariage.

3°. *Légitimation par oblation à la curie.* — Ce mode de légitimation n'est pas dû, comme les deux précédents, à une pensée morale de réhabilitation, et n'est pas inspiré non plus par le désir équitable de soustraire les enfants aux conséquences d'une faute qui n'est pas la leur. Il a son origine dans la difficulté qu'on avait au Bas-Empire à recruter l'*ordo,* c'est-à-dire le Sénat ou curie des villes. Les curiales ou décurions, membres de cet *ordo,* étaient comme tels chargés de la répartition et du recouvrement des impôts. Ils répondaient sur leurs propres biens de leur rentrée régulière. Cette charge si onéreuse, jointe à d'autres non moins lourdes, écartait les citoyens de la curie. Aussi les empereurs avaient-ils essayé, même par l'emploi de moyens violents, d'assurer le recrutement de la curie. Suivant une tendance générale à cette époque, ils avaient déclaré la fonction de curiale héréditaire. Mais lorsqu'il s'agissait d'enfants nés *ex concubinatu,* ceux-ci ne suivant pas la condition du père échappaient à l'application de cette règle. Aussi Théodose le Jeune et Valentinien permirent-ils au père de légitimer les enfants nés du concubinat en les présentant à la curie, et ils étendirent ce droit au profit du père qui n'était pas décurion. Ce mode de légitimation fut aussi déclaré applicable aux filles : il suffisait, pour cela, qu'elles fussent mariées à un curiale. Sous Justinien la légitimation par oblation à la curie subsiste. Mais elle ne produit pas des effets aussi pleins que les autres modes, l'enfant n'entrant pas dans la famille de son père, c'est-à-dire n'ayant aucun rapport de parenté avec les parents de son père.

Extinction de la puissance paternelle.

104. — Les causes qui mettaient fin à la puissance paternelle peuvent se grouper en deux classes : les unes la faisaient cesser sans rompre le lien d'agnation, les autres entraînaient la rupture de ce lien.

Causes d'extinction laissant subsister le lien d'agnation. — 1° *Mort du pater.* La mort du *pater* met fin à la puissance et rend *sui juris* ceux des enfants de famille qui, au jour du décès, se trouvent sous la puissance immédiate du *pater* décédé : enfants des deux sexes *primo gradu, nepotes ex filio* dont le père est mort ou a été émancipé. Ceux au contraire qui, au décès du *pater*, n'étaient pas sous sa puissance immédiate, ne devenaient pas *sui juris;* ils tombaient sous la puissance de celui qui jusque-là les séparait du *pater* décédé (G. I, 127). — 2° *Perte de la cité par le pater.* La puissance paternelle, institution de droit civil, s'éteint lorsque le *pater* perd la *civitas.* Telle est notamment la conséquence de toutes les condamnations entraînant la perte de la qualité de citoyen, comme par exemple l'interdiction de l'eau et du feu, remplacée plus tard par la déportation (G. I, 128.) — 3° *Perte de la liberté par le pater.* La puissance paternelle ne pouvant appartenir qu'à un homme libre, elle prend fin si le *pater* perd la liberté. Il en est ainsi dans tous les cas où l'esclavage était encouru *jure civili.* Mais lorsque l'esclavage était le résultat de la captivité chez l'ennemi, la condition des enfants était *in pendenti,* bien que provisoirement ils fussent considérés comme *sui juris.* Le père, en effet, peut revenir de captivité, et s'il jouit du *jus postliminii*, il sera censé n'avoir jamais été fait prisonnier. La *patria potestas* rétablie pour l'avenir sera censée n'avoir jamais été éteinte dans le passé. S'il mourait à l'ennemi, les enfants devenaient *sui juris* et, par l'effet d'une fiction, on les considérait comme tels du jour même où le père avait été fait

prisonnier (1). — 4° *Elévation des enfants à certaines dignités sacerdotales.* Certaines dignités sacerdotales paraissaient incompatibles avec la situation faite aux *alieni juris*, et par suite les exemptaient de la puissance paternelle. Telles étaient les dignités de flamine de Jupiter et de vestale (G. I, 130.) Sous Justinien, il n'est plus question de ces dispenses, mais elles sont remplacées par des dispenses analogues en faveur des patrices, des évêques, et de tous les dignitaires que leur dignité exonère de la curie.

105. — *Causes d'extinction entraînant rupture du lien d'agnation.* — 1° *Perte de la civitas par l'enfant.* La puissance paternelle ne pouvant s'exercer que sur un citoyen, elle prend fin dès que l'enfant de famille est privé du droit de cité (G. I, 128, 131). — 2° *Perte de la liberté par l'enfant.* La puissance paternelle s'éteint si l'enfant de famille devient esclave *jure civili.* S'il est fait captif, la puissance est provisoirement en suspens : elle renaît si l'enfant revient avec le *jus postliminii*, elle cesse, s'il meurt à l'ennemi, du jour même où il a été fait prisonnier (1). — 3° *Adoption.* L'adoption faisait cesser la puissance paternelle, mais sous Justinien il n'en est plus ainsi que dans le cas d'*adoptio plena* (V. n° 101). — 4° *Constitution de la manus.* Tant que la *manus* fut pratiquée, elle entraîna également cessation de la puissance paternelle(2). — 5° *Émancipation.* L'émancipation consiste dans une renonciation volontaire(3) du *pater* à sa puissance paternelle. Il est probable que le droit ancien ne connut pas ce

104. — (1) Accarias, t. I, n° 118-4°. Cette fiction est une application par voie d'extension de la fiction de la *lex Cornelia de falsis.*

105. — (1) Remarquons que lorsque l'enfant meurt à l'ennemi, la puissance cesse sans que le lien d'agnation soit rompu, l'enfant étant censé être mort du jour où il a été fait captif.

(2) Dans les cas où l'enfant de famille devient esclave, est adopté, ou tombe *in manu*, la dissolution du droit de puissance ne rend pas l'enfant *sui juris.* Il en est tout autrement lorsqu'il perd la cité, ou est émancipé.

(3) L'émancipation peut par exception être imposée au père, par exemple, s'il maltraite l'enfant.

mode d'extinction de la puissance. L'émancipation ne dut être pratiquée d'abord que dans des cas exceptionnels où elle était infligée à l'enfant à titre de peine. Ce n'est qu'ensuite qu'elle est devenue une institution de faveur pour les *alieni juris*, qu'elle rend indépendants du *pater*. Les formes mêmes employées pour réaliser l'émancipation prouvent bien que l'institution n'est pas d'origine ancienne, et qu'elle est postérieure aux XII Tables. On mit en effet fort ingénieusement à profit la disposition de cette loi interdisant au *pater* de manciper ses enfants (V. n° 73). Comme cette prohibition entraînait la perte pour le père de la *patria potestas*, elle lui fournit un moyen d'y renoncer volontairement. S'il s'agissait d'un *filius*, le père le mancipait trois fois de suite à un tiers(4). De cette façon le fils était libre de la puissance, mais placé sous le *mancipium* du tiers. Aussi était-il convenu avec ce dernier qu'il affranchirait immédiatement l'enfant du *mancipium* et le rendrait ainsi *sui juris*. De là le nom d'émancipation (*e mancipio*). De cette façon, le tiers émancipateur avait, sur l'enfant, certains droits analogues à ceux du patron sur l'esclave affranchi (V. n° 107). Comme on tenait à réserver ces droits au *pater*, on procédait de la façon suivante. Après la troisième mancipation, le tiers, au lieu d'affranchir, remancipait le fils au père, lequel, investi ainsi du *mancipium*, procédait à l'affranchissement et jouissait des droits réservés au *manumissor*. Le tiers s'engageait à remanciper l'enfant par voie de pacte de fiducie, et c'est pour cela qu'en ce cas on disait que l'émancipation avait eu lieu *contracta fiducia*. S'il s'agissait d'un *nepos* ou d'une *filia*, une seule mancipation suivie d'affranchissement du *mancipium* était suffisante. La *remancipatio* au père était également pra-

(4) L'adoption (*stricto sensu*) reposait sur la même combinaison, le but à atteindre étant le même : extinction de la puissance paternelle (V. n° 100). Aussi l'émancipation, comme l'adoption, ne peut-elle être faite à terme ou sous condition. L'enfant émancipé, comme l'enfant adopté, n'a pas besoin de donner son consentement formel, il suffit qu'il ne s'oppose pas à l'émancipation.

tiquée dans ce cas, quand il voulait se réserver les droits de *manumissor* (5).

L'émancipation mettait fin pour l'avenir à la puissance paternelle. Mais elle ne produisait ses effets qu'à l'égard de l'émancipé. Ses enfants déjà nés, ou conçus lors de l'émancipation restaient ou naissaient sous la puissance du *pater*. Tout lien d'agnation était rompu entre l'émancipé, son *pater* et ses agnats. Il perdait, par suite, tous les droits de succession et de tutelle qui étaient la conséquence de l'agnation. Mais les liens naturels de cognation subsistaient. Les effets désavantageux de l'émancipation étaient compensés par les avantages résultant de la qualité de *sui juris*. Désormais, l'émancipé pouvait avoir un patrimoine. On avait même admis qu'il pouvait conserver en toute propriété le pécule qu'il administrait lors de l'émancipation, s'il ne lui était pas retiré expressément. Enfin, la rupture du lien d'agnation enlevait à ses anciens agnats tout droit à sa tutelle et à sa succession. Bien que devenu *sui juris*, il restait néanmoins attaché à celui qui l'avait affranchi du *mancipium* par un lien analogue à celui qui unit l'affranchi au patron. Ainsi, le *manumissor* avait droit à la tutelle de l'émancipé impubère, ou de la fille émancipée après sa puberté. Il était appelé également à sa succession *ab intestat*, à défaut d'enfants. Ces droits réservés au *manumissor* expliquent quel intérêt avait le *pater* à se faire remanciper l'enfant pour l'affranchir lui-même (V. n° 107).

Le caractère et les effets de l'émancipation devaient se modifier à mesure que s'affaiblissait l'antique constitution de la famille agnatique. De moins en moins, l'émancipation évoquait l'idée d'une déchéance, et rien n'empêchait plus de la rechercher comme un bienfait. C'est sous l'empire de ces idées nouvelles que le droit prétorien conservait à l'émancipé ses droits à la succession du père (V. n° 237-1°), et que les empereurs permirent aux enfants d'exiger, dans certains cas,

(5) Accarias, t. I, n° 119-5°.

leur émancipation (V. n° 105, note 3). Cette transformation s'accentua au Bas-Empire. Anastase décida que les fils de famille pourraient être émancipés, bien qu'absents par voie de rescrit impérial (*Émancipation anastasienne*). Enfin, Justinien consacrant une pratique suivie avant lui, simplifia la forme de l'émancipation, en supprimant les mancipations successives suivies d'affranchissement et en décidant que l'émancipation résulterait uniquement d'une déclaration faite par le père devant le magistrat. L'émancipation anastasienne subsiste en cas d'absence des enfants. Dans tous les cas, l'émancipation est censée faite *contracta fiducia*, de façon à réserver les droits de tutelle et de succession au père émancipateur (§ 6. Inst., *Quib. mod. jus potest. solvit.*, I, 12).

II. PUISSANCE SOUS FORME DE MANUS (1).

106. — On a étudié plus haut (V. n° 79) la puissance spéciale appelée *manus*, et montré qu'au début elle était la conséquence inévitable des *justæ nuptiæ*. Cette *manus*, qui accompagnait le mariage, était appelée *manus matrimonii causa*. On l'opposait à la *manus fiduciæ causa*, nom donné à une série d'applications plus récentes de la *manus*, où l'institution dégénérée est détournée de son but primitif, en vue d'obtenir certains résultats juridiques que le droit ne permettait pas d'atteindre d'une autre manière.

Dans les cas de *manus fiduciæ causa* une femme se soumet volontairement à la *manus* par le procédé de la *coemptio*. Toutefois, il est convenu, par pacte de fiducie, entre elle et l'acquéreur de la *manus* (*coemptionator*), que ce dernier la mancipera à un tiers chargé de l'affranchir immédiatement et de la rendre de nouveau *sui juris*. La femme n'a donc fait que passer par la *manus*, mais cela a suffi pour qu'elle ait pu réaliser le but qu'elle se proposait. Or, il résulte des sources

106. — (1) V. n° 72.

que la *manus* fiduciaire était employée dans les trois cas suivants : 1° *Sacrorum interimendorum causa,* lorsque la femme appelée à une hérédité voulait, tout en la recueillant, se soustraire aux charges qu'entraînait l'obligation imposée à tout héritier de continuer les *sacra privata* du défunt (2). 2° *Testamenti faciendi causa.* On verra plus loin (V. n° 226) que pour empêcher la femme de dépouiller ses agnats, le droit ancien lui avait interdit de tester. Les femmes trouvèrent dans la *manus* le moyen d'éluder cette incapacité. En laissant un tiers acquérir sur elle la *manus*, la femme rompait les liens d'agnation qui l'unissaient à ses agnats. Ceux-ci privés du droit de lui succéder *ab intestat* n'avaient plus intérêt à l'empêcher de tester. La *manus* à peine établie était d'ailleurs dissoute par le *coemptionator*. Un sénatusconsulte du temps d'Hadrien permit aux femmes de tester sans employer ce subterfuge (G. I, 115 *a*, 192). 3° *Tutelæ evitandæ causa.* Ici la *manus* sert à la femme placée sous la tutelle de ses agnats, à s'affranchir de cette tutelle. La *conventio in manum* éteignait, en effet, l'agnation et les droits qui y étaient attachés (G. I, 115) (V. n° 133).

Dans les trois cas de *manus* fiduciaire, le *coemptionator* n'est pas nécessairement le mari de la femme qui s'est placée sous sa *manus*. Aussi la *manus* ne produisait-elle, en pareille hypothèse, que les effets en vue desquels les parties l'avaient établie : attribution des *sacra* à un tiers, rupture du lien d'agnation. On voit par là le profond discrédit dans lequel était tombée cette antique institution. Après les mariages sans

(2) Cette application de la *manus* fiduciaire nous est révélée par Cicéron (*Pro Murena*, 12). (G. I, 136). La femme laissait un individu âgé acquérir sur elle la *manus*. Celui-ci donnait à la femme ordre de faire adition. Il devenait ainsi héritier et comme tel était tenu des *sacra*. Mais il s'était engagé, par pacte de fiducie, à faire sortir la femme de sa puissance et à lui restituer les biens. Malgré cette restitution il restait héritier et par suite astreint à la charge des *sacra*, qui, vu son âge, ne tardaient pas à s'éteindre. Cette application de la *manus fiduciæ causa* date d'une époque où le respect des *sacra privata* s'était singulièrement affaibli. S. Henri Maine : *Études sur l'ancien droit et la coutume primitive*, pp. 86, 91.

manus, on en était venu à la *manus* sans mariage. Rien, toutefois, n'empêchait une femme mariée sans *conventio in manum* de laisser son mari acquérir sur elle la *manus fiduciæ causa*, dans l'un des buts que nous venons d'indiquer. La *manus* produisait alors, tant qu'elle durait, tous ses effets ordinaires (G. I, 114, 115 *a*).

III. PUISSANCE SOUS FORME DE MANCIPIUM.

107. — La puissance désignée sous le nom de *mancipium* s'applique aux enfants de famille. Elle a pour effet de les soumettre au pouvoir d'un tiers qui n'est pas leur *pater*, et qui a sur eux des droits analogues à ceux du maître sur l'esclave. La femme *in manu*, qui est *loco filiæ*, peut également être soumise au *mancipium*. Ce pouvoir s'établissait par le moyen d'une *mancipatio* consentie par le *pater* ou par celui qui avait la *manus* (G. I, 117, 118). Dans l'ancien droit, cette *mancipatio* était pratiquée : 1° lorsqu'on voulait retirer un profit pécuniaire du travail de l'*alieni juris*, qu'on plaçait ainsi sous le *mancipium* d'un tiers en échange d'une rémunération (1); 2° lorsque l'*alieni juris* avait commis un délit, et qu'on l'abandonnait *noxaliter* à la personne lésée (V. n° 76, note 2). Mais cette institution tendait à disparaître, grâce à l'adoucissement des mœurs. A l'époque classique, le *mancipium* n'est plus pratiqué sérieusement que dans le cas d'extrême misère des parents, et dans l'hypothèse d'abandon noxal. En revanche, il est employé souvent comme procédé destiné à mettre fin à la puissance paternelle ou à la *manus*, ainsi que nous l'avons vu pour l'adoption (V. n° 100), pour l'émancipation (V. n° 105-5°) et la *manus fiduciæ causa* (V. n° 106). Dans ces hypothèses, le *mancipium* n'est pas destiné à durer, et le tiers qui l'a obtenu ne peut le conserver, puis-

107. — (1) La loi des XII Tables avait d'ailleurs réprimé l'abus de ces mancipations, en privant le *pater* de son droit de puissance (V. n° 73 et la note 1).

qu'il s'est engagé par fiducie à affranchir la personne qu'on lui donne en *mancipium*. Aussi peut-on appeler ces applications de l'institution : *mancipium fiduciæ causa*. Sous Justinien, il n'est plus question du *mancipium* fiduciaire, ni du *mancipium* véritable, l'abandon noxal ayant été supprimé, et la vente des enfants par leurs parents ayant été interdite (2).

La personne placée *in mancipio* était dans une situation voisine de l'esclavage, *loco servi* (G. I, 138). Elle était tenue de travailler pour le compte de celui qui avait sur elle le *mancipium*. Tout ce qu'elle acquérait devenait la propriété de ce dernier. Elle était incapable de s'obliger civilement par ses contrats. Toutefois, la condition de l'individu *in mancipio* différait de celle de l'esclave. Il ne perdait ni la cité, ni la liberté, et par suite, le *mancipium* venant à cesser, il n'était point traité comme affranchi. Son mariage n'était pas dissous. Sa personnalité subsistait à tel point que l'*actio injuriarum* était donnée contre celui qui exerçait le *mancipium* si celui-ci venait à l'injurier (3).

Le *mancipium* prenait fin par l'affranchissement, *vindicta, censu, testamento*. Comme il n'y avait pas à redouter ici les inconvénients de la trop grande fréquence des affranchissements, les dispositions restrictives des lois *Ælia Sentia* et *Fufia Caninia* n'étaient pas applicables. Le *mancipium* cessait également malgré la volonté de celui qui l'avait obtenu : 1° tous les cinq ans à l'époque du cens (4); 2° en cas d'abandon noxal dès que, par son travail, l'*alieni juris* avait réparé le préjudice causé. En cas d'affranchissement, le *manumis-*

(2) Le *mancipium* ne subsiste que dans le cas où les enfants nouveau-nés sont vendus par des parents réduits à l'extrême misère (V. n° 76).

(3) Accarias, t. I, n° 122. Dans le cas de *mancipium fiduciæ causa*, il est probable que les effets ci-dessus ne se produisaient pas. Mais le *manumissor* avait les droits de tutelle et de succession.

(4) Cette cessation du *mancipium*, par l'arrivée du délai du cens, ne s'appliquait pas à celui qui était donné *in mancipio noxali causa*, ni à celui que le père avait placé *in mancipio* avec clause de fiducie stipulant la *remancipatio* (G. I, 140),

sor avait droit à la tutelle et à la succession de la personne affranchie du *mancipium* (V. n° 105-5°).

QUATRIÈME DIVISION DES PERSONNES.

Personnes en tutelle ou en curatelle, et personnes non soumises à la tutelle ou à la curatelle.

108. — *Notion de la tutelle et de la curatelle.* — Cette nouvelle division des personnes ne s'applique qu'à celles qui sont *sui juris*. Il est en effet des personnes *sui juris* qui sont considérées comme incapables d'administrer leur patrimoine, et à ce titre sont placées *in tutela vel in curatione*. On leur oppose les personnes *sui juris* qui sont soustraites à la tutelle et à la curatelle. Quant aux *alieni juris*, comme ils n'ont pas de patrimoine, il ne peut être question pour eux de tutelle ou de curatelle (G. I, 142).

L'inaptitude intellectuelle provenant du jeune âge, du sexe, ou de certaines maladies mentales, telles sont les causes qui donnent lieu à la tutelle ou à la curatelle. Ces deux institutions nous semblent donc au premier abord, inspirées par une pensée de protection en faveur des incapables. Tel n'est pas cependant le caractère de la tutelle et de la curatelle dans le droit romain primitif. Ce ne sont là, au début, que des mesures de défiance prises contre certaines personnes dans l'intérêt de la famille civile. Plus tard cependant, cette considération d'abord uniquement dominante, fut laissée de côté. A sa place, surgit l'idée plus humaine de la protection que doit le législateur à ceux qu'une infirmité naturelle ou accidentelle rend incapables. Cette notion nouvelle devait en se combinant avec l'ancienne conception de la tutelle et de la curatelle aboutir aux deux conséquences suivantes : d'une part transformer le caractère de ces deux institutions et même faire disparaître certaines de leurs applications; d'autre part et en sens inverse introduire des garanties protectrices auxquelles le droit ancien n'avait pas songé.

Donnons immédiatement le tableau complet des personnes placées par le droit romain, soit en tutelle, soit en curatelle. Sont en tutelle : 1° les impubères de l'un et de l'autre sexe; 2° les femmes pubères. Sont en curatelle : 1° les fous; 2° les prodigues; 3° les mineurs de vingt-cinq ans.

TUTELLE.

Tutelle des impubères des deux sexes.

I. Notions générales.

109. — *Définition et caractère de la tutelle.* — Les impubères des deux sexes, *sui juris*, étaient, à raison de leur jeune âge, placés en tutelle. On leur donnait le nom de pupilles (*pupillus, pupilla*), et la personne chargée de protéger leur patrimoine s'appelait tuteur, *tutor* (*tueri*). Cette tutelle a subi les mêmes transformations que la puissance paternelle. Au début elle est établie en faveur de la famille et non du pupille. Ce que l'on recherche avant tout c'est sauvegarder les intérêts des agnats et des *gentiles* héritiers *ab intestat* de l'impubère. Il importe donc que celui-ci soit placé sous une surveillance telle qu'il ne puisse dilapider son patrimoine au préjudice de sa famille civile, et il est logique que ceux-là soient investis de la tutelle qui ont intérêt à empêcher la dilapidation des biens de l'impubère. Il est donc soumis à une espèce de puissance qui, semblable à toutes celles du droit primitif, s'exerce sans restriction d'aucune sorte, sans aucun contrôle de l'autorité. C'est à ce point de vue que se plaçait le jurisconsulte Servius, lorsqu'il définissait la tutelle : *vis ac potestas in capite libero jure civili data ac permissa* (1, pr. Dig., *De tutelis*, XXVI, 1) (1). Toutefois, la tutelle im-

109. — (1) C'est sous cet aspect également qu'Ulpien nous présente la tutelle des agnats : *Hoc summa providentia, ut qui sperarent hanc successionem iidem tuerentur bona ne dilapidarentur* (1, pr. Dig. *De leg. tut.*, XXVI, 4).

pliquait de la part des tuteurs certains devoirs envers leurs pupilles. Seulement l'observation de ces devoirs, *officia,* était garantie non par les lois, mais par les mœurs (Aul. Gelle, *Nuits att.*, V, 13) (2). Ainsi se maintinrent les choses tant que ne s'altéra pas la constitution traditionnelle de la famille patriarcale. Mais elles changèrent lorsqu'il fut permis au *pater* de désigner par testament un tuteur à ses enfants impubères. De cette façon il excluait de la tutelle les membres de la famille civile, et confiant la protection des biens de l'enfant à un homme de son choix, qui n'avait aucun intérêt personnel à leur conservation, il faisait de la tutelle une charge sans profit, *onus,* organisée dans le seul intérêt du pupille. Plus tard, enfin, cette transformation s'accentue. On voit les magistrats intervenir pour donner un tuteur au pupille qui n'en a pas dans sa famille ou n'en a pas reçu de son père. Ils remplacent par un tuteur de leur choix le parent incapable de gérer la tutelle, donnent au pupille des actions contre son tuteur pour le forcer à rendre des comptes. Dès lors, la tutelle cesse d'être une puissance domestique organisée dans l'intérêt des tuteurs. Elle devient une mesure de protection pour les impubères à raison de leur jeune âge. Ce n'est plus un droit en faveur de la famille civile, mais une charge publique, *munus publicum,* imposée au nom de l'intérêt général et s'exerçant sous la surveillance de l'autorité publique. Cette idée nouvelle a trouvé également place, à côté de l'ancienne, dans la définition rapportée plus haut, où Servius dit de la tutelle qu'elle a été établie, *ad tuendum eum qui propter ætatem suam sponte se defendere nequit.* A l'époque classique, la tutelle, bien qu'ayant encore conservé quelques traits de sa physionomie ancienne, se présente, avant tout, comme

(2) Ainsi conçue, la tutelle est bien une institution du *jus civile.* C'est seulement plus tard lorsqu'elle devint une mesure de protection pour l'impubère qu'on put la considérer comme appartenant au *jus gentium* (G. I, 189). Accarias, t. I, nº 124. Dans le droit des Germains, la tutelle paraît avoir eu le même caractère que dans le droit romain primitif. Viollet, *Précis de l'histoire du droit français,* p. 448.

destinée à protéger l'impubère, et tel est encore son caractère sous Justinien.

II. Délation de la tutelle.

110. — *Cas dans lesquels il y a lieu à la délation de la tutelle.* — Tout événement de nature à rendre l'impubère *sui juris* donnait lieu à la tutelle. Il en était ainsi par conséquent : 1° Lorsque le *pater* mourait, perdait la cité ou la liberté *jure civili*. S'il devenait esclave par l'effet de la captivité, la tutelle ne s'ouvrait pas tant qu'on était dans l'incertitude sur le sort du père; 2° Lorsqu'un maître affranchissait son esclave impubère; 3° Lorsque le *pater* émancipait son enfant encore impubère. Dans le premier de ces trois cas, l'enfant devenait *sui juris* sans affranchissement ni émancipation. Dans le second, c'est l'affranchissement de la *dominica potestas* qui lui donnait la qualité de *sui juris*. Dans le troisième cas, il devenait *sui juris* après avoir été affranchi du *mancipium*. Aussi le mode de désignation du tuteur était-il différent dans chacune de ces trois hypothèses.

111. — *Premier cas : Impubères devenus sui juris sans affranchissement ni émancipation.* — En pareil cas, l'impubère peut être soumis à l'une quelconque des trois tutelles suivantes : 1° Tutelle des agnats ou des *gentiles,* déférée par la loi, et à cause de cela appelée tutelle légitime; 2° Tutelle déférée par le père dans son testament ou tutelle testamentaire; 3° Tutelle déférée par le magistrat.

Ces trois formes de la tutelle n'ont pas fait leur apparition simultanément, mais successivement et dans l'ordre que nous venons d'indiquer. Dans le principe, la tutelle était déférée exclusivement à ceux que la coutume appelait à la succession *ab intestat* de l'impubère, c'est-à-dire à ses agnats et à ses *gentiles*. Plus tard, les pères de famille prirent l'habitude de désigner un tuteur, dans leur testament, à leurs enfants im-

pubères. Par cette désignation, les pères enlevaient aux agnats et aux *gentiles* le droit à la tutelle pour le donner à une personne de leur choix. La loi des XII Tables reconnut ces deux espèces de tutelle, mais donna la préférence à celle qui émanait de la volonté du père. Ce n'est qu'à défaut de tuteur nommé par le père, que la loi revenant à l'antique coutume, appelait à la tutelle ceux qui avaient droit à la succession du pupille. Longtemps cette législation parut suffisante. Mais bientôt se présentèrent dans la pratique des cas où le pupille n'avait ni tuteur testamentaire, ni tuteur légitime. Il fallut recourir au magistrat pour lui demander de nommer un tuteur. C'est ainsi que la tutelle déférée par le magistrat vint s'ajouter aux deux autres. Plusieurs lois de l'époque républicaine la réglementèrent pour l'Italie et les provinces.

112. — 1°. *Tutelle testamentaire.* — Le droit de désigner un tuteur à l'impubère par testament, est reconnu par la loi des XII Tables, à tout *paterfamilias,* comme une conséquence et un attribut de la puissance paternelle. Ce droit est donc refusé à l'ascendant qui n'est pas investi de la puissance : à la mère, aux ascendants maternels, au père qui a émancipé son enfant, au père dont l'enfant n'est pas né *ex justis nuptiis.* Le testateur ne pouvait, d'ailleurs, donner de tuteur qu'aux enfants placés, lors du décès, sous sa puissance immédiate, car ceux-là seuls devenaient *sui juris* par l'effet du décès (73, § 1. Dig., *De reg. juris,* L, 17; G. I, 146). La nomination du tuteur se faisait soit par testament, soit par codicille confirmé par testament (V. n° 278). La partie du testament qui contenait la désignation du tuteur était assujettie à certaines formalités s'expliquant toutes par cette idée unique que la nomination du tuteur, *datio tutoris,* ressemble à un legs. C'est ainsi que : 1° le tuteur devait être désigné dans une forme impérative : *L. Titium liberis meis tutorem do; liberis meis tutor esto* (G. I, 149), forme tout à fait analogue à celle employée pour le legs *per vindicationem* (V.

n° 263); 2° la nomination du tuteur ne pouvait précéder l'institution d'héritier, exigence formaliste qui ne fut définitivement écartée que sous Justinien (§ 3, Inst., *Qui testam. tut. dari poss.*, I, 14) (1); 3° le tuteur pouvait être nommé sous un terme suspensif ou sous une condition suspensive, à terme ou sous condition résolutoire, ce qui différenciait la tutelle testamentaire de toutes les autres formes de tutelle. L'assimilation entre la nomination d'un tuteur et le legs conduisait également à cette conséquence, que pour pouvoir être nommé tuteur testamentaire, il fallait, outre les conditions d'aptitude généralement requises de tous les tuteurs, avoir la *factio testamenti* (2).

113. — *Tutelle testamentaire irrégulière.* — Lorsque la nomination du tuteur était régulièrement faite, rien ne pouvait empêcher la volonté du *pater* de produire ses effets, en ce sens qu'aucune autorité n'était appelée à contrôler ou à confirmer son choix. Mais, lorsqu'un tuteur était nommé par testament en dehors des cas où cette nomination pouvait avoir lieu ou sans l'emploi des formes requises, la *datio tutoris* était de nul effet, et la volonté du testateur, si manifestement exprimée qu'elle fût, ne pouvait être suivie. Cette rigueur exagérée finit par s'atténuer. A mesure, en effet, que disparaissait le formalisme, on était moins tenté de subordonner la validité d'une nomination de tuteur à l'observation de formes considérées comme gênantes. D'autre part, la tutelle prenant de plus en plus les allures d'une institution de protection, le droit de désigner un tuteur par testament devait être accordé à des personnes qui, bien que n'ayant pas la puissance

112. — (1) Nous verrons (n° 227) que toutes les autres dispositions accessoires du testament : legs, affranchissements, codicilles étaient soumises à la même règle. L'École proculienne essaya en vain de réagir contre cette exigence, du moins pour la nomination du tuteur. Cette disposition n'enlevant aucun bénéfice à l'héritier pouvait, sans inconvénient, figurer, disait-on, avant l'institution. Les Sabiniens résistaient à cette innovation (G. II, 231).

(2) Un citoyen captif, fou, mineur de vingt-cinq ans, prodigue interdit pouvait être nommé tuteur, mais il ne pouvait entrer en fonctions qu'après la cessation de la captivité, de la folie, de la minorité, de l'interdiction.

paternelle, étaient attachées à l'impubère par les liens de la plus sûre affection. Ces idées nouvelles trouvèrent leur expression dans les règles suivantes : 1° Le tuteur donné, quoique irrégulièrement, par le père, par exemple dans un testament nul, dans un codicille non confirmé ou par un père qui a perdu la puissance paternelle, pouvait être maintenu, s'il était confirmé dans ses fonctions par le magistrat, qui vérifiait uniquement si l'intention du testateur avait été certaine. Aucune enquête n'était nécessaire sur la moralité ou la capacité du tuteur. 2° Le tuteur donné par le père à l'enfant né *ex concubinatu* pouvait être confirmé par le magistrat, après enquête, et sans enquête si le père avait laissé quelque chose à l'enfant par testament. 3° La mère ne pouvait donner un tuteur par testament à son enfant qu'à condition de l'instituer héritier, cas auquel le tuteur était également confirmé après enquête. 4° Enfin, un étranger quelconque pouvait désigner un tuteur à l'impubère par testament, mais à la double condition que l'impubère eût été institué héritier et n'eût pas d'autres biens que ceux provenant de cette institution. La nomination pouvait alors être confirmée par le magistrat après enquête (1). Dans tous ces cas, la décision du testateur n'est plus souveraine. Son choix doit être confirmé par le magistrat. Mais la tutelle n'en reste pas moins une tutelle testamentaire, et, par suite, elle exclut la tutelle légitime (V. n° 114), et le tuteur ainsi désigné est dispensé de fournir la *satisdatio rem pupilli salvam fore* (V. n° 127, note 1).

114. — 2°. *Tutelle légitime des agnats et des gentiles.* — A défaut de tuteur testamentaire, la loi des XII Tables appelait expressément à la tutelle les agnats de l'impubère, aux-

113. — (1) V. les textes au titre *De confirmando tutore*, Dig., XXVI, 3, et Accarias, t. I, n° 109. Si l'on exigeait, pour que le tuteur fût confirmé, que l'enfant eût été institué héritier ou tout au moins eût reçu quelque chose par testament (V. n^{os} 2, 3, 4), c'était en vue de s'assurer des intentions du testateur à l'égard de l'enfant, afin de ne confirmer qu'une désignation dictée par un sentiment de bienveillance pour lui.

quels on donnait à cause de cela le nom de tuteurs légitimes (1) (Ulp., *Reg.*, XI, 3; G. I, 155). Mais il se présentait des cas où le tuteur testamentaire était désigné et ne pouvait immédiatement entrer en fonctions. En attendant y avait-il lieu d'appeler les agnats? L'*interpretatio* des prudents ne l'admit pas. On chercha à faire prévaloir la volonté du défunt sur la désignation de la loi et à exclure à tout prix les tuteurs légitimes qui, devant leur vocation au hasard de la naissance, offraient moins de garanties qu'un tuteur choisi par le père. De là le principe que la tutelle agnatique serait écartée tant qu'on pourrait espérer avoir un tuteur testamentaire : *Sciendum est quamdiu testamentaria tutela speratur, legitimam cessare* (11, pr. Dig., *De test. tut.*, XXVI, 2) (2).

Si les agnats étaient appelés à la tutelle, c'était en leur qualité de successibles *ab intestat* de l'impubère, et pour leur permettre d'empêcher la dilapidation de ses biens. Ce principe que Justinien formule ainsi : *ubi successionis est emolumentum ibi et tutelæ onus esse debet* (Inst., *De legit. patron. tut.*, I, 17) (3), explique pourquoi la tutelle était déférée non à tous les agnats mais aux plus proches en degré, appelés aussi les premiers à la succession (G. I, 164). S'il y avait plusieurs agnats de même degré, tous prenaient la tutelle, comme par exemple les frères, tous tuteurs de leur frère impubère. Seuls, d'ailleurs, les agnats de sexe mâle pouvaient être tuteurs. Les agnates étaient exclues de la tutelle, puis-

114. — (1) Les tuteurs testamentaires faisaient défaut : 1° lorsqu'il n'y avait pas du tout de testament, ou lorsque le testament ne contenait aucune nomination du tuteur; 2° lorsque les tuteurs désignés étaient morts ou devenus incapables du vivant du testateur ou après son décès; 3° lorsque la nomination du tuteur étant faite *sub conditione*, la condition faisait défaut, ou lorsque faite *ad diem* ou *ad conditionem*, le terme ou la condition étaient arrivés.

(2) Tel était le cas lorsque le tuteur avait été nommé *ex die* ou *sub conditione*. En attendant l'arrivée du terme ou de la condition, le magistrat désignait un tuteur intérimaire. De même lorsque le tuteur désigné était fou ou captif, et aussi tant que la succession n'avait été ni répudiée ni acceptée.

(3) Voir ce même principe exprimé dans la loi 1, pr. Dig., *De legit. tut.*, XXVI, 4 (V. n° 109, note 1), et 73, pr. Dig., *De reg. juris*, L, 17.

qu'elles-mêmes pendant longtemps furent soumises à une tutelle perpétuelle. Lorsque cette tutelle disparut, on justifia l'exclusion des agnates par cette considération que la tutelle était un *munus publicum*, exclusivement réservé aux hommes. Lorsque les agnats les plus proches venaient à mourir ou à être privés de leurs droits d'agnation avant d'être investis de la tutelle, elle était dévolue aux agnats du degré subséquent, puisque c'était à eux que devait désormais revenir la succession *ab intestat*.

La tutelle des agnats disparut sous Justinien avec le droit d'agnation lui-même (Nov. 118). Mais comme la Novelle appelle les cognats à la succession au lieu des agnats, et qu'elle maintient en outre le principe *ubi successio, ibi tutela*, la tutelle des agnats se trouve remplacée par celle des cognats. Les hommes seuls pouvaient être tuteurs, excepté la mère et la grand'mère qui eurent le droit de réclamer la tutelle à certaines conditions (4).

Aucun texte ne nous parle de la tutelle des *gentiles* sur les impubères, mais nous savons qu'à défaut d'agnat la succession *ab intestat* était déférée aux *gentiles* (V. n° 233). Le parallélisme constant que nous avons relevé plus haut entre la vocation héréditaire et la vocation à la tutelle nous permet de conclure avec certitude à l'existence d'une tutelle déférée, à défaut d'agnats à la *gens*. Il en était sûrement ainsi pour la tutelle des femmes, et pour la *cura furiosi* (V. nos 131, 135), et l'analogie de ces institutions avec la tutelle des impubères rend plus vraisemblable encore notre opinion. Cette tutelle des *gentiles* disparut lorsque les *jura gentilitatis* tombèrent en désuétude.

115. — 3°. *Tutelle déférée par le magistrat.* — Des lois dont la date exacte est inconnue, mais qui, certainement, sont contemporaines des derniers temps de la République, réglementèrent cette tutelle. Ce furent la loi Atilia pour Rome,

(4) Accarias, t. I, nos 131, 137.

et la loi Julia et Titia pour les provinces. Il est très probable que ces lois ne prévoyaient expressément qu'un cas, celui où il n'y avait ni tuteurs testamentaires désignés, ni tuteurs légitimes, *cui nullus ommino tutor sit* (G. I, 185). Mais la pratique, s'inspirant de la pensée qui avait dicté les lois en question, admit que la tutelle serait également déférée par le magistrat, lorsque le tuteur déjà désigné ne pourrait exercer immédiatement ses fonctions. C'est ainsi que le magistrat était appelé à nommer un tuteur : 1° dans tous les cas où la tutelle agnatique était écartée, à raison de la possibilité d'une tutelle testamentaire (V. n° 114); 2° dans les cas où le tuteur testamentaire ou agnatique était excusé ou écarté comme suspect, mais il fallut un sénatusconsulte pour consacrer cette solution (G. I, 182): 3° enfin dans les hypothèses assez nombreuses où il y avait lieu de nommer un tuteur *certæ causæ*, ce qui avait été admis de fort bonne heure, peut-être avant les lois Atilia, Julia et Titia, pour le cas de procès entre le pupille et son tuteur (G. I, 184).

Le pouvoir de désigner un tuteur ne rentrait normalement dans les fonctions d'aucun magistrat romain, ce qui se conçoit parfaitement étant donnée l'époque assez tardive où les magistrats furent investis de ce droit. Aussi la *tutoris datio* (1) n'appartient-elle qu'à ceux à qui elle a été expressément conférée (6, § 2. Dig., *De tutelis*, XXVI, 1). Pour Rome, la loi *Atilia* avait confié la nomination des tuteurs au collège des tribuns du peuple délibérant sous la présidence du préteur urbain (G. I, 185). Le tuteur ainsi nommé s'appelait *Atilianus tutor*. A partir de Claude, ce furent les consuls qui eurent qualité pour désigner les tuteurs jusqu'à ce que Marc Aurèle institua un préteur spécial, *prætor tutelaris*, chargé de cet office. Toutefois, sous l'empire, lorsqu'il s'agissait

115. — (1) Les textes emploient l'expression *tutoris datio* pour désigner le droit du magistrat de nommer un tuteur. Aussi les interprètes ont-ils appelé *Tuteurs datifs* les tuteurs désignés par le magistrat. Mais cette dénomination de *tutores dativi* est spécialement réservée par les jurisconsultes aux tuteurs nommés par testament (Ulp., *Reg.*, XI, 14).

des impubères des hautes classes, à partir du rang de *clarissimi,* c'était au *præfectus urbi,* assisté du *prætor tutelaris* et de dix sénateurs que revenait la nomination. Tel est encore le droit à l'époque de Justinien pour la ville de Constantinople. Dans les provinces, la loi *Julia* et *Titia* avait confié la nomination aux gouverneurs. Mais, les provinces étant trop vastes pour que ceux-ci pussent s'occuper de tous les pupilles, on fut amené à conférer cette mission aux magistrats municipaux. Les gouverneurs se réservèrent la nomination directe des tuteurs pour les pupilles ayant une certaine fortune, sauf à faire procéder à une enquête préalable. Pour les pupilles de fortune moindre, les magistrats municipaux nommaient le tuteur, soit en vertu d'une délégation générale, soit sur un ordre spécial du *præses.* Sous Justinien, cette distinction entre les pupilles, suivant leur fortune, subsiste encore. Pour les pupilles dont la fortune dépasse 500 *solidi,* c'est toujours le *præses* qui désigne le tuteur après enquête. Pour ceux dont la fortune ne dépasse pas 500 *solidi,* la nomination du tuteur est confiée aux magistrats municipaux, qui n'ont pas besoin de procéder à une enquête. Comme ils sont, en effet, personnellement responsables de la gestion du tuteur en cas d'insolvabilité de celui-ci (V. n° 129), leur intérêt leur commande de faire un choix judicieux.

116. — *Deuxième cas : Impubères devenus sui juris par affranchissement.* — L'affranchi impubère n'ayant ni *pater* ni agnats, il ne pouvait être question pour lui d'une tutelle testamentaire, ni d'une tutelle agnatique. Mais il était placé sous la tutelle de son patron, ou sous celle des descendants du patron. Telle était la décision qu'avait fait prévaloir l'*interpretatio*, du moins pour les affranchis citoyens. La loi des XII Tables en effet ne statuait pas expressément sur la tutelle de l'affranchi, mais elle lui désignait comme successeur *ab intestat* le patron et ses descendants. On en avait conclu, conformément au principe, *ubi successio ibi tutela,* que la

tutelle leur revenait; et on la rangeait dans la catégorie des tutelles légitimes (G. I, 165). La patronne bien qu'ayant droit à la succession n'avait pas droit à la tutelle (1).

117. — *Troisième cas : Impubères devenus sui juris par émancipation.* — Celui qui investi du *mancipium* affranchit la personne placée *in mancipio* est assimilé à un patron et par suite a droit à la tutelle. Aussi lorsqu'un enfant avait été émancipé il était placé sous la tutelle du *manumissor extraneus* ou sous celle du *pater* quand celui-ci s'était fait remanciper l'enfant pour l'affranchir lui-même du *mancipium* (V. n° 105-5°). Cette tutelle passait également aux descendants du *manumissor*. Comme elle n'avait pas été réglée par la loi des XII Tables, on ne la qualifiait pas de tutelle légitime. On l'appelait tutelle fiduciaire en raison du pacte de fiducie par lequel le tiers s'obligeait à affranchir l'enfant *in mancipio*. Mais lorsque c'était le père lui-même qui était *manumissor*, on lui donnait, *honoris causa*, le titre de *tutor legitimus* (G. I, 172.)

III. Effets de la tutelle.

118. — *Notions générales.* — Dans notre droit civil français, le mineur en tutelle considéré comme incapable, est pour presque tous les actes de la vie civile représenté par son tuteur. Ce n'est donc pas le mineur qui agit, mais le tuteur en son nom, et cependant les actes faits par ce dernier sont censés avoir été accomplis par le mineur lui-même. A Rome, au contraire, la tutelle ne suppose pas chez le pupille une incapacité aussi complète. A partir d'un certain âge, avant même d'avoir atteint la puberté, le pupille peut agir person-

116. — (1) Pour l'affranchi latin junien, la tutelle appartenait à celui qui l'avait affranchi pourvu qu'au jour de l'affranchissement il eut le *dominium ex jure quiritium*. Aussi, lorsque l'affranchissement n'émanait que du possesseur *in bonis*, les biens revenaient à ce dernier *jure peculii*, mais la tutelle était attribuée au *nudus dominus ex jure quiritium* (G. I, 167).

nellement. Les actes du droit primitif, en effet, toujours solennels, exigent la participation directe et personnelle de celui que ces actes concernent. De là, l'impossibilité de se faire représenter par un tiers, et la nécessité pour le pupille d'agir en personne, soit seul, soit concurremment avec son tuteur qui complète sa capacité en lui donnant l'*auctoritas* (V. nos 121, 122). Tel fut longtemps le seul principe. Plus tard, on fut amené à se préoccuper des cas assez nombreux où le pupille ne pouvait accomplir l'acte juridique soit seul, soit même avec l'*auctoritas tutoris*. Il fallait cependant que les biens du pupille ne restassent point à l'abandon. C'est alors que le tuteur, poussé par le souci de ses propres intérêts, ou par le désir d'accomplir les obligations morales résultant de la tutelle intervenait dans les affaires du pupille. Il les gérait, dans ce cas, en son nom propre, sauf à rendre compte au pupille qu'il ne représentait nullement. Cette intervention du tuteur d'abord volontaire, devint ensuite forcée. On le rendit responsable du défaut de gestion et des fautes commises par lui en gérant. Cette aggravation de responsabilité dut se produire nécessairement, à partir du moment où la tutelle changea de caractère et tendit à devenir une institution de protection. Ainsi, se dessinait à côté de l'*auctoritas tutoris*, une seconde forme de l'intervention du tuteur dans les affaires du pupille, la *gestio* ou administration, sans toutefois faire disparaître le droit pour le pupille d'agir personnellement. En définitive, on voit, que pour se rendre compte des effets de la tutelle, on a à résoudre deux questions intimement liées l'une à l'autre : 1° quelle est la mesure exacte de la capacité du pupille ; 2° quels sont les pouvoirs du tuteur.

119. — *Capacité du pupille.* — Tout en admettant en principe la possibilité pour le pupille d'accomplir personnellement les actes juridiques, les Romains ne pouvaient faire violence à la nature. Ils furent donc obligés de tenir compte de l'état du développement intellectuel de l'impubère, et de ne lui attribuer qu'une capacité en rapport avec l'étendue

de ses facultés. De là la division des impubères en deux classes : les *infantes*, et ceux qui avaient dépassé la période de l'*infantia*. Par *infantes*, il est possible qu'on ait entendu d'abord, suivant le sens étymologique du mot, ceux qui ne peuvent pas prononcer les paroles, *verba*, nécessaires pour la conclusion de tous les actes dans le droit primitif, *qui fari non possunt*. Puis cette expression étant détournée de son acception première, a désigné avec ceux *qui loqui non possunt* ceux qui, tout en pouvant parler, ne comprennent pas la portée des paroles qu'ils prononcent, *qui fari possunt sed non intelligunt quod agunt*, ces derniers n'étant plus *infantes*, mais *infantiæ proximi*. Les *infantes*, et les *infantiæ proximi* furent considérés comme complètement incapables, absolument comme les *furiosi*, auxquels les textes les comparent (1). Ils ne pouvaient donc ni agir seuls, ni même avec l'*auctoritas* du tuteur. Aux *infantes* et *infantiæ proximi*, on opposait les *pubertati proximi*, qui seuls étaient considérés comme ayant l'intelligence de leurs actes, *qui jam aliquem intellectum habent*, et auxquels par suite on reconnaissait une certaine capacité. Mais on n'avait pas fixé à l'avance et d'une façon uniforme pour tous le moment où l'on cessait d'être *infans* ou *infantiæ proximus* pour devenir *pubertati proximus*. Il y avait là une question de fait absolument comme lorsqu'il s'agissait de déterminer l'âge de la puberté (V. n° 83). A partir d'une certaine époque, les prudents firent prévaloir une *benigna juris interpretatio* qui étendit le cercle de la capacité du pupille, en assimilant les *infantiæ proximi* aux *pubertati proximi*, du moins en ce qui concerne les actes licites. Ce progrès nous apparaît comme déjà accompli à l'époque de Gaius (G. III, 109; 6. Dig., *Rem pupilli*, XLVI, 6). Enfin, déjà probablement à l'époque classique, certainement au Bas-Empire, on admit que l'*infantia* était terminée d'une façon uniforme à l'âge de sept ans accomplis (1, § 2.

119. — (1) G. III, 109; 5, § 2. Dig., *Ad leg. Aquil.*, IX, 2; 1, § 13. Dig., *De oblig. et action.*, XLIV, 7.

Dig., *De adm. et peric.*, XXVI, 7; 18, Cod., *De jure delib.*, VI, 30) (2). A dater de ce moment, et encore sous Justinien, les principes suivants régissent la capacité du pupille : 1° Tant que le pupille est *infans*, il est incapable de faire seul ou même avec l'*auctoritas tutoris* aucun acte juridique (G. III, 109; § 10, Inst., *De inut. stipul.*, III, 19). 2° Sorti de l'*infantia*, le pupille qui n'est pas encore *proximus pubertati* ne peut pas s'obliger par ses délits. Mais, pour les actes licites, il peut faire seul ceux qui rendent sa condition meilleure; il ne peut faire qu'avec l'*auctoritas tutoris*, ceux qui rendent sa condition pire (pr. Inst., *De auct. tut.*, I, 21). 3° Devenu *proximus pubertati*, le pupille conserve la même capacité pour les actes licites, et de plus étant considéré comme *doli capax*, il s'oblige seul par ses délits (§ 18, Inst., *De obligat. ex del.*, IV, 1 ; G. III, 208) (3).

120. — *Capacité du pupille (Suite).* — La capacité du pupille, on vient de le voir, n'est donc jamais complète. Mais elle s'accroît à mesure que le pupille avance en âge et se rapproche de la puberté.

1° Tant qu'il est dans la période de l'*infantia*, il demeure incapable. Il est certain que cette incapacité absolue dont il était frappé avait des inconvénients sérieux. On y remédiait, en partie, en faisant agir pour l'*infans* un de ses esclaves, auquel le tuteur donnait les instructions nécessaires. L'esclave, en effet, représentait son maître à l'effet de le faire devenir propriétaire ou créancier. C'est également dans le but de sauvegarder les intérêts du pupille *infans* qu'on vit, sans

(2) Accarias, t. I, nº 154. En fixant ainsi à l'âge de sept ans accomplis la fin de l'*infantia*, les jurisconsultes s'inspiraient sans doute d'une théorie très accréditée dans l'antiquité et que ne contredit pas la science moderne (V. Bain, *Science de l'éducation*, p. 128, note 1), suivant laquelle il s'opérerait dans le cours de chaque période septennale une transformation des individus.

(3) La question de savoir à quel moment le pupille sorti de l'*infantia* doit être considéré comme devenu *pubertati proximus*, est restée une question de fait, même dans le dernier état du droit romain. Accarias, t. I, nº 155.

doute pour la première fois, les tuteurs intervenir en qualité d'administrateurs du patrimoine pupillaire (V. n° 118).

2° Sorti de l'*infantia*, le pupille est capable de faire seul les actes licites qui rendent sa condition meilleure, il ne peut faire qu'avec l'*auctoritas tutoris* ceux qui rendent sa condition pire (V. n° 119). Mais à quoi reconnaissait-on qu'un acte produisait l'un ou l'autre de ces effets? Rendre sa condition meilleure, c'était : augmenter son patrimoine, c'est-à-dire acquérir la propriété, la possession, un droit réel; devenir créancier; cesser d'être débiteur. Rendre sa condition pire, consistait dans les actes précisément inverses, qui diminuent le patrimoine : aliéner la propriété ou un droit réel; s'obliger; cesser d'être créancier. Cette double règle était d'une application facile, lorsqu'il s'agissait d'actes à titre gratuit, cas auquel le pupille faisait sa condition meilleure ou pire, suivant qu'il était le bénéficiaire ou l'auteur de la libéralité. Mais, le plus souvent, les actes sont à titre onéreux, ils supposent un échange réciproque de valeurs, et par suite, rendent à la fois la condition meilleure et pire. C'est ce qui arrive, par exemple, dans tous les contrats synallagmatiques qui font naître des obligations réciproques à la charge de chacune des parties. C'est ainsi que dans la vente, qui est l'un de ces contrats, le pupille vendeur devient à la fois créancier du prix et débiteur de la chose. Devait-on, dans ce cas, maintenir le contrat pour partie, le déclarer nul pour l'autre partie? Telle était la solution logique à laquelle on paraît s'être d'abord arrêté : *Ex uno latere constat contractus, nam qui emit obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat* (13, § 29. Dig., *De act. empti*, XIX, 1). Mais ce résultat, outre qu'il était en opposition avec le caractère du contrat qui est de bonne foi, pouvait aboutir à violer manifestement l'équité. En conséquence, on finit par décider que le pupille aurait le choix entre le maintien du contrat pour le tout ou son annulation pour le tout. S'il optait pour le premier parti, il était tenu d'exécuter ses obligations de vendeur, mais pouvait réclamer le prix. S'il préférait l'annu-

lation, il était dispensé de livrer la chose, ou pouvait la reprendre s'il avait déjà livré, mais il ne pouvait se faire payer du prix (1). Dans le cas d'un acte unilatéral, on était encore plus à l'aise pour scinder les effets de l'opération et la déclarer valable en tant qu'elle rendait meilleure la condition du pupille, nulle dans la mesure où elle la rendait pire. C'est ainsi que dans l'hypothèse d'un prêt, *mutuum,* fait au pupille, on admettait que celui-ci devenait propriétaire des choses prêtées, car il rendait ainsi sa condition meilleure, mais qu'il n'était point débiteur de la restitution, ce qui eût, en effet, rendu sa condition pire. Mais cette solution, contraire à l'équité, fut modifiée par un rescrit d'Antonin le Pieux. Ce prince décida que, dans tous les cas où il agirait *sine auctoritate tutoris,* le pupille serait obligé jusqu'à concurrence de l'enrichissement qu'il aurait retiré de l'acte, *in quantum locupletior factus est* (5, pr. Dig., *De auct. et cons. tut.,* XXVI, 8). Le pupille est donc obligé, mais il ne l'est pas pour le tout, et rien de plus juste qu'une semblable décision. Car le tiers qui a traité avec le pupille non autorisé a commis une faute dont il doit subir les conséquences (2).

3° Enfin, le pupille *pubertati proximus* peut seul, *sine auctoritate tutoris,* s'obliger même par ses actes illicites, tels que le dol ou les délits. Et dans ce cas, il ne s'oblige pas seulement jusqu'à concurrence de son enrichissement, mais pour le tout. C'est qu'en effet le tiers lésé par le délit n'a pas, comme dans le cas d'un acte licite, à se reprocher d'avoir traité avec un pupille non autorisé. Ici, c'est sans le vouloir qu'il est devenu créancier, et il est juste qu'il puisse obtenir l'intégralité de sa créance.

121. — *Pouvoirs du tuteur.* — Le pouvoir du tuteur se distingue des autres puissances que nous avons étudiées,

120. — (1) V. pour plus de détails, Accarias, t. I, n° 156.

(2) L'adition d'hérédité, acte unilatéral qui rend à la fois la condition de l'héritier meilleure et pire, n'était pas cependant considérée comme pouvant être scindée dans ses effets. On l'interdisait au pupille agissant seul. Accarias, t. I, n° 157.

en ce qu'il ne s'exerce nullement sur la personne (1). C'est là également une différence capitale avec notre tutelle moderne qui comprend à côté de l'administration des biens la garde de l'enfant (V. art. 450, 108, C. civ.). A Rome, le tuteur n'a pas la garde du pupille, qui n'a même pas son domicile chez le tuteur. Le pupille était confié à ses parents naturels, c'est-à-dire à sa mère, ou à ses cognats les plus proches. A l'époque classique, c'était le magistrat qui conférait la garde de l'enfant à celui des parents qui lui paraissait réunir les conditions de capacité et de moralité nécessaires. Le rôle de cette personne consistait à surveiller l'éducation physique et morale du pupille. A cet effet elle recevait du tuteur les sommes que nécessitait son entretien (4, 5. Dig., *Ubi pupillus,* XXVII, 2). Cette distinction si tranchée entre la garde et la tutelle remonte aux temps où les pupilles étaient toujours sous la tutelle de leurs agnats. Si on avait confié à ces derniers la garde de l'enfant, ils auraient pu être tentés de se débarrasser de lui, afin de recueillir sa succession *ab intestat* (2). Lorsque la tutelle ne fut plus uniquement déférée aux agnats, la garde du pupille aurait pu être confiée au tuteur, surtout au tuteur testamentaire, ou à celui désigné par le magistrat. Mais la force des traditions l'emporta et les deux rôles restèrent toujours séparés.

Les pouvoirs du tuteur romain ont donc uniquement trait aux biens du pupille. Son intervention dans la gestion du patrimoine de celui-ci peut d'ailleurs se manifester sous l'une ou l'autre des deux formes suivantes : ou bien il agit comme *auctor*, ou comme administrateur, *auctoritatem interponere, negotia gerere* (Ulp., *Reg.*, XI, 25). Dans le premier cas, c'est le pupille qui agit, mais avec le concours du tuteur. Dans le second cas, le tuteur agit seul, le pupille bien qu'in-

121. — (1) Nous verrons que ce principe n'est pas contredit par la maxime : *Tutor personæ non rei vel causæ datur* (V. nº 123).

(2) C'est encore cette considération qu'on faisait valoir plus tard pour enlever la garde de l'enfant à celui qui avait été désigné comme substitué pupillaire (1, § 1. Dig., *Ubi pupillus,* XXVII, 2).

téressé à l'acte n'y figure pas. De ces deux rôles, celui d'*auctor* a été longtemps le seul qu'on ait laissé jouer au tuteur. Aussi l'*auctoritas* peut elle être regardée comme le trait essentiel et caractéristique de la tutelle romaine. La seconde fonction du tuteur, celle d'administrateur, n'a été admise que plus tard, et à une époque où la tutelle avait déjà perdu son caractère primitif (V. n° 118).

122. — 1° *Auctoritas.* — L'*auctoritas* consiste dans l'intervention du tuteur à l'acte accompli par le pupille. En s'adjoignant à ce dernier pour lui *præstare auctoritatem,* le tuteur complète la personne du pupille incapable d'agir seul. Par sa présence et son concours, il garantit aux tiers la validité de l'acte fait par le pupille (1). L'*auctoritas* ne doit donc pas être regardée comme une autorisation donnée par avance en vue d'un acte non encore accompli, encore moins doit-elle être confondue avec une ratification qui survient après sa conclusion. C'est ce que prouvent d'ailleurs les formes dans lesquelles elle était donnée : 1° Le tuteur devait être présent au moment de la conclusion de l'acte, *statim in ipso negotio* (9, § 5. Dig., *De auct. et cons. tut. vel cur.,* XXVI, 8); et par suite, l'*auctoritas* ne pouvait être donnée ni avant l'acte, ni l'acte une fois fait. 2° Le tuteur devait coopérer effectivement à l'acte, s'y associer par la prononciation de paroles solennelles, en réponse sans doute à une interrogation que lui adressait le tiers (2). 3° L'*auctoritas* devait toujours être donnée purement et simplement. Ces formes se simplifièrent à l'époque classique, où l'on n'exigea plus d'interrogation adressée au tuteur, ni de réponse de celui-ci en termes solennels. Mais sa présence *in ipso negotio* était toujours nécessaire, ainsi que son approbation expresse donnée à l'acte. Il en est encore ainsi sous Justinien.

122. — (1) Les mots *auctor, auctoritas* ont en effet, dans la langue juridique, le sens de garant, garantie. Accarias, t. I, n° 144; Ortolan, t. II, n^{os} 241, 242.

(2) La formule usitée en ce cas était probablement ainsi conçue : *Auctor ne fis, Auctor fio.* Accarias, t. I, n° 144.

L'*auctoritas* donnée au pupille, avait pour effet, nous l'avons vu, de rendre ce dernier capable de faire tous les actes, même ceux qui rendaient sa condition pire (V. nos 119, 120). Quant aux conséquences juridiques de l'acte, il est évident qu'elles se réalisaient dans la personne même du pupille, puisque c'était lui qui agissait et que le tuteur ne faisait que s'adjoindre à lui pour lui donner un complément de capacité.

Le tuteur ne pouvait pas, à son gré, interposer son *auctoritas* ou administrer. Son rôle lui était dicté, dans chaque cas particulier, soit par la condition où se trouvait le pupille, soit par la nature de l'acte à accomplir. Les principes à cet égard peuvent se résumer ainsi : 1° Il ne pouvait être question d'*auctoritas* que si le pupille avait dépassé l'âge de l'*infantia* et était présent. Encore *infans*, le pupille peut agir, mais il ne comprend pas ce qu'il fait. Absent, il ne peut agir. 2° Lorsqu'il s'agissait d'un acte qui, à raison de ses formes ou de sa nature, ne pouvait être fait que par la personne intéressée elle-même, l'*auctoritas* était le seul mode d'intervention possible de la part du tuteur. Tels étaient : la *mancipatio*, la *manumissio*, l'*acceptilatio*, l'adition d'hérédité, la *legis actio* (3). Il est clair, d'ailleurs, que l'*infantia* ou l'absence du pupille rendait ces actes absolument impossibles (4). 3° Lorsqu'il s'agissait d'actes qui, n'exigeant pas la participation de la personne intéressée, pouvaient être faits par mandataire, le tuteur pouvait faire agir le pupille en lui donnant l'*auctoritas* nécessaire, ou intervenir lui-même comme administrateur. Il est évident, également, qu'en pareil cas, l'*infantia* ou l'absence du pupille ne laissait pas au tuteur le choix entre ces deux partis : il ne pouvait qu'agir en qualité d'administrateur.

Notons enfin que le tuteur ne pouvait pas *præstare auctoritatem*, lorsqu'il était personnellement intéressé à l'acte. On

(3) V. sur tous ces actes, Accarias, t. I, no 146.

(4) Pour l'adition d'hérédité, on avait admis que le pupille, bien qu'*infans*. pouvait la faire *tutore auctore* (9. Dig., *De adquir. vel omitt. hæredit.*. XXIX, 2.)

craignait qu'il ne fît passer son intérêt avant celui du pupille, *tutor in rem suam auctor esse non potest*. Le magistrat nommait alors un tuteur spécial à l'impubère, *tutor certæ causæ*. C'est en cas de procès entre le tuteur et le pupille que cette règle semble avoir été d'abord admise (G. I, 184) (V. n° 115). On l'avait ensuite généralisée (5).

123. — 2° *Administration.* — En pareil cas, la fonction du tuteur n'a plus ce caractère d'originalité qu'avait l'*auctoritas*. Elle ne se distingue en aucune façon de celle d'un mandataire quelconque gérant la fortune d'autrui (1). Lorsque le tuteur administre, lui seul paraît dans l'acte auquel le pupille reste étranger comme si cet acte ne le concernait pas. Aussi, est-ce en la personne du tuteur que se produisaient toutes les conséquences juridiques des actes accomplis par lui comme administrateur. C'était lui qui devenait propriétaire, créancier, débiteur, et les tiers qui avaient traité avec lui n'avaient aucune action contre le pupille, de même que celui-ci n'en avait aucune contre eux. Telle était la conséquence du principe de la non représentation par autrui dans les actes juridiques (V. n° 118). Mais comme, en définitive, c'est le pupille qui est seul intéressé dans l'acte fait par son tuteur, il fallait que les bénéfices ou les charges de cet acte fussent attribuées au pupille. On n'obtenait ce résultat qu'à la fin de la tutelle : le tuteur transférant au pupille les droits qu'il avait acquis pour lui, et lui payant les sommes touchées pour son compte; le pupille, de son côté, lui remboursant celles qu'il avait dû avancer. Cette façon d'opérer avait le grave

(5) Accarias, t. I, n° 147-3°.

123. — (1) C'est pour cela que l'*auctoritas* doit être considérée comme la fonction caractéristique du tuteur romain, et c'est en ce sens qu'il faut entendre le principe : *tutor personæ non rei vel causæ datur*, 14. Dig., *De test. tut.*, XXVI, 2. Cette règle signifie, non que le tuteur doit avoir soin de la personne du pupille (V. n° 121), mais qu'il est appelé à compléter sa personnalité juridique, et qu'il est nommé non pour gérer tel ou tel bien, mais pour suppléer d'une façon générale à son incapacité. Accarias, t. I, n° 144, *in fine*.

inconvénient d'exposer chacune des parties à l'insolvabilité de l'autre. De plus, le droit primitif ne donnait pas d'action au tuteur contre son pupille lorsque ce dernier, de mauvaise foi, refusait de le rembourser de ses avances (V. n° 128-3°). Aussi, et cela était équitable, n'obligeait-on pas le tuteur à administrer. S'il le faisait, c'était uniquement pour accomplir ses obligations morales envers le pupille. Il y avait là un vice grave dans l'organisation de la tutelle, les biens d'un pupille *infans* ou absent ne pouvant être administrés par l'impubère lui-même, et risquant de dépérir faute d'un acte d'administration fait en temps utile par le tuteur.

Lorsque la tutelle eut perdu son caractère ancien, et se fut transformée en une institution de protection, on fut amené à contraindre le tuteur à administrer (1. pr. Dig., *De adm. et per.*, XXVI, 7). On le rendit donc responsable de son défaut de gestion (2), mais on lui accorda en même temps une action en indemnité contre son pupille (1. pr. Dig., *De contr. tutelæ*, XXVII, 4) (V. n° 128-3°). Mais le principe de la non-représentation subsistait avec tous ses inconvénients. On finit cependant à l'époque classique par s'en écarter quelque peu. Il fut admis, qu'à la fin de la tutelle toutes les actions qui s'étaient fixées sur la tête du tuteur passeraient sur celle du pupille à titre d'actions utiles. De cette façon le tuteur était censé avoir représenté le pupille dans tous les actes qu'il avait faits comme administrateur (3).

Ce que nous avons dit plus haut au sujet de l'*auctoritas* et des cas où le tuteur peut agir comme *auctor* (V. n° 122) permet de déterminer facilement quand il pourra jouer le rôle d'administrateur. 1° Lorsque le pupille est *infans*, ou lorsqu'ayant dépassé l'*infantia* il est absent, le tuteur ne peut qu'administrer. 2° L'*infantia* dépassée, si le pupille est présent, le tuteur a le choix entre administrer ou interposer son

(2) Le tuteur ne pouvait être contraint de donner son *auctoritas*, mais on finit aussi par le rendre responsable de l'avoir refusée lorsqu'elle était nécessaire (17. Dig., *De auctorit. et consensu*, XXVI, 8).

(3) Accarias, t. I, n° 145.

auctoritas, lorsque l'acte est de ceux qu'on peut faire faire par mandataire.

124. — *Droits et obligations du tuteur comme administrateur.* — Le tuteur, quoique n'étant qu'administrateur, a sur le patrimoine du pupille des droits aussi étendus que ceux d'un propriétaire, avec cette restriction qu'il ne peut en user que dans l'intérêt du pupille. *Tutor qui tutelam gerit, quantum ad providentiam pupillarem domini loco haberi debet* (27. Dig., *De adm. et peric. tutor.*, XXVI, 7). Ainsi il peut toucher les revenus, percevoir les fruits, poursuivre le recouvrement des créances, exercer les actions, aliéner.

En revanche, de nombreuses obligations pèsent sur lui.

1°. Avant d'entrer en fonctions, il doit prendre certaines mesures préalables destinées à sauvegarder les intérêts du pupille (V. n° 127). 2°. Pendant la tutelle, il doit administrer en bon père de famille, et, à cet égard, il est responsable de ses fautes, à moins qu'il ne prouve avoir agi comme il agit habituellement dans la gestion de ses propres affaires. Il devait notamment conserver et même augmenter, s'il le pouvait, le patrimoine du pupille. Il ne pouvait, en tous cas, le diminuer par des libéralités ou des affranchissements. Les aliénations à titre onéreux lui étaient permises, puisqu'elles faisaient entrer une contre-valeur dans le patrimoine du pupille. On finit cependant par lui interdire l'aliénation à titre onéreux de certains immeubles. Un sénatusconsulte rendu sous Septime Sévère, défendit aux tuteurs d'aliéner les *prædia rustica vel suburbana* des pupilles, c'est-à-dire les immeubles bâtis ou non, situés à la campagne ou dans la banlieue des villes (1, § 2. Dig., *De rebus eorum*, XXVII, 9) (1). Constantin étendit cette prohibition aux *prædia urbana* et

124. — (1) Le sénatusconsulte permettait l'aliénation lorsque dans son testament le père l'avait ordonnée ou autorisée. Elle était également permise, mais après avoir obtenu l'assentiment du magistrat, lorsqu'elle était faite en vue de procurer au pupille les sommes nécessaires au paiement de ses dettes. Enfin, elle pouvait avoir lieu, même sans autorisation du magistrat, si la

même à certains meubles précieux. 3°. Enfin, après la tutelle, le tuteur doit rendre ses comptes (V. n° 128-3°).

IV. Fin de la tutelle.

125. — La tutelle des impubères prenait fin *a parte pupilli*, ou *a parte tutoris*, c'est-à-dire par suite de causes se réalisant dans la personne du pupille ou dans celle du tuteur.

I. *A parte pupilli.* — Lorsque la tutelle prend fin *a parte pupilli*, elle cesse d'une façon définitive. Il en est ainsi : 1° lorsque le pupille devient pubère; 2° lorsqu'il meurt avant la puberté; 3° lorsqu'il cesse d'être *sui juris*, par suite d'une adrogation ou par l'effet de la servitude encourue par lui; 4° lorsqu'il perd la cité.

II. *A parte tutoris.* — Ici, la tutelle prend fin en ce sens que le tuteur cesse ses fonctions. Mais, elle continue pour le pupille qui est pourvu d'un nouveau tuteur. Les causes qui mettent fin à la tutelle *a parte tutoris* sont : 1° La mort du tuteur. 2° L'incapacité du tuteur survenue au cours de la tutelle. Tel est le cas où le tuteur perd la liberté ou la cité, ou bien devient sourd ou muet (1). 3° La perte par le tuteur de ses droits d'agnation, cas auquel la tutelle légitime ou fiduvente était poursuivie par un créancier hypothécaire, ou si l'immeuble étant indivis entre le pupille et un tiers, ce dernier provoquait le partage. Accarias, t. I, n° 149.

125. — (1) Les causes d'incapacité indiquées au texte font d'ailleurs obstacle à la nomination du tuteur lorsqu'elles existent avant le commencement de la tutelle. Il en est d'autres, au contraire, qui fondées sur l'âge ou le sexe empêchent uniquement la délation de la tutelle, mais ne peuvent évidemment être rangées parmi les causes qui y mettent fin. Telle est l'incapacité des femmes, des impubères, et sous Justinien celle des mineurs de vingt-cinq ans. A l'égard des femmes, notons que, dans le dernier état du droit, la femme veuve peut être tutrice de ses enfants à condition de promettre de ne pas se remarier, sous peine dans ce cas de perdre la tutelle. Accarias, t. I, n° 137. Quant aux impubères, ils pouvaient, dans le droit antérieur à Justinien, être appelés à exercer la tutelle légitime, mais Justinien les en a déclarés incapables. Accarias, t. I, n° 137.

ciaire prennent seules fin. 4° L'arrivée du terme ou de la condition. 5° Le fait par le tuteur de faire agréer une excuse par le magistrat. Les excuses sont des dispenses de la tutelle établies en faveur du tuteur, et que seul il peut invoquer s'il le juge à propos. Les tiers ne sont donc pas fondés à les faire valoir contre lui pour le faire renvoyer de la tutelle. Tout tuteur a le droit de faire valoir ses excuses devant le magistrat chargé de nommer les tuteurs, lequel statue sauf appel. Parmi les excuses, certaines devaient être invoquées avant l'entrée en fonctions et ne pouvaient plus l'être une fois la tutelle commencée. Ces excuses, appelées *a suscipienda tutela*, ne sont donc pas des causes de cessation de la tutelle. D'autres, et ce sont les plus nombreuses, pouvaient être invoquées avant la tutelle et aussi pendant sa durée, cas auquel elles y mettaient fin *a parte tutoris*. Aussi les appelait-on excuses *tam a suscipienda quam a suscepta tutela*. Citons comme exemples, l'excuse tirée du nombre des enfants, celle fondée sur l'exercice de certaines professions, *grammaticus, rhetor, medicus*, sur l'âge de soixante-dix ans, sur le nombre des tutelles dont on est déjà chargé (2). 6° Lorsque le tuteur est écarté comme suspect, la tutelle prend également fin *a parte tutoris* (V. n° 128-1°).

V. Garanties données au pupille contre le tuteur.

126. — Nous avons groupé ici en un tableau d'ensemble les diverses mesures qu'avait suggérées au droit romain le désir de sauvegarder les intérêts du pupille qui peuvent se trouver compromis par la fraude ou la négligence du tuteur. Ces garanties ne datent pas toutes de la même époque. Au début, les mœurs seules suffisaient à la protection des pupilles. De bonne heure cependant nous voyons les XII Tables réprimer la fraude des tuteurs. Puis, à mesure que la tutelle dé-

(2) Accarias, t. I, n^os^ 138, 139.

pouille son ancien caractère pour se transformer en une institution de protection, le nombre et l'étendue des garanties s'accroît. Justinien maintient celles qui existent et en ajoute de nouvelles. Énumérons d'abord les mesures protectrices qui précèdent l'entrée en fonctions du tuteur. Nous indiquerons ensuite celles qui sont prises en faveur du pupille au cours de la tutelle ou la tutelle une fois terminée.

I. Garanties précédant l'entrée en fonctions du tuteur.

127. — Avant d'entrer en fonctions le tuteur était astreint à fournir des fidéjusseurs, à dresser inventaire, et à déclarer s'il était créancier ou débiteur du pupille : 1° Le tuteur était tenu de fournir au pupille des fidéjusseurs, *satisdare*. Ceux-ci s'engageaient envers le pupille ou envers un de ses esclaves stipulant à sa place. Ils promettaient *rem pupilli salvam fore*, et grâce à la généralité des termes de cet engagement, le pupille pouvait recourir contre eux, pour se faire indemniser, en cas d'insolvabilité du tuteur, de tout préjudice causé par ce dernier. Cette obligation, qui paraît être postérieure en date aux lois *Atilia*, *Julia* et *Titia*, ne pèse pas sur tous les tuteurs (1). A défaut par le tuteur de fournir les fidéjusseurs, le pupille pouvait user contre lui d'une voie de contrainte, la *pignoris capio* ou saisie à titre de gage d'une partie de ses biens. De plus, les actes faits par le tuteur, tant qu'il n'avait pas fourni la *satisdatio*, étaient sans aucune valeur à l'égard du pupille (G. I, 199, 200; pr. §.1, 3. Inst., *De satisd. tut. vel curat.*, I, 24)(2). 2° Une autre obligation du tuteur, que nous trouvons déjà mentionnée dans les textes de l'époque classique, est celle de dresser un inventaire des biens du pu-

127. — (1) Les tuteurs testamentaires, même ceux nommés irrégulièrement et confirmés par le magistrat (V. n° 113) en sont dispensés. On pouvait présumer, en effet, que le testateur avait eu soin de choisir un tuteur solvable. Même dispense au profit des tuteurs nommés par le magistrat après enquête, cette enquête ayant porté nécessairement sur la solvabilité du tuteur.

(2) Accarias, t. I, n° 141-3°.

pille (*repertorium, inventarium*) (V. art. 451, C. civ.). Cet inventaire était destiné à constater exactement la consistance du patrimoine de l'impubère, et à empêcher, par suite, les détournements de la part du tuteur. A défaut d'inventaire, le pupille pouvait faire preuve, lors de la reddition de compte, de la composition de son patrimoine par tous moyens et même sous son propre serment, si l'absence d'inventaire était dû au dol du tuteur (7, pr. Dig., *De adm. et peric. tutor*, XXVI, 7) (3). 3° Depuis Justinien, le tuteur créancier ou débiteur du pupille est astreint à en faire au préalable la déclaration devant le magistrat. S'il négligeait de le faire, il était déchu de sa créance, et s'il était débiteur il encourait une peine (V. art. 451-2°, C. civ.) (4).

II. Garanties postérieures à l'entrée en fonctions.

128. — *Actions données contre le tuteur.* — Contre le tuteur nous trouvons, au début, deux actions qui parurent longtemps suffisantes pour donner pleine sécurité aux pupilles: le *crimen suspecti tutoris*, et l'*actio de rationibus distrahendis*. Plus tard seulement, apparurent les actions *tutelæ directa et contraria*.

1°. *Crimen suspecti tutoris.* — La loi des XII Tables avait autorisé la poursuite du tuteur qui, au cours de la tutelle, se rendait coupable à l'égard du pupille de dol ou de négligence grossière assimilée au dol (1, § 2, et 7, § 1. Dig., *De suspect. tutor*, XXVI, 10). La poursuite, *crimen suspecti tutoris*, tendait à faire écarter de la tutelle le tuteur suspect. On admit toute personne, à l'exception du pupille, à intenter cette action, qui pouvait atteindre les tuteurs légitimes, testamentaires ou désignés par le magistrat. L'action était portée à Rome devant le préteur, et dans les provinces devant le magistrat gouverneur, sans renvoi devant le *judex*. Elle n'était ouverte que pendant la durée de la tutelle, puisque son effet,

(3) Accarias, t. I, nº 141-2°.
(4) Accarias, t. I, nº 141-1°.

lorsqu'elle aboutissait, était de faire écarter le tuteur qui était remplacé alors par un tuteur désigné par le magistrat (V. nos 115, 125). Le tuteur écarté comme suspect encourait l'infamie, lorsqu'il était reconnu coupable de dol. Pour des faits d'une haute gravité, il pouvait être frappé de peines corporelles (1).

2°. *Actio de rationibus distrahendis*. — Cette action, qui n'est donnée qu'au pupille ou à ses héritiers, ne pouvait être intentée qu'à la fin de la tutelle, à raison des soustractions frauduleuses commises par le tuteur au préjudice du pupille. Elle tendait à faire obtenir à ce dernier le double de la valeur des choses détournées : la moitié de la condamnation encourue représentant l'indemnité due pour le vol, l'autre moitié constituant une peine (1, § 19-24; 2. Dig., *De tutelæ et rat. distrah.*, XXVII, 3) (2).

3°. *Actions tutelæ directa et contraria*. — Ces actions sont d'une époque moins ancienne que les deux précédentes. L'action *tutelæ directa* a été introduite en premier lieu, l'action *tutelæ contraria* n'a été introduite que plus tard. L'action *tutelæ directa* est, comme son nom l'indique, celle qui dérive naturellement de la tutelle au profit du pupille. Elle est la sanction de l'obligation imposée au tuteur de rendre compte (V. n° 124). Elle n'était ouverte qu'à la fin de la tutelle, et permettait d'obtenir du tuteur indemnité à raison de tous les actes qu'il avait accomplis en cette qualité, ou de tous ceux qu'il avait négligé d'accomplir. C'est ainsi qu'elle était donnée contre le tuteur qui avait, mal à propos, donné ou refusé son *auctoritas*, qui avait mal géré ou négligé de gérer, qui avait touché des sommes ou acquis des biens pour le compte du pupille et qui ne les restituait pas (3). Quant à

128. — (1) Accarias, t. I, n° 160. Les *humiliores* seuls pouvaient, semble-t-il, encourir des peines corporelles (1, § 8. Dig., *De susp. tutor.*, XXVI, 10.)

(2) Accarias, t. I, n° 162.

(3) L'*actio de rationibus distrahendis* subsista à côté de l'*actio tutelæ directa*, mais l'exercice de l'une exclut nécessairement l'autre (1, § 21. Dig., *De tutelæ et rat. distrah.*, XXVII, 3).

l'action *tutelæ contraria* elle permettait au tuteur de se faire indemniser par le pupille de toutes les sommes qu'il avait déboursées pour son compte. Nous avons déjà vu (V. n° 123) qu'en établissant cette action au profit du tuteur, on assurait par là même la bonne administration des biens du pupille; les tuteurs étant désormais obligés de gérer, puisqu'ils étaient sûrs d'obtenir le remboursement de leurs avances. L'action contraire ne pouvait d'ailleurs être intentée avant la fin de la tutelle (4).

129. — *Garanties contre l'insolvabilité du tuteur.* — Créancier du tuteur à la suite de l'administration de celui-ci, le pupille était exposé aux risques de l'insolvabilité de son débiteur. On arriva à le mettre à l'abri de ce danger par les moyens suivants : 1° On imposa à certains tuteurs l'obligation de fournir des fidéjusseurs, contre lesquels le pupille pouvait agir par l'action *ex stipulatu* née de la fidéjussion (V. n° 127-1°). 2° On donna au pupille, créancier du tuteur, un *privilegium* qui lui permettait d'être payé avant tous autres créanciers, sauf les créanciers hypothécaires. Constantin transforma ce *privilegium* en une hypothèque, frappant tous les biens du tuteur et prenant toujours rang du jour où la tutelle avait commencé (V. art. 2121, 2135, C. civ.). 3° Enfin, les pupilles avaient une action contre les magistrats municipaux chargés d'exiger du tuteur des fidéjusseurs solvables. Cette action fut établie par un sénatusconsulte rendu sous Trajan, pour le cas où les magistrats municipaux auraient négligé d'exiger des fidéjusseurs ou se seraient contentés de fidéjusseurs insolvables. Elle n'était possible qu'une fois la tutelle finie, et après que le pupille avait poursuivi le tuteur et ses fidéjusseurs sans pouvoir obtenir paiement intégral. Aussi était-elle appelée *actio subsidiaria* (Dig., *De magistr. conven.*, XXVII, 8; 5. Cod., *De magistr. conven.*, V, 75) (1).

(4) Accarias, t. I, n° 161.

129. — (1) Pour compléter le tableau de ces garanties, mentionnons la

Tutelle des femmes pubères (1).

130. — Parvenues à l'âge de puberté, les femmes n'étaient pas, comme les hommes, libres de toute tutelle. Pour elles, la tutelle se prolongeait pendant toute la vie. Cette tutelle des femmes pubères est encore un legs de l'âge patriarcal. Elle est la conséquence de la constitution de la famille, et de la position subordonnée qui y est faite à la femme. Dans la famille patriarcale, en effet, les biens demeurent perpétuellement affectés à l'entretien du culte des ancêtres, et pour leur assurer cette destination, il est nécessaire qu'ils ne sortent pas des mains des membres de la famille. Or, lorsqu'un *pater* laissait, en mourant, des filles comme héritières, il était à craindre que celles-ci ne dissipassent leur part du patrimoine paternel, ou ne la fissent passer, en se mariant avec *manus*, dans une famille étrangère. On évitait ce résultat en les plaçant en tutelle perpétuelle. Aussi la tutelle des femmes, comme celle des impubères à son origine, est-elle une institution non de protection mais de défiance. A l'époque de la maturité du droit, lorsque la tutelle des femmes est en pleine voie de décadence, les jurisconsultes ne comprennent plus eux-mêmes la raison d'être de cette tutelle. Le motif tiré de la *levitas animi*, de l'*infirmitas sexus* (G. I, 190; Ulp., *Reg.*, XI, 1) leur paraît peu concluant. Ils auraient dû cependant être frappés, comme le fut l'un d'eux, Gaius, de l'existence d'une institution semblable chez beaucoup d'autres peu-

restitutio in integrum donnée par le préteur au pupille pour lui permettre de faire rescinder les actes, même valables, faits par lui, agissant seul ou avec l'*auctoritas tutoris* ou faits par le tuteur. Mais la *restitutio in integrum* étant un *ultimum subsidium*, elle n'était accordée que si les diverses actions qu'il pouvait intenter contre les tiers en vertu du droit commun, contre son tuteur, les fidéjusseurs de celui-ci et contre les magistrats municipaux étaient demeurées inefficaces. Plus donc on multiplia le nombre des garanties données au pupille contre la mauvaise administration ou l'insolvabilité de son tuteur, plus on mit les tiers à l'abri de la *restitutio*.

130. — Accarias, t. I, nos 163-165; Ortolan, t. II, nos 254-262.

ples [2] (G. I, 193). Gaius, d'ailleurs, avec une perspicacité fort rare de son temps, indique le véritable et unique motif de cette tutelle : la conservation des biens de la femme dans l'intérêt des tuteurs, c'est-à-dire des membres de la famille civile (G. I, 192).

La tutelle des femmes, outre l'intérêt qu'elle présente pour l'histoire des institutions primitives, permet de se rendre un compte exact des principes qui régissaient primitivement la tutelle des impubères, laquelle s'inspire du même esprit. Comme la tutelle des femmes ne s'est pas modifiée dans le cours des temps, pour se transformer en mesure de protection, les textes qui en traitent sont restés purs de tout compromis entre les deux principes qui ont tour à tour dominé la théorie de la tutelle des impubères. Ils expriment donc fidèlement l'état du droit ancien des tutelles.

I. Délation de la tutelle.

131. — On retrouve ici, comme pour les impubères, trois modes de délation de la tutelle : la tutelle légitime, la tutelle testamentaire, la tutelle déférée par le magistrat.

1°. *Tutelle légitime.* — Cette tutelle, la plus ancienne de toutes, s'applique d'abord aux femmes pubères, qui sont devenues *sui juris* sans émancipation ou affranchissement. La loi des XII Tables confiait la tutelle, en ce cas, aux agnats de la femme et à défaut d'agnats aux *gentiles* (G. I, 157). La tutelle légitime des femmes présente donc une organisation identique à celle de la tutelle légitime des impubères, sauf certaines règles communes au début aux deux tutelles, et qui, plus tard, demeurèrent propres à la tutelle des femmes. C'est ainsi que la tutelle légitime des femmes pouvait appartenir à

(2) C'est ainsi que la tutelle des femmes se retrouve dans le droit hindou, où elle est encore actuellement en usage, en Europe dans le droit grec antique, et dans les lois des peuples scandinaves d'où elle n'a disparu qu'à une époque assez rapprochée de la nôtre. Gide, *Étude sur la condition privée de la femme*, édit. Esmein, p. 103 et suiv.; Fustel de Coulanges, *La cité antique*, liv. II, ch. 8; S. Henri Maine, *l'Ancien droit*, pp. 144, 145.

un agnat impubère, *furiosus,* sourd ou muet (G. I, 179, 180), et il est très probable qu'il en fut longtemps de même dans la tutelle légitime des impubères, jusqu'à ce qu'on vit là une cause d'incapacité pour le tuteur (1). C'est ainsi encore que la tutelle légitime des femmes était transmissible par voie d'*in jure cessio*. Le tuteur cédait alors non son titre de tuteur, mais son droit à l'exercice de la tutelle (G. I, 168-170). Cette cession de la tutelle n'était pas admise à l'égard de la tutelle des impubères. Gaius essaie d'expliquer cette différence, par la raison que la tutelle des femmes est plus onéreuse que celle des pupilles, puisqu'elle dure jusqu'au décès de la femme, tandis que la tutelle des impubères finit à leur puberté. Mais ce motif est sans valeur, puisque la tutelle testamentaire des femmes était incessible. La vérité est que la tutelle légitime était un droit pour le tuteur, et qu'il pouvait en disposer, absolument comme il pouvait céder ses droits à la succession *ab intestat*. Aussi y a-t-il de justes raisons de penser que le même droit appartenait au tuteur légitime des impubères dans le principe (2). La tutelle légitime s'appliquait aussi à la femme devenue *sui juris* à la suite d'un affranchissement. La femme était alors placée sous la tutelle du patron ou des enfants du patron (G. I, 165). De même, lorsque la femme était devenue *sui juris* par émancipation, la tutelle appartenait au *manumissor* ou à ses enfants, et elle prenait le nom de tutelle légitime seulement dans le cas où le père jouait le rôle de *manumissor*.

2°. *Tutelle testamentaire.* — La tutelle testamentaire permit de battre en brèche la tutelle agnatique. Le *pater* pouvait, pour éviter la tutelle des agnats à sa fille impubère, lui nommer un tuteur par son testament. Elle conservait ce tuteur lorsqu'elle parvenait à la puberté (G. I, 145). Le *pater*

131. — (1) Accarias, t. I, nos 137, 164.

(2) On peut également conjecturer que la tutelle légitime des femmes n'était possible que lorsque la femme avait à titre d'héritière recueilli tout ou partie de la succession paternelle. C'est du moins ce qui semble résulter de la *laudatio funebris* de *Turia* (linea. 15 20). Accarias, t. I, no 164

pouvait aussi, par testament, désigner un tuteur à sa fille pubère. Enfin, celui qui avait la *manus* sur la femme pouvait lui donner un tuteur testamentaire, puisqu'elle était vis-à-vis de lui *loco filiæ* (G. I, 148). Signalons ici l'institution originale de la *tutoris optio*, le mari pouvant laisser par testament à sa femme *in manu* le droit de choisir elle-même son tuteur, qui s'appelait alors *tutor optivus* (3). Il est clair que cette *tutoris optio* n'est pas aussi ancienne que l'institution elle-même de la tutelle, car elle laisse à la femme une trop grande liberté, et lui permet de faire porter son choix sur des tuteurs trop complaisants. Elle est donc un signe certain de la décadence de la tutelle des femmes.

3°. *Tutelle déférée par le magistrat.* — Il y avait lieu pour le magistrat de nommer un tuteur à la femme pubère, dans le cas où elle n'avait ni tuteur légitime ni tuteur testamentaire, et dans le cas où le tuteur déjà en fonctions ne pouvait, par suite d'absence ou d'incapacité, *præstare auctoritatem* (G. I, 173, 180, 181).

II. Fonctions du tuteur.

132. — A la différence du tuteur des impubères, le tuteur des femmes n'a d'autre fonction que de *præstare auctoritatem.* Il n'intervient donc jamais pour gérer (Ulp., *Reg.*, XI, 25). Tel fut longtemps, et pour le même motif, le seul rôle du tuteur des impubères. La femme pubère, en effet, n'est point incapable, elle peut agir seule. Mais comme on se défie de sa *levitas animi*, on exige qu'elle soit assistée de son tuteur lorsqu'il s'agit d'un acte important qui pourrait compromettre son patrimoine, et, par suite, porter atteinte aux droits de ses successeurs *ab intestat*. Les actes qui nous sont signalés comme ne pouvant être faits par la femme

(3) On distinguait l'*optio plena* ou droit pour la femme de se choisir elle-même un tuteur autant de fois qu'elle le voudrait, et l'*optio angusta*, cas auquel le choix ne pouvait s'exercer qu'un certain nombre de fois (G. I, 151-153).

qu'avec l'*auctoritas tutoris* sont : la *legis actio* et, par suite, l'*in jure cessio* et l'affranchissement *vindicta* qui sont des fictions de la *legis actio*, la *mancipatio* et le testament, l'adition d'hérédité et tout acte entraînant une obligation à sa charge (G. I, 192; III, 108). Pour les autres actes, la femme peut les faire seule. Il résulte de là que le tuteur n'ayant jamais à administrer, n'avait aucun compte à rendre à la fin de la tutelle et n'était pas exposé à l'action *tutelæ directa* (G. I, 191).

A mesure que la tutelle des femmes perdit de son importance, le rôle du tuteur devint de plus en plus insignifiant. Presque toujours, les tuteurs légitimes se trouvaient écartés par des tuteurs testamentaires qui, n'étant plus les héritiers *ab intestat* de la femme, n'avaient aucun intérêt à refuser leur *auctoritas* à celle-ci. Aussi Gaius nous dit-il que, de son temps, le tuteur n'interpose plus guère son *auctoritas* que *dicis gratia*, par respect des formes, et que souvent même le magistrat intervient pour le contraindre à la donner (G. I, 190). Seule, la tutelle légitime du patron et du *pater* émancipateur a conservé quelque force, en ce sens que les tuteurs ne peuvent être contraints de *præstare auctoritatem* à la femme qui voudrait faire son testament, aliéner ses *res mancipi* ou contracter des obligations (G. I, 192).

III. Causes de cessation de la tutelle.

133. — La tutelle des femmes étant perpétuelle ne cessait en principe que *ex parte tutoris*. Toutefois elle prenait fin *ex parte feminæ* : 1° lorsque la femme mourait ou tombait *in manu*; 2° lorsqu'elle était choisie comme Vestale, la loi des XII Tables ayant dispensé les Vestales de la tutelle (G. I, 145); 3° lorsqu'étant ingénue, elle avait trois enfants, ou quatre étant affranchie, bénéfice ou *jus liberorum* établi par les lois *Julia* et *Papia Poppæa* (G. I, 145, 194).

A l'époque de Cicéron, la tutelle des femmes était en voie de décadence. On a vu le procédé qu'avaient imaginé les ju-

ristes pour leur permettre d'échapper à la tutelle des agnats (V. n° 106). La possibilité pour le père de désigner un tuteur testamentaire, la *tutoris optio* laissée à la femme *in manu*, étaient autant d'atteintes apportées aux droits des agnats. Sous Claude, une loi supprima tout à fait cette tutelle légitime (G. I, 157, 171). La tutelle testamentaire et celle déférée par le magistrat subsistèrent, mais perdant de plus en plus tout caractère sérieux. Aucune loi ne vint abroger expressément cette institution, qu'on trouve encore mentionnée dans un rescrit de Dioclétien, mais qui semble avoir tout à fait disparu sous Constantin.

CURATELLE.

134. — *Personnes placées en curatelle.* — Les diverses applications de la curatelle sont les unes au moins aussi anciennes que la tutelle, les autres de date plus récente. La coutume, la loi, les magistrats ont successivement introduit des cas divers de curatelle, au fur et à mesure que les nécessités de la pratique et le désir de remédier à certaines situations exceptionnelles, exigeaient la création d'une curatelle nouvelle. Dans le dernier état du droit, la curatelle s'applique habituellement à des personnes pubères et *sui juris*, lorsque ces personnes sont frappées de folie, interdites pour prodigalité, ou mineures de vingt-cinq ans. Elle peut aussi, mais exceptionnellement, s'appliquer à des impubères placés en tutelle.

Curatelle des fous et des prodigues.

135. — Ces deux applications de la curatelle sont, sans contredit, les plus anciennes. Elles remontent à la loi des XII Tables, qui n'a fait sans doute, en les consacrant, que sanctionner un usage coutumier. Le fou et le prodigue, si on leur laissait l'administration de leurs biens, les dissiperaient au préjudice de leurs héritiers légitimes. La création de la

curatelle s'imposait donc ici pour des raisons du même ordre que celles qui avaient fait établir la tutelle. Certaines conditions étaient d'ailleurs exigées pour que les fous et les prodigues fussent soumis à la curatelle. C'est ainsi que tous les individus atteints d'aliénation mentale n'étaient pas placés en curatelle par la loi des XII Tables, mais ceux-là seulement qu'on appelait *furiosi*, c'est-à-dire ceux chez qui la perte des facultés mentales ne constitue pas un état permanent, mais admet des intervalles lucides. Les insensés, *insani, mente capti,* qui étaient dans un état constant d'imbécillité, n'étaient pas soumis à la curatelle (Cicéron, *De invent.*, II, 50; *Tusculan,* III, 5; § 3. Inst., *De curat.*, I, 23). Pour ces derniers on avait pensé sans doute que leur état continuel de démence faisait obstacle à des actes de dissipation préjudiciables aux héritiers *ab intestat*. Quant aux prodigues, ils n'étaient soumis à la curatelle qu'après avoir été interdits par décret du magistrat. La loi ne faisait que sanctionner à cet égard la coutume ancienne qui avait confié à la *gens* le droit d'enlever au prodigue l'administration de ses biens. Ce n'est que plus tard que ce pouvoir fut conféré au magistrat. Mais ceux-là seulement étaient interdits comme prodigues qui dissipaient follement les biens provenant de la succession *ab intestat* de leur père ou de leurs ancêtres paternels, et portaient ainsi atteinte aux droits de la famille civile (1). Quant aux biens qu'ils avaient acquis par leur travail ou même par l'effet d'une institution d'héritier faite à leur profit par leur père, ils n'étaient plus considérés comme venant de famille, *bona paterna avitaque,* et pouvaient être dissipés sans provoquer l'interdiction (Ulp., *Reg.*, XII, 3). Les personnes appelées à la curatelle du *furiosus* et du prodigue étaient les agnats, et à leur défaut les *gentiles* (2).

135. — (1) Telle est la conséquence que l'on peut tirer de la formule de l'interdiction que nous a conservée Paul (*Sent.*, III, 4ª, § 7) : *Quando tu bona paterna avitaque nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re, commercioque interdico.*

(2) La loi des XII Tables s'exprimait ainsi : *Si furiosus escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto* (Cicéron, *De invent.*, II, 50).

La législation des XII Tables n'avait eu en vue, on le voit, que la conservation des biens dans la famille. C'est ce qui explique ses lacunes. Elles furent comblées lorsque la curatelle, suivant en cela les transformations de la tutelle, tendit à devenir une institution de protection. C'est ainsi que : 1° on traita comme les *furiosi* : les *mente capti*, les sourds, les muets, et tous ceux qui *perpetuo morbo laborant* (§ 4. Inst., *De curat.*, I, 23); 2° on permit d'interdire ceux qui dissipaient follement leurs biens, quelle qu'en fût l'origine (Ulp., *Reg.*, XII, 3); 3° on soumit à la curatelle les affranchis fous ou prodigues, bien qu'ils n'eussent pas d'agnats. Dans ces nouvelles applications, la curatelle n'est déférée ni aux agnats, ni aux *gentiles*, mais à une personne désignée par le magistrat. Tel est encore le droit à l'époque de Justinien.

Curatelle des mineurs de vingt-cinq ans.

136. — Dans la rigueur des principes anciens, la pleine capacité commençait dès qu'on avait dépassé l'âge de puberté. Mais l'arrivée de la puberté ne coïncidant jamais avec la maturité de l'intelligence et la connaissance des choses de la vie pratique, il en résultait que des enfants sans expérience étaient considérés par le droit comme ayant la même capacité que des hommes faits. Cette situation n'offrait aucun inconvénient pour les femmes qui étaient placées en tutelle perpétuelle. Il n'en était pas de même pour les hommes. Aussi estima-t-on qu'il était utile de les protéger jusqu'à un certain âge. Les tentatives que l'on fit dans ce but, n'aboutirent pas immédiatement à la création d'une application nouvelle de la curatelle. Il y eut à cet égard divers systèmes que nous allons exposer dans l'ordre chronologique.

137. — 1°. *Système de la loi Plætoria.* — La loi *Plætoria*, dont la date exacte est inconnue, mais qui est de l'époque de la République, distinguait, parmi les hommes pubères, ceux

qui avaient dépassé l'âge de vingt-cinq ans, *majores* XXV *annis*, et ceux qui n'ayant pas dépassé cet âge, *legitima ætas*, étaient appelés *minores* XXV *annis*. Aux majeurs de vingt-cinq ans elle reconnaissait une pleine capacité, et elle ne se préoccupait des mineurs que pour les protéger contre les fraudes dont ils pourraient être victimes, *circumscriptio adolescentium*. Une action publique, ouverte à tous les citoyens, était donnée contre celui qui abusait de l'inexpérience du mineur, et cette action entraînait l'infamie (Cicéron, *De officiis*, III, 15. *De natur. deorum*, III, 30) (1). Il est évident que la crainte d'encourir une accusation de fraude devait empêcher les tiers de traiter avec les mineurs. L'excès de protection aurait pu, comme il arrive souvent, nuire aux personnes protégées, en leur enlevant tout crédit. Aussi est-il probable que la loi donnait au mineur le droit de se faire assister d'un curateur spécial, dont la présence permettait d'écarter tout soupçon de fraude, et donnait ainsi pleine sécurité aux tiers. La loi *Plætoria*, sans avoir été abrogée expressément, disparut de la pratique, à mesure que se généralisa l'emploi du remède prétorien de la *restitutio in integrum* appliqué aux mineurs (2).

138. — 2°. *Droit prétorien. Restitutio in integrum.* — Lorsque le préteur eut introduit l'*exceptio doli*, le mineur de vingt-cinq ans qui se prétendait victime des manœuvres frauduleuses des tiers, put l'opposer. Mais, pour réussir par ce moyen, il lui fallait prouver le dol de son adversaire, preuve toujours fort difficile à administrer, ceux qui pratiquent le dol cherchant à dissimuler du mieux qu'ils peuvent

137. — (1) La loi *Plætoria* allait-elle plus loin? Donnait-elle au mineur le droit de paralyser par une exception les effets de l'acte qu'il avait consenti? Lui donnait-elle une action en indemnité contre l'auteur des manœuvres frauduleuses dont il avait été la victime? Ce sont là des questions sur lesquelles la lumière n'est pas faite. Accarias, t. I, n° 168.

(2) La loi *Plætoria* est encore mentionnée dans la *lex Julia municipalis*, qui déclarait les personnes condamnées en vertu de la loi, incapables de faire partie de l'*Ordo* ou corps des décurions.

leurs manœuvres coupables. D'ailleurs l'exception de dol n'est qu'un moyen de repousser une action, en sorte que si le mineur avait volontairement exécuté l'acte conclu par lui avec le tiers, il était dans l'impossibilité de reprendre ce qu'il avait livré. Même, en admettant, ce qui est douteux (V. n° 137, note 1), que la loi *Plætoria* lui eut donné une action en indemnité, il lui eût fallu pour triompher, prouver qu'il avait été *circumscriptus*, preuve non moins difficile que celle du dol (3). Ajoutons que l'inexpérience du mineur pouvait lui avoir fait contracter des obligations peu avantageuses pour lui sans qu'il y eut dol ou fraude de la part du tiers contractant, cas auquel l'*exceptio doli* et les voies de droit de la loi *Plætoria* lui échappaient absolument. C'est dans ces conditions que le préteur permit aux mineurs d'invoquer le bénéfice de la *restitutio in integrum*. On désignait sous ce nom une décision par laquelle le magistrat, *cognita causa*, rescindait un acte valable en droit, et remettait les choses dans l'état où elles étaient avant cet acte (4). Grâce à ce secours extraordinaire, le mineur se faisait restituer contre toutes les conséquences préjudiciables de l'acte qu'il avait conclu (1, pr. Dig., *De minoribus* XXV *annis*, IV, 4). Cet *auxilium prætoris* ne paraît avoir été accordé d'abord aux mineurs qu'à raison des actes qu'ils avaient faits seuls. Il fut étendu ensuite au cas où l'acte avait été fait par le mineur avec l'assistance de son curateur, et même par le curateur seul (5).

La *restitutio in integrum* n'était possible qu'à deux conditions. 1° L'acte attaqué par le mineur devait lui avoir causé une lésion, c'est-à-dire un préjudice entraînant dimi-

(3) Quant à l'action de dol, elle supposait aussi la preuve du dol.

(4) Nous verrons dans le second volume que la *restitutio in integrum* était accordée également aux majeurs de vingt-cinq ans, mais dans des cas exceptionnels.

(5) Accarias, t. I, n° 472. Nous avons déjà vu qu'on avait également admis les pupilles à invoquer le bénéfice de la *Restitutio in integrum* (V. n° 129, note 1), et on finit par l'accorder aux fils de famille mineurs de vingt-cinq ans (3, § 4, Dig., *De minoribus* XXV *annis*, IV, 4).

nution du patrimoine ou privation d'un gain espéré. Mais la lésion ne donnait ouverture à la *restitutio* que lorsqu'elle avait sa cause dans l'inexpérience du mineur, *fragilitas, infirmitas consilii, lubricum ætatis* : par exemple, s'il avait vendu à des conditions désavantageuses, ou dissipé les deniers qui lui avaient été payés à titre de prix. Que si la lésion éprouvée provenait d'un cas fortuit, il ne pouvait plus être question de *restitutio*. En tout cas, le préteur ne pouvait prendre en considération qu'une lésion de réelle importance (6). 2° La *restitutio* n'était admise qu'à titre d'*ultimum subsidium*, c'est-à-dire à défaut de tout autre moyen de droit destiné à faire tomber l'acte ou à indemniser le mineur. Ainsi, elle n'était pas possible, lorsque le mineur pouvait faire annuler l'acte pour une cause quelconque, ou lorsqu'il pouvait agir efficacement en indemnité contre le tiers contractant ou même contre son curateur, les fidéjusseurs de celui-ci et les magistrats municipaux. On conçoit, d'ailleurs, que la *restitutio* ne fût accordée qu'à défaut de toute autre voie de recours, puisqu'elle pouvait atteindre les tiers de bonne foi. Il y avait là un danger pour la sécurité des transactions, et, par contre coup, pour le crédit du mineur. Aussi les tiers se gardaient-ils de traiter avec les mineurs non pourvus au préalable d'un curateur spécial. En pareil cas, le mineur ne pouvait se faire restituer *in integrum* que lorsque son action en responsabilité contre le curateur, les fidéjusseurs de celui-ci et les magistrats municipaux était demeurée inefficace. Le tiers contractant restait donc en droit exposé à la *restitutio*, en fait il y échappait le plus souvent (7).

139. — 3°. *Droit impérial. Curateurs permanents.* — On voit que depuis la loi *Plætoria*, les mineurs de vingt-cinq

(6) V. pour plus de détails, Accarias, t. I, n° 173-1°.

(7) Le préteur ayant à examiner si les deux conditions auxquelles était subordonné l'octroi de la *restitutio*, étaient remplies, on comprend pourquoi elle n'était accordée que *cognita causa*.

ans étaient souvent assistés par un curateur. Mais ce curateur n'était jamais désigné que pour une affaire spéciale, après laquelle ses fonctions prenaient fin. Ce serait Marc Aurèle qui, le premier, aurait permis aux mineurs de se faire donner, par le magistrat, un curateur général et permanent. Mais ils ne pouvaient être contraints d'en recevoir un dans ces conditions (Julius Capitolinus, *Vie de Marc-Aurèle*, 10, 13, § 2. Dig., *De tutor. et curator.*, XXVI, 5). Tel est encore l'état du droit sous Justinien. On peut le résumer dans les deux règles suivantes : 1° En principe, le curateur n'est pas imposé au mineur. Il ne lui est désigné que sur sa demande, par le magistrat chargé de nommer les tuteurs aux impubères (§ 1. Inst., *De curat.*, I, 23). Le mineur peut, d'ailleurs, demander un curateur spécial pour une affaire déterminée, ou un curateur général et permanent. Cette faculté ainsi laissée aux mineurs de demander un curateur, est contraire aux idées nouvelles relatives à la protection due aux incapables. Elle s'explique cependant par le respect qu'avaient les Romains pour les principes anciens d'après lesquels le mineur n'était point incapable, puisqu'il était pubère et *sui juris*. C'était aux tiers à exiger, avant de traiter, l'assistance d'un curateur. 2° C'est précisément pour cela que les tiers étaient en droit d'imposer au mineur la nomination d'un curateur spécial, lorsqu'il s'agissait d'actes qu'ils ne pouvaient se dispenser de faire avec lui : par exemple, lorsqu'ils avaient un procès avec le mineur, un paiement à effectuer entre ses mains. Dans ces cas, le curateur une fois son assistance donnée, cessait ses fonctions. Le tuteur devait également faire donner un curateur au pupille sortant de tutelle, à l'effet de lui rendre ses comptes et de lui restituer ses biens. Une fois les comptes rendus et les biens restitués, ce curateur devait-il rester en fonctions. On l'a prétendu et on admet que ceux-là, parmi les mineurs, sont placés nécessairement sous une curatelle générale et permanente qui sortent de tutelle. Les autres ne seraient en curatelle que sur leur demande, sauf les cas exceptionnels où les tiers ont le droit d'exiger un

curateur. Nous repoussons cette opinion comme purement hypothétique (1).

Curatelle des pupilles.

140. — Dans certains cas exceptionnels, les pupilles, bien qu'étant en tutelle, pouvaient en outre recevoir un curateur. Il en était ainsi lorsque le tuteur réussissait à faire admettre une excuse temporaire, lorsque le pupille avait un procès contre son tuteur, du moins sous Justinien, car auparavant on lui nommait un tuteur spécial (V. nos 115, 122); enfin, lorsque le tuteur était inhabile à administrer ou absent pour le service de l'État (1).

Effets de la curatelle.

141. — Nous suivrons ici le même ordre que pour la tutelle : nous déterminerons d'abord la capacité des personnes en curatelle, pour parler ensuite des fonctions du curateur.

Capacité des personnes en curatelle.

1°. *Personnes atteintes d'aliénation mentale.* — Le *furiosus*, considéré comme pleinement capable dans ses intervalles lucides, *intermissionis tempore*, était absolument incapable dans ses moments de folie. Tous les actes qu'il faisait alors étaient nuls, comme émanant d'une personne qui n'a pas consenti. Il n'y avait pas à distinguer ici, comme pour le pupille, entre les actes rendant la condition meilleure et ceux la rendant pire. Il ne pouvait, en effet, être question

139. — (1) V. Accarias, t. I, nº 169, qui admet l'opinion rejetée au texte.

140. — (1) Accarias, t. I, nº 170.

de faire assister le *furiosus* par son curateur pour les actes de cette dernière catégorie : car, si l'on comprend le tuteur venant compléter une volonté imparfaite comme celle du pupille, on ne concevrait pas le curateur venant fortifier une volonté qui fait complètement défaut. En somme, le *furiosus* passait par des alternatives d'incapacité et de capacité absolue, et cet état intermittent n'allait pas sans de graves inconvénients pratiques. Pour chacun des actes du *furiosus* devait se poser, en fait, la question de savoir s'il avait ou non été accompli dans un intervalle lucide. Le droit romain ne paraît pas cependant avoir renoncé à faire cette distinction que notre droit civil a sagement écartée (V. art. 489 C. civ.). Quant au *mente captus*, son incapacité était absolue et sans intermittence (1).

2°. *Prodigues.* — Le prodigue, au point de vue de la capacité, est assimilé au pupille sorti de l'*infantia*. Il peut donc agir seul dès qu'il veut rendre sa condition meilleure, mais ne peut agir qu'avec le *consensus curatoris* lorsque l'acte rend sa condition pire (9, § 7. *De rebus credit.*, XII, 1). Cette incapacité partielle commençait avec l'interdiction, et se continuait sans temps d'arrêt jusqu'au jour où l'interdiction cessait (2).

3°. *Mineurs de vingt-cinq ans.* — Le mineur de vingt-cinq ans est pleinement capable. Il peut donc agir seul, alors même que l'acte rendrait sa condition pire. Nous avons vu dans quelle mesure ce principe du droit civil était tempéré par le recours au remède prétorien de la *restitutio in integrum* (V. n° 138). Une seule restriction fut apportée à cette pleine capacité reconnue en droit civil aux mineurs de vingt-cinq ans. On finit par leur appliquer le sénatusconsulte de Septime-Sévère relatif à l'aliénation des *prædia rustica vel suburbana*. Les dispositions de ce sénatusconsulte ne concernant en effet que les curateurs, il était illogique de permettre

141. — (1) Accarias, t. I, n° 171.
(2) Accarias, t. 1, n° 171.

au mineur agissant seul ou avec le *consensus curatoris* un acte qu'on interdisait au curateur (V. n° 124). Après l'innovation de Marc-Aurèle (V. n° 139), il semble toutefois qu'on ait été amené à distinguer, au point de vue de la capacité, suivant que le mineur avait ou non un curateur permanent. Dans le cas où il s'en était fait donner un, il pouvait être considéré comme ayant proclamé lui-même sa propre incapacité, et comme s'étant volontairement placé dans la situation du prodigue interdit (3. Cod., *De in integr. restitut.*, II, 22), aussi était-il déclaré incapable dans la même mesure que ce dernier. Quant au mineur qui n'avait pas réclamé un curateur permanent, il restait capable comme auparavant.

Malgré l'institution d'une curatelle permanente, et la possibilité pour le mineur de se faire toujours assister d'un curateur spécial, les tiers qui traitaient avec les mineurs n'étaient jamais à l'abri d'une *restitutio in integrum*. C'était là une cause d'insécurité pour les transactions, et la ruine du crédit des mineurs. C'est la remarque que fait le jurisconsulte Paul (24, § 1. Dig., *De minoribus*, IV, 4), en recommandant au préteur de n'accorder la *restitutio* qu'avec la plus grande réserve. Les empereurs allèrent plus loin, en introduisant la *venia ætatis*, qu'on voit apparaître seulement au IIIe siècle. Un rescrit impérial accordait cette faveur aux mineurs qui en faisaient la demande : aux hommes à partir de vingt ans accomplis, aux femmes (3) à partir de dix-huit ans accomplis. La *venia ætatis* obtenue mettait fin à la curatelle permanente et rendait impossible son rétablissement dans l'avenir. Elle faisait aussi obstacle à l'emploi de la *restitutio in integrum*. Le mineur restait cependant soumis à l'application du sénatusconsulte de Septime-Sévère pour l'aliénation des immeubles (4). L'âge de la majorité se trouvait donc, en définitive, avancé. C'était là une sorte de moyen terme entre les deux systèmes extrêmes qui avaient successivement été adoptés : celui du

(3) A cette époque en effet, la tutelle des femmes ayant disparu, la curatelle s'applique aussi bien aux femmes mineures de vingt-cinq ans qu'aux hommes.

(4) Accarias, t. I, n° 174.

droit civil qui considérant les mineurs comme capables au sortir de la puberté, les exposait à tous les périls, celui du préteur qui prolongeait outre mesure le délai de la minorité et nuisait au crédit du mineur par excès de protection (5).

Fonctions du curateur.

142. — Pas plus que le tuteur, le curateur n'a à s'occuper de la garde de la personne en curatelle, sauf cependant le curateur du fou qui doit veiller à lui assurer des soins destinés à faciliter sa guérison. Pour ce qui est des biens, il faut distinguer deux modes d'intervention du curateur : ou bien il administre, ou bien il donne son *consensus*.

1°. *Administration.* — L'administration est la fonction essentielle du curateur. Aussi oppose-t-on souvent le tuteur au curateur, en disant que le tuteur est donné à la personne, le curateur aux biens. Le tuteur, en effet, complète la personnalité du pupille en lui donnant son *auctoritas*, le curateur soigne, *curat*, les affaires de la personne *in curatione*. Lorsque le curateur administre, il ne représente pas la personne pour qui il gère, mais à la fin de la curatelle, il s'opère, comme en cas de tutelle, un transport d'actions au profit de la personne qui sort de curatelle (V. n° 123).

2°. *Consensus.* — Le curateur peut aussi donner son *consensus* à la personne placée en curatelle, lorsque cette personne agit elle-même. Ce *consensus*, bien qu'ayant quelque analogie avec l'*auctoritas*, en diffère à beaucoup de points de vue. Il n'a pas besoin d'être exprimé en une forme solennelle, n'exige pas la présence du curateur *in ipso negotio*, peut se manifester verbalement ou par écrit, avant ou après l'affaire. Son effet est de valider les actes par lesquels les prodigues interdits et les mineurs de vingt-cinq ans rendent

(5) En traitant comme des majeurs de vingt-cinq ans ceux qui ayant atteint l'âge de raison, obtenaient la *venia ætatis*, le droit impérial aboutissait au résultat qu'a admis notre législation moderne, en fixant à vingt et un ans l'âge de la majorité (art. 388 C. civ.).

leur condition pire, et de garantir les tiers, mais d'une façon imparfaite, nous l'avons vu, contre le risque d'une *restitutio in integrum* (V. n° 138). Il est probable que le *consensus* n'a pas tout d'abord figuré parmi les attributions du curateur. On peut y voir une imitation affaiblie de l'*auctoritas* débarrassée de ses formes solennelles.

Reste à dire dans quels cas le curateur administre, dans quels cas il donne son *consensus*. 1° Pour le *furiosus*, il ne peut être question que d'actes d'administration, dès que l'état de *furor* se produit (V. n° 141). Il en est de même pour le *mente captus*. 2° Lorsqu'il s'agit du prodigue, les deux modes d'intervention peuvent être indifféremment employés. 3° Pour les mineurs de vingt-cinq ans, la solution est la même que pour les prodigues. Mais dans ces deux cas de curatelle, le curateur ne peut intervenir comme administrateur lorsque l'acte est un de ceux qu'on ne peut faire faire par mandataire Le curateur ne peut alors que donner son *consensus*.

Fin de la curatelle et garanties données contre le curateur.

143. — *Fin de la curatelle.* — Comme la tutelle, la curatelle cesse par des causes tenant à la personne du curateur, *a parte curatoris*, ou par des causes tenant à la personne *in curatione*. 1° Les causes de la première catégorie sont : la mort du curateur, son incapacité, la perte des droits d'agnation pour les curatelles légitimes, les excuses, l'exclusion à la suite du *crimen suspecti curatoris* (1). 2° Les causes de la seconde catégorie sont : la mort de la personne en curatelle, la perte de la liberté ou de la cité, l'adrogation. Il faut ajouter à ces causes qui sont applicables à toutes les personnes soumises à la curatelle : la cessation de la folie pour l'individu

143. — (1) Accarias, t. I, n° 176-2°, 6°.

atteint de *furor*, la cessation de l'interdiction pour le prodigue, l'âge de vingt-cinq ans ou l'obtention de la *venia ætatis* pour le mineur.

144. — *Garanties données contre le curateur.* — Nous retrouvons ici, sauf quelques différences, le système de garanties organisées pour la tutelle. 1° C'est ainsi qu'on exige du curateur l'accomplissement des formalités imposées au tuteur avant son entrée en fonctions, notamment la *satisdatio* (V. n° 127). 2° Après l'entrée en fonctions, le curateur est exposé au *crimen suspecti curatoris*, qui peut être dirigé contre lui par le mineur ou le prodigue aussi bien que par les tiers. 3° A la fin de la curatelle on ne donne pas contre le curateur l'*actio de rationibus distrahendis*. Il est exposé seulement à une action en reddition de compte. Cette action n'est pas, comme l'*actio tutelæ* l'est pour la tutelle, une action particulièrement créée pour la curatelle. Le curateur, en effet, n'est considéré que comme un administrateur ordinaire des biens d'autrui, comme une sorte de gérant d'affaires. Aussi donne-t-on contre lui l'*actio negotiorum gestorum directa*, mais seulement à titre utile. On lui permet, d'ailleurs, de se faire indemniser de ses avances par l'*actio negotiorum gestorum contraria utilis*. 4° Enfin, en cas d'insolvabilité du curateur, la personne en curatelle a le droit de poursuivre les fidéjusseurs du curateur par l'action *ex stipulatu*. Elle a également le bénéfice du *privilegium*, qui fut transformé en une hypothèque tacite, du moins au profit des mineurs de vingt-cinq ans. En dernière analyse elle peut aussi exercer l'*actio subsidiaria* contre les magistrats (1).

144. — (1) Accarias, t. I, n° 176-8°.

DE LA CAPITIS DEMINUTIO (1).

145. — *Notion de la capitis deminutio.* — Nous avons étudié les différents rôles que les personnes physiques peuvent être appelées à jouer dans la société. La mort qui met fin à leur existence anéantit en même temps leur personnalité juridique. Ce que devient en pareil cas le patrimoine, nous l'indiquerons lorsque nous étudierons les successions. Mais, il pouvait arriver que, tout en restant en vie, l'individu fût atteint dans sa personnalité juridique qui se trouvait éteinte et remplacée par une personnalité nouvelle. L'état d'une personne dans la société, *caput* ou *status*, peut, en effet, se ramener aux trois éléments suivants : *libertas, civitas, familia* (11. Dig., *De cap. min.*, IV, 5). Le premier fait figurer l'individu au rang des hommes libres, le second au rang des citoyens, le troisième lui assure sa place dans une famille déterminée (2). La *capitis deminutio* consiste dans la perte de l'un de ces trois *status*. La personne juridique est alors éteinte comme si elle était morte : *civili ratione capitis deminutio morti coæquatur* (G. III, 153). Mais, si le *status* ancien disparaît, il est remplacé par un état nouveau, en sorte que la *capitis deminutio* implique toujours un changement d'état, *status permutatio* (G. I, 159). Très souvent ce changement est désavantageux pour la personne qui se trouve placée dans une situation nouvelle moins favorable que l'ancienne, par exemple lorsqu'il y a perte du *status libertatis*. Aussi est-on tenté de considérer dans tous les cas la *capitis deminutio* comme une déchéance. Mais c'est se faire une

145. — (1) Accarias, t. I, nos 177-184; Ortolan, t. II, nos 197-213.

(2) De là trois catégories de personnes : 1° l'esclave qui n'a ni *libertas*, ni *civitas*, ni *familia*, *nullum caput habet* (§ 4. Inst., *De capit. deminut.*, I, 16); 2° l'étranger qui, ne jouissant pas de la *civitas*, n'a point de *familia*; 3° le citoyen qui, seul, jouit d'une personnalité juridique parfaite comme ayant à la fois la *libertas*, la *civitas*, la *familia*.

conception fausse de la *capitis deminutio;* car il y a aussi des hypothèses où l'état ancien est remplacé par un état semblable ou même par une condition meilleure.

146. — *Cas où il y a capitis deminutio.* — De la notion même que nous venons de donner, il faut conclure qu'il n'y a pas lieu à *capitis deminutio,* lorsque l'individu est frappé d'une incapacité qui ne touche pas au *status,* par exemple lorsqu'il est placé en curatelle par suite de *furor* ou de prodigalité. De même la *capitis deminutio* n'est pas encourue par l'effet de certains événements qui, sans toucher au *status,* atteignent le citoyen dans son *existimatio*, c'est-à-dire dans sa dignité comme membre du corps social (1). Mais il suffit qu'il y ait perte de l'un des trois *status* pour qu'il y ait *capitis deminutio.* De là trois formes possibles de *capitis deminutio* :

1°. *Capitis deminutio maxima.* — La *capitis deminutio* est, dans ce cas, la conséquence de l'*amissio libertatis,* soit qu'on devienne esclave *jure civili,* soit qu'on tombe en captivité(2). La personne qui subissait la *capitis deminutio maxima*

146. — (1) L'*existimatio* est définie par le jurisconsulte Callistratus (5, § 1. *De extraord. cognit.,* L, 13) : *Dignitatis illæsæ status.* Ce texte (§§ 3, 2), distingue suivant que l'*existimatio consumitur aut minuitur.* La perte de la liberté, en même temps qu'elle entraîne la *capitis deminutio maxima,* a pour conséquence la perte totale (*consumtio*) de l'*existimatio.* Mais l'*existimatio* peut être atteinte (*minutio*) sans qu'en même temps il y ait une *mutatio status,* et par suite une *capitis deminutio.* Tel était le cas pour le citoyen que la loi des XII Tables déclarait *intestabilis,* pour ceux que les censeurs avaient exclus du Sénat ou notés d'*ignominia,* et plus tard pour tous ceux que l'Édit prétorien considérait comme notés d'infamie (*infamia*) (V. pour l'énumération des personnes notées d'infamie : 1. Dig., *De his qui notantur infamia,* III, 2; *Lex Julia municipalis*). Nous reviendrons sur la théorie de l'infamie dans le tome second.

(2) Lorsqu'on est devenu esclave par l'effet de la captivité, il ne peut être question de *capitis deminutio* que si le captif rentre sur le territoire romain sans avoir droit au *jus postliminii.* En effet, s'il revient et jouit du *jus postliminii,* il est censé n'avoir jamais été fait prisonnier. S'il meurt à l'ennemi, on le suppose mort du jour même où il a été fait captif, et par conséquent il est resté *integri status.*

perdait du même coup son *status civitatis* et son *status familiæ* (G. I, 160). Aussi, la *capitis deminutio maxima* peut-elle être envisagée comme une véritable déchéance; la personne qui en est frappée cessant d'exister *jure civili* et n'ayant plus de *caput*.

2°. *Capitis deminutio media.* — Elle est encourue toutes les fois qu'un citoyen perd la cité, soit à la suite d'une peine, soit parce qu'il renonce à la cité romaine pour être admis dans une autre (G. I, 161). La *capitis deminutio media* entraîne nécessairement la perte du *status familiæ*. Ici encore, la *capitis deminutio* pouvait être considérée, au point de vue romain, comme une déchéance. Toutefois, il est à remarquer que si la personne *capite minuta* est anéantie *jure civili*, elle renaît au moins *jure gentium*.

3°. *Capitis deminutio minima.* — Dans ce cas, ni la *libertas*, ni la *civitas* ne sont perdues, l'individu ne faisant que changer de famille civile (11. Dig., *De capit. min.*, IV, 5; G. I, 162). Il y a donc lieu à cette forme de *capitis deminutio* dans les circonstances suivantes : 1° Dans tous les cas où une personne *sui juris* devient *alieni juris*, c'est-à-dire en cas de *conventio in manum*, d'adrogation, de légitimation. 2° Dans le cas où un *alieni juris* devient *sui juris* par émancipation, l'émancipé, sortant de sa famille civile pour devenir chef d'une famille nouvelle (3). 3° Dans le cas où un *alieni juris* passe sous une autre puissance, à la suite par conséquent d'une adoption, de la *conventio in manum* d'une *filia-familias*, de la constitution du *mancipium* (4). On a essayé de soutenir qu'il n'y avait lieu à *capitis deminutio minima* que lorsque le changement de famille était désavantageux

(3) Il n'y a pas *capitis deminutio* lorsque l'*alieni juris* devient *sui juris* par la mort du *pater*, ou lorsque ce dernier perd la liberté ou la cité, ou lorsque l'*alieni juris* est investi des dignités qui libèrent de la puissance paternelle.

(4) Il en est également ainsi des enfants de l'adrogé nés avant l'adrogation. Mais, lorsque l'aïeul meurt, ses *nepotes ex filio*, jusque-là sous sa puissance, retombent sous celle de leur père, sans être *capite minuti*, car il n'y a pas pour eux changement de famille.

pour la personne, et se traduisait, par conséquent, par une déchéance. C'est ainsi qu'il y aurait *capitis deminutio* toutes les fois qu'une personne *sui juris* devient *alieni juris*, tandis qu'il ne serait pas question de *capitis deminutio* pour la *filiafamilias* tombant *in manu*, laquelle restant *alieni juris* comme auparavant ne voit pas son état changé *in pejorem causam*. Cette opinion doit être rejetée comme étant en contradiction avec les sources (5).

147. — *Effets de la capitis deminutio.* — Il faut se garder ici d'une confusion. La *capitis deminutio* est, ne l'oublions pas, la conséquence de certains événements qui produisent des effets qu'on aurait tort de rattacher à la *capitis deminutio*, bien qu'ils se réalisent en même temps qu'elle. C'est ainsi, tout d'abord, qu'on ne doit pas regarder la perte de la liberté ou de la cité comme des conséquences de la *capitis deminutio maxima* ou *media*, puisque c'est elle, au contraire, qui est le résultat de ces deux événements. De même, la perte du patrimoine qui, dans certains cas, est le résultat de l'*amissio libertatis* ou *civitatis*, n'est pas un effet de la *capitis deminutio* (1). Les seuls effets propres à la *capitis deminutio* dérivent tous de la notion que nous en avons

(5) Pour les partisans de cette opinion, les enfants de l'adrogé, nés avant l'adrogation, ne sont pas *capite minuti*, car ils ne font que changer de puissance. Quant à l'adopté et à l'émancipé, s'ils subissent la *capitis deminutio*, ce serait uniquement à raison de la condition quasi-servile que leur a faite le *mancipium*, par lequel ils ont dû nécessairement passer pour être adoptés ou émancipés. Aussi, sous Justinien, comme l'adoption et l'émancipation peuvent se réaliser sans constitution du *mancipium*, on admet, dans cette opinion, que l'adopté et l'émancipé n'encourent plus la *capitis deminutio*. Les textes contredisent formellement cette manière de voir. V., pour les enfants de l'adrogé, 3, pr. Dig., *De cap. minut.*, IV, 5, et pour l'émancipé, sous Justinien, § 3. Inst., *De capit. deminut.*, I, 16. *Adde* Accarias, t. I, nº 180, 4e édit., p. 464, note 1.

147. — (1) On en peut dire autant de la perte des droits politiques qui se produit en même temps que les *capitis deminutiones maxima* et *media*, non comme une conséquence de ces *capitis deminutiones*, mais comme une suite de l'*amissio libertatis* ou *civitatis*.

donnée, à savoir que la personnalité du *capite minutus* est éteinte comme par l'effet du décès (V. n° 145). Aussi n'y a-t-il pas de distinction à faire à cet égard entre les trois cas de *capitis deminutio*.

Ces effets, tels que le droit civil les avait déduits du principe que nous venons de rappeler, peuvent se résumer ainsi. 1° *Droits de famille*. Les droits de ce genre, inhérents à la personne juridique, périssent avec elle. C'est ce qui arrive pour le droit d'agnation, et ses conséquences : droit de puissance paternelle, droit à la succession *ab intestat*, droit à la tutelle légitime (G. I, 158, 163). Même résultat pour les *jura gentilitatis* et *patronatus*. 2° *Droits pécuniaires*. En principe, la mort naturelle ne met pas fin aux droits pécuniaires, sauf lorsqu'ils sont viagers ou exclusivement attachés à la personne. Telle est également la règle pour la *capitis deminutio*. C'est ainsi que l'usufruit, droit essentiellement viager, s'éteint par la *capitis deminutio* de l'usufruitier (V. n° 214), et que le contrat de société, qui s'est formé en considération de la personne des associés, prend fin par la *capitis deminutio* de l'un d'eux (G. III, 153). Mais plus énergique en cela que la mort naturelle, la *capitis deminutio* anéantit les dettes qui grevaient le *capite minutus*, tandis que la mort les laisse subsister (2). Il n'en est ainsi, d'ailleurs, que pour les dettes qui ne proviennent pas *ex delicto*. Cette différence entre les effets de la *capitis deminutio* et ceux de la mort naturelle s'explique aisément, si l'on admet qu'à une certaine époque les dettes s'éteignaient toujours avec la personne du débiteur. Dans cet état du droit, par conséquent, il n'y avait pas à cet égard de distinction entre la *capitis deminutio* et la mort. Plus tard, il fut admis que les dettes gréveraient la personne de l'héritier qui continue celle du défunt, mais l'ancien principe continua à s'appliquer à la *capitis deminutio*.

(2) De même, la *capitis deminutio* rend sans effet le testament antérieurement fait par le *capite minutus*. Ce testament devient *irritum* (V. n° 226), tandis qu'en cas de mort naturelle, le testament du défunt reçoit son exécution.

148. — *Effets de la capitis deminutio (Suite).* — Toutefois, ces effets furent largement atténués dans la pratique par le droit civil lui-même, par le préteur, et finalement par Justinien.

1°. *Atténuations dues au droit civil.* Sous l'influence des doctrines philosophiques, on finit par reconnaître que malgré la disparition de la personnalité civile, certains droits subsistaient au profit de la personne naturelle. On distingua, dès lors, les droits dits civils, qui périssaient par l'effet de la *capitis deminutio*, et les droits dits naturels, survivant à cet événement : *civilis ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia vero non potest* (G. I, 158). Mais les jurisconsultes ne fournissent pas un critérium qui permette de distinguer avec précision les droits civils des droits naturels. On doit se borner à reproduire, à ce sujet, les solutions des textes. 1° *Droits de famille.* Il est clair que la *capitis deminutio* ne peut pas mettre fin aux rapports naturels dérivant des liens du sang. Aussi, la cognation et tous les effets qui y sont attachés subsistent. De même le mariage n'est pas dissous, car il s'agit là d'un état de fait que reconnaît le droit naturel (1). 2° *Droits pécuniaires.* Certains droits pécuniaires subsistent aussi après la *capitis deminutio*, parce qu'on les envisage comme attachés à la personne physique ou morale, laquelle n'est nullement atteinte par la *capitis deminutio.* Tels sont le droit réel d'habitation, la créance d'aliments, l'action d'injures. De même, le *capite minutus* continue à rester tenu des obligations nées de ses délits avant la *capitis deminutio* (V. n° 147), ainsi que de l'obligation de restituer la dot (2).

2°. *Atténuations dues au droit prétorien.* De son côté, le

148. — (1) Si en cas de *capitis deminutio maxima,* le mariage est dissous, c'est là une conséquence non de la *capitis deminutio*, mais de la perte de la liberté. Au cas de *capitis deminutio media,* il est dissous en tant que *justæ nuptiæ*, mais il subsiste comme mariage du droit des gens.

(2) Le *capite minutus* demeure obligé *naturaliter* en vertu des obligations éteintes *jure civili* par la *capitis deminutio.*

préteur intervint aussi pour corriger les effets trop rigoureux attachés à la *capitis deminutio*. Ainsi, il conserva ses effets au testament du *capite minutus*, du moins en cas de *capitis deminutio minima* (V. n° 231). Quant à l'extinction des dettes du *capite minutus*, le préteur considère qu'elle est contraire à l'équité, car elle aboutit, en somme, à spolier les créanciers. Aussi, en cas de *capitis deminutio maxima* ou *media*, accorde-t-il aux créanciers une action utile contre celui qui succède *in universum jus* au *capite minutus*. En cas de *capitis deminutio minima*, l'édit rescinde la *capitis deminutio*, et donne aux créanciers une action fictice contre le *capite minutus* lui-même (2, § 1. Dig., *De cap. min.*, IV, 5; G. IV, 38).

3°. *Droit de Justinien.* Sous Justinien, rien ne fut changé aux effets des deux grandes *capitis deminutiones*. Mais il n'en fut pas ainsi pour la *capitis deminutio minima*. A cette époque, en effet, la notion ancienne de la famille civile disparaît, en sorte qu'on ne peut plus considérer le changement de famille comme une *mutatio status*. Justinien ne touche en rien aux réformes qu'avait, à cet égard, réalisées le droit prétorien. Il les complète même en décidant que la *capitis deminutio minima* n'éteindra plus le droit d'usufruit, et ne mettra plus fin au contrat de société. Enfin, avec la Novelle 118 qui supprime les droits des agnats, disparut le principal effet que produisait encore la *capitis deminutio minima*, la dissolution de l'agnation.

CINQUIÈME DIVISION DES PERSONNES.

Personnes physiques et personnes morales (1).

149. — *Notion.* — Nous avons déjà indiqué (V. n° 42) qu'à côté des personnes physiques, le législateur reconnaît l'existence de personnes morales, pures fictions qui ne cor-

(1) **149.** — Accarias, t. I, nos 185-188.

respondent à aucune réalité et sont destinées uniquement à donner satisfaction à certains intérêts collectifs, et à répondre à des besoins généraux. Il est, en effet, des œuvres qui, en vue de la fin qu'elles se proposent, exigent une continuité d'efforts dépassant la limite des forces individuelles. Il faut donc faire à ces œuvres une existence propre, indépendante des individus qui les ont créées et pouvant leur survivre. Il faut leur assurer une capacité, leur permettre d'avoir un patrimoine, c'est-à-dire des droits et des obligations. Les Romains ont compris de bonne heure l'utilité de la création de ces personnalités morales. 1° Il en est, en effet, comme l'État, *populus, respublica,* qui sont d'origine fort ancienne. Sur ce type de personne morale et, à son exemple, les municipes, les colonies et villes de toute sorte constituent également des personnes morales. On les appelle des *universitates.* 2° D'autres personnes morales résultent d'associations volontaires. Ce sont les *sodalitia, collegia, corpora, societates.* Les *sodalitia* étaient des associations de personnes groupées dans un but religieux ou politique. Elles paraissent avoir déjà été reconnues par la loi des XII Tables qui leur avait accordé la plus grande liberté pour leurs statuts et leur organisation intérieure, à condition qu'elles ne se missent pas en opposition avec le droit commun (4. Dig., *De collegiis et sodal.,* XLVII, 22). Mais le rôle que jouèrent ces associations à la fin de la République dans les troubles politiques les rendit suspectes au pouvoir. César, puis Auguste, supprimèrent les nouvelles, ne laissèrent subsister que les plus anciennes, et défendirent d'en établir d'autres à l'avenir sans autorisation préalable, prohibition qui fut renouvelée sous Septime Sévère, et étendue à l'Italie et aux provinces. On dispensait de cette autorisation les *collegia tenuiorum,* associations de pauvres gens, d'artisans, d'affranchis et même d'esclaves, établies en vue d'assurer aux associés l'avantage d'une sépulture en commun, et de sacrifices funéraires. Un sénatusconsulte reconnut ces collèges funéraires, tout en ordonnant qu'ils ne se réuniraient qu'une fois par mois, à

l'effet de verser la cotisation, *stips menstrua,* et d'en discuter l'emploi (2). Les *collegia* ou *corpora*, corporations d'ouvriers très nombreuses sous l'Empire formaient également des personnes morales. Plusieurs de ces *collegia* remontaient à une époque fort ancienne. Au nombre des personnes morales de ce second groupe se placent aussi les *societates*, sociétés ayant en vue l'exploitation de grandes entreprises financières ou industrielles : les *societates publicanorum* pour la perception des impôts, *aurifodinarum, argentifodinarum, salinarum*, pour l'exploitation des mines d'or, d'argent, ou de sel. 3° Enfin, il est des personnes morales qui, bien que créées dans un but d'utilité générale, ne sont point des associations de personnes physiques groupées en vue d'un résultat à atteindre en commun. Tels sont les temples des dieux (Ulp., *Reg.*, XXII, 6), plus tard les églises, les monastères et même les établissements de bienfaisance fondés par les particuliers.

150. — *Conditions d'existence et de durée. Capacité.* — Le droit romain ne paraît pas avoir, tout d'abord, subordonné la création des personnes morales à des conditions d'autorisation préalable. Les personnes morales étaient simplement placées sous l'empire du droit commun. Mais à ce régime de liberté succéda un régime de contrôle. Le rôle que jouèrent certains *collegia* dans les troubles politiques amena l'établissement d'une législation d'exception. On décida qu'une loi était nécessaire pour autoriser la création d'un *collegium*, qu'une loi pouvait le supprimer. Plus tard, ce fut le Sénat, et enfin l'Empereur qui fut investi du droit d'autorisation (1, pr. Dig., *Quod cujuscunque univers.*, III, 4; 3, § 1. Dig., *De collegiis,* XLVII, 22). Les associations non autorisées étaient dissoutes et leurs membres punis de peines assez sévères. Il fut interdit d'organiser des *collegia*

(2) V. 1, pr.; 3, § 2. Dig., *De colleg. et sodal.,* XLVII, 22. On sait que c'est sous la forme de *collegia tenuiorum* que se réunissaient les premiers adhérents de la religion chrétienne.

dans les camps, sauf des collèges funéraires. En fait, sous l'Empire, on se montra très avare d'autorisations. Ces principes subsistent encore sous Justinien, sauf pour les fondations pieuses.

Les personnes morales peuvent disparaître, mais moins facilement que les personnes physiques. Ainsi, elles ne sont pas dissoutes par la mort des personnes qui les composent. Leurs membres peuvent se renouveler indéfiniment, et, n'en resterait-il qu'un seul, la personne morale continue à exister. Elles prennent fin cependant lorsque le but en vue duquel elles avaient été établies est atteint, comme, par exemple, les sociétés pour les mines ou les salines quand l'exploitation est finie, ou aussi lorsque l'État leur retire son autorisation.

Les personnes morales ne peuvent avoir, cela est évident, des droits de famille, sauf les droits de patronage sur leurs esclaves affranchis. Mais elles peuvent être investies de droits pécuniaires, tels que le droit de propriété ou autres droits réels et les droits de créance. Elles peuvent aussi être grevées de dettes. L'État, tout en les autorisant, pouvait restreindre leur capacité, par exemple, les empêcher d'acquérir une trop grande quantité de biens. C'est ainsi que les municipes, les temples des dieux, et, en général, un *collegium* quelconque, ne peuvent être institués héritiers, à moins d'une concession formelle de l'autorité (Ulp., *Reg.*, XXIII, 5, 6; 8. Cod. *De hered. instit.*, VI, 24). La personne morale ayant des droits, et ne pouvant elle-même les faire valoir, il était nécessaire qu'elle fût représentée. Elle agissait soit par des esclaves, soit par un représentant, *syndicus, actor, magister*. Quant aux villes, elles étaient représentées par les magistrats locaux.

DEUXIÈME PARTIE.

DES CHOSES.

Droits relatifs aux choses.

151. — *Droits réels. Droits personnels.* — La science du droit n'envisage les choses qu'au point de vue des droits que les personnes peuvent avoir sur elles ou à leur occasion. Aussi leur donne-t-elle le nom caractéristique de biens, *bona* (49. Dig., *De verb. signif.*, L, 16). Les droits qu'on peut avoir relativement aux choses se divisent en deux grandes classes : les droits réels et les droits personnels. Cette division est fondamentale, bien qu'elle ne se trouve pas exprimée sous cette forme dans les textes (1). Le droit est réel lorsqu'il s'exerce directement et immédiatement sur la chose sans l'intermédiaire d'une personne qui nous la procure. Notre propre fait suffit alors pour que nous puissions retirer du droit tous les avantages qu'il comporte. De là résulte que nous ne pouvons contraindre personne à nous procurer ces avantages. Mais ce que nous pouvons exiger c'est qu'on nous laisse jouir de la chose sans nous troubler dans l'exercice de notre droit. Ainsi, personne n'est obligé d'agir pour nous, tout le monde est tenu de ne pas agir contre nous. Le droit

151. — (1) Les sources ne parlent que d'actions *in rem*, correspondant aux droits réels, d'actions *in personam*, correspondant aux droits personnels.

réel peut donc se définir : un droit qui, créant entre nous et une chose un rapport immédiat, nous permet de profiter de tout ou partie des avantages de cette chose, et ne nous autorise à exiger que l'abstention et non le fait d'autrui. Dans le cas d'un droit personnel, notre but est également d'obtenir une chose ou un bien quelconque, en vue des avantages que nous pensons en retirer. Mais nous ne sommes pas mis en contact immédiat avec cette chose ou ce bien, et notre seul fait ne suffit pas pour que nous en puissions jouir. Il nous faut nécessairement avoir recours à une autre personne qui est tenue de nous la livrer. Le droit personnel, par conséquent, à la différence du droit réel, met nécessairement en présence deux personnes, l'une sujet actif du droit, le créancier, l'autre sujet passif du droit, le débiteur (2). Le créancier, de même que le titulaire d'un droit réel, peut exiger que chacun respecte son droit en s'abstenant d'en troubler l'exercice. Mais, il y a, en outre, une personne à qui il peut demander plus qu'à toutes les autres, c'est le débiteur, qu'il peut contraindre à lui procurer la chose ou le bien auquel il a droit. Ainsi, le droit personnel est celui qui nous met en rapport immédiat avec une personne que nous pouvons forcer à nous fournir quelque chose. On l'appelle aussi droit de créance, ou droit d'obligation (3).

Les droits tant réels que personnels diffèrent essentiellementde ceux que nous avons eu à étudier jusqu'à présent et qu'on appelle droits de famille. Ces derniers découlent de la situation qu'occupe la personne dans la société ou dans la famille. Tels sont les droits de cité, de puissance paternelle, le pouvoir spécial que confère la *manus*. Aussi ces droits ne peuvent-ils être l'objet d'une évaluation pécuniaire. Il en est autrement pour les droits qui ont trait aux choses, lesquels, droits réels ou personnels, sont appréciables en argent.

(2) Il n'y a pas de nom générique pour désigner le titulaire du droit réel. On lui donne, en principe, un nom tiré de celui du droit réel dont il est investi : propriétaire, usufruitier, emphytéote, etc.

(3) Accarias, t. I, nº 189.

152. — *Du patrimoine.* — L'ensemble des droits réels et personnels qui appartiennent à un même individu constitue son patrimoine. Le patrimoine étant composé de biens, tous également susceptibles d'une évaluation pécuniaire, est lui-même évaluable en argent. Dans cette estimation, il faut tenir compte des dettes de la personne à qui appartient le patrimoine et des charges réelles qui grèvent ses biens. Ces dettes et charges diminuent, en effet, d'autant la valeur pécuniaire de l'ensemble. De là cette maxime qui n'a trait qu'aux dettes, mais qui doit s'entendre également des charges réelles : *Bona intelliguntur cujusque quæ deducto ære alieno supersunt* (39, § 1. Dig., *De verb. signif.*, L, 16). Le patrimoine est, d'ailleurs, le gage commun des créanciers qui ont le droit de le faire vendre en masse (*venditio bonorum*) pour se faire payer sur le prix de cette vente. Le patrimoine n'est pas une juxtaposition des droits réels et personnels. Il forme un tout, une unité juridique, dont la composition peut, sans doute, varier par suite d'acquisitions ou d'aliénations partielles, mais qui n'en conserve pas moins son identité. Le patrimoine, en effet, est inséparable de la personne, laquelle ne change pas. Aussi toute personne, pourvu qu'elle soit libre et *sui juris*, a-t-elle un patrimoine, et est-elle appelée du nom de *paterfamilias*, qui désigne celui qui a un patrimoine, *familia* (G. II, 102). Le patrimoine, faisant corps avec la personne, ne disparaît qu'avec elle, soit qu'elle meure, cas auquel il est transmis aux héritiers par voie de succession, soit qu'elle subisse un sort analogue à la mort, cas où il est acquis par d'autres personnes (V. n^os^ 221, 280).

On voit, par ce qui précède, que l'étude des droits réels et personnels fait partie d'un sujet plus vaste : l'étude du patrimoine. S'il nous était loisible d'adopter ici un ordre rationnel, nous devrions donc examiner d'abord : *la composition du patrimoine*, c'est-à-dire quelle est l'étendue, quels sont les effets des droits réels et personnels qui figurent dans le patrimoine; comment ils y entrent pour en modifier la com-

position, comment ils en sortent. En second lieu, on devrait s'occuper de la *transmission du patrimoine* à un autre qu'à celui qui en est investi, c'est-à-dire des successions et autres modes d'acquisition *per universitatem*. Mais Gaius dans ses Commentaires, et Justinien qui l'a imité dans ses Institutes, ont suivi un plan tout différent. Après les droits réels, ils se sont immédiatement occupés des successions et autres modes d'acquisition du patrimoine, pour revenir ensuite seulement aux droits personnels. Cet ordre traditionnel que notre Code civil a lui-même emprunté au droit romain, est encore celui qu'imposent les programmes officiels de nos études juridiques. Nous sommes donc obligé de le respecter.

DROITS RÉELS.

153. — *Division des droits réels.* — Les droits réels se divisent en deux classes. Les uns, les plus anciens, ont été reconnus et organisés par le droit civil ; ce sont la propriété et les servitudes. Les autres, plus récents n'ont été créés et réglementés que par le préteur. Les premiers sont d'ailleurs les plus importants, ils ont servi de modèles aux droits réels d'origine prétorienne. Après l'étude de ces deux catégories de droits réels, nous aurons à rechercher quelles sont les conditions de capacité nécessaires pour pouvoir aliéner ou acquérir les droits réels.

DROITS RÉELS DU DROIT CIVIL.

PROPRIÉTÉ.

154. — *Notion de la propriété.* — La propriété est le droit réel par excellence, celui qui assure à l'individu qui en est investi la plus grande somme possible de droits sur une chose. On peut la définir par conséquent : le droit en

vertu duquel une personne peut retirer d'une chose tous les avantages que cette chose peut procurer. Ces avantages s'analysent en trois droits distincts : 1° Le *jus utendi*, droit de se servir de la chose de quelque façon que ce soit. 2° Le *jus fruendi*, droit de percevoir et de garder en propriété les fruits produits par la chose. 3° Le *jus abutendi*, droit de disposer de la chose de la façon la plus absolue, en la transformant, en la dégradant, en la détruisant ou en l'aliénant. Ce *jus abutendi* suppose donc des actes bien autrement importants que ceux auxquels donnent lieu le *jus utendi* et *fruendi*, car ils sont de nature à faire disparaître la chose ou à anéantir le droit qu'on a sur elle. Aussi, tandis que les actes que comporte le *jus utendi vel fruendi* sont en général susceptibles d'être renouvelés indéfiniment par le même propriétaire, ceux qui rentrent dans le *jus abutendi* ne peuvent être accomplis trop souvent, comme les actes de dégradation, ou même ne peuvent, comme l'aliénation, être faits qu'une seule fois par la même personne. Ainsi comprise, la propriété est un droit qui peut tout aussi bien s'appliquer à une chose immatérielle qu'à une chose corporelle. Mais les Romains ne lui ont jamais reconnu une portée d'application aussi étendue. A leurs yeux, la propriété ne peut porter que sur des choses corporelles (V. n° 157).

155. — *Caractères du droit de propriété.* — Le droit de propriété, tel que l'a conçu le droit civil romain, présente dès ses débuts certains caractères essentiels, qu'il a toujours conservés depuis, et qui sont encore ceux que lui attribue le droit moderne. C'est donc aux Romains que nous devons notre notion actuelle du droit de propriété. A leurs yeux, la propriété confère sur la chose un droit exclusif, absolu, perpétuel (1).

1°. Le caractère exclusif du droit de propriété s'entend en ce sens que le propriétaire peut seul, à l'exclusion de tous

(1) Accarias, t. I, nos 201, 202.

autres, profiter des avantages que lui confère son droit. La chose objet du droit appartient donc aussi pleinement qu'il est possible à un seul individu, et c'est pour bien marquer ce caractère qu'on donne aussi à la propriété la qualification d'individuelle. A la propriété individuelle on oppose la propriété collective, forme plus rudimentaire et, par conséquent, plus ancienne du droit de propriété. Dans les sociétés où la propriété est encore organisée à l'état collectif, la propriété individuelle est restreinte à quelques objets mobiliers de peu d'importance et d'un usage tout personnel. Toutes les autres choses, mobilières ou immobilières, susceptibles d'appropriation privée, appartiennent en commun à tous les membres de l'association politique. Il est vrai que certaines de ces choses, comme les terres arables, sont réparties par voie d'allotissements entre les chefs de famille, à des époques périodiquement réglées par l'usage. Mais ce qui appartient en propre aux familles, c'est uniquement l'usage temporaire du sol. Le fonds lui-même demeure propriété de la collectivité, à laquelle il fait retour après un certain temps, afin qu'on puisse procéder à de nouveaux partages. Dans toutes les sociétés antiques où ce régime de la propriété collective a été pratiqué, il a été peu à peu remplacé par le régime de la propriété individuelle, d'abord pour les objets mobiliers, puis pour les immeubles eux-mêmes. Ce qui a favorisé cette transformation, c'est, avant tout, le passage de l'état nomade à l'état sédentaire. Chaque famille, se fixant au sol, s'est construit une demeure, et cette habitation, avec l'enclos qui l'entoure, est devenue l'objet de la propriété exclusive de la famille (2). Puis, par l'effet des usurpations ou de la désuétude, les partages périodiques du sol ne se sont plus renouvelés, et chaque groupe familial ou *gens* s'est trouvé avoir la possession incommutable d'une certaine part des terres. Plus tard, la propriété s'est fractionnée encore dans le sein

(2) La religion domestique, consistant dans le culte des ancêtres divinisés, n'a pas été sans exercer une grande influence sur cette transformation de la notion de propriété. Fustel de Coulanges, *La cité antique*, liv. II, ch. 6.

même de la famille, jusqu'à ce qu'elle ait fini par s'individualiser tout à fait (3).

Les peuples de race italiote qui sont la souche du peuple romain, ont dû passer par les phases diverses de l'évolution que nous venons de retracer sommairement. Mais les Romains eux-mêmes, dès qu'ils apparaissent sur la scène historique, apportent avec eux l'idée déjà nettement arrêtée de la propriété individuelle (4). Aussi la considèrent-ils comme une institution propre aux Romains. C'est le *dominium ex jure quiritium*, organisé par le *jus civile*, réservé aux seuls citoyens, inaccessible aux étrangers, qui ne peut s'acquérir que par certains modes admis par le droit civil, et ne porte que sur certaines choses seules susceptibles du droit de propriété.

Le caractère exclusif ou individuel du *dominium* n'empêche pas que le propriétaire ne soit obligé quelquefois de partager avec d'autres les avantages qu'il devrait retirer seul de son droit. Mais ce sont là des situations exceptionnelles qui ne sont pas faites pour durer, et qui, d'ailleurs, ne portent atteinte au droit exclusif du propriétaire qu'en faveur de certaines personnes seulement et non au profit de tous les membres de la collectivité sociale dont il fait partie. Nous allons retrouver ces hypothèses à propos du second caractère du droit de propriété.

2°. Le caractère exclusif du droit de propriété a pour conséquence de permettre au propriétaire de faire de sa chose, en toute liberté, l'usage qui lui plaît. C'est en ce sens qu'on dit que le droit de propriété est absolu. Néanmoins, ce caractère absolu du droit de propriété ne va pas sans certaines restric-

(3) Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 471 et suiv.

(4) Néanmoins, la langue juridique porte la trace irrécusable du collectivisme primitif autrefois dominant et qu'on trouve survivant encore sur certains points dans quelques-unes des institutions du droit privé. C'est ainsi que le langage atteste que la richesse a consisté d'abord en troupeaux et droits réels d'usage, indice d'un état de transition entre le système de collectivisme absolu et le régime de la propriété individuelle ; *erat res in pecore et locorum possessionibus.* (Cicéron, *De rep.*, II, 19, 24.) Le patrimoine s'appelle *familia pecuniaque*, c'est-à-dire, dans le sens étymologique des termes, les esclaves et les troupeaux.

tions commandées par l'intérêt général. Telle est, par exemple, l'obligation de laisser une certaine distance entre les constructions, plantations, ouvrages quelconques élevés sur notre fonds et les fonds voisins (5). De même, le droit absolu du propriétaire se trouve également limité par des droits réels que certaines personnes peuvent avoir sur la chose, objet du droit de propriété. C'est ce qui arrive en cas de copropriété ou indivision (*communio*), où une même chose est la propriété de plusieurs personnes qui ont sur elle des droits égaux (V. n° 198). C'est ainsi encore que la propriété peut être grevée d'un droit réel, ce qui, entre le propriétaire et le titulaire du droit réel, aboutit à un partage inégal des attributs du droit de propriété. Enfin le droit de propriété peut se trouver scindé en deux parts inégales, dont l'une, le titre nu, *nudum dominium*, appartient à une personne, et l'autre, c'est-à-dire les avantages effectifs du droit, est réservée à une seconde personne, qui a la chose *in bonis* (V. n° 184).

3°. La notion d'une propriété exclusive et absolue implique celle d'une propriété irrévocable et perpétuelle. Ce qu'il faut entendre par là, c'est que le droit de propriété ne peut être enlevé à son titulaire que par un acte de sa volonté ou par un accident qui détruirait la chose. La propriété n'est donc pas un droit temporaire, comme certains autres droits réels, ou un droit naturellement destiné à s'éteindre, comme le droit d'obligation. Son sort est intimement lié à celui de la chose même qui en est l'objet : elle doit durer aussi longtemps que cette chose (6).

Divisions des choses.

156. — *Division des choses en res in patrimonio et res extra patrimonium.* — On trouve dans les ouvrages de doc-

(5) *Adde*, Accarias, t. I, n° 202.

(6) Les Romains ont tiré de ce caractère de perpétuité des conséquences exagérées que nous aurons à signaler plus tard (V. n° 202).

trine des jurisconsultes un certain nombre de divisions des choses, d'après la nature ou l'étendue des droits dont elles sont susceptibles. Ces classifications, dont plusieurs sont fort anciennes, n'ont pas trait seulement au droit de propriété, mais aussi aux autres droits réels et même aux droits de créance. Si nous les avons rattachées à l'étude du droit de propriété, c'est parce qu'elles nous permettent de mieux comprendre la notion que nous avons déjà donnée de ce droit. Parmi ces divisions, il en est une que Gaius place en tête de toutes les autres (G. II, 1), et à laquelle Justinien assigne également le premier rang (pr. Inst., *De divisione rerum,* II, 1). C'est la distinction des choses suivant qu'elles sont ou non susceptibles de faire partie du patrimoine des individus : *res in patrimonio, res extra patrimonium.* Bien qu'en principe toutes les choses puissent entrer dans le patrimoine, il en est cependant qui en sont exclues à raison des services qu'elles sont destinées à rendre non à telle personne déterminée plutôt qu'à telle autre, mais à certains groupes de personnes ou à la généralité des individus. Aussi les textes disent-ils de ces choses : *nullius in bonis sunt* (G. II, 9, 11). On s'occupera d'abord des divisions des *res in patrimonio.* On aura ensuite à déterminer quelles sont les choses placées *extra patrimonium* et à indiquer également les divisions dont elles ont été l'objet.

Choses in patrimonio.

157. — *Première division : res corporales et incorporales.* — Les choses qui sont dans notre patrimoine sont corporelles ou incorporelles (G. II, 12, 13, 14). Les choses corporelles sont les objets matériels, qui, par conséquent, tombent sous nos sens, *quæ tangi possunt* : fonds de terre, esclaves, animaux, métaux précieux, etc. Les choses incorporelles sont tous les droits autres que le droit de propriété, *ea quæ jure consistunt,* et par suite tous les droits réels et les droits de créance. Cette division aboutit donc à laisser le droit de propriété en

dehors des choses *quæ jure consistunt,* pour en faire une chose corporelle. Or, un pareil résultat est en contradiction avec ce que nous révèle une analyse exacte de l'essence même du droit de propriété. Que l'on appelle choses corporelles les choses matérielles qui frappent nos sens, rien ne s'y oppose. Mais le droit de propriété qui porte sur ces choses n'est qu'un ensemble de facultés légales qui, envisagées en soi, abstraction faite de la chose qui en est l'objet, n'ont rien de corporel. A cet égard, le droit de propriété ne se distingue en aucune façon d'un autre droit réel ou d'un droit de créance. Comme ces derniers droits, il ne consiste qu'en un droit sur la chose, *in jure consistit,* et devrait, en bonne logique, figurer à côté d'eux, parmi les *res incorporales.* Tel n'est pas le point de vue romain. Les tendances du droit primitif le poussaient en effet à identifier le droit absolu qu'on a sur une chose avec cette chose elle-même, et par suite à considérer la propriété comme chose corporelle(1). Plus tard, il est vrai, on reconnut que l'on pouvait avoir sur une chose des droits moins complets ou moins immédiats que le droit de propriété, et qu'alors il n'y avait plus une identité aussi entière entre le droit et la chose matérielle sur laquelle ou à l'occasion de laquelle il s'exerce. Ces droits, autres que le droit de propriété, s'analysent en un ensemble de facultés données à leur titulaire, facultés qui lui permettent d'agir ou d'empêcher l'action d'autrui, mais qui en soi n'ont rien de corporel. De là le nom de *jura* qui leur fut donné et l'opposition qu'on établit entre ces droits et le droit de propriété, qu'on continua à regarder comme une chose corporelle. Cette conception fausse conduisit à des résultats fâcheux en pratique. Elle empêcha les jurisconsultes d'étendre la notion de propriété à des choses incorporelles, et elle entrava

157. — (1) Le propriétaire ne disait pas qu'il avait le *dominium* sur une chose, mais que la chose était sienne : *rem suam esse ex jure quiritium* (G. IV, 41). Cette manière de voir est tellement naturelle, qu'aujourd'hui encore nous disons : Cette chose m'appartient, et non : J'ai le droit de propriété sur cette chose.

le développement de certaines théories, notamment celle de la possession (V. n° 171).

158. — *Deuxième division : Res mancipi et res nec mancipi.* — Cette division, fondamentale dans le droit primitif romain, a persisté fort longtemps. Après avoir exercé une influence dominante sur la théorie des choses, elle a peu à peu perdu de son importance, pour disparaître tout à fait sous Justinien. Les jurisconsultes ne nous donnent pas de définition générale des *res mancipi* et *nec mancipi.* Ils se contentent d'énumérer limitativement les choses qui rentrent dans la catégorie des *res mancipi,* et ils appellent *res nec mancipi* toutes les autres (G. II, 14ª, 17 ; Ulp., *Reg.*, XIX, 1). Sont rangés parmi les *res mancipi* : les fonds de terre ruraux ou urbains situés en sol italique, les servitudes prédiales rurales grevant ces fonds, les esclaves, les quadrupèdes *quæ collo dorsove domantur*, c'est-à-dire les bêtes de trait ou de somme, comme les bœufs, chevaux, ânes, mulets. Tout le reste : fonds provinciaux, servitudes urbaines grevant les fonds italiques, servitudes rurales ou urbaines sur les fonds provinciaux, argent monnayé, denrées ou marchandises de toute sorte, animaux autres que ceux énumérés ci-dessus, fait partie de la classe des *res nec mancipi.*

Cette distinction, avec son caractère en apparence arbitraire et artificiel s'explique parfaitement quand on envisage la condition économique de la société romaine primitive. Peuple éminemment sédentaire et agriculteur, les Romains devaient considérer comme ayant seules quelque valeur les choses qui tenaient à la terre ou les instruments du travail agricole. Tels étaient les fonds, les maisons, les esclaves et les animaux de trait ou de somme, biens qu'on regardait comme les plus précieux, qu'on tenait à conserver le plus longtemps possible, pour les transmettre à ses enfants, afin de leur permettre de continuer l'exploitation commencée et de vivre comme les ancêtres avaient eux-mêmes vécu. Quant aux autres choses, c'était aux yeux des premiers Romains,

des biens d'ordre inférieur, destinés à être consommés ou échangés, et par conséquent à ne point demeurer dans le patrimoine. Aussi font partie de cette catégorie : les produits de la terre, c'est-à-dire les fruits; les petits troupeaux, chèvres, moutons et autres animaux domestiques qui ne sont pas d'un emploi essentiel dans la culture; les servitudes urbaines considérées comme inutiles à l'agriculture; les métaux servant de monnaie qui étaient d'un usage peu fréquent dans les débuts et fonctionnaient seulement comme moyen d'échange. En somme, la division en *res mancipi* et *nec mancipi* correspondait à une distinction que font toutes les législations primitives entre les choses précieuses et les choses de moindre valeur (1).

Cette idée explique d'ailleurs les différences pratiques qui séparent ces deux catégories de choses. 1° Les *res mancipi* sont seules susceptibles du mode le plus solennel de transfert de la propriété quiritaire, la *mancipatio*. Les choses de peu de valeur, *res nec mancipi*, ne peuvent être transférées en propriété par voie de *mancipatio* (V. n° 175, note 1). 2° De même la simple *traditio* ne peut opérer le transfert de la propriété quiritaire d'une *res mancipi*. Elle n'est bonne que pour les choses les moins importantes, pour les *res nec mancipi* (V. n° 175). 3° Les femmes placées en tutelle perpétuelle ne pouvaient aliéner leurs *res mancipi* qu'avec l'*auctoritas tutoris*. On considérait, en effet, ces choses comme formant la partie la plus précieuse du patrimoine de la femme, et on cherchait par ce moyen à lui en assurer la conservation (V. n° 132). C'est également dans ce but que la loi des XII Tables déclarait non susceptibles d'usucapion les *res mancipi* appartenant à la femme en tutelle, lorsqu'elles avaient été livrées par la femme à un tiers *sine auctoritate tutoris* (V. n° 191, note 2) (2).

158. — (1) C'est cette conclusion à laquelle aboutit S. Henri Maine : *L'ancien droit,* pp. 257, 262, 263. Elle s'induit d'ailleurs de la façon la plus formelle du langage tenu par Gaius (G. I, 192).

(2) La distinction des *res mancipi* et *nec mancipi* entraîna, dans la pra-

La division des choses en *res mancipi* et *nec mancipi*, au lieu de s'atténuer avec les progrès de la civilisation, ne fit que s'accuser davantage à mesure que des choses nouvelles étaient introduites dans le commerce et étaient considérées comme pouvant être l'objet du droit de propriété. La liste des choses les plus précieuses, *res mancipi*, resta, en effet, obstinément arrêtée telle qu'elle était aux débuts. Le sol entier des provinces, l'or et l'argent monnayé, des animaux autrefois inconnus des Romains, mais pouvant servir de bêtes de somme, *cameli et elephanti* (G. II, 16), le droit réel d'hypothèque, les droits de créance, tout cela fut laissé dans la catégorie des choses de moindre valeur, *res nec mancipi*, non susceptibles du transfert romain par excellence la *mancipatio*. Le droit romain s'efforça, d'ailleurs, de remédier aux inconvénients auxquels conduisait cette distinction qui, avec les changements survenus dans l'état économique, n'avait plus sa raison d'être. Elle subsistait cependant encore au Bas-Empire par la force de la tradition, lorsque Justinien la supprima (1. Cod., *De usucap. transf.*, VII, 31).

159. — *Troisième division : Meubles et immeubles.* — Cette division, qui est empruntée à la nature même des choses, ne s'applique qu'aux choses corporelles. Les meubles sont les choses susceptibles de déplacement sous l'impulsion d'une force extérieure, comme sont tous les objets inanimés, *res mobiles*, ou les choses susceptibles de se mouvoir par elles-mêmes, comme les esclaves ou les animaux, *res moventes, se moventes*. Les immeubles, *res soli, prædia, fundi*, sont les choses non susceptibles d'être déplacées, comme le sol, et tout ce qui fait corps avec le sol, c'est-à-dire les maisons, *ædes, domus*, les plantations.

Le droit romain n'avait pas attribué à cette distinction l'importance qu'elle devait prendre dans notre ancien droit français, une distinction entre le *dominium ex jure quiritium* et l'*in bonis habere*, sur laquelle nous reviendrons plus loin, et à laquelle il a déjà été fait allusion (V. nos 155-2°, 184).

çais et dans notre droit moderne. C'est ainsi que parmi les *res mancipi,* figuraient simultanément des meubles et des immeubles. De même les grandes théories de la possession, de la propriété, des servitudes, de l'hérédité sont, dans presque toutes leurs parties, aussi bien applicables aux meubles qu'aux immeubles. Aussi les jurisconsultes ne font ils pas à cette division une place à part, et n'ont ils pas, comme les modernes, songé à la généraliser en l'appliquant aux choses incorporelles (V. art. 526, 529, C. civ.). Toutefois, à partir du moment où la distinction en *res mancipi* et *nec mancipi* commença à ne plus être en harmonie avec les transformations économiques qui s'accomplissaient au sein de la société romaine, on voit la distinction en meubles et immeubles se dessiner plus nettement. Déjà la loi des XII Tables en tenait compte dans la matière de l'usucapion, le délai exigé pour l'usucapion des immeubles étant plus long que pour l'usucapion des meubles. Plus tard, la théorie de la possession et des interdits, celle de la mancipation, de l'action en revendication, du *furtum* témoignent de l'intérêt pratique de plus en plus marqué qu'on attache à cette division. Avec la loi *Julia de fundo dotali,* qui, en vue de protéger la fortune de la femme, interdit au mari d'aliéner les fonds dotaux sans le concours de celle-ci (V. n° 90), une conception nouvelle se fait jour : la propriété des immeubles est considérée comme plus précieuse que celle des meubles. Le sénatus-consulte de Septime Sévère, relatif à l'aliénation des *prædia rustica vel suburbana* des pupilles, s'inspire de la même pensée (V. n° 124). On la retrouve encore dominante sous Justinien, lorsqu'il interdit au mari l'aliénation du fonds dotal, même avec l'assentiment de la femme. A ce moment, l'ancienne distinction en *res mancipi* et *nec mancipi* était supprimée. La division en meubles et immeubles la remplace et, comme elle, partage les biens en deux classes; ceux auxquels on attache un grand prix, et ceux de moindre valeur. C'est avec ce caractère que la distinction des meubles et immeubles s'est perpétuée à travers l'ancien droit jusque dans

notre Code civil. Actuellement, toutefois, elle commence à perdre de son importance, en présence du développement considérable qu'a pris, dans notre siècle, la richesse mobilière.

160. — *État de la propriété foncière. Sous-division des immeubles en fonds italiques et fonds provinciaux.* — A partir de l'Empire, les immeubles se divisent en fonds italiques et fonds provinciaux. Cette distinction, qui a eu une grande importance en droit public et en droit privé, ne peut être comprise que si on remonte assez haut dans l'histoire de la propriété foncière à Rome.

I. Italie. Fonds italiques.

161. — *Ager publicus. Ager privatus. Lois agraires.* — Dans les débuts de Rome, le territoire de la ville et celui qui l'environnait immédiatement formait l'*ager romanus*, que les plus antiques traditions rapportent avoir été divisé en trois parts. La première était réservée au service des dieux et du roi, la seconde aux pâturages communs (*pascua publica*), la troisième à la propriété des particuliers (*ager privatus*). Il est certain que les deux premières parties, affectées qu'elles étaient à des services et à des besoins généraux, étaient l'objet de la propriété collective du peuple romain. Quant à l'*ager privatus*, il aurait été réparti entre les *gentes*. Dans chaque *gens*, chaque chef de famille était propriétaire exclusif de la maison d'habitation (*domus*), entourée d'un simple enclos de deux *jugera* (5 ares 04 environ). C'était ce qu'on appelait l'*heredium*, seul objet, en matière immobilière, de propriété individuelle, *dominium ex jure quiritium*. Le reste des terres privées formait la propriété collective de la *gens*, laquelle en répartissait l'usage et la jouissance entre les différents *patresfamilias* qui la composaient. Cette propriété collective de la *gens* et les partages de

terres qui en étaient la conséquence, paraissent avoir disparu assez rapidement. Les terres attribuées à chaque famille restèrent définitivement dans le patrimoine du *pater*, et composèrent, avec l'*heredium* et les deux *jugera*, l'*ager privatus*, seul susceptible de *dominium* (1). L'*ager publicus*, propriété collective du peuple, comprenait, à côté des fonds réservés aux services religieux et publics, des terres, comme les pâturages (*pascua*), affectées aux usages communs, moyennant le paiement d'une redevance (*scriptura*) payée par chaque propriétaire de têtes de bétail. Souvent aussi, certains terrains vagues ou en friche, faisant partie de l'*ager publicus*, étaient livrés par l'État à l'*occupatio* des particuliers (*agri occupatorii*). L'occupant n'avait alors sur ces fonds qu'un droit d'usage et le droit de garder les fruits, mais non le *dominium*, qui restait au peuple. Ces concessions recevaient le nom de *possessiones*, et l'occupant devait à l'État une redevance (*vectigal*) à titre de reconnaissance du droit éminent de propriété du peuple romain.

D'abord restreint à l'origine, l'*ager romanus*, tant *publicus* que *privatus*, s'étendit à la suite des victoires et des conquêtes de Rome en Italie. Le territoire des peuples vaincus devenait en effet, par droit de conquête, propriété du peuple romain. Mais l'État n'annexait pas à l'*ager publicus* toutes les terres ainsi prises sur l'ennemi. Une partie était réservée pour les particuliers et était attribuée à l'*ager privatus*. En règle générale, ces fonds, rendus ainsi au régime de la propriété individuelle et comme tels objets du *dominium*, étaient exemptés de tout *vectigal* (2). Le surplus des terres restait attribué à l'*ager publicus*, et comme tel il était

161. — (1) On retrouve dans certaines institutions de l'époque historique des traces irrécusables de l'existence de la propriété collective de la *gens*. Tel est notamment le droit à la succession *ab intestat* au profit des *gentiles*, et le droit corrélatif pour les *gentiles* d'être appelés à la tutelle des impubères, ou investis de la *cura prodigi* ou *furiosi* (V. nos 92, 233).

(2) Parmi ces *agri* se trouvent : 1° ceux qui ont été concédés aux anciens propriétaires en échange de leurs propriétés, qui ont été prises par l'État; 2° ceux qui ont été rendus à l'ancien propriétaire, *ager de publico redditus*;

concédé aux colonies et municipes (*ager coloniis municipiisve fruendus datus*), affecté aux pâturages communs (*ager compascuus*), ou sous le nom d'*ager occupatorius* abandonné aux particuliers à titre de *possessio*, l'État conservant toujours son droit de propriété.

La possession des terres faisant partie de l'*ager publicus* fut l'occasion de luttes persistantes et de divisions intérieures qui troublèrent fréquemment la République. C'est là qu'il faut aller chercher l'explication des lois connues sous le nom de lois agraires. L'aristocratie avait réussi à se constituer des parts considérables d'*ager publicus*, soit en se les faisant adjuger à vil prix, soit en reprenant leurs *possessiones* aux concessionnaires plébéiens toujours à court d'argent. Peu à peu les patriciens et les citoyens riches étaient arrivés à accaparer presque tout l'*ager publicus*, et comme on ne procédait plus pour les *possessiones* déjà occupées à de nouveaux partages, ils les conservaient à perpétuité comme de véritables biens patrimoniaux. Le même phénomène se reproduisait à chaque conquête nouvelle, et ainsi s'accentuait la disproportion des fortunes. Les hommes politiques, qui recherchaient l'appui de la plèbe pour combattre l'influence de l'aristocratie de naissance et d'argent, proposèrent alors des lois agraires. On entendait par là une loi réglant la distribution de terres nouvellement annexées à l'*ager publicus*, ou décidant que certaines portions d'*ager publicus* déjà possédées par les particuliers feraient retour à l'État pour être l'objet d'un partage nouveau. Le principe qui servait de point de départ à ces lois était donc parfaitement juste, même lorsqu'il s'agissait d'enlever leurs *possessiones* à ceux qui

3° ceux qui ont été distribués aux colons romains, lorsque Rome a créé sur le territoire conquis une colonie, *ager colonicus;* 4° ceux qui ont été distribués sans établissement d'une colonie, *ager datus adsignatus viritim*, catégorie de fonds pour lesquels on exigeait quelquefois du possesseur un *vectigal;* 5° ceux qui ont été vendus par le questeur, cas auquel l'acheteur devait aussi une redevance, *vectigal.* Les *agri privati* dont le propriétaire ne paie pas de *vectigal* sont appelés *agri privati optimo jure.* Mispoulet, *Les inst. polit. des Romains*, t. II, § 107; Willems, *Droit public romain*, pp. 347, 348.

détenaient des parties plus ou moins considérables d'*ager publicus*. L'État ne faisait, en définitive, que reprendre, en vertu de son droit de propriété, une jouissance qu'il avait concédée à titre temporaire et révocable. C'est là ce qui donnait tant de force aux réclamations de la plèbe et des chefs du parti plébéien. Mais ces mesures avaient l'inconvénient grave d'enlever à leurs possesseurs des biens qui étaient entre les mêmes mains depuis de longues années et d'anéantir une possession légitime, que l'État avait laissé se consolider par des transmissions héréditaires successives, en s'abstenant de percevoir le *vectigal*, et surtout en négligeant de faire revenir les terres dans le fonds commun. Aussi, les *possessores* résistèrent-ils avec succès aux tentatives nombreuses qui furent faites pour les dépouiller (3). En définitive, à la fin de la République, l'*ager publicus* en Italie avait passé tout entier aux mains des particuliers et s'était transformé en *ager privatus*. Tous les fonds situés en Italie étaient donc devenus des propriétés privées. Ces *prædia in italico solo* sont soumis au *dominium ex jure quiritium*, exempts, par conséquent, de toute redevance envers l'État, rangés parmi les *res mancipi* (4).

(3) Au nombre des lois agraires les plus connues, on doit citer celle portée par *Licinius Stolo*, loi *Licinia*, défendant de posséder plus de cinq cents *jugera* de terres publiques, l'excédant devant être restitué à l'État pour être distribué aux citoyens les plus pauvres. Les célèbres lois agraires des Gracques ne furent que la remise en vigueur de la loi *Licinia*. Mais bien que ces lois n'aient pas été abrogées, on arriva à les éluder, et d'autres lois agraires postérieures n'eurent pas meilleur succès. Mispoulet, *Les instit. politiques des Romains*, t. II, § 107; Daremberg et Saglio, *Dict. des antiq. grecques et romaines*, V° *Agrariae leges*; Madvig, *État romain*, trad. Morel, t. IV. pp. 21-43.

(4) Le nombre des propriétaires était d'ailleurs très restreint, les fonds se trouvant entre les mains des grandes familles riches et formant de vastes domaines, *latifundia*, qui n'étaient plus exploités comme autrefois. Les petites cultures avaient disparu. Aussi l'Italie, ne pouvant plus suffire à sa propre alimentation et surtout à celle de Rome, on dut avoir recours à la Sicile, à l'Afrique, à l'Egypte. En même temps, les travailleurs libres, incapables de gagner leur vie par le travail agricole, allèrent grossir la foule des prolétaires de la capitale, prête à toutes les séditions comme à toutes les

II. Provinces. Fonds provinciaux.

162. — *Condition des fonds provinciaux. Assimilation des fonds provinciaux aux fonds italiques.* — La condition des fonds situés en province était loin d'être uniforme. On trouvait, en effet, en province, des *civitates fœderatæ* ou *immunes sine fœdere,* auxquelles Rome n'avait pas enlevé leur territoire pour l'annexer au domaine de l'État. Les anciens propriétaires, membres de ces *civitates,* conservaient donc tous leurs droits sûr leurs terres. Mais, en leur qualité de pérégrins, ils ne pouvaient exercer le *dominium ex jure quiritium,* et leur propriété restait régie par les principes de leur droit national. Ces fonds faisaient donc partie de l'*ager privatus,* mais de l'*ager privatus ex jure peregrino.* Le reste du sol des provinces était en droit *ager publicus.* Mais, ici encore, il y a d'importantes distinctions à faire. Une grande partie de ces terres reste, en effet, dans le domaine de l'État, qui les fait valoir en les louant à des particuliers moyennant une redevance (*vectigal*)[1]. Le surplus est vendu par les soins des questeurs (*ager quæstorius*) ou assigné à des colonies de citoyens ou de latins (*ager colono datus assignatus*), ou enfin restitué aux anciens habitants de la province (*ager stipendiariis datus assignatus*). Ces fonds ainsi vendus, assignés ou restitués, bien qu'ils fassent désormais partie, en fait, de l'*ager privatus,* appartiennent encore, en droit, à l'*ager publicus,* et sont, par conséquent, soumis à un régime bien différent de celui qui est

servitudes. En anéantissant ainsi la classe des propriétaires agriculteurs, l'aristocratie avait, sans s'en douter, ouvert les voies au despotisme césarien.

162. — (1) Dans ces terres nous comprenons, à côté des terres en culture, les lacs et rivières loués pour la pêche, les mines et salines, *metalla* et *salinæ,* également affermées. Il y a d'ailleurs une autre portion de l'*ager publicus* dont nous ne parlons pas ici, à savoir, les fonds consacrés aux usages communs, *loca publica,* et qui font partie de ce qu'on appelle le domaine public de l'État (V. nº 164).

spécial aux *agri privati* situés en Italie. Aussi forment-ils une classe à part d'immeubles qu'on oppose sous le nom de *provinciale solum* aux fonds italiques.

Trois différences essentielles peuvent être relevées entre ces deux classes d'immeubles. 1° Les fonds provinciaux sont dans le *dominium* de l'État qui, en signe de la propriété éminente qu'il conserve sur eux, exige du possesseur une redevance (*vectigal*) ou l'impôt foncier (*stipendium* ou *tributum*) (2). Aucune redevance ou impôt ne grève les fonds italiques. On voit par là qu'aux yeux des Romains, l'impôt n'est pas, comme chez les modernes, la rémunération des services rendus par l'État, mais le signe matériel de la conquête, *quasi victoriæ præmium ac pœna belli* (Cicéron, *Verr.*, 2e act., III, 6) (3). 2° L'État pouvait, usant de son droit strict de propriétaire, enlever aux possesseurs de fonds provinciaux, les fonds dont ils étaient en possession, et cela sans être tenu de leur payer la moindre indemnité. Ces dépossessions, qui avaient autrefois été pratiquées en Italie, n'y étaient plus possibles depuis que tous les fonds italiques étaient devenus *agri privati optimo jure*. 3° Les fonds provinciaux n'étaient pas *res mancipi* comme les fonds italiques, et ils ne pouvaient être, comme ces derniers, l'objet du *dominium ex jure quiritium*. Toutefois, les possesseurs en avaient l'usage, ils en percevaient et gardaient les fruits en toute propriété, ils pouvaient en disposer au profit d'autres personnes. Il était donc indispensable de leur assurer le maintien de leur *possessio*, en leur donnant des actions contre les tiers qui les troubleraient

(2) Aux possesseurs de fonds vendus par les questeurs, on imposait un *vectigal* souvent nominal. De là le nom d'*ager privatus vectigalisque* qu'on donne à ces fonds sous l'Empire. L'impôt foncier véritable grève les possesseurs des autres fonds provinciaux. Dans les provinces du peuple, il est appelé *stipendium*, de là le nom de *prædia stipendiaria* pour les fonds situés dans ces provinces. Dans les provinces de César, l'impôt foncier s'appelle *tributum*, et les fonds *prædia tributaria* (G. II, 21). Certains fonds sont d'ailleurs exemptés de l'impôt foncier, soit en vertu d'une concession du *jus italicum* (V. n° 162), soit en vertu d'une exemption spéciale (*immunitas*). Accarias, t. I, n° 207 et notes.

(3) Accarias, t. I, n° 208.

dans l'exercice de leur droit et telle fut l'œuvre du droit prétorien. La possession du sol provincial conférait donc au possesseur un droit *sui generis* que Gaius essaie de caractériser en l'appelant *possessio vel ususfructus* (G. II, 7), et qui équivalait, en somme, dans la pratique, au *dominium* dont il assurait au possesseur presque tous les avantages effectifs. On finit par lui donner le nom spécial de *proprietas*, nom qui devait se généraliser plus tard et s'appliquer à tous les fonds sans distinction.

Les différences que nous venons de signaler entre les fonds italiques et provinciaux disparurent au Bas-Empire, et avec elles disparut également toute distinction entre le *dominium* et la *proprietas*. Cette transformation, qui est définitivement achevée sous Justinien, est due à des causes multiples. La première est la concession du *jus italicum* faite à certaines villes, dont le territoire était par là assimilé fictivement au sol italique. Le *jus italicum* rend le sol de ces villes et du territoire qui en dépend susceptible du *dominium ex jure quiritium*, et affranchit les propriétaires de l'impôt foncier *tributum soli* (4). Ce privilège, qui paraît avoir été accordé pour la première fois dans les débuts de l'Empire, existe encore sous Justinien. Mais sous ce prince, il ne consiste plus que dans l'exemption de l'impôt foncier (5). D'autre part, les *civitates*

(4) Le *jus italicum* affranchit également les habitants des cités qui en sont dotées du *tributum capitis* ou impôt personnel. Les villes qui ont reçu le *jus italicum*, et dont on trouve une liste au Digeste (1, 6, 7, 8. Dig., *De censibus*, L, 15), sont ou des colonies romaines, ou des municipes, ou des colonies latines. Les cités pérégrines ne pouvaient l'obtenir que si elles étaient en même temps élevées au rang de colonies, car les pérégrins habitants de ces cités ne pouvaient, à raison de leur nationalité, être propriétaires *ex jure quiritium*, et par suite la concession du *jus italicum* eût été pour eux sans utilité. V. sur le *jus italicum*, Beaudouin, *Nouvelle Revue historique de droit*, 1881, 1882.

(5) A l'époque de Justinien, l'Italie n'appartient plus que nominalement à l'Empire, et, d'autre part, il n'y a plus de distinction entre le *dominium* et la *proprietas*. Par conséquent, l'expression *jus italicum* a revêtu un sens nouveau. Le *jus italicum* consiste uniquement dans l'*immunitas*, au point de vue de l'impôt foncier, privilège que l'Italie n'a plus, et qu'on continue cependant, par la force de l'habitude, à appeler comme autrefois.

pérégrines qui étaient exemptes d'impôt à raison du *fœdus* qui les unissait à Rome, ou celles qui étaient *immunes sine fœdere,* perdirent sous l'Empire ce privilège d'*immunitas* et furent assimilées à cet égard au sol provincial. L'Italie elle-même fut soumise, sous Maximien, à raison de la pénurie du fisc, à l'obligation de payer l'impôt foncier, et par là disparaissait l'un des principaux privilèges des fonds italiques En même temps, le *dominium* et la *proprietas* tendaient à se rapprocher l'un de l'autre au point de vue des effets pratiques (6). Mais la vieille distinction subsistait toujours en théorie, jusqu'à ce que Justinien la supprima. Il n'y eut plus dès lors qu'une seule forme du droit de propriété s'appliquant à tous les immeubles sans distinction (1. Cod., *De nudo jure quirit. toll.*, VII, 25; 40. Inst., *De rerum divisione,* II, 1).

Choses extra patrimonium.

163. — *Notion et divisions.* — Ce qui caractérise les choses *extra patrimonium*, c'est qu'à raison de leur destination elles ne font pas partie du patrimoine des particuliers. On ne doit pas foutefois les confondre avec les choses placées hors du commerce, car s'il est vrai que toutes les choses *extra patrimonium* sont souvent assimilées dans les textes aux choses hors du commerce, il n'est pas exact de dire que toutes les choses *in patrimonio* sont dans le commerce. Il en est, en effet, qui sont en dehors du commerce, bien que faisant partie du patrimoine des particuliers (1). Il ne faut pas non plus confondre les choses hors du patrimoine avec les

(6) Ces deux expressions sont prises comme synonymes dans les textes classiques (13, pr. Dig., *De acq. rer. dom.*, XLI, 1). Des rescrits de la fin du IIIe siècle (*Vat. frag.*, §§ 315, 316), parlent de *dominium* s'exerçant sur des immeubles *tributarii,* c'est-à-dire sur des fonds provinciaux.

163. — (1) Par choses hors du commerce on doit donc entendre celles qui, tout en étant *in patrimonio*, ne peuvent cependant ni être aliénées, ni grevées d'un droit réel, ni être l'objet d'un droit de créance (§ 2. Inst., *De inutil. stipul.*, III, 18). C'est ainsi que le fonds dotal, tout en étant dans le

res nullius. A proprement parler, on entend par *res nullius* les choses qui ne sont actuellement dans le patrimoine de personne par suite d'une circonstance accidentelle, mais qui peuvent, d'un moment à l'autre, y tomber : ainsi, l'esclave sans maître, l'île née du fond de la mer, les animaux sauvages, l'hérédité jacente. Très souvent, il est vrai, les textes donnent la qualification de *res quæ nullius in bonis sunt* aux choses non susceptibles d'appropriation exclusive, par suite, aux choses *extra patrimonium* (G. II, 9), en même temps qu'aux *res nullius* (*stricto sensu*), et c'est cette façon de parler qui a pu donner lieu à la confusion que nous venons de signaler.

Les choses *extra patrimonium* se divisent en : *Res divini juris, communes, publicæ.*

I. Res divini juris.

164. — Gaius, qui n'est à cet égard que l'écho d'antiques traditions déjà oblitérées de son temps, nous présente la division des choses en *res divini et humani juris*, comme une *summa divisio*, c'est-à-dire comme une division qui embrasse toutes les autres (G. II, 2). Elle correspond, en effet, à l'opposition que les Romains avaient su établir dès le début entre le droit sacré et le droit profane (V. n° 15). Les *res divini juris* sont comme la part des dieux dans les biens de ce monde. Les Romains, en effet, voient dans les dieux des êtres différents de l'homme, mais vivant à côté de lui, présidant à tous les actes de sa vie, l'accompagnant depuis sa naissance jusqu'au tombeau (1). Les relations que l'homme

patrimoine du mari, est en dehors du commerce (V. n° 90, et au tome second la théorie de la dot). De même il y a des choses qui sont hors du commerce à l'égard de certaines personnes seulement, comme c'est le cas pour les fonds provinciaux à l'égard du gouverneur de la province et de toute personne qui *officii causa in provincia agit vel militat* (62, pr. Dig., *De contrah. emp.*, XVIII, 1).

164. — (1) Bouché-Leclercq, *Les pontifes de l'ancienne Rome*, pp. 30 et suiv.

entretient avec ces dieux ont toujours un caractère intéressé et affectent l'aspect d'une sorte de contrat, dans lequel il leur offre des biens en échange de leur intervention protectrice(2). Les dieux ont donc un domaine qui leur est réservé, composé de biens retirés de la circulation, soustraits par conséquent au *dominium* des particuliers, et faisant partie des *res extra patrimonium*. Ces *res divini juris* se subdivisent en *res sacræ, religiosæ, sanctæ.*

1°. *Res sacræ.* — Ce sont les choses consacrées aux *dii superi,* c'est-à-dire aux divinités autres que les dieux mânes (G. II, 4). Pour qu'une chose devînt *sacra,* il fallait qu'elle eût été reçue comme telle, *consecrata,* par les pontifes, intermédiaires entre les hommes et les dieux, conservateurs du patrimoine de ces derniers. La *consecratio* transférait dans le patrimoine des dieux la propriété de la chose consacrée et elle se faisait par le moyen d'une formule solennelle prononcée par celui qui offrait la chose aux dieux. Les immeubles ne pouvaient être consacrés qu'en vertu d'une loi, plus tard d'un sénatusconsulte, et, dans le dernier état du droit classique, en vertu d'une constitution impériale. Parmi les *res sacræ,* citons les bois sacrés, *luci,* les sanctuaires de tout genre, *sacella, aræ, templa,* les statues des dieux, les trésors des temples. Ces choses étaient soustraites au commerce, ne pouvaient être l'objet d'aucun droit au profit des particuliers, et, par suite, étaient inestimables en argent. Une *res sacra* ne pouvait, en principe, cesser de l'être, sauf par l'emploi de cérémonies religieuses destinées à rendre au domaine profane la chose qui en avait été retirée, *profanatio*. L'avènement et le triomphe du christianisme devait modifier la notion qu'on se faisait des *res sacræ*. On considéra désormais comme telles, les choses consacrées à Dieu, et la consécration eut lieu par les évêques, sans qu'un rescrit impérial fût nécessaire pour les immeubles.

2°. *Res religiosæ.* — On appelle ainsi les choses qui sont la

(2) Boissier, *La religion romaine d'Auguste aux Antonins,* t. I, p. 21.

propriété des *dii inferi,* des dieux domestiques : lares, pénates, ou mânes, divinités privées, propres à chaque famille et qui ne sont autre chose que les ancêtres déifiés (3). Aussi, sont-ce les tombeaux qui forment la majeure partie des *res religiosæ* (G. II, 4). Les pontifes chargés de veiller au culte des mânes, à la conservation des *sacra privata,* avaient adopté au sujet des tombeaux toute une réglementation minutieusement élaborée par leur collège. Ces principes, que le droit profane avait fait siens, peuvent se résumer ainsi. 1° Tout terrain n'est pas propre à devenir *religiosus* par l'effet d'une inhumation, la loi des XII Tables défendant, en effet, d'ensevelir les morts dans l'intérieur de la cité (Cicéron, *De legibus*, II, 23). Cette prohibition fut d'ailleurs étendue à toutes les autres villes par un rescrit d'Hadrien (3, § 5. Dig., *De sepul. viol.*, XLVII, 12). 2° L'inhumation dans un terrain ne peut léser les droits d'un tiers. Elle ne peut donc être faite que par le propriétaire du terrain, et non par un usufruitier, un copropriétaire agissant seul, ou même un propriétaire dont la chose est grevée d'une servitude, d'une hypothèque. 3° L'inhumation devait être effective, et par suite l'érection d'un cénotaphe ne suffit pas pour rendre le sol *religiosus.* Elle devait aussi être destinée à durer, et par conséquent la sépulture provisoirement donnée à un cadavre ne confère pas au terrain le caractère de *locus religiosus.* 4° Enfin les Romains reconnaissant que l'esclave fait en quelque sorte partie de la famille, déclarent religieux le lieu où il est enterré. Il en est autrement du terrain où est inhumé un étranger (4).

La *res religiosa* était inaliénable, non susceptible d'un droit réel quelconque. Mais la personne qui avait fait de ce terrain un lieu religieux avait par là un droit spécial, le *jus*

(3) V. sur le culte des ancêtres : Fustel de Coulanges, *La cité antique,* liv. I, ch. II; S. Henri Maine, *Etudes sur l'ancien droit et la coutume primitive,* ch. III. V. sur les *res religiosæ*, Accarias, t. I, nº 192.

(4) Il faut remarquer que l'inhumation ne rend pas religieux tout le fonds où elle a eu lieu, mais seulement la partie de ce fonds où se trouve le tombeau, à moins qu'il ne s'agisse d'un terrain spécialement acquis en vue de recevoir exclusivement des sépultures.

sepulcri. Ce *jus sepulcri* consistait dans le droit d'user du terrain conformément à sa destination nouvelle, c'est-à-dire d'y enterrer les personnes de sa famille, d'y offrir les sacrifices traditionnels, de réclamer un droit de passage pour accéder au tombeau, et enfin de transmettre ce droit après décès soit aux membres de la famille, qu'ils fussent ou non héritiers (*sepulcra familiaria*), soit aux héritiers institués seulement (*sepulcra hereditaria*). Le *jus sepulcri* conférait le droit d'empêcher les tiers de détourner le terrain de sa destination et de l'employer à d'autres usages. De là l'*actio de sepulcro violato* donnée contre tous ceux qui porteraient atteinte au droit dérivant du *jus sepulcri*, action aboutissant à une peine pécuniaire et entraînant l'infamie. Cette action était *popularis*, c'est-à-dire ouverte à tous, mais seulement à défaut des personnes ayant le *jus sepulcri*.

La *res religiosa* cessait de l'être à la suite de l'exhumation effectuée avec l'autorisation des pontifes, du magistrat ou de l'empereur.

A l'époque de Justinien, et malgré la disparition du culte des mânes, toute cette théorie existe encore, le respect des morts et des lieux de sépulture ayant survécu à la ruine du paganisme.

3° *Res sanctæ.* — Ces choses participent du caractère des *res sacræ* et *religiosæ*, bien qu'elles ne soient propriété d'aucune divinité déterminée. Ce sont celles, comme les murs et les portes des villes, qu'on a voulu protéger contre les entreprises des particuliers, en les assimilant à des choses *divini juris*. Des peines sévères étaient encourues par les violateurs des *res sanctæ*. Dans le dernier état du droit, la qualité de *sanctus* a été appliquée, par une extension abusive, à d'autres choses qu'aux choses matérielles, par exemple, aux prescriptions des lois criminelles qu'on ne peut pas transgresser sans encourir des peines.

II. Res communes.

On appelle ainsi les choses qui sont destinées à l'usage de tous, comme l'air, l'eau courante, la mer et ses rivages, et qui, par suite, ne sont dans le patrimoine de personne.

III. Res publicæ.

Ce sont les choses appartenant à l'État, auxquelles on peut joindre celles qui appartiennent aux villes, *res universitatis*. Il faut d'ailleurs faire ici une distinction (72, § 1. Dig., *De contrah. empt.*, XVIII, 1). L'État et les villes ont, en tant que personnes morales, un patrimoine analogue à celui des particuliers. C'est ce que les modernes appellent le domaine privé de l'État ou des villes. Les choses comprises dans ce patrimoine (5) peuvent faire l'objet d'aliénations, d'actes de disposition de la part de l'État ou des villes propriétaires. Aussi ne peuvent-elles pas être rangées parmi les *res extra patrimonium*. Il en est autrement des choses affectées à un usage public, et qui sont en dehors du patrimoine, *quæ non in pecunia populi sed in publico usu habentur* (6, pr. Dig., *De contrah. empt.*, XVIII, 1). Ces choses, placées dans ce que nous appelons le domaine public de l'État ou des villes sont, à raison de leur destination, soustraites à toute appropriation privée. Tels sont les routes, ports, fleuves, places publiques, théâtres, bains publics (6).

Droits des particuliers sur les res extra patrimonium. —

(5) Font partie du domaine privé de l'État, les *bona damnatorum, caduca, vacantia*. Font partie du domaine des villes, les biens qu'elles ont recueillis par succession ou legs.

(6) Pour les fleuves, il n'y a pas à distinguer s'ils sont ou non navigables. Mais ceux-là seulement sont publics qui sont des *flumina perennia*. Les fleuves qui n'ont pas ce caractère, et qui sont appelés par les textes *torrentia*, sont de même que les ruisseaux, *rivi*, la propriété des particuliers. Il est à remarquer que l'eau du fleuve, même public, est *res communis*, en tant qu'on ne la considère que comme *aqua profluens*. Ce qui est *res publica*, c'est le fleuve envisagé dans son état actuel comme voie de navigation. Accarias, t. I, n° 197.

Les choses *extra patrimonium* ne peuvent être, de la part d'aucune personne, l'objet d'un droit exclusif de propriété, d'un droit réel ou de créance. Mais ce n'est pas à dire que les particuliers n'aient aucun droit à exercer à l'occasion de ces choses qui sont destinées à satisfaire à des besoins généraux. Ils ont sur elles, en effet, une sorte de droit de jouissance innommé, protégé par des actions ou par des interdits. Nous l'avons vu à propos des *res religiosæ*, et du *jus sepulcri*. Il en est de même pour les autres *res extra patrimonium*. Mais nous ne pouvons en dire davantage sur cette question, qui rentre dans l'étude du droit public.

De la possession.

165. — *Notion de la possession.* — La notion de possession n'est pas spéciale au droit de propriété. La possession est en effet l'exercice matériel et apparent d'un droit, le fait d'user des facultés que ce droit confère à celui qui en est le titulaire. Il n'y a donc aucun droit qui ne puisse, en théorie, donner lieu à des faits de possession (V. art. 2229 C. civ.). Mais le droit romain n'a point tout d'abord envisagé la possession à ce point de vue général. A ses yeux, la notion de possession ne peut se concevoir que dans son application au droit de propriété. Ce n'est qu'assez tard, et non sans difficultés, que les Romains ont reconnu et sanctionné la possession des autres droits réels, sans jamais l'admettre comme possible à l'égard des droits de créance ou de famille. Nous sommes donc fondés à rattacher l'étude de la possession à celle du droit de propriété, d'autant plus que, parmi les modes d'acquisition de la propriété, il en est plusieurs et parmi eux le plus important de tous, la tradition, qui supposent l'acquisition préalable de la possession. Nous aurons ensuite à indiquer les développements qu'a reçus la théorie de la possession à l'égard des autres droits réels.

La possession est l'ensemble des actes de jouissance et de disposition que comporte le droit de propriété. Elle n'est

donc qu'un simple fait, *eam enim rem facti non juris esse* (1, § 3. Dig., *De acq. vel amitt. poss.*, XLI, 2). Aussi ne doit-elle pas être confondue avec le droit lui-même dont elle n'est que la manifestation extérieure (1). C'est précisément dans cette distinction entre le droit de propriété et la possession que réside tout l'intérêt pratique de la théorie juridique de la possession. Il peut arriver, en effet, que la propriété et la possession ne soient pas, comme cela est le fait ordinaire, réunies dans les mêmes mains. Le propriétaire peut avoir perdu la possession de sa chose, à la suite d'un vol, d'une dépossession violente, d'une négligence de sa part. Cette chose se trouve donc entre les mains d'un tiers qui en a la possession sans en avoir la propriété. C'est alors qu'intervient le législateur pour assurer au propriétaire dépouillé, en même temps qu'au possesseur dépourvu de titre le respect de leurs droits respectifs. Au propriétaire on fournit le moyen de reprendre sa chose entre les mains de celui qui la détient. On l'investit à cet effet de l'action en revendication, *rei vindicatio*, qui est la sanction de son droit de propriété, et sans laquelle ce droit serait impuissant et sans valeur. Mais le possesseur qui n'a d'autre titre que le fait matériel de sa possession mérite-t-il au même degré la protection de la loi? L'exercice du droit doit-il être protégé comme le droit lui-même, et si on l'admet, comment concilier les droits du propriétaire et ceux du possesseur? Ces questions ont été résolues de la façon la plus heureuse par le droit civil et par le droit prétorien.

166. — *Fondement de la protection possessoire.* — Supposons d'abord le propriétaire dépossédé en conflit avec le possesseur de la chose, le premier demandant au second la restitution de la possession. Il n'est pas admissible, en ce cas,

165. — (1) *Nihil commune habet proprietas, cum possessione*, dit la loi 12, § 1. Dig., *De acq. vel amitt. poss.*, XLI, 2. *Possessio est, ut definit Gallus Aelius usus quidam agri aut ædificii non ipse fundus aut ager*, Festus, v° *Possessio.*

que le possesseur puisse repousser avec succès l'action en revendication du propriétaire. Ce serait la négation même du droit de propriété. Nous verrons toutefois, en étudiant l'usucapion, que le droit civil avait autorisé le possesseur à repousser la revendication du propriétaire, lorsque sa possession avait duré un temps assez long et présentait certains caractères qui pouvaient justifier cette faveur (V. nos 185 et suiv.). Dans ce cas, la possession n'est point protégée pour elle-même, mais à raison des circonstances à la suite desquelles elle a été acquise et des conditions dans lesquelles elle s'est continuée.

Que si maintenant nous supposons un conflit s'élevant entre le possesseur et un tiers qui vient troubler la possession sans d'ailleurs invoquer le titre de propriétaire, n'y aura-t-il pas lieu de donner au possesseur un moyen de se prémunir contre le trouble ainsi apporté à sa possession? C'est ce qu'a pensé le préteur qui a donné au possesseur des interdits pour faire cesser le trouble ou obtenir sa réintégration en cas de dépossession. En pareil cas, le possesseur n'aura besoin, pour triompher, que de prouver qu'il était en possession, et par conséquent ce que le droit prétorien protège par la voie de l'interdit, c'est la possession envisagée en elle-même, comme un véritable droit. Il est facile de justifier cette faveur. Il est probable, en effet, qu'elle a été inspirée par la pensée de protéger efficacement le droit de propriété lui-même.

Dans les législations comme le droit romain, où les mutations de propriété ne sont pas constatées par des actes écrits ou transcrites dans des registres publics, le droit de propriété serait bien peu solide, si, chaque fois que son exercice vient à être troublé, le propriétaire ne pouvait obtenir réparation du trouble qu'à la condition de prouver au préalable son droit de propriété sur la chose. Le plus souvent cette preuve lui fera défaut en matière de meubles, lesquels passant rapidement de main en main, n'ont pas d'assiette fixe et dont l'identité est facile à altérer. Pour les immeubles, comme pour les meubles d'ailleurs, il ne suffira pas de prou-

ver qu'on en est devenu légitime propriétaire à la suite d'une aliénation régulière. Il faudra établir que l'aliénateur qui nous a transmis ses droits était lui-même investi du droit de propriété, et remonter ainsi la série des propriétaires successifs, ce qui forcément amène à un moment où la preuve devient impossible à fournir. On devait donc être naturellement amené à dispenser le propriétaire d'une preuve aussi difficile, et à considérer le fait de la possession, signe extérieur et matériel du droit, comme suffisant pour autoriser le possesseur à repousser toute atteinte portée à sa possession.

Mais cette faveur, il fallait l'accorder à tout possesseur indistinctement, sans s'inquiéter ni rechercher s'il était ou non propriétaire. Car, exiger du possesseur la preuve qu'il mérite effectivement la protection qu'on lui accorde, c'est lui demander une chose impossible, c'est lui retirer d'une main ce qu'on lui donne de l'autre. C'est ainsi qu'on en arriva à protéger la possession et à lui reconnaître par là le caractère d'un droit à part. Il pouvait arriver, il est vrai, que le possesseur ainsi protégé ne fût pas digne d'être garanti dans sa possession, qu'il fût un déprédateur (*prædo*), un possesseur de mauvaise foi, un voleur. En pareil cas, la protection prétorienne ne va pas jusqu'à mettre le possesseur à l'abri d'une action ou d'un interdit qu'intenterait contre lui une personne ayant des droits supérieurs aux siens. Tout ce que le préteur a eu en vue, c'est de le protéger contre des attaques émanant de personnes qui, n'ayant pas la possession, ont moins de droits que lui sur la chose. Cette hypothèse, d'ailleurs, est anormale, et le plus souvent, en fait, celui qui bénéficie de l'interdit est véritable propriétaire, car il est rare qu'un individu ait la possession sans avoir la propriété. En résumé, si on protège le possesseur, c'est qu'on a voulu ainsi protéger le propriétaire apparent, parce qu'en protégeant ce dernier on a toutes les chances de protéger le propriétaire véritable.

Cette notion d'une protection légale accordée à un individu qui possède sans avoir de droit autre que le fait de sa possession, était d'ailleurs familière aux Romains, qui l'avaient

appliquée à une foule de choses dont l'usage est commun à tous, et dont la propriété n'appartient privativement à personne. C'est ainsi que les terres de l'*ager publicus* étaient, bien qu'appartenant en propriété au peuple romain, occupées par des concessionnaires qui exerçaient tous les droits effectifs attachés à la propriété, bien qu'ils n'eussent pas le titre de propriétaires. Aussi ces concessions étaient-elles appelées *possessiones* (V. n° 161), et le droit spécial dont elles étaient l'objet était protégé par les interdits. C'est également par cette voie des interdits que le préteur assurait aux particuliers l'usage des *res divini juris* et *publicæ,* dont la propriété n'appartient à personne (V. n° 164). On comprend, dès lors, comment, lorsqu'il s'agit d'une chose susceptible de propriété individuelle et exclusive, les Romains ont admis assez facilement l'existence d'un droit au profit du simple possesseur qui n'a d'autre titre que sa possession même.

167. — *Éléments de la possession.* — Si la possession est protégée, c'est, nous l'avons vu, parce qu'elle est la manifestation extérieure et matérielle du droit de propriété. De là, il faut conclure que celui-là seul est possesseur véritable, *justus possessor,* qui se trouve à l'égard de la chose dans la situation d'un propriétaire véritable. Or, un propriétaire est en contact matériel avec sa chose, il a le *corpus.* De plus, tous les actes qu'il accomplit sur elle, il les fait à titre de maître, avec l'intention d'agir comme propriétaire, avec l'*animus domini.* De là résulte que la possession, image fidèle de la propriété, suppose chez le possesseur la réunion du *corpus* et de l'*animus.* Ceux qui ont l'*animus* seul, sans le *corpus,* ne sont donc pas possesseurs. Leurs prétentions à la propriété peuvent, il est vrai, se manifester par voie d'action en revendication; mais c'est une question de propriété et non de possession qu'ils soulèvent. Ceux qui ont le *corpus* seul, sans l'*animus,* ne sont pas davantage possesseurs. Telles sont les personnes, comme le dépositaire, le commodataire, le locataire, qui ne détiennent la chose qu'en vertu

d'un titre impliquant reconnaissance du droit de propriété d'un tiers. De ces personnes, les textes disent qu'elles ne possèdent pas, *non possident,* et, pour bien marquer qu'elles n'ont de la possession que l'élément matériel, ils s'expriment ainsi : *rem tenent, non possident, sunt in possessione.* Aussi, pour séparer nettement cette apparence de possession de la possession véritable, on qualifiait cette dernière de *possessio justa, possessio civilis,* tandis que la possession sans *animus domini* est appelée *corporalis, naturalis possessio* et chez les modernes détention. Or, il importe de ne pas confondre la *possessio justa* avec la simple détention, celle-ci n'étant pas protégée par les interdits. Les simples détenteurs n'ont d'autre droit que celui de conserver la détention tant que personne ne justifie avoir droit à la chose en vertu d'un droit de propriété, de possession véritable ou de créance. C'est ce résultat qu'on exprime par la maxime : *In pari causa melior est causa possessionis.*

168. — *Acquisition de la possession.* — La possession est acquise dès que les deux éléments dont elle se compose sont réunis chez une même personne. 1° Pour qu'il y eût acquisition du *corpus,* on exigeait, dans les débuts, qu'il y eût contact matériel avec la chose. Mais on se départit de cette exigence qui cadre bien avec le formalisme du droit primitif. Il suffit dès lors que la chose eut été mise à la disposition du possesseur, de façon à lui permettre d'en user quand et comme il le voulait, *non est enim corpore et actu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu* (1, § 21. *De acq. vel am. poss.,* XLI, 2). 2° Quant à l'*animus,* on pouvait l'acquérir dans les trois hypothèses suivantes :

Première hypothèse. Le possesseur s'est mis en possession de lui-même, de sa propre autorité, soit qu'il ait pris une chose abandonnée par son propriétaire, soit qu'il l'ait volée ou s'en soit emparé par violence. Dans tous ces cas, la possession lui est acquise (1).

168. — (1) Toutefois, lorsque la prise de possession est le résultat d'un vol

Deuxième hypothèse. Le possesseur a été mis en possession par une personne qui lui a livré volontairement le *corpus* en exécution d'un acte juridique impliquant chez elle intention d'aliéner la propriété, c'est-à-dire d'abdiquer l'*animus domini* au profit du possesseur. Cet acte juridique, qu'on appelle *justa causa,* sera, par exemple, une vente, une donation, un legs. Il n'y a pas à rechercher ici, d'ailleurs, si le possesseur, à la suite de cette abdication de l'*animus* de la part du possesseur ancien, a effectivement acquis la propriété. Ce qui importe, c'est qu'il ait eu l'intention de l'acquérir et cet *animus* suffit pour qu'il soit traité comme *justus possessor*.

Troisième hypothèse. Le possesseur n'avait d'abord que la simple détention, le *corpus* sans l'*animus*. Mais, soit de mauvaise foi, soit même de bonne foi, il s'est, à un moment donné, comporté comme maître de la chose. Il s'est donc attribué de lui-même l'*animus domini.* Le droit romain n'admet pas que cet *animus* soit efficace, qu'on puisse, à son gré, transformer sa détention en possession véritable, ou, comme disent les textes, se changer à soi-même la cause de sa possession, *ipse sibi mutare causam possessionis* (19, § 1. Dig., *De acq. vel amitt. poss.*, XLI, 2). Aussi refuse-t-on au possesseur le bénéfice des interdits (2).

De la nécessité de l'*animus* pour l'acquisition de la possession découle, pour certaines personnes, l'incapacité de devenir possesseurs par elles-mêmes. Tels sont les *furiosi,* les personnes morales et les pupilles non sortis de l'*infantia.*

ou d'une violence, la possession est *injusta* à l'égard de celui qui en a été dépouillé dans ces conditions, et contre lui le possesseur ne peut user des interdits. Mais ils peuvent être employés avec succès contre toute autre personne qui troublerait la possession. V. la *Théorie des interdits* dans notre tome second.

(2) Le précariste et le créancier gagiste, bien qu'ayant reçu la possession en vertu d'un titre qui implique reconnaissance du droit d'autrui, et excluant par suite l'*animus domini,* ont cependant droit aux interdits, du moins vis-à-vis des tiers autres que le propriétaire de la chose donnée en précaire ou en gage.

Pour ces derniers, toutefois, on finit par admettre qu'ils pourraient acquérir eux-mêmes la possession avec l'*auctoritas tutoris*, grave dérogation au principe d'après lequel l'*auctoritas* ne se conçoit qu'à l'égard des actes du pupille sorti de l'*infantia* (3).

169. — *Conservation et perte de la possession.* — Une fois acquise, la possession se conserve par la conservation du *corpus* et de l'*animus*. Elle se perd dès que l'un de ces deux éléments disparaît, à plus forte raison lorsqu'ils disparaissent tous deux à la fois. Il y a perte simultanée du *corpus* et de l'*animus* lorsque la chose vient à périr entièrement, ou lorsqu'elle est livrée volontairement par le possesseur à quelqu'un en faveur de qui il abdique l'*animus*. L'*animus* seul est perdu lorsque, tout en gardant la détention de la chose, le possesseur renonce à se comporter vis-à-vis d'elle en *dominus*, ce qui arrive lorsqu'après une aliénation il conserve la chose à titre de dépositaire ou de locataire. Enfin, il y a perte du *corpus* seulement lorsque la chose vient à être enlevée au possesseur par un cas fortuit qui ne la détruit pas, comme par exemple une inondation qui recouvre un terrain, ou bien lorsque la chose est appréhendée par un tiers, *animo domini*, sans le fait ni le consentement du possesseur, comme en cas de vol.

On finit cependant par admettre que, dans certains cas, la perte du *corpus* seul ne serait pas suffisante pour priver le possesseur de sa possession, qu'il pouvait, par conséquent, conserver *animo solo*. C'est ce qui avait lieu pour l'esclave fugitif, car on ne pouvait pas admettre qu'il dépendît de l'esclave de faire perdre au maître la possession en s'enfuyant. La possession n'était perdue pour le maître que lorsque l'esclave avait été appréhendé par un tiers, *animo domini*. De

(3) Nous n'avons examiné au texte que le cas où le *corpus* et l'*animus* se réalisent dans la personne même du possesseur. Nous verrons plus loin (V. nº 220), si l'on ne peut pas aussi acquérir la possession par l'intermédiaire d'un tiers.

même, lorsqu'un immeuble était détenu au nom du possesseur par un esclave, un fermier, un gardien quelconque, on estima qu'il serait injuste de considérer la possession comme perdue, par cela seul que l'esclave s'était enfui, que le fermier ou gardien avait abandonné l'immeuble. Le possesseur, en effet, avait compté sur le tiers détenteur pour lui conserver le *corpus*. Toutefois, la possession était perdue dès que l'immeuble était occupé *animo domini* par un nouveau possesseur (G. IV, 153). Mais on finit par décider que, malgré l'occupation par un tiers, la possession des immeubles ne serait pas perdue, en sorte que la possession pouvait être conservée *animo solo*. Cette solution pratique avait été admise d'abord pour les immeubles appelés *saltus hiberni et æstivi*. A la fin de la République, au moment où la grande propriété tendait à se substituer en Italie aux petites cultures, les particuliers, les villes, le peuple, possédaient sur les deux versants de l'Apennin des pâturages considérables (*pascua*, *saltus*). Or, le climat italien exigeait et rend encore nécessaire aujourd'hui une émigration périodique ou transhumance des troupeaux, suivant la saison. On les faisait passer alternativement d'une station de pâturage d'été, *saltus æstivus*, dans une station d'hiver, *saltus hibernus*. Ces *saltus* n'étaient donc occupés que pendant une partie de l'année et abandonnés ensuite pour être réoccupés. Les possesseurs auraient été exposés à de trop faciles et fréquentes usurpations, si le maintien de leur possession ne leur avait pas été assuré pendant leur absence. Aussi admit-on que la possession de ces immeubles pourrait se conserver *animo solo*. Cette exception fut généralisée, et à l'époque classique on la voit appliquée à tous les immeubles sans distinction. Tel est encore le droit de Justinien (1, § 26. Dig., *De vi*, XLIII, 16; § 5. Inst., *De interdictis*, IV, 15).

170. — *Effets de la possession.* — Le seul effet propre à la possession consiste dans le droit pour le possesseur de se faire maintenir en possession, ou de la recouvrer si elle lui

est enlevée. C'est par la voie des interdits que le possesseur obtient ce résultat, le juge n'ayant point à rechercher s'il a ou non des titres à la propriété. Quant aux autres effets qu'on serait tenté de rattacher à la possession, ils n'en sont que des conséquences indirectes. C'est ainsi que la règle : *In pari causa melior est causa possessionis* (V. n° 167), qui assure même au simple détenteur le droit de conserver la *possessio corporalis*, n'est que l'application du droit commun en matière de preuve. Le détenteur, en effet, joue le rôle de défendeur, et s'il a le droit de conserver le *corpus*, c'est que le demandeur ne peut pas prouver qu'il a un droit supérieur au sien. De même la possession, quand elle a été acquise de bonne foi et en vertu d'une *justa causa*, conduit à l'usucapion, et elle donne droit aux fruits lorsqu'elle est acquise de bonne foi. Mais ces effets ne peuvent pas être exclusivement rattachés à la possession, puisque, pour qu'ils se produisent, il faut des conditions de titre et de bonne foi étrangères au fait même de la possession.

171. — *Développement de la théorie de la possession.* — La possession supposant le *corpus*, les Romains en conclurent qu'elle ne pouvait s'appliquer qu'aux choses corporelles. Aussi n'admit-on point tout d'abord qu'il pût être question de possession pour les servitudes, les hérédités, les créances. Or, au point de vue théorique, un pareil résultat ne peut se justifier. Les servitudes, par exemple, sont des droits susceptibles d'exercice matériel tout comme le droit de propriété lui-même. Si je passe sur un fonds, si j'y vais puiser de l'eau, conduire paître des troupeaux, j'exerce sur ce fonds les servitudes de passage, de puisage, de pacage, je me comporte en fait comme si j'avais droit à ces servitudes, je puis donc être considéré comme étant en possession de ce droit. On en peut dire autant du droit à l'hérédité, du droit de créance. Aussi une observation plus attentive fit-elle admettre aux Romains la possibilité d'un droit de possession en matière de servitudes. Le préteur reconnut la possession des servitudes,

qu'il qualifia de *quasi possessio* et qu'il protégea au moyen d'interdits *quasi possessoires* qui ne diffèrent en rien des interdits possessoires ordinaires. Quant à l'hérédité, le droit civil avait admis d'abord qu'elle pouvait faire l'objet de la possession, puis on repoussa cette idée lorsqu'on considéra l'hérédité comme chose incorporelle. Pour les créances elles ne furent jamais envisagées comme pouvant être possédées.

Modes d'acquisition de la propriété.

Principales divisions des modes d'acquisition de la propriété:

172. — Par modes d'acquisition de la propriété on entend les faits juridiques à la suite desquels la propriété est acquise. Les divers modes d'acquisition reconnus par le droit romain, peuvent être groupés en plusieurs catégories.

1°. *Modes d'acquisition à titre universel et à titre particulier.* — Cette division des modes d'acquisition est de la plus haute importance théorique. L'acquisition a lieu à titre universel (*per universitatem*), lorsqu'elle porte sur le patrimoine tout entier ou sur une quote-part de ce patrimoine. Dans ce cas, on acquiert non pas la propriété de telle ou telle chose faisant partie du patrimoine, mais la propriété de toutes celles qui y figurent, sans distinction, en même temps qu'on est investi de tous les droits réels et de tous les droits de créance compris dans le patrimoine. Par contre, on est tenu de payer toutes les dettes qui grèvent la personne au patrimoine de laquelle on succède. Les modes d'acquisition *per universitatem* ne sont donc pas propres au droit de propriété, mais applicables à tous les droits réels et personnels sans exception. On comprend dès lors pourquoi Gaius (G. II, 96) et Justinien (§ 6. Inst., *Per quas personas nobis adquirit.*, II, 9) n'en parlent que lorsqu'ils s'occupent de l'étude de la transmission du patrimoine. Les modes d'acquisition à titre particulier sont au contraire spéciaux au droit de propriété (1).

172. — (1) Nous verrons cependant que plusieurs d'entre eux s'appliquent aussi aux droits réels.

Ce sont ceux où l'acquisition ne porte que sur une ou plusieurs choses, individuellement déterminées (*res singulæ*), dont la propriété se trouve transférée à un acquéreur, qui n'est nullement tenu de payer les dettes du précédent propriétaire. Ces modes d'acquisition sont les seuls dont nous nous occuperons désormais, et à eux seuls s'appliquent les autres divisions des modes d'acquisition que nous avons à signaler.

2°. *Modes d'acquisition du droit civil et du droit des gens.* — Les modes d'acquisition du droit civil sont ceux dont l'usage est réservé aux seuls citoyens romains, aux latins, et aux pérégrins qui ont le *jus commercii.* Les modes du droit des gens sont accessibles à toute personne (G. II, 65, 66.) Cette division a une grande importance au point de vue de l'histoire du droit de propriété. Elle a perdu toute raison d'être à partir du moment où le droit de cité fut concédé à tous les habitants de l'Empire. On ne la retrouve plus dans la pratique sous Justinien. Les modes d'acquisition de la propriété dérivant du *jus civile* étaient : la *mancipatio,* l'*in jure cessio,* l'*usucapio,* l'*adjudicatio,* la *lex*; ceux dérivant du *jus gentium* : la *traditio* et l'*occupatio* (Ulp., *Reg.,* XIX, 2).

3°. *Modes originaires et modes dérivés.* — Le mode d'acquisition est appelé originaire, lorsqu'on devient propriétaire d'une chose qui n'était jusqu'alors la propriété de personne. L'acquéreur dans ce cas ne succède pas à un précédent propriétaire. Aussi, acquiert-il la propriété franche de toute charge réelle. Le seul mode d'acquisition originaire est l'*occupatio.* Les autres modes d'acquisition sont appelés dérivés, parce qu'ils s'appliquent à des choses appartenant déjà à un propriétaire, qui perd son droit de propriété au profit du propriétaire nouveau. Ici, par conséquent, l'idée d'acquisition implique celle d'aliénation. L'acquéreur qui succède au précédent propriétaire ne peut avoir sur la chose plus de droits que ce dernier. Il ne reçoit donc celle-ci que sous la réserve des droits réels qui la grevaient entre les mains de son auteur.

4°. *Modes volontaires et non volontaires.* — Les modes dérivés se divisent en modes volontaires et non volontaires. Les modes volontaires supposent entre l'aliénateur et l'acquéreur une convention préalable ayant pour objet le transfert de la propriété de l'un à l'autre. Tel est le cas de la *mancipatio,* de l'*in jure cessio,* de la *traditio.* Les modes volontaires sont donc ceux auxquels on a recours toutes les fois qu'on veut opérer une transmission de la propriété. Les modes non volontaires sont exclusifs de la volonté d'aliéner de la part de l'ancien propriétaire, et même se réalisent quelquefois au profit de l'acquéreur sans qu'il ait eu à manifester la volonté d'acquérir. Aussi sont-ils d'un emploi moins fréquent que les premiers. Ces modes sont : l'*usucapio,* l'*adjudicatio,* la *lex* (2).

I. Mode originaire.

173. — *De l'occupation* (*Occupatio*). — L'occupation consiste dans le fait d'appréhender *animo domini* la possession d'une chose qui n'appartient à personne et qui est cependant susceptible d'appropriation privée. Cette prise de possession rend l'occupant propriétaire. Sans grande importance dans les sociétés civilisées, où le nombre des choses non encore appropriées est très restreint, l'occupation était, au contraire, d'une application fréquente dans les sociétés antiques. Elle pouvait porter, en effet, sur une foule de choses que nous considérons aujourd'hui comme non susceptibles d'occupation, nous voulons parler des choses appartenant à ceux qui ne font pas partie de l'État en qualité de citoyens. C'est ainsi qu'à Rome l'occupation, sous sa forme la plus brutale, *occupatio bellica,* a été longtemps le mode d'acquisition par excellence. Aux yeux des

(2) Nous verrons que parmi les modes d'acquisition qu'on rattache à la *lex*, il en est qui, cependant, sont volontaires (V. n° 199.)

Romains, en effet, le droit de propriété n'existe pas au profit de ceux qui ne sont pas citoyens. Les choses que possèdent les étrangers sont des *res nullius* qui peuvent devenir la propriété du premier occupant : *quod maxime sua esse credebant, quæ ex hostibus cepissent* (G. IV, 16, *in fine*)(1). Ce droit de prise, qui fut d'abord une source abondante du *dominium* romain, finit par être réglementé et par perdre de son importance. La faculté de devenir ainsi propriétaire par voie d'*occupatio* ne fut plus reconnue qu'à l'égard des nations avec lesquelles Rome était en état de guerre régulièrement déclarée, *justum bellum* (V. n° 55, note 1), ou en tout temps à l'égard des peuples barbares. D'autre part, les immeubles des peuples vaincus par Rome devenaient la propriété du peuple romain, qui seul acquérait par voie d'*occupatio*, tandis que les citoyens qui recevaient une part de ces terres tenaient leur droit du peuple et non de la conquête (V. n° 161). Quant aux meubles, ils étaient également la propriété du peuple romain par voie d'*occupatio*, et les particuliers qui recevaient leur part de prise n'obtenaient plus qu'une propriété dérivée. De là résulte que d'assez bonne heure l'*occupatio bellica* ne fut plus pour les citoyens une cause d'acquisition de la propriété, hormis dans des cas exceptionnels, en cas de maraudage par exemple. A côté de l'*occupatio bellica*, signalons d'autres applications de l'*occupatio* qui n'ont pas disparu de la pratique et qu'on retrouve encore sous Justinien. Il s'agit ici de véritables *res nullius*, telles que les pierres précieuses ou coquillages trouvés sur le bord de la mer, les animaux sauvages pris à la chasse, les poissons pris à la pêche, l'île qui naît au milieu de la mer (G. II, 66, 67, 68). Toutes ces choses s'acquièrent par occupation.

L'occupation étant un mode d'acquisition du *jus gentium*,

173. — (1) La propriété, pour le Romain primitif, n'est pas dérivée, mais originaire. Elle est le résultat de la conquête, elle est due à son énergie, à la force de son bras. Aussi les choses les plus importantes à ses yeux sont celles qui ont été *manu captæ* (*res mancipi*), et la *hasta* est pour lui le symbole de la propriété quiritaire (G. IV, 16; G. II, 69).

les étrangers comme les citoyens pouvaient en user. Aussi admettait-on que les citoyens perdaient leur droit de propriété par l'effet de l'*occupatio bellica* émanant des ennemis.

II. Modes dérivés (volontaires).

174. — *Notion et énumération des modes dérivés volontaires.* — Les modes dérivés volontaires, dont nous nous occupons en premier lieu, supposent tous une convention entre l'aliénateur et l'acquéreur (V. n° 172-4°), convention par laquelle l'aliénateur consent à transférer la propriété à l'acquéreur qui accepte ce transfert. Mais cette convention à elle seule ne saurait opérer la transmission du droit. Dans les principes purs du droit romain, la simple volonté des parties est, en effet, impuissante par elle-même à produire un effet juridique quelconque. Il faut pour que cet effet se produise, qu'elle se manifeste par un acte extérieur et formel qui soit à la fois la confirmation et la mise à exécution de cette volonté. C'est ainsi que, dans notre matière, l'accord des deux parties ne suffit pas pour que la propriété soit transférée ; il faut, de plus, qu'il soit suivi d'un transfert effectif, lequel s'opère par voie de *mancipatio*, d'*in jure cessio* ou de *traditio*. Ce principe, que la convention des parties ne peut transférer à elle seule la propriété, n'a jamais été abandonné en droit romain. On le trouve encore exprimé de la façon la plus nette dans une constitution du Bas-Empire, de Dioclétien et Maximien : *Traditionibus et usucapionibus, dominia rerum, non nudis pactis transferuntur* (20. Cod., *De pactis,* II, 3) (1). La *mancipatio*, l'*in jure cessio*, la *traditio* ne sont donc, en définitive, que des modes divers d'exécuter la convention ayant pour objet le transfert de la propriété. Ajoutons qu'en matérialisant pour ainsi dire ce transfert, ces actes l'entourent

174. — (1) Le droit civil français a répudié ce principe (V. art. 1138, 1583, C. civ.).

d'une publicité fort utile. Ils mettent les acquéreurs à l'abri des fraudes de l'aliénateur qui, obligé de se dessaisir de la chose, ne peut l'aliéner une seconde fois au détriment du premier acquéreur, ou la grever de droits réels après l'avoir aliénée (2). Remarquons, toutefois, que si les Romains ont adopté ces modes de transfert, ce n'a pas été tout d'abord en vue des avantages que nous venons de signaler. Ils n'ont fait qu'obéir ici comme ailleurs à la tendance de l'esprit formaliste du droit primitif (V. n° 7).

1°. De la mancipation (mancipatio).

175. — *Formes de la mancipatio.* — Indiquons d'abord quelles sont les formes de la *mancipatio*, telles que nous les décrivent les textes de l'époque classique. Nous aurons ensuite à rechercher l'origine et la signification de ces formes.

Deux parties principales figurent dans la *mancipatio* et y jouent des rôles différents : l'acquéreur, *is qui mancipio accipit,* et l'aliénateur, *is a quo mancipio accipit* (G. I, 119). L'acquéreur, saisissant la chose à la main, prononçait une formule solennelle affirmant son droit de propriété : *hunc ego hominem ex jure quiritium meum esse aio.* Ensuite, il remettait à l'aliénateur un lingot d'airain, *aes,* comme symbole du prix de l'aliénation, *quasi pretii loco.* L'aliénateur n'avait aucune parole à prononcer. La réception du lingot d'airain, jointe à son silence, impliquait adhésion à l'affirmation émanée de l'acquéreur. Ces cérémonies avaient lieu devant cinq témoins et un *libripens,* porteur d'une balance d'airain, tous pubères et citoyens romains. C'est seulement

(2) La publicité des transferts est tellement utile, qu'après avoir proclamé le principe du transfert de propriété par l'effet du simple consentement, le législateur français a dû revenir en partie sur son œuvre, cinquante années plus tard, en organisant, du moins en matière immobilière, la publicité des transferts (loi du 23 mars 1855).

après l'accomplissement de ces formalités que se trouvait transférée la propriété (G. I, 119; Ulp., *Reg.*, XIX, 3).

L'emploi de ces formes conduisait aux conséquences suivantes :

1°. La chose mancipée devait être présente lors de l'acte, puisque l'acquéreur devait la toucher de la main. C'est de là que ce mode de transfert tirait son nom, *manu capio,* ou *mancipatio, quia manu res capitur* (G. I, 121). Du temps de Gaius, d'ailleurs, on s'était relâché de cette rigueur formaliste à l'égard des immeubles qu'on pouvait manciper sans se transporter sur le fonds objet de l'aliénation (1).

2°. La mancipation exigeait la présence des deux parties : l'acquéreur et l'aliénateur, en personne, et, conformément à une règle générale du droit primitif, elle excluait la possibilité pour l'un et l'autre de se faire représenter. Celui, en effet, qui figure dans l'acte comme acquéreur ne peut, en prononçant les paroles consacrées : *hunc ego hominem meum esse aio,* qu'acquérir pour lui-même. Celui qui aliène ne peut aliéner au nom d'autrui, car son adhésion tacite aux paroles de l'acquéreur n'aurait pas la portée qu'on lui attribue s'il s'agissait d'une propriété qui n'est pas la sienne.

3°. La mancipation suppose essentiellement que les deux parties sont capables d'avoir le *dominium ex jure quiritium,* l'acquéreur affirmant, en effet, qu'il a ce droit sur la chose, et l'aliénateur y renonçant à son profit. Aussi la *mancipatio* appartient-elle au *jus civile*, et n'est-elle possible qu'entre personnes jouissant du *jus commercii* (G. I, 119; Ulp., *Reg.*, XIX, 4) (V. n° 172-2°).

4°. L'acquisition par mancipation ne comporte ni terme ni condition. L'apposition de ces modalités est inconciliable avec les formes mêmes de l'acte. Les paroles que doit prononcer l'acquéreur sont, en effet, l'affirmation d'un droit actuel et certain : *hunc ego hominem meum esse aio,* et il ne pourrait

175. — (1) Nous rappelons que la *mancipatio* ne pouvait s'appliquer qu'aux *res mancipi*. Employée à l'égard des *res nec mancipi*, elle restait sans effet (V. n° 158).

tenir ce langage s'il s'agissait pour lui d'acquérir un droit non actuel ou éventuel (2).

176. — *Explication de ces formes et histoire de la mancipatio.* — Les formes que nous venons de décrire et les conséquences qu'on en avait tirées s'expliquent parfaitement lorsqu'on remonte à l'origine de la mancipation, et lorsqu'on suit ses transformations successives. La *mancipatio* a d'abord été la première forme de la vente (1). Or, la vente n'est autre chose qu'un échange perfectionné. Au lieu d'opérer l'échange d'objet contre objet (échange troc), on échange les choses contre une chose toujours identique, qui, à raison de certaines qualités est acceptée par tous comme instrument d'échange. Les têtes de bétail, les peaux de bête, les pierres précieuses, les métaux les plus divers, le fer, le cuivre, l'argent et l'or, ont servi suivant les époques et les pays d'instruments d'échange. Chez les premiers Romains, ce furent d'abord les têtes de bétail (*pecus*) qui servirent d'instruments d'échange (2), et plus tard seulement le cuivre, *æs*, à proprement parler, un alliage de cuivre, de plomb et de zinc. A partir de ce moment, la vente consista dans l'échange de la chose vendue contre un certain poids de métal remis par l'acheteur au vendeur. Mais comme le métal employé dans les transac-

(2) Aussi, la mancipation figure-t-elle parmi les actes que les textes appellent *actus legitimi,* et qui *non recipiunt diem vel conditionem* (77. Dig., *De reg. juris,* L, 17).

176. — (1) Que la *mancipatio* ait été la forme sous laquelle se réalisait la vente dans le droit primitif, cela n'est pas douteux quand on se réfère à la notion qu'en donne Gaius (G. I, 113, 119), qui la qualifie d'*imaginaria quædam venditio.* Si, au temps de Gaius, la *mancipatio* est une vente fictive, on est autorisé à conclure qu'à une époque antérieure elle était une vente réelle. Ce n'est là que l'application d'une loi générale de l'histoire des institutions. Ulpien (*Reg.,* XIX, 4) considère d'ailleurs le *jus commercii* comme l'équivalent du droit de participer à la *mancipatio,* et il définit le *jus commercii* (*Reg.,* XIX, 5) *emendi vendendique invicem jus.*

(2) De *pecus* viendrait *pecunia* (Varro, *De ling. lat.,* V, 19, v° *Pecus*). Le taux des amendes, *multa,* s'évaluait encore sous la République en bœufs et moutons; les monnaies portèrent longtemps l'empreinte d'un animal, et le crime de détournement des deniers publics s'appela toujours *peculatus.*

tions circulait sous forme de lingots bruts, *æs rude*, il fallait, pour se rendre compte du poids fourni, procéder lors de chaque vente à un pesage. Telle fut la vente dans sa forme originaire, et c'est cette vente qui avait reçu le nom de *mancipatio*. Il suffit pour s'en convaincre de reprendre une à une les formalités de la *mancipatio* de l'époque postérieure; on verra qu'elles s'expliquent toutes par l'idée d'une vente. On y trouve, en effet, la chose et le prix; la chose qui doit être mise immédiatement entre les mains de l'acheteur et qui, par conséquent, doit être appréhendée par lui, le prix qui consiste en un lingot de cuivre qu'il faut peser. Pour qu'aucune difficulté ne pût s'élever au sujet du poids ou de la pureté du métal fourni, les parties avaient recours à un tiers, le *libripens*, sorte d'expert tenant une balance de cuivre, *libra ænea*, et sous la surveillance duquel s'opérait le pesage (3). Le prix pesé était remis au vendeur. Quant aux paroles solennelles prononcées par l'acheteur, elles expriment bien nettement que c'est à la suite d'une vente que la propriété est transférée : *isque mihi emptus est hoc ære æneaque libra* (4).

La physionomie primitive de la *mancipatio* s'altéra, lorsque les métaux précieux, au lieu d'être employés comme instruments d'échange sous forme de lingots bruts, furent transformés pour les usages du commerce en numéraire. Désormais on se servit comme monnaie de parcelles de métal de poids uniforme; ce poids, ainsi que la pureté du métal

(3) Gaius (I, 122) nous rapporte, avec sa précision habituelle les motifs de l'emploi de la balance dans la *mancipatio*. Nous savons aussi par Festus (v° *Rodus*) et Varron (*De lingua latina*, V, 163), que le lingot était l'objet d'une sorte d'essayage grossier, après une interpellation adressée sans doute à l'acheteur par le vendeur, interpellation ainsi conçue : *Rauduscule libram ferito*. A la suite de cette interpellation, l'acquéreur frappait la balance avec le lingot, *ære percutit libram* (G. I, 119).

(4) Les cinq témoins représentent sans doute les cinq classes du peuple romain établies par la constitution de Servius Tullius. Aussi doivent-ils être pubères et citoyens. Grâce à leur présence, la *mancipatio* est faite sous la garantie du peuple, le droit de l'acquéreur est rendu public et ne peut lui être contesté par personne.

étant attesté au public par un signe apparent apposé au nom de l'État sur chaque pièce. Au système de l'*æs rude* succéda donc le régime de l'*æs signatum*, et plus tard s'introduisirent les pièces d'argent et d'or (G. I, 122; 1, pr. Dig., *De contr. empt.*, XVIII, 1)(5). Il est évident qu'alors le pesage du métal dans la *mancipatio* devenait inutile et la présence du *libripens* superflue. Mais attachés aux anciens usages, les Romains conservèrent cette cérémonie qui n'était plus qu'un vain simulacre. Le pesage n'avait plus lieu effectivement, puisque le paiement du prix se faisait en numéraire et non en lingots. Mais l'acheteur continuait à remettre le lingot de cuivre, *æs*, au vendeur, après l'avoir fait résonner contre la balance de cuivre, *ænea libra*. C'est précisément le maintien de cette pesée purement fictive qui donna l'idée de faire de la mancipation un mode général de transfert de la propriété. Supposons, en effet, que pour s'acquitter d'une obligation préexistante ou accomplir une libéralité, une personne ait à transférer la propriété d'une chose. Elle n'aura qu'à manciper la chose à celui à qui elle veut la transférer en propriété. Tout se passera comme si une vente avait eu lieu; l'acquéreur touchera la chose, prononcera les paroles solennelles et remettra à l'aliénateur le lingot, *æs*, en guise de prix, *quasi pretii loco*, mais sans lui payer effectivement un prix véritable. Le but que recherchait l'aliénateur sera atteint, il aura transféré la propriété en vertu d'une cause préexistante (obligation ou donation) dissimulée sous l'apparence d'une vente. Aussi la mancipation a-t-elle été très justement définie par Gaius (I, 119) une vente fictive, ou, pour mieux dire, l'image d'une vente, *imaginaria venditio*. Ainsi transformée de vente réelle en vente simulée, la mancipation n'a plus été

(5) On ne commença à frapper à Rome des monnaies d'argent qu'à partir de l'an 269 avant Jésus-Christ. La frappe de la monnaie d'or ne date que de l'an 218, mais ce n'est qu'à partir de César qu'elle devint régulière. V. sur l'histoire du système monétaire romain : Bouché-Leclercq, *Manuel des institutions romaines*, pp. 574 et suiv.; Madvig, *État romain*, trad. Morel, t. IV, p. 116.

employée que comme un mode général de transfert de la propriété (6). A l'époque classique, telle est encore sa fonction; mais de moins en moins pratiquée, elle ne devait pas tarder à être remplacée par la tradition (7). Justinien la supprima en effaçant toute différence entre les *res mancipi* et *nec mancipi*.

177. — *Pactes adjoints à la mancipation.* — Il pouvait être nécessaire, lorsqu'on faisait un transfert par voie de mancipation, d'étendre ou de restreindre les effets ordinaires de cet acte. Or, un pareil résultat ne pouvait être atteint par l'insertion de clauses additionnelles dans le cérémonial même de la *mancipatio*. Les paroles solennelles à prononcer par l'acquéreur étaient, en effet, invariablement identiques, et l'on ne pouvait rien y ajouter, rien en retrancher sans bouleverser l'économie de l'acte et le détruire tout à fait. Mais il était possible d'adjoindre à l'acte solennel un accord non solennel, une simple convention, *pactum*, contenant les clauses que l'acte solennel ne pouvait contenir. Parmi ces pactes signalons comme les plus usuels : 1° le pacte déterminant le moment où la propriété sera acquise. On a vu, en effet, que la mancipation ne pouvait se faire à terme ou sous condition (V. n° 175). Mais un pacte adjoint à l'acte de mancipation permettait aux parties de subordonner le transfert à l'arrivée d'un terme ou d'une condition; 2° le pacte ayant pour objet de retenir, au profit de l'aliénateur, une servitude prédiale ou personnelle (V. *Théorie de la constitution des servitudes*); 3° le pacte réglant la retranslation de propriété. L'acquéreur pouvait, en effet, s'engager à retrans-

(6) La vente a cessé de se faire par voie de *mancipatio* pour devenir un contrat se formant *solo consensu* et n'opérant pas le transfert de la propriété (V. t. II, *Théorie de la vente*). Nous verrons d'ailleurs que la *mancipatio* était employée à transférer les servitudes rurales et nous rappelons qu'elle servait à constituer la *manus* et le *mancipium* (V. nos 79, 106, 107).

(7) La *mancipatio* est mentionnée pour la dernière fois dans un rescrit de Dioclétien, *anno* 296 (Vat. frag., § 313), et dans des constitutions de Constantin (4, 5. Cod. Théod. *De donat*, VIII, 12).

férer la propriété à l'aliénateur à l'expiration d'un certain délai. Mais, une pareille convention, étrangère, en définitive, au but que poursuivent les parties dans la mancipation, ne pouvait figurer dans cet acte. Il fallait avoir recours à un pacte additionnel, le *pactum fiduciæ*, par lequel l'acquéreur s'engageait à retransférer la propriété. Nous avons déjà vu l'une des applications de ce *pactum fiduciæ* en cas de mancipation d'un enfant de famille accompagnée d'une clause de *remancipatio* au père (V. n° 105-4°)(1).

2°. De l'in jure cessio.

178. — *Formes de l'in jure cessio.* — L'*in jure cessio* consiste dans un procès fictif en revendication de la propriété de la chose à aliéner. L'acquéreur et l'aliénateur comparaissent *in jure* devant le magistrat. L'acquéreur, touchant la chose de la main, affirme en termes solennels son droit de propriété : *hunc ego hominem meum esse aio ex jure quiritium*. Dans un procès véritable, cette revendication du droit de propriété serait suivie d'une contre-revendication de la part de l'autre partie, et le magistrat renverrait l'affaire devant le *judex*. Ici, l'aliénateur, qui est d'accord avec l'acquéreur, ne contredit pas sa prétention. Il la reconnaît fondée ou garde le silence, et en présence de cet avèu (*confessio in jure*), le magistrat n'a plus besoin de renvoyer l'affaire au *judex*. Il est établi que le revendiquant est propriétaire, et son droit est consacré par une déclaration du magistrat (*addictio*) (G. II, 24). Gaius, après avoir exposé ces formalités ajoute : *idque legis actio vocatur*, montrant bien par là que l'*in jure cessio* reproduit exactement les formes d'une action en revendication dans le système des *legis actiones*, le plus

177. — (1) Nous retrouvons encore le pacte de fiducie en cas de commodat, de dépôt et de gage (V. t. II), et aussi dans l'hypothèse où tout en mancipant à un tiers un enfant de famille, le *pater* impose à l'acquéreur l'obligation d'affranchir l'enfant du *mancipium* (V. n° 105-4°).

ancien système de procédure du droit romain. Ce caractère de procès fictif nous permet de supposer que l'*in jure cessio* aurait été imaginée à une époque ancienne pour permettre de transférer la propriété de choses auxquelles la mancipation ne pouvait s'appliquer, soit parce qu'elles étaient inaliénables, comme l'étaient peut-être les immeubles dans le début, soit parce qu'elles n'étaient pas *res mancipi*(1). Ce mode de transfert aurait ensuite continué à être pratiqué lorsque les immeubles purent être l'objet d'une aliénation par mancipation, et son emploi aurait été généralisé, comme nous le verrons plus loin.

Il résulte des formes exigées pour l'*in jure cessio*, que l'usage de ce mode de transfert était subordonné aux conditions suivantes : 1° La chose devait être apportée *in jure* pour que l'acquéreur pût la saisir avec la main. Pour les meubles, cela ne souffrait aucune difficulté, puisqu'ils sont, en général, assez commodément transportables. Pour les immeubles, il fallait se rendre sur les lieux. Plus tard, pour les immeubles et pour les meubles d'un transport difficile, on se contenta d'apporter un fragment de l'objet(2). 2° Les parties elles-mêmes devaient figurer dans l'acte. La présence d'un représentant, contraire aux principes du droit primitif, n'aurait eu, d'ailleurs, aucun effet utile. L'acquéreur venant affirmer qu'il est propriétaire, ne peut acquérir que pour lui et non pour un autre. L'aliénateur ne peut non plus être représenté, car lui seul a qualité pour contredire à la prétention de l'acquéreur. L'adhésion d'un tiers à la revendication fictive de celui-ci serait dépourvue de toute portée. 3° Seuls les indi-

178. — (1) Lorsque dans une législation on rencontre l'emploi du procès fictif admis pour réaliser un acte juridique, on peut affirmer, presqu'à coup sûr, que ce procédé n'a été imaginé d'abord que pour tourner secrètement une prohibition légale, sauf à continuer ensuite à être pratiqué ouvertement à raison de ses avantages. C'est ainsi que les choses ont dû se passer pour l'affranchissement *vindicta* (V. n° 62) et pour l'adoption (V. n° 100, note 3).

(2) Nous verrons, en effet (t. II), que cette simplification de formes fut admise pour l'action en revendication dont l'*in jure cessio* n'est que l'imitation (G. IV, 17).

vidus jouissant du *jus commercii* peuvent procéder à la *legis actio* et, par conséquent, figurer dans l'*in jure cessio* comme acquéreurs ou aliénateurs. Aussi est-ce là un mode d'acquisition du *jus civile* (G. II, 65) (V. n° 172-2°). 4° L'*in jure cessio* fait partie de la classe des *actus legitimi*, composés d'un certain nombre de cérémonies solennelles déterminées à l'avance, et auxquelles il est impossible de rien ajouter ou retrancher (3). De là, la nécessité des pactes adjoints en vue de limiter ou de modifier les effets ordinaires de l'*in jure cessio;* par exemple, pour subordonner le transfert de la propriété à l'arrivée d'un terme ou d'une condition, ou pour obliger l'acquéreur à retransférer la propriété (pacte de fiducie). Notons enfin, pour terminer sur cette question des formes, que la cause en vertu de laquelle a lieu l'*in jure cessio*, n'est pas un seul instant mentionnée dans les paroles solennelles qui constituent l'une des cérémonies essentielles de ce mode de transfert (4). Tandis que dans la mancipation, la cause véritable du transfert est dissimulée derrière une cause fictive, une vente apparente, ici elle n'apparaît en aucune façon dans l'acte lui-même.

179. — *Applications de l'in jure cessio.* — Si nous nous plaçons à l'époque classique nous pouvons constater que l'*in jure cessio* constitue un mode de transfert d'une application plus générale que la mancipation. 1° L'*in jure cessio* était, au début, le seul mode d'aliénation possible pour les *res nec mancipi* auxquelles, nous l'avons vu, ne s'appliquait pas la mancipation (V. n^os^ 175, note 1, 178). Plus tard, la tradition vint faire concurrence à l'*in jure cessio* et elle dut être employée de préférence à cette dernière à raison de la simplicité de ses formes. 2° L'*in jure cessio* pouvait être employée pour le transfert des *res mancipi*. Elle faisait donc double emploi

(3) Nous avons vu que la *mancipatio* fait aussi partie de cette catégorie d'actes (V. n^os^ 175, note 2, 177).

(4) Par cause, nous entendons ici comme en matière de tradition, le fait juridique antérieur à l'*in jure cessio* et qui explique le transfert (V. n° 182).

avec la *mancipatio*. Mais Gaius (G. II, 25) fait observer qu'en pratique la *mancipatio* est plus commode puisqu'elle n'exige pas la présence du magistrat. 3° Enfin l'*in jure cessio* est seule applicable lorsqu'il s'agit de transférer les *res incorporales*, lesquelles, à l'exception des servitudes prédiales rurales, figurent parmi les *res nec mancipi* et par suite ne peuvent être mancipées, et qui en outre n'ayant pas de *corpus* ne peuvent faire l'objet d'une tradition. Nous verrons les diverses applications de l'*in jure cessio* à ce point de vue, lorsque nous étudierons la constitution des servitudes prédiales urbaines et des servitudes personnelles (V. n° 208-1°) et le transfert de l'hérédité légitime et de la tutelle légitime (V. n° 280) (1). A partir du moment où l'on eût admis la *quasi traditio* des *res incorporales*, l'*in jure cessio* perdit toute raison d'être. Il n'en est plus question sous Justinien.

3°. De la tradition (traditio).

180. — *Notion de la tradition. Conditions requises pour qu'elle soit translative de propriété.* — Entendue au sens large, la tradition (*traditio, transdatio*) désigne la remise matérielle d'une chose à une personne par une autre personne. Ainsi envisagée, la tradition n'est ni un acte solennel, ni même un acte juridique. C'est un simple fait matériel qui, en soi, serait dépourvu d'effet, si l'intention des parties ne venait pas lui donner une portée et une efficacité qu'il n'a pas par lui-même. C'est ainsi d'abord qu'on peut, en faisant une tradition, ne remettre que le *corpus* sans abdiquer l'*animus domini*, cas auquel la tradition n'est que la remise de la détention, et ne transfère pas la propriété. On l'appelle alors *nuda traditio*, parce qu'elle est la remise de la *nuda posses-*

179. — (1) Nous avons déjà vu l'application de l'*in jure cessio* à propos de la *manumissio vindicta* (V. n° 62) et de l'adoption (V. n° 100), bien que dans ces deux cas il n'y ait pas en réalité transfert de droit, mais création d'un droit nouveau.

sio. Mais lorsque la personne qui fait tradition d'une chose (*tradens*) abdique l'*animus domini*, tout en remettant le *corpus*, la tradition a pour effet de faire acquérir la *justa possessio* à celui qui reçoit la chose (*accipiens*). Enfin, la tradition peut encore, lorsque certaines conditions se trouvent réunies, transférer, en même temps que la possession, le droit de propriété lui-même.

Quatre conditions sont requises pour que la tradition soit translative de propriété : 1° Il faut que le *tradens* opère la remise matérielle du *corpus* entre les mains de l'*accipiens*. 2° Il faut que les deux parties aient l'intention réciproque d'aliéner et d'acquérir. 3° La chose doit être susceptible d'être aliénée par voie de tradition. 4° Le *tradens* doit être propriétaire et capable d'aliéner, l'*accipiens* capable de devenir propriétaire. De ces quatre conditions, la dernière sera développée ultérieurement. Pour ce qui est de la troisième, il suffit de savoir que seules les choses corporelles sont susceptibles de tradition (G. II, 19), puisque seules elles ont un *corpus*, dont la remise à l'*accipiens* est la condition essentielle de la tradition; et que parmi les choses corporelles il n'y a que les *res nec mancipi* qui puissent être l'objet d'une tradition translative de propriété (1). Reste à donner des détails sur les deux premières conditions ci-dessus mentionnées.

181. — *Première condition : Remise matérielle du corpus.* — La nécessité de cette remise du *corpus* se justifie parfaitement. Elle est la manifestation la plus énergique du transfert qui va s'opérer, puisque l'aliénateur se dessaisit au vu et au su de tous, et que l'acquéreur qui reçoit la chose va pouvoir exercer sur elle de la façon la plus pleine des actes de maître. Aussi est-ce avec une extrême rigueur qu'on entendit d'abord cette condition (1), ce qui donna lieu à des

180. — (1) Nous verrons plus loin, au sujet de l'*in bonis habere*, l'effet de la tradition appliquée à une *res mancipi*.

181. — (1) Le dessaisissement est considéré comme une condition telle-

inconvénients qu'on chercha ensuite à éviter dans la pratique. C'est pourquoi on finit par admettre un grand nombre d'exceptions à cette règle, exceptions qui eurent pour résultat de la réduire presque à une pure prescription théorique. Dans chacun de ces cas exceptionnels, les interprètes anciens voyaient une variété spéciale de la tradition, qu'ils désignaient d'un nom particulier. C'est ce qui les a amenés à parler de : 1° La *tradition feinte*. Ici l'*accipiens* a déjà reçu le *corpus*, mais à un titre autre que celui de propriétaire, par exemple, à titre de dépositaire, de locataire. Le *tradens* qui veut ensuite transférer la propriété n'a plus qu'à déclarer son intention à cet égard à l'*accipiens*. Par le seul accord des parties, la *nuda detentio* se transforme en possession, et le possesseur devient propriétaire. 2° La *tradition brevi manu*. La remise du *corpus*, au lieu d'être opérée par l'aliénateur lui-même, émane d'un tiers qui l'accomplit au nom de celui-ci. Il y a néanmoins tradition, car la chose est censée par une double fiction avoir été remise d'abord aux mains de l'aliénateur, pour être livrée ensuite à l'acquéreur. 3° La *tradition longa manu*. Au lieu de remettre effectivement la chose à l'acquéreur, de façon à ce qu'il la puisse toucher matériellement, on la met sous ses yeux, et il en prend ainsi possession : les yeux remplaçant ici la main. 4° La *tradition symbolique*. Le *tradens*, sans livrer actuellement le *corpus*, fournit à l'*accipiens* le moyen de l'appréhender dès qu'il le voudra. Ainsi, il remet les clefs du grenier ou de la cave où sont déposées les choses dont il veut opérer tradition. 5° Le *constitut possessoire*. Dans ce cas, l'aliénateur consent à garder la chose pour le compte de l'acquéreur, par exemple comme locataire ou usufruitier. Le *corpus* n'est donc pas remis à

ment essentielle en cas de transfert, qu'il figure dans les cérémonies de la *mancipatio* et de l'*in jure cessio*, où l'acquéreur doit *rem tenere*. Ce n'est que plus tard qu'on a dispensé l'acquéreur de cette formalité dans tous les cas où elle devenait une gène. Dans le droit classique, en tous cas, il est certain que la *mancipatio* et l'*in jure cessio* transfèrent la propriété indépendamment de toute tradition.

l'acquéreur, quoique celui-ci devienne néanmoins possesseur *corpore alieno*.

La nécessité de la remise du *corpus* suffit pour faire de la tradition, bien qu'à un degré moindre que la mancipation ou l'*in jure cessio*, un mode solennel de transfert. Mais cette formalité matérielle, que la pratique avait d'ailleurs, on vient de le voir, réduite presqu'à néant, est la seule que comporte la tradition. Il n'est question ici ni de paroles solennelles à prononcer, ni d'actes sacramentels à accomplir. La présence des parties n'est même pas nécessaire : la tradition peut être faite par un tiers au nom du *tradens* ou reçue par un tiers au nom de l'*accipiens*. La forme de l'acte n'empêche donc en aucune façon les parties de subordonner expressément le transfert de propriété à l'arrivée d'un terme ou d'une condition.

182. — *Deuxième condition : Intention réciproque d'aliéner et d'acquérir. Justa causa traditionis.* — A elle seule, la remise du *corpus* est insuffisante à transférer la propriété. Il faut qu'il s'y joigne un élément intentionnel, la volonté d'aliéner de la part du *tradens*, celle d'acquérir de la part de l'*accipiens*. Cette intention réciproque on la retrouve également dans la *mancipatio* et l'*in jure cessio* qui sont, comme la *traditio*, des modes d'acquisition volontaires. Mais les solennités de la *mancipatio* et de l'*in jure cessio* sont de nature telle qu'elles font apparaître, d'une façon pour ainsi dire visible, l'accord des parties. Dans ces deux modes de transfert, en effet, l'acquéreur déclare hautement en présence de l'aliénateur qu'il est *dominus ex jure quiritium*, et ce dernier adhère à cette prétention ou n'y contredit pas (V. n^os^ 175, 178). Dans la tradition, au contraire, l'accord des parties ne se révèle pas d'une manière matérielle, car le fait de la remise du *corpus* n'implique pas nécessairement l'idée d'un transfert de propriété, puisqu'il peut n'être que le simple transfert de la *nuda detentio*. Mais, si l'intention réciproque d'aliéner et d'acquérir n'est pas apparente, elle n'en existe pas moins.

Où donc en trouvera-t-on la preuve, lorsqu'il s'agira d'établir que la tradition a eu pour effet de transférer la propriété à l'*accipiens*? Ce sera dans un acte préexistant à la tradition et dont celle-ci n'est que la mise à exécution, acte que les textes appellent *justa causa : numquam nuda traditio transfert dominium sed ita si venditio aut aliqua justa causa præcesserit propterquam traditio sequeretur* (31, pr. Dig., *De acq. rer. domin.*, XLI, 1; G. II, 20). La *justa causa* peut donc être une vente, un échange, une obligation quelconque, une donation, une constitution de dot. Il est évident, en effet, que si le propriétaire d'une chose consent à en transférer la propriété, c'est parce qu'il y a entre lui et le futur propriétaire un rapport de droit qui rend à ses yeux un pareil transfert nécessaire et qui, par conséquent, sera la cause de ce transfert une fois réalisé. Les choses ne se passent pas autrement en cas de *mancipatio* et d'*in jure cessio*, où le transfert suppose également une *justa causa* distincte de l'acte lui-même dont elle reste toujours isolée (V. n° 178).

183. — *Intention réciproque d'aliéner et d'acquérir* (*Suite*). — Il n'est pas nécessaire que l'intention d'aliéner soit immédiatement suivie chez l'*accipiens* de l'intention d'acquérir. Un certain intervalle de temps peut s'écouler entre ces deux manifestations de volonté. La question se présentait pratiquement lorsqu'un propriétaire abandonnait volontairement une chose qu'il jugeait incommode ou inutile, ou quand un magistrat lançait dans la foule des pièces de monnaie, *missilia,* à l'effet de capter la faveur populaire. Dans le principe on n'avait pas admis qu'il y eût là une tradition (1).

183. — (1) On considérait qu'il y avait de la part du propriétaire un acte d'abdication de l'*animus, derelictio,* qui faisait de la chose une *res nullius,* jusqu'au moment où quelqu'un s'en emparait *animo domini*, et par suite en devenait propriétaire par voie d'occupation. Cette solution qui reposait sur une analyse très exacte était en parfait accord avec la règle suivie en cas de *mancipatio* ou d'*in jure cessio*, où l'intention d'acquérir et celle d'aliéner doivent être concomitantes. Ces actes, en effet, se font *uno contextu.* Au moment où l'acquéreur déclare que la chose est sienne, l'aliénateur consent

On finit cependant par reconnaître que cet abandon de la chose par son propriétaire constituait une tradition faite au profit du premier venu, *traditio in incertam personam* (2).

Lorsque l'intention d'aliéner ou celle d'acquérir fait défaut, la propriété n'est pas transférée, et cela alors même qu'il y aurait *justa causa*. C'est ce qui arrive lorsqu'il y a erreur *in ipso corpore rei*, comme lorsque je vous livre tel esclave et que vous croyez en recevoir un autre. Il en est encore ainsi, lorsque je remets une somme à titre de prêt (*mutuum*) à un emprunteur qui croit la recevoir à titre de dépôt, car si j'ai l'intention d'aliéner, l'*accipiens* n'a pas celle d'acquérir.

Mais qu'arrive-t-il lorsque la *justa causa* vient à manquer, sans que pour cela l'*animus* réciproque fasse défaut? Cette situation peut se présenter dans trois cas : 1° La *justa causa* n'existe pas, mais les deux parties ont cru à son existence, comme lorsque me croyant par erreur débiteur, je paie à celui que je crois être mon créancier, et qui, lui aussi, croit avoir cette qualité. Dans ce cas, la tradition est translative de propriété, puisqu'il y a intention réciproque d'aliéner et d'acquérir. L'aliénateur pourra toutefois reprendre sa chose par voie d'action personnelle (3); 2° Les parties croient chacune à l'existence d'une *justa causa* différente, l'une livrant la chose croyant faire un prêt (*mutuum*), l'autre la recevant croyant accepter une donation. La tradition transférera la propriété, malgré l'erreur commise sur la *justa causa* (36. Dig., *De acq. rer. dom.*, XLI, 1); 3° La

à ce qu'il en soit ainsi. L'idée de la *derelictio* qui domine encore dans quelques textes classiques (2, § 1. Dig., *Pro derelicto*, XLI, 7; 1. Dig., *h. t.*) fut cependant abandonnée pour l'idée de la *traditio in incertam personam.*

(2) Cette idée s'imposait presque dans l'hypothèse des *missilia*, car si l'on jette quelque chose dans une foule, c'est évidemment pour que quelqu'un la ramasse. Au contraire, lorsqu'on se débarrasse d'un objet dont on n'a que faire, on n'a pas pour but direct et immédiat de transmettre la chose à un tiers. Néanmoins on admit dans ce cas la transmission par voie de tradition.

(3) Cette action porte le nom de *condictio indebiti.* Il en sera traité au tome second.

causa existe, mais elle n'est pas *justa*. Ici la doctrine s'est montrée hésitante. Tandis que certains jurisconsultes admettent le transfert de propriété en cas de paiement d'intérêts usuraires, d'autres le rejettent au cas d'une chose livrée *donationis causa*, contrairement à la prohibition des donations entre époux.

Les solutions que nous venons de rapporter et qui tendent toutes à faire abstraction de la *justa causa* et à ne considérer que l'intention d'aliéner et d'acquérir, se justifient difficilement au point de vue rationnel (4). Il est évident que lorsqu'il y a erreur de la part des parties sur l'existence ou la nature de la *justa causa* (premier et deuxième cas), on ne peut pas dire qu'elles aient eu réellement l'intention réciproque d'aliéner et d'acquérir. Mieux éclairées, elles n'eussent pas sans doute consenti à opérer la tradition. Leur erreur suffit pour altérer leur consentement à un point tel que le transfert de propriété est en pareil cas injustifiable. Lorsque la *causa* n'est pas *justa*, il y a encore des raisons plus sérieuses pour repousser la validité du transfert, puisqu'il est évidemment fait en vue de violer une prohibition légale. Ce sont sans doute ces raisons qui auront déterminé le jurisconsulte Ulpien à tenir compte de l'existence de la *causa*, et à décider qu'à défaut d'accord des parties sur cette *causa*, la tradition ne pouvait pas transférer la propriété (18, pr. Dig., *De reb. credit.*, XII, 1). Mais son opinion est restée isolée, et elle n'a pu prévaloir contre le principe essentiellement romain qui considère le transfert en soi et l'isole de sa cause (5).

184. — *De la tradition dans le dernier état du droit.* — La tradition, qui ne s'appliquait d'abord qu'aux *res nec mancipi*, finit par pouvoir transférer la propriété des *res man-*

(4) Mais le fait qu'elles ont été admises démontre qu'il n'est pas exact de confondre la *justa causa traditionis* avec l'*animus*. V. en sens contraire, Accarias, t. I, nº 226.

(5) *Adde* Accarias, t. I, nº 226 et les notes.

cipi elles-mêmes. Dans le droit classique, la tradition d'une *res mancipi* n'opérait pas transfert du *dominium*. Mais elle faisait acquérir à l'*accipiens* la possession. De plus, elle lui conférait sur la chose un droit réel dont le préteur lui garantissait le maintien, et qui, sauf le titre, équivalait au droit de propriété. Cette forme de propriété prétorienne, appelée *in bonis habere*, tendit à se rapprocher avec le temps du *dominium*. Sous Justinien, il n'existe plus de différence entre elle et la propriété quiritaire. D'autre part, la *mancipatio* et l'*in jure cessio* ont cessé d'être pratiquées. La tradition devient donc, à cette époque, l'unique mode volontaire de transfert, applicable à toutes les choses corporelles, sans qu'on ait à distinguer si elles sont *mancipi* ou *nec mancipi*, cette division des choses ayant été d'ailleurs abolie par Justinien. Mais, remarquons-le, la tradition, si simplifiée qu'elle soit dans l'application, reste toujours nécessaire pour transférer la propriété. Le principe ancien, qui exclut le transfert par l'effet de la seule volonté des parties, est encore debout dans le dernier état du droit. Il subsistera dans notre ancien droit, pour ne disparaître qu'avec le Code civil (V. art. 1138, 1582 C. civ.) (1).

Modes dérivés (non volontaires).

Usucapio, Præscriptio longi temporis, et præscriptio longissimi temporis.

185. — *Notions générales.* — L'usucapion est un mode d'acquérir la propriété par la continuation de la possession pendant un certain laps de temps : *dominii adeptio per continuationem possessionis* (Ulp., *Reg.*, XIX, 8). Comme la tradition, ce mode d'acquisition est fondé sur l'acquisition préalable de la possession. Mais tandis que dans la tradition

184. — (1) Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 515 et suiv.

le transport de la propriété est immédiat (1), c'est-à-dire concomitant avec l'acquisition de la possession, dans l'usucapion il se fait attendre pendant un temps plus ou moins long. Il n'y a d'abord que la possession d'acquise, parce qu'un obstacle empêche l'acquisition immédiate de la propriété. Mais à la suite d'une sorte de temps d'épreuve, il semble utile de ne pas s'arrêter davantage à cet obstacle, et la possession se transforme alors en propriété. C'est cette transformation qui constitue, à proprement parler, le mode d'acquisition du droit civil appelé *usucapio*, ou acquisition par l'effet de l'usage : *usu capio*. La possession continuée pouvait aussi, sans conduire à l'acquisition de la propriété, fournir uniquement au possesseur le moyen de repousser les attaques dirigées contre sa possession par ceux qui se prétendraient propriétaires. L'effet de la continuation de la possession, quoique moins complet, est donc encore ici fort important. C'est le droit prétorien qui a créé ce moyen purement défensif, auquel il a donné le nom de *præscriptio longi temporis*. Entre ces deux institutions l'*usucapio* et la *præscriptio longi temporis*, il s'est opéré à la longue des emprunts réciproques, qui ont amené sous Justinien, la transformation de l'usucapion et la disparition de la *præscriptio longi temporis*. Enfin, au Bas-Empire, on trouve une troisième institution du même genre : la *præscriptio longissimi temporis*, qui devait également se transformer à l'époque de Justinien.

De l'usucapion dans le droit civil ancien et dans le droit classique.

186. — *Cas d'application.* — L'usucapion, déjà connue à l'époque des XII Tables (G. II, 42), fonctionne encore aux temps classiques dans deux cas bien différents.

185. — (1) Nous verrons, à propos de la vente, que la tradition faite en vertu d'une vente ne transfère pas immédiatement la propriété. Il faut que la tradition ait été suivie du paiement du prix (V. t. II, *Théorie de la vente*).

1° L'usucapion transforme la possession du possesseur *in bonis* en *dominium ex jure quiritium*. Pour comprendre la raison d'être de l'usucapion dans cette première fonction, raisonnons sur l'hypothèse déjà précédemment rapportée (V. n° 184), où l'*in bonis habere* est la conséquence de la tradition d'une *res mancipi* (1). Si, en pareil cas, le *dominium* n'est pas transféré, cela tient à ce que la chose est *res mancipi*. Mais, lorsqu'on eut compris combien étaient gênantes les formalités du transfert solennel, on chercha à remédier à la rigueur de ce principe. C'est ainsi qu'on admit que si la chose livrée était restée un temps assez long en possession de l'*accipiens*, le droit de celui-ci deviendrait parfait, d'imparfait qu'il était d'abord, *incipit pleno jure res tua esse*. La possession ayant subi l'épreuve du temps assurait au possesseur un droit complet sur la chose, et la propriété qui n'avait pu être acquise (*manu capta*) en même temps qu'elle, se trouvait avoir été conquise grâce à elle (*usu capta*).

2° L'usucapion convertit en propriété quiritaire la possession reçue *a non domino*, pourvu qu'elle ait été acquise de bonne foi et en vertu d'une *justa causa*. Ici on suppose que le *tradens* n'était pas propriétaire de la chose *mancipi* ou *nec mancipi*, qu'il a livrée, et que l'*accipiens* ignorait cette circonstance. Le défaut de droit du *tradens* empêche évidemment la propriété d'être acquise, car on ne peut transférer un droit qu'on n'a pas. On admit cependant que si l'*accipiens* conservait la possession pendant un certain temps, sa possession se transformerait en propriété par voie d'usucapion. Il est plus difficile, semble-t-il, de justifier ici l'acquisition par usucapion. Elle se réalise en effet au détriment des droits du légitime propriétaire et à son insu. Ce résultat pourra, il est vrai, se produire, mais il faudra pour cela un concours de circonstances qui ne se présentent que rarement, à savoir, un propriétaire qui, ayant perdu la possession de sa

186. — (1) Les considérations données au texte expliquent également l'acquisition de la propriété par usucapion dans les autres hypothèses d'*in bonis habere* (V. n° 218-1°).

chose, ne la réclame pas en temps utile. D'ailleurs, si ce propriétaire est dépouillé de sa propriété, il n'a qu'à s'en prendre à lui-même, car il pouvait empêcher l'usucapion de s'accomplir en revendiquant avant l'expiration du délai de l'usucapion. Il est inadmissible qu'on puisse, à toute époque, revendiquer contre ceux dont la possession est légitime et qui l'ont conservée un temps raisonnable avec toutes les apparences extérieures de la propriété. S'il en était autrement, les droits du possesseur seraient constamment remis en question, et des procès incessants seraient soulevés au grand détriment de la paix de la société. Telle est la justification que donnent de l'usucapion les textes de l'époque classique : *Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarumdam rerum diu et fere semper incerta dominia essent, cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium* (1. Dig., *De usurp. et usuc.*, XLI, 3; G. II, 44).

Mais on peut aller plus loin et dire que l'usucapion, loin d'être la négation du droit de propriété, est en fait sa plus sûre sauvegarde. En effet, elle facilite au propriétaire véritable la preuve de son droit de propriété et souvent même constitue la seule manière pour lui de l'établir. Le propriétaire, en effet, qui veut prouver son droit, doit prouver non seulement qu'il a reçu la chose en vertu d'un transfert régulier, mais aussi que son auteur immédiat et tous les auteurs de celui-ci étaient propriétaires. Or, en remontant ainsi dans le passé, il arrive nécessairement un moment où cette preuve est impossible à fournir, surtout dans les législations qui n'exigent pas d'acte écrit constatant la mutation des propriétés. Grâce à l'usucapion, ces difficultés disparaissent. Il suffira, en effet, au propriétaire actuel de prouver qu'il a reçu la chose en vertu d'une *justa causa*, qu'il en a la possession par lui ou ses auteurs depuis un temps au moins égal à celui qui est requis pour l'usucapion, et cela le dispensera de toute autre preuve. En définitive, l'usucapion joue le même rôle que la possession (V. n° 166). Elle épargne au vrai propriétaire une preuve devant laquelle il échouerait

presque à coup sûr et lui assure une protection sans laquelle son droit pourrait être trop facilement contesté (2). Elle pourra accidentellement, il est vrai, profiter à un *non dominus*, au détriment du propriétaire véritable ; mais ce dernier ne pourra s'en plaindre, car s'il est dépouillé c'est par suite de sa négligence.

187. — *Conditions requises pour l'acquisition par usucapion.* — Lorsqu'il s'agit du second cas d'application de l'usucapion (tradition d'une chose effectuée *a non domino*), quatre conditions sont requises pour que la propriété soit transférée à l'*accipiens* : 1° la possession doit avoir été acquise *ex justa causa*; 2° l'*accipiens* doit avoir reçu tradition de bonne foi; 3° la possession doit avoir duré le laps de temps requis; 4° la chose doit être susceptible d'usucapion. De ces quatre conditions, trois seulement sont requises pour qu'il y ait acquisition de la propriété par usucapion, lorsqu'il s'agit de convertir l'*in bonis* en *dominium* (première fonction de l'usucapion). Dans cette hypothèse, en effet, on n'exige pas la bonne foi de l'*accipiens* (1).

188. — *Première condition : Justa causa.* — Pour qu'il y ait usucapion, il faut que la possession ait été acquise à

(2) Il est très probable que cet avantage de l'usucapion n'a pas dû se révéler tout d'abord. L'usucapion n'a été au début, semble-t-il, qu'une mesure de protection en faveur du possesseur sans titre, qu'il fût de bonne ou de mauvaise foi. On finit par restreindre ensuite l'application de l'usucapion au cas où la possession n'était pas entachée du vice de violence, clandestinité ou précarité, pour exiger ensuite la bonne foi et le juste titre. C'est alors qu'on s'aperçut que les propriétaires, loin d'avoir à la redouter, trouvaient en elle leur plus sûre sauvegarde. Un phénomène de ce genre s'est produit dans la théorie de la protection possessoire (V. nº 166). V. sur l'évolution de la notion de l'usucapion, Esmein, *Mélanges d'histoire du droit et de critique*, p. 171.

187. — (1) En pareil cas, la *justa causa* tient lieu de bonne foi. C'est ce que disent les textes pour tous les cas où l'*in bonis habere* dérive d'un acte du magistrat : *juste possidet qui prætore auctore possidet* (11. Dig., *De acq. vel am. poss.*, XLI, 2); *qui auctore judice* (pour *prætore*) *comparavit, bonæ fidei possessor est* (137. Dig., *De reg. juris*, L, 17).

l'*accipiens* en vertu d'une *justa causa*. On entend par là un acte juridique antérieur à la prise de possession à laquelle il sert de fondement (V. n° 168). Ce sera, par exemple, un acte émané de l'accord des deux parties, une vente, une donation, une constitution de dot, cas auquel l'usucapion a lieu au titre *pro emptore*, *pro donato*, *pro dote*. Ce pourra être aussi un acte juridique qui, sans supposer une convention entre le *tradens* et l'*accipiens*, équivaut à une convention, comme le legs (usucapion au titre *pro legato*), un jugement (usucapion au titre *pro judicato*). Enfin, on peut encore considérer comme *justa causa* la décision du magistrat qui envoie l'*accipiens* en possession et lui confère l'*in bonis habere* (V. n° 187, note 1)(1). Cependant, il y a des cas exceptionnels où le droit romain admet l'usucapion sans qu'on puisse trouver une *justa causa* à la prise de possession. Telle est l'usucapion au titre *pro derelicto*, lorsque la possession est acquise à la suite d'une *derelictio* effectuée par un *non dominus*, la tradition *incertæ personæ* qui a lieu en pareil cas n'étant précédée d'aucune *justa causa* (V. n° 183 et note 1). Telle est encore l'usucapion au titre *pro suo*, ainsi nommée parce que l'acquisition de la possession ne peut se rattacher à aucun rapport de droit antérieur, ce qui se présente, par exemple, lorsqu'une personne reçoit avant son mariage quelque chose à titre de dot. Elle commence en effet à usucaper, dès ce moment, au titre *pro suo*, l'usucapion au titre *pro dote* ne pouvant avoir lieu avant le mariage (2).

On voit par ce qui précède qu'à nos yeux, la *justa causa*

188. — (1) Les jurisconsultes distinguent avec soin ces diverses *justæ causæ*, car, selon qu'il s'agit de l'une ou de l'autre, l'accomplissement de l'usucapion exige des conditions quelque peu différentes. Accarias, t. I, n° 233 et notes.

(2) V. pour d'autres cas d'usucapion *pro suo*, Accarias, t. I, n° 233 et note. Ces cas constituent, à l'époque classique, de véritables anomalies, puisqu'ils font exception à la règle qui exige la *justa causa*. Mais il y a eu, sans doute, un temps où ces hypothèses n'avaient rien d'exceptionnel, l'usucapion du droit primitif n'exigeant pas la *justa causa*. V. Esmein, *Mélanges d'histoire du droit et de critique* : Sur l'histoire de l'usucapion.

usucapionis ne se distingue en aucune façon de la *justa causa traditionis* (V. n° 182). Et, de fait, il n'en pouvait être autrement. Car l'usucapion suppose la remise de la possession à l'*accipiens*, par conséquent, une tradition préalable de la chose, tradition qui serait translative de propriété s'il n'y avait pas un obstacle s'opposant au transfert, obstacle provenant du défaut de solennité du transfert (premier cas d'usucapion), ou du défaut de droit du *tradens* (deuxième cas d'usucapion).

Sauf dans les cas exceptionnels que nous venons de signaler, la *justa causa* est nécessaire, et s'il y avait prise de possession sans *justa causa*, cette possession, si prolongée qu'elle fût, ne se transformerait pas en *dominium*. La *justa causa* fera défaut lorsqu'il n'y aura eu ni vente, ni donation, etc., ou lorsque la *causa* sera entachée d'un vice légal qui l'empêchera d'être *justa* (par exemple, donation entre époux). Mais qu'arrivera-t-il, lorsque la *justa causa* n'existant pas ou n'étant pas valable, l'*accipiens* aura cru à son existence ou à sa validité? Cette erreur ne doit-elle pas être prise en considération, et ne doit-on pas permettre au possesseur d'arriver à l'usucapion comme s'il y avait eu *justa causa*. En d'autres termes, le juste titre qui n'existe pas en réalité, mais seulement dans l'opinion de l'*accipiens* (juste titre putatif) équivaut-il au juste titre réel? Les textes donnent à cette question des solutions contradictoires, indice de divergences parmi les jurisconsultes. Une opinion intermédiaire semble avoir triomphé à la fin de l'époque classique. Elle admet qu'en principe, l'erreur de l'*accipiens* ne saurait tenir lieu d'une *justa causa* qui n'existe pas. Mais, par exception, on admettait le juste titre putatif lorsque l'erreur de l'*accipiens* était excusable, cas auquel l'usucapion était fondée sur la croyance à un titre et non sur un titre réel (3). Ce système donnait lieu en fait à des difficultés d'ap-

(3) Accarias, t. I, n° 234. Il est à remarquer que, dans tous les cas où l'usucapion était fondée sur un titre putatif, elle avait lieu, en réalité, au titre *pro suo* (27. Dig., *De usurp. et usuc.*, XLI, 3).

plication, chaque fois qu'il s'agissait de savoir si l'erreur de l'*accipiens* avait été ou non excusable. Aussi, à partir de Dioclétien, voit-on les constitutions impériales exiger le titre réel et ne plus se contenter du titre putatif. Les Institutes (§ 11. Inst., *De usucap.*, II, 6) consacrent cette opinion comme incontestable. Et il faut reconnaître qu'elle est conforme aux principes mêmes de l'usucapion. Car la croyance à un titre n'est pas un titre, et si on la juge suffisante, autant dire que le titre n'est plus nécessaire (4).

189. — *Deuxième condition : Bonne foi.* — La possession prolongée ne conduit à l'usucapion que si elle a été reçue de bonne foi, c'est-à-dire par un *accipiens* ayant cru que le *tradens* était propriétaire et qu'il avait capacité pour aliéner. Cette croyance fausse peut être le résultat d'une erreur de fait ou d'une erreur de droit. L'erreur de fait seule permet de considérer l'*accipiens* comme étant de bonne foi, par exemple lorsqu'il a reçu la chose d'un incapable dont il ignore l'incapacité d'aliéner. L'erreur de droit est exclusive de la bonne foi.

La bonne foi est nécessaire au moment où l'*accipiens* entre en possession. Mais elle n'a pas besoin d'exister à un autre moment. De là les deux conséquences suivantes : 1° Elle n'est pas nécessaire avant l'entrée en possession, et spécialement au moment où se produit la *justa causa*. C'est ainsi que, si on se fait promettre la chose d'autrui sachant qu'elle est à autrui, on sera de bonne foi si, au jour de la tradition, on a cru que le *tradens* en avait acquis la propriété (1). 2° La bonne foi n'a pas besoin de subsister pendant tout le temps que dure la

(4) Aussi est-il probable qu'à l'époque où la *justa causa* n'était pas encore exigée pour l'usucapion, et où l'on se contentait de la bonne foi, la croyance à une *justa causa* imaginaire devait conduire à l'usucapion. V. Esmein, *op. cit.*, p. 202.

189. — (1) Le titre *pro emptore* fait exception à cette règle. En cas de vente, la bonne foi est exigée au moment même de la vente. Cette exception provient d'une particularité de la rédaction de l'édit prétorien relatif à l'action publicienne. L'édit voulant donner une action à celui qui était en voie

possession. Il suffit qu'elle existe au moment initial. Le possesseur en voie d'usucaper continuera donc l'usucapion commencée, bien qu'il vienne à apprendre le défaut de droit ou l'incapacité d'aliéner du *tradens : mala fides superveniens non impedit usucapionem.*

La notion que nous venons de donner de la bonne foi nous permet de repousser une opinion qui a été quelquefois soutenue et d'après laquelle la *justa causa*, au lieu d'être une condition à part de l'acquisition par usucapion, ne serait qu'un élément de la bonne foi. L'erreur de l'*accipiens*, a-t-on dit, est à la fois déterminée et justifiée par l'existence d'une *justa causa*. La *justa causa* fournirait donc seulement la preuve de la bonne foi de l'*accipiens*(2). Aucune confusion n'est possible cependant, dans la doctrine définitive de l'usucapion, entre ces deux conditions. La *justa causa* justifie l'acquisition au point de vue juridique et donne à la possession un fondement légitime; la bonne foi est la croyance aux droits de l'aliénateur. Les doutes des jurisconsultes sur l'admissibilité du titre putatif, et la solution qui avait fini par l'emporter à cet égard (V. n° 188), montrent bien qu'ils ne confondaient pas les deux conditions. Car si la *causa* n'eût été que l'un des éléments de la bonne foi, la croyance à l'existence d'un titre, si erronée qu'elle eût pû être, aurait du suffire dans tous les cas pour permettre d'usucaper. La bonne foi, d'ailleurs, n'a pas besoin d'être prouvée; elle se présume toujours, et c'est à celui qui attaque le possesseur à démontrer qu'il n'a pu usucaper à raison de sa mauvaise foi. La *justa causa*, au contraire, doit être prouvée par le possesseur. Cette différence montre tout l'intérêt qu'il y a à ne pas confondre la bonne foi avec la *justa causa*. Car nier la nécessité de la *justa causa* comme

d'usucaper, désignait à titre d'exemple l'acheteur de bonne foi par ces mots : *is qui bona fide emit*. On en conclut qu'il fallait qu'il fût de bonne foi lors de la vente. V. Accarias, t. I, n° 236.

(2) Il est possible qu'à une certaine époque, alors que la théorie de l'usucapion classique était en voie d'élaboration, la *justa causa* fut considérée comme un élément de la bonne foi. V. Esmein, *Mélanges d'histoire du droit et de critique* : Sur l'histoire de l'usucapion, p. 202.

condition spéciale de l'usucapion, aboutit à dispenser le possesseur de prouver qu'elle existe, et, par suite, à présumer que la possession dérive toujours d'une *justa causa*, présomption dont la mention ne se trouve nulle part dans les textes (3).

190. — *Troisième condition : Prolongation de la possession.* — Pour conduire à l'usucapion, la possession devait s'être prolongée sans interruption pendant un certain laps de temps, fixé depuis la loi des XII Tables à un an pour les meubles, à deux ans pour les immeubles (G. II, 42). Si, avant l'expiration du laps de temps requis, la possession venait à être perdue par l'*accipiens*, il y avait interruption de l'usucapion (*usurpatio*) et le possesseur perdait le bénéfice de sa possession antérieure. Venant à recouvrer la possession, il devait recommencer une usucapion nouvelle, pour laquelle il lui fallait de nouveau la double condition de la *justa causa* et de la bonne foi. Le droit romain ne reconnaissait qu'une seule espèce d'interruption de l'usucapion, celle que nous venons de signaler, et qu'on appelle aujourd'hui interruption naturelle. On n'admettait pas l'interruption que nous appelons civile, et qui provient d'une demande en justice dirigée contre le possesseur (1).

Il n'était pas nécessaire que la possession eût été continuée

(3) Nous rappelons ici que la bonne foi n'est pas exigée comme condition à part lorsqu'il s'agit du premier cas d'application de l'usucapion (V. nº 187). Lorsqu'en effet l'*in bonis habere* dérive d'un acte du magistrat, la *justa causa* tient lieu de bonne foi (V. nº 187, note 1). Lorsque l'*in bonis habere* est le résultat de la tradition d'une *res mancipi*, la tradition est faite par le propriétaire lui-même, et la nécessité d'usucaper provenant uniquement du défaut de solennité du transfert, la condition de bonne foi n'a aucune raison d'être.

190. — (1) Bien qu'actionné en revendication, le possesseur n'en continuait pas moins à usucaper (2, § 21. Dig., *Pro emptore*, XLI, 4). Il pouvait donc arriver que n'étant pas encore propriétaire au jour où l'action était intentée, il le devînt en cours d'instance, après la *litis contestatio*, et avant le jugement. Cette circonstance n'empêchait pas le propriétaire de triompher dans sa revendication, car son droit existait au jour de la *litis contestatio*.

par la même personne pendant le laps de temps requis. Afin de ne pas enlever à l'usucapion la plus grande partie de son utilité, on fut amené à décider que le possesseur actuel pouvait réunir à sa possession celle de son auteur, comme si la chose n'avait pas, en réalité, changé de mains. Cette réunion était appelée : *continuatio possessionis* ou *accessio possessionum*, selon qu'elle avait lieu au profit d'un successeur à titre universel ou à titre particulier. La nature et les effets de la jonction des possessions sont différentes dans les deux cas. Dans le cas de *continuatio possessionis*, la possession du successeur n'est, le mot même l'indique, que la continuation de celle de l'auteur dont la personne elle-même est continuée par ses successeurs. Aussi n'a-t-elle, par elle-même, aucune valeur propre; elle reste ce qu'était la possession de l'auteur, efficace ou sans force. Ainsi on continue, même étant de mauvaise foi, la possession acquise de bonne foi par l'auteur, et, en sens inverse, le possesseur, malgré sa bonne foi personnelle, ne peut pas profiter de la possession acquise de mauvaise foi par son auteur. Dans le cas d'*accessio possessionum*, les deux possessions s'ajoutent simplement quant à la durée. Mais, la seconde possession reste indépendante de la première à tous autres égards, et le successeur doit être lui-même de bonne foi pour pouvoir continuer la possession de son auteur (§§ 12, 13. Inst., *De usucap.*, II, 6).

191. — *Quatrième condition : Chose susceptible d'être usucapée.* — L'usucapion s'appliquait à toutes les choses qui faisaient partie du patrimoine. Néanmoins il pouvait se faire qu'elle fût rendue impossible par une circonstance tenant soit à la condition juridique de la chose, soit à un vice de celle-ci, soit à la personne du propriétaire que l'usucapion va priver de son droit de propriété.

1°. Les choses non susceptibles de propriété quiritaire, comme les fonds provinciaux, ne pouvaient être acquises par usucapion (G. II, 46).

2°. Les vices de la chose qui faisaient obstacle à l'usu-

capion étaient ceux de vol et de violence. La loi des XII Tables, dont la disposition à cet égard fut confirmée et complétée par une loi *Atinia*, défendait l'usucapion des choses volées, meubles ou immeubles (G. II, 45; § 2. Inst., *De usucap.*, II, 6). Mais lorsqu'on eut admis qu'à l'égard des immeubles il ne pouvait être question de vol, il fallut protéger la propriété immobilière contre les déprédations violentes. Aussi une *lex Plautia*, renouvelée sous Auguste par la loi *Julia de vi*, interdit l'usucapion des immeubles occupés par violence. Remarquons avec Gaius (G. II, 49) que la prohibition d'usucaper les *res furtivæ* ou *vi possessæ* ne s'adresse en réalité ni au voleur, ni à l'auteur de la violence, car les principes généraux suffisent pour leur interdire l'usucapion, la bonne foi et la *justa causa* leur faisant défaut. L'impossibilité d'usucaper atteint donc ici uniquement les tiers acquéreurs, c'est-à-dire ceux qui auront reçu tradition de la chose, même de bonne foi et en vertu d'une *justa causa* (1). Le vice de la chose s'effaçait, était purgé, lorsque le propriétaire dépossédé était rentré en possession, sachant qu'il reprenait sa chose, dont la propriété n'avait pu lui être enlevée par le vol ou la violence.

3°. Certaines choses ne sont pas susceptibles d'usucapion à raison de la condition juridique de leur propriétaire. C'est ce qui arrivait pour les *prædia rustica vel suburbana* des pupilles ou des personnes en curatelle. Ces immeubles n'étant aliénables qu'exceptionnellement, il fallut les considérer comme non susceptibles d'usucapion. Car, si l'usucapion eut été permise, il aurait suffi d'en faire tradition à un acquéreur de bonne foi, qui en serait devenu propriétaire par la voie détournée de l'usucapion (2).

191. — (1) Au début, à l'époque où la bonne foi n'était pas requise comme condition de l'usucapion, la prohibition d'usucaper les choses volées visait uniquement le voleur. Ce n'est que plus tard qu'on reconnut comme incapables d'usucaper non seulement le voleur, mais tous les acquéreurs successifs. Esmein, *op. cit.* : Sur l'histoire de l'usucapion, p. 182.

(2) *Adde* Accarias, t. I, n° 239. Le même motif explique également pourquoi les *res mancipi* d'une femme en tutelle ne pouvaient être usucapées,

Effets et caractères de l'acquisition par usucapion.

192.—L'usucapion faisait acquérir à l'*accipiens* la propriété avec tous les avantages attachés à ce droit. Il pouvait, par conséquent, repousser victorieusement toute attaque dirigée contre lui à l'effet de lui reprendre la chose, et s'il venait à perdre la possession, une fois l'usucapion achevée, il pouvait la reprendre entre les mains de tout tiers détenteur en intentant l'action en revendication. Toutefois, il n'acquérait la propriété qu'avec les charges réelles dont elle était grevée entre les mains du *verus dominus, cum sua causa*. Aussi, l'usucapion rentre-t-elle parmi les modes dérivés d'acquisition (V. n° 172, 3°). D'autre part, l'usucapion n'est pas un mode d'acquisition volontaire, car elle se réalise, sans l'assentiment du propriétaire, par le seul effet de la loi qui, au bout d'un certain temps, transforme la possession en propriété (V. n° 172, 4°). Enfin, comme l'usucapion fait acquérir le *dominium*, elle ne peut profiter qu'aux citoyens ou à ceux qui ont le *jus commercii*, c'est donc un mode d'acquisition du droit civil (V. n° 172, 2°).

193. — *De quelques cas particuliers d'usucapion : Usucapio pro herede, Usureceptio.* — L'usucapion, dans les deux cas particuliers que nous allons étudier, se distingue de l'usucapion ordinaire par la facilité plus grande avec laquelle elle se réalise, la double condition de bonne foi et de *justa causa* n'étant pas exigée de l'*accipiens*.

1°. *Usucapio pro herede.* — L'histoire de cette institution est curieuse à connaître à un double titre. D'une part, en

quand c'était elle seule qui en avait opéré la tradition. Ces biens, en effet, ne pouvaient être aliénés que *tutore auctore*. Or, il était à craindre que pour tourner cette prohibition, la femme ne fît tradition à un tiers qui en serait ainsi devenu propriétaire par voie d'usucapion. La loi des XII Tables exigeait en conséquence que la tradition eût eu lieu *tutore auctore* (G. II, 47) (V. n° 132).

effet, l'*usucapio pro herede* peut être considérée comme un dernier vestige d'une théorie ancienne de l'usucapion, à laquelle nous avons plus d'une fois fait allusion, et suivant laquelle l'usucapion s'accomplissait, au profit du possesseur, sans titre, ni bonne foi (1). D'autre part, l'*usucapio pro herede* se rattache à la théorie de la dévolution des successions où elle a joué un rôle dont l'importance apparaîtra plus loin. Trois phases doivent être distinguées dans les transformations qu'a subies l'*usucapio pro herede*.

Première phase. — Au début, il avait été admis par le droit civil, que toute personne pouvait, en possédant pendant une année la totalité ou la plus grande part des biens d'un défunt, devenir son héritier. Ce possesseur qui n'avait d'autre titre que sa possession avait possédé et usucapé *pro herede,* et ce qu'il acquérait ainsi c'était, avant tout, le titre et la qualité d'héritier. Par voie de conséquence, il devenait propriétaire des choses corporelles comprises dans l'hérédité, même de celles sur lesquelles sa possession n'avait pas porté. Il était d'ailleurs investi des créances et des dettes du défunt, et astreint à l'obligation de continuer son culte privé, ses *sacra privata* (G. II, 52). A la différence de l'usucapion ordinaire, l'*usucapio pro herede* s'appliquait à une chose incorporelle, l'hérédité; elle permettait d'acquérir la propriété des choses héréditaires qu'on n'avait pas possédées; enfin elle n'exigeait ni *justa causa*, ni bonne foi, et s'accomplissait toujours par un an de possession sans distinction entre les meubles et les immeubles. La raison d'être de cette application originale de la théorie de l'usucapion à l'hérédité nous est révélée par Gaius (G. II, 55). On craignait qu'une fois le chef de famille mort, son culte privé ne fût laissé à l'abandon par suite du retard que mettaient ses héritiers à accepter l'hérédité (2). Pour engager ceux-ci à faire rapidement adition, on leur

193. — (1) Esmein, *Mélanges d'histoire du droit et de critique* : Sur l'histoire de l'usucapion, p. 178.

(2) Pareil danger n'était pas à redouter lorsque l'hérédité était déférée à des héritiers *sui et necessarii* ou *necessarii.* Ceux-ci, en effet, étaient

suscitait comme concurrents tous ceux qui voudraient s'emparer des choses héréditaires. De cette façon un tiers quelconque était, au bout d'un an de possession, investi du titre d'héritier, mais à charge de maintenir les *sacra*.

C'est donc un intérêt d'ordre religieux qui fit introduire cette institution originale dont l'idée première est due probablement aux pontifes. Plus tard se révélèrent d'autres avantages de l'usucapion *pro herede* auxquels on n'avait pas songé tout d'abord. Elle assurait aux créanciers héréditaires un paiement rapide de leurs créances en leur donnant un débiteur à qui ils pouvaient s'adresser au lieu et place de leur débiteur décédé. L'héritier en effet, dans la crainte de voir l'hérédité lui échapper, devait se presser de faire adition, et, à son défaut, c'était celui qui s'emparait de l'hérédité qui était tenu des dettes (G. II, 55). Enfin, l'*usucapio pro herede* paraît avoir rempli le même office que l'usucapion ordinaire en dispensant de toute preuve l'héritier qui ne pouvait pas établir la légitimité de son titre. A cet égard, elle dut favoriser les tentatives faites par les cognats les plus proches pour s'emparer des hérédités auxquelles n'étaient appelés que des agnats éloignés ou les *gentiles* (V. n° 234). Ces considérations diverses qui toutes contribuèrent au succès de l'usucapion *pro herede* perdirent de leur importance par la suite. D'assez bonne heure les *sacra privata* furent négligés. D'autre part, le préteur permit aux créanciers d'un défunt de se faire envoyer en possession des biens laissés par ce dernier et de les faire vendre même en l'absence d'héritiers. Enfin, grâce aux réformes prétoriennes, les cognats furent admis comme successeurs sans avoir besoin de recourir à l'usucapion *pro herede*. Dès lors, cette usucapion n'eut plus de raison d'être. Toutefois, elle ne disparut pas, mais sa portée d'application et ses conséquences furent changées.

investis de l'hérédité malgré eux (V. n° 249). Aussi voyons-nous qu'en ce cas l'*usucapio pro herede* était impossible (G. II, 58; III, 201). *Adde* Accarias, t. I, n° 243, 4e édit., p. 613, note 3.

Deuxième phase. — Désormais, l'usucapion *pro herede* ne confère plus au possesseur le titre et la qualité d'héritier et par suite ne lui donne plus aucun droit à l'hérédité dans son entier. En revanche elle n'emporte plus l'obligation aux *sacra* et aux dettes. Elle assure uniquement l'acquisition des choses corporelles héréditaires qui ont été l'objet de la prise de possession, mais sans qu'on exige ni *justa causa,* ni bonne foi, et par le seul effet d'une possession prolongée pendant un an, sans distinction entre les meubles et les immeubles. Sous ce nouvel aspect l'usucapion *pro herede* est une véritable prime offerte aux spoliateurs et mérite le nom d'*improba* que lui donne Gaius (G. II, 55). Elle est qualifiée en même temps de *lucrativa,* car elle assure toujours au possesseur un enrichissement certain sans entraîner comme autrefois la charge des *sacra* et des dettes.

Troisième phase. — Ce fut seulement sous Hadrien qu'on se décida à battre ouvertement en brèche, l'usucapion *pro herede.* Un sénatusconsulte décida que l'héritier au préjudice duquel l'usucapion aurait été accomplie, pourrait, en intentant la pétition d'hérédité contre le possesseur, faire considérer l'usucapion comme non avenue (G. II, 57). Mais elle continuait à rester efficace à l'égard des tiers. Marc Aurèle ayant organisé une poursuite criminelle (*crimen expilatæ hereditatis*), contre toute personne qui s'emparerait sans droit des choses héréditaires, avant que l'héritier n'en eût pris possession, l'usucapion *pro herede* dut, à partir de ce moment, cesser d'être pratiquée. Au Bas-Empire, il n'en est plus question.

2°. *Usureceptio.* — Quant à l'*usureceptio,* elle présente ceci d'original qu'elle est une usucapion qui s'accomplit non au détriment du propriétaire mais à son profit, et cela sans qu'il ait besoin de *justa causa* ou de bonne foi. Elle avait lieu dans les trois hypothèses suivantes que nous indique Gaius. 1° Une personne voulant déposer sa chose chez un tiers pouvait transférer à ce dernier la propriété de cette chose par *mancipatio* ou *in jure cessio* et joindre au trans-

fert un pacte de fiducie par lequel l'acquéreur s'engageait à retransférer la propriété à première réquisition (V. nos 177, 178). En pareil cas, il suffisait que le déposant reprît la possession de sa chose d'une manière quelconque et qu'il la gardât pendant un an, pour qu'il redevînt propriétaire par *usureceptio*. Ici l'usucapion a donc lieu sans *justa causa,* sans bonne foi, et après l'expiration d'un délai uniforme d'un an pour les meubles et les immeubles (G. II, 59) (3). 2° L'usucapion s'accomplissait dans les mêmes conditions au profit du débiteur qui, pour constituer un gage à son créancier, lui aliénait la chose engagée, avec pacte de fiducie, obligeant le créancier à retransférer la propriété après parfait paiement (G. II, 60) (4). 3° Enfin, lorsque l'État avait vendu un gage qui lui avait été donné par un de ses débiteurs, ce dernier redevenait propriétaire par l'effet de la possession prolongée pendant un an ou deux ans suivant qu'il s'agissait de meubles ou d'immeubles, et cela sans *justa causa* ni bonne foi. Dans ce cas, l'usucapion s'accomplissait au préjudice de l'acheteur du gage (*prædiator*), de là son nom d'*usureceptio ex prædiatura* (G. II, 61.)

De la præscriptio longi temporis.

194. — *Notion de la præscriptio longi temporis.* — *Conditions auxquelles elle est opposable.* — L'usucapion qui confère le *dominium ex jure quiritium* était par-là même inapplicable à une catégorie fort importante d'immeubles, nous voulons parler des fonds provinciaux (V. n° 191). Pour le

(3) Il est probable que cette *usureceptio* avait été imaginée pour éviter une retranslation de propriété en forme solennelle; la simple reprise de la possession suffisant pour rendre au bout d'un an la propriété à celui qui s'en était dépouillé.

(4) L'*usureceptio* ne pouvait avoir lieu dans cette hypothèse qu'après le paiement intégral de la dette. Mais le débiteur pouvait, même avant d'avoir payé son créancier, reprendre la propriété par voie d'*usureceptio*, à condition de n'avoir pas reçu la chose à titre de locataire ou de précariste (G. II, 60). V. Tome II, *Théorie du gage.*

même motif, elle ne pouvait être invoquée que par ceux qui avaient le *jus commercii* (V. n° 192). Son champ d'application était donc fort restreint. L'institution prétorienne de la *præscriptio longi temporis* vint combler les lacunes que nous venons de signaler. La *præscriptio* pouvait être invoquée, par conséquent : 1° par tout possesseur d'un fonds provincial qui avait reçu la possession *ex justa causa* et de bonne foi, et l'avait conservée pendant le laps de temps requis; 2° par les pérégrins, qui avaient reçu et conservé dans les mêmes conditions la possession d'un fonds italique ou provincial ou d'un meuble.

Les raisons qui déterminèrent le préteur à protéger ici la possession de bonne foi sont identiques à celles qui favorisèrent l'introduction et le développement de l'usucapion. Les possesseurs de fonds provinciaux et les pérégrins étaient incapables d'avoir le *dominium*, et si prolongée que fût leur possession, elle ne pouvait se convertir en propriété quiritaire. Mais le droit prétorien avait donné à ces personnes un droit réel sur la chose, semblable au *dominium*, droit dont nous verrons plus loin le caractère et les effets (V. n°s 162 et 217), et qu'on appelait spécialement *proprietas* lorsqu'il s'agissait des fonds provinciaux. Or, il pouvait arriver que la chose n'eût pas été remise à l'*accipiens* par le *verus proprietarius*, cas auquel le possesseur restait toujours exposé à l'éviction de la part du *verus proprietarius* et pouvait perdre les avantages d'une très longue possession, malgré toutes les conditions de juste cause et de bonne foi qui l'accompagnaient. Il y avait là une situation digne d'intérêt, tout à fait analogue à celle qui avait justifié l'institution de l'usucapion au profit du possesseur recevant une chose *a non domino*. Ce n'était pas seulement le possesseur de bonne foi qu'on devait protéger ainsi. Le *verus proprietarius* lui-même pouvait se trouver comme le *verus dominus* dans l'impossibilité de faire la preuve de son droit. Il était juste de l'autoriser à invoquer le bénéfice d'une possession commencée de bonne foi en vertu d'une *justa causa* et prolongée pendant un assez long temps.

On comprend donc qu'au point de vue des conditions exigées de la part du possesseur, il n'y ait presqu'aucune différence entre la *præscriptio* et l'usucapion. Comme l'usucapion, la *præscriptio* exige l'acquisition de la possession *ex justa causa*, la bonne foi de l'*accipiens*, une chose non vicieuse, la prolongation de la possession. Toutefois, le temps pendant lequel la possession doit durer est beaucoup plus long, *longum tempus*. Ce délai, peut-être variable à l'origine suivant chaque province, finit par être fixé d'une façon uniforme à dix ans entre présents et à vingt ans entre absents, sans distinction entre les meubles et les immeubles (1). On exigeait, on le voit, un délai beaucoup plus long que dans l'usucapion. Celle-ci, en effet, faite au début pour une population agglomérée sur un petit territoire, s'appliquait, en matière immobilière, à des fonds peu distants du domicile du propriétaire qui pouvait, par suite, les surveiller facilement. Au cas de *præscriptio*, le possesseur pouvait, d'ailleurs, joindre à sa possession celle de ses auteurs, la théorie de la jonction des possessions étant applicable à la *præscriptio* comme à l'usucapion.

195. — *Effets de la præscriptio longi temporis.* — Mais la protection que le préteur assurait au possesseur n'était pas et ne pouvait pas être, quant aux effets, semblable à celle que lui donnait le droit civil par le moyen de l'usucapion, car il ne pouvait être question ici de transformer la possession prolongée en propriété quiritaire (V. n° 194). Toutefois, le préteur aurait pu, à défaut du *dominium*, attribuer au possesseur la *proprietas*. Cet effet acquisitif ne lui sembla pas nécessaire, et il se contenta d'assurer au possesseur le bénéfice d'une fin de non-recevoir fondée sur la longue possession et permettant de repousser l'action de celui qui se

194. — (1) Par présents, il faut entendre le possesseur et le propriétaire ayant leur domicile dans la même province; par absents, les mêmes personnes ayant leur domicile dans des provinces différentes. Mais le sens de ces expressions ne paraît avoir été définitivement fixé qu'à l'époque de Justinien.

prétendrait *verus proprietarius*. Cette fin de non-recevoir figurait en tête de la formule d'action délivrée par le préteur au *proprietarius*. De là le nom de *præscriptio*, mot vague ne signifiant que *écrit en tête*, mais dont le sens fut déterminé par les mots *longi temporis*, qui permirent de distinguer la *præscriptio* dont nous nous occupons de toutes les autres *præscriptiones* alors usitées dans la procédure. Mais, à partir du moment où toutes les *præscriptiones* invoquées par le défendeur (*præscriptiones pro reo*) furent transformées en exceptions, la place de la *præscriptio longi temporis* ne fut plus en tête de la formule. Cette dénomination n'avait donc plus aucun sens et aurait dû être abandonnée. Aussi voyons-nous Ulpien appeler de son vrai nom le moyen défensif donné au possesseur : *exceptio longi temporis* ou *longæ possessionis* (5, § 1. Dig., *De diversis. temp. præscr.*, XLIV, 3). On continua néanmoins à se servir de l'expression *præscriptio*, même après la disparition du système formulaire, et c'est ainsi que par une fortune singulière, ce mot a survécu et a fini par supplanter celui si bien fait d'usucapion. Aujourd'hui encore, on appelle *prescription* l'acquisition de la propriété par l'effet de la possession prolongée (V. art. 2219 et suiv. C. civ.).

Les droits du possesseur étaient loin d'être aussi complètement garantis par la *præscriptio* que par l'usucapion. Cela tenait précisément à ce que la *præscriptio* n'était qu'une fin de non-recevoir, permettant seulement au possesseur de paralyser l'action qu'on intentait contre lui pour lui reprendre la chose. De ce caractère de la *præscriptio* découlent trois règles qui sont autant de différences entre la *præscriptio* et l'usucapion. 1° Si, après l'expiration du *longum tempus*, le possesseur venait à perdre la possession, il n'avait pas d'action pétitoire qui lui permît de la recouvrer, tandis qu'en cas d'usucapion il aurait eu l'action en revendication. 2° Semblable en cela à toutes les exceptions, la *præscriptio* devait, pour pouvoir être invoquée devant le juge, avoir été proposée *in jure*. Si donc le défendeur avait négligé de demander au magistrat l'insertion de la *præscriptio* dans la formule,

il ne pouvait plus faire valoir ce moyen devant le juge. L'usucapion, au contraire, constituant un moyen de défense direct, une contradiction de la prétention du demandeur pouvait, pour la première fois, être opposée devant le juge. 3° Lorsque le possesseur venait à être actionné avant d'avoir achevé le temps de possession exigé par le préteur, la *præscriptio* était interrompue à partir de la *litis contestatio*. Dès lors, quand bien même le possesseur aurait continué à posséder et aurait achevé le délai de la *præscriptio* pendant l'instance, il lui était impossible de se prévaloir de ce moyen. Il est de règle, en effet, que le juge ne peut accueillir une exception que si le bénéfice de cette exception se trouve acquis au défendeur à l'époque de la *litis contestatio*. Or, à ce moment, nous l'avons supposé, le possesseur n'avait pas encore droit au moyen fondé sur la longue possession, puisque le délai de la *præscriptio* n'était pas accompli. Cette interruption, qu'on peut appeler civile, n'avait pas lieu au cas d'usucapion (V. n° 190)(1).

Sous tous ces rapports, l'usucapion était plus avantageuse que la *præscriptio*. Mais celle-ci, à l'inverse, était, à la différence de l'usucapion, opposable à d'autres qu'au propriétaire, c'est-à-dire à tous ceux qui prétendaient sur la chose des droits réels de gage, d'hypothèque ou de servitude du chef du précédent propriétaire. La *præscriptio* produisait donc à cet égard des effets plus pleins que l'usucapion, puisqu'elle permettait au possesseur de se libérer des charges réelles grevant la chose. Et ce résultat n'a rien qui doive surprendre, car il découle de la nature même de la *præscriptio*. Moyen de défense contre la prétention du droit le plus fort, celui du propriétaire, pourquoi n'en serait-elle pas un aussi contre la prétention de droits moins forts réclamés par des personnes qui ne peuvent les tenir que du propriétaire (2) ?

195. — (1) Accarias, t. I, n° 245.

(2) Cela veut-il dire que la *præscriptio*, par cela seul qu'elle était opposable avec succès au propriétaire, fût acquise à l'égard de tous? La question est

De l'usucapion transformée, à l'époque de Justinien.

196. — Il s'est passé en matière de *præscriptio* un phénomène qu'on peut observer au sujet de toutes les autres innovations prétoriennes. L'institution de la *præscriptio* ne devait pas faire disparaître l'institution plus ancienne, à l'insuffisance de laquelle elle remédiait. Elle s'y juxtaposa simplement, en sorte que chacune d'elles eut son existence propre et son cours parallèle jusqu'au moment où elles se fondirent en une seule et unique institution. A partir d'une époque qu'on ne peut préciser, on pensa qu'il était insuffisant de ne donner au possesseur qu'une exception, et on lui accorda une action en revendication utile. Dès lors, la *præscriptio* changea de caractère. De simple voie défensive, elle devint, à l'égal de l'usucapion, un mode d'acquérir sinon la propriété quiritaire, du moins la *proprietas* (8, pr. Cod., *De præscript. XXX vel XL ann.*, VII, 39). Cette innovation rapprochait singulièrement l'une de l'autre les deux institutions, qui avaient déjà tant de points de ressemblance. Si l'on ajoute qu'à partir de Caracalla il n'y eut plus que des citoyens, et qu'à mesure qu'on s'approchait des temps de Justinien, toute différence tendait à disparaître entre les fonds italiques et les fonds provinciaux, on comprendra sans peine que, sous ce prince, la *præscriptio* ait disparu comme institution distincte de l'usucapion, et qu'il se soit opéré entre elles une fusion dont il nous reste à exposer les résultats.

Les réformes de Justinien à cet égard peuvent se résumer ainsi : 1° L'usucapion n'a plus lieu qu'au cas de tradition *a non domino ;* sa première fonction ayant nécessairement disparu avec la distinction désormais supprimée des *res mancipi* et *nec mancipi.* Lorsqu'il s'agit d'immeubles, l'usucapion

douteuse. Nous pensons qu'au regard de chacune des personnes prétendant des droits réels sur la chose, il y avait lieu à une prescription distincte, avec ses conditions propres de bonne foi, de titre et de durée. V. Accarias, t. I, n° 245.

s'accomplit au profit du possesseur, sans qu'il y ait à distinguer les fonds italiques des fonds provinciaux. 2° L'usucapion exige toujours les mêmes conditions qu'autrefois : *justa causa*, bonne foi, absence de vices de la chose, durée de la possession. Mais le délai est changé. Il est fixé à trois ans pour les meubles, à dix ans ou vingt ans pour les immeubles (1). 3° L'usucapion est un mode d'acquisition de la propriété; par suite, elle donne droit soit à un moyen de défense, soit, en cas de dépossession, à l'action en revendication (2). Ainsi fut supprimée la *præscriptio longi temporis*, qui fut remplacée par l'usucapion. Mais l'usucapion de Justinien n'est plus l'usucapion ancienne, c'est une usucapion transformée par des éléments empruntés à la *præscriptio* (1. Cod., *De usucap. transf.*, VII, 31), et qui retient néanmoins le nom d'*usucapio*. Toutefois, à l'égard des immeubles, comme on exigeait le *longum tempus* du droit prétorien, on continua à se servir de l'expression *præscriptio longi temporis*.

De la præscriptio longissimi temporis et de l'usucapion dite extraordinaire.

197. — Au Bas-Empire on trouve à côté de l'usucapion et de la *præscriptio longi temporis*, la *præscriptio longissimi temporis*, qui, elle aussi, est une protection accordée à la longue possession. Théodose II avait en effet décidé que toutes les actions en justice seraient éteintes par le laps de trente ans. Dès lors les possesseurs dont la possession avait

196. — (1) Le délai est de dix ans entre présents, de vingt ans entre absents (V. n° 194). S'il y a eu tantôt présence, tantôt absence, le délai est d'un nombre d'années intermédiaire entre dix et vingt ans. Aussi, est-il plus exact de dire que l'usucapion s'accomplit pour les immeubles par un délai de dix à vingt ans.

(2) Il est deux points sur lesquels il est difficile de dire si les règles de la nouvelle usucapion sont celles de l'ancienne ou celles de la *præscriptio*. L'un concerne l'interruption civile, l'autre les charges réelles de la chose. Accarias, t. I, n° 246 et notes.

duré trente ans pouvaient repousser l'action en revendication intentée contre eux après ce délai. C'était là pour eux un avantage considérable lorsque leur mauvaise foi initiale, l'absence de titre ou les vices de la chose ne leur permettaient pas d'invoquer l'usucapion ou la *præscriptio longi temporis*. Mais ce n'était là qu'un moyen de défense qu'on appelait *præscriptio longissimi temporis vel XXX annorum*. Lorsqu'il s'agissait des biens du fisc ou de l'empereur, des biens d'église ou des établissements pieux, le possesseur n'était à l'abri de toute revendication qu'après quarante ans de possession (*præscriptio XL annorum*, appelée aussi *præscriptio longissimi temporis*). Plus tard, Justinien décida que le possesseur pourrait, après l'expiration des trente ou des quarante années, agir en revendication s'il avait été de bonne foi au début (8. Cod., *De præscript. XXX vel XL ann.*, VII, 39). La très longue possession conduisait donc ainsi à l'acquisition de la propriété, pourvu qu'elle eût commencé de bonne foi, et sans qu'un juste titre fût nécessaire. C'est là ce qu'on appelle l'usucapion extraordinaire qui s'appliquait aussi bien aux meubles qu'aux immeubles (1).

Adjudicatio.

198. — L'*adjudicatio* est un mode d'acquisition de la propriété qui suppose une action en justice intentée en vue de partager une chose indivise (action en partage) ou en vue de délimiter deux fonds voisins (action en bornage). Le juge de ces actions est investi du pouvoir spécial d'*adjudicatio*, c'est-à-dire qu'il a le droit d'attribuer la propriété à l'une quelconque des parties (Ulp., *Reg.*, XIX, 16).

1°. Les actions en partage sont destinées à mettre fin à

197. — (1) Il est à remarquer qu'on revenait ainsi à une usucapion semblable à l'usucapion primitive qui s'accomplit sans juste titre et même sans bonne foi. Esmein, *Mélanges d'histoire du droit et de critique* : Sur l'histoire de l'usucapion, pp. 215, 216.

l'état d'indivision. On a vu plus haut (V. n° 155-1°) que plusieurs personnes peuvent se trouver propriétaires en commun d'une seule et même chose. Chacune d'elles a alors un droit égal à chacune des parties de la chose, et par suite aucune d'entre elles n'a sur la chose ou les parties de celle-ci un droit exclusif et absolu. Il est de principe qu'aucun des copropriétaires ne peut, sans le consentement de tous les autres, disposer de la chose commune ou même accomplir sur elle des actes de maître. Aussi cet état d'indivision (*communio*) est-il une source permanente de conflits entre les copropriétaires (1), et c'est en vue d'y mettre fin que l'on procède au partage (2). La chose commune peut être divisée en parts égales qui seront attribuées à chacun des copropriétaires, ou si elle n'est point commodément partageable, elle peut être attribuée toute entière à l'un d'entre eux, sauf à ce dernier à indemniser ses copropriétaires par le paiement d'une somme d'argent. Le partage peut avoir lieu ainsi d'un commun accord entre les parties, auquel cas on le réalise au moyen de transferts de propriété que se font réciproquement les copropriétaires par voie de mancipation ou de tradition. Mais lorsque les parties ne sont pas d'accord pour opérer un partage amiable, elles ont recours au partage par voie judiciaire. Chaque copropriétaire a le droit d'intenter contre les autres l'action en partage destinée à sortir de l'indivision. Lorsque l'indivision provient d'une hérédité à laquelle plusieurs personnes sont appelées en commun, l'action en partage reçoit le nom d'*actio familiæ herciscundæ* (3). Lorsque l'indivision s'est établie à la suite de toute autre cause, par exemple en cas d'une acquisition faite en commun, ou d'une

198. — (1) *Discordias quas materia communionis solet excitare,* dit Papinien, 77, § 20. Dig., *De legatis*, 2°, XXXI

(2) Le partage peut être demandé à toute époque par l'un quelconque des copropriétaires, nul n'étant tenu de rester malgré lui dans l'indivision (5. Cod., *Comm. divid.*, III, 37) (V. art. 815 C. civ.).

(3) *Herciscere* ou *Erciscere* vient de *Herco* qui signifie partager. On trouve aussi la forme *Herctum ciere,* qui veux dire provoquer un partage. Bréal et Bailly. Dictionnaire Étymologique latin. V^is^ : *Herctum*, *Cio.*

société formée entre les parties, l'action en partage est appelée *actio communi dividundo*.

Le juge des actions *familiæ herciscundæ* et *communi dividundo* recevait la mission de mettre fin à l'indivision. A cet effet, il pouvait attribuer à chacun des copropriétaires une part divise de la chose, dont celui-ci devenait propriétaire exclusif et absolu par voie d'*adjudicatio*. Le même résultat se produisait lorsque le juge adjugeait la propriété entière à un seul des copropriétaires, sauf l'indemnité à fournir aux autres par ce dernier. Celui qui devient ainsi propriétaire exclusif d'une part divise ou de toute la chose, était déjà, avant l'*adjudicatio*, propriétaire d'une portion soit de sa part, soit de la chose entière. A cet égard, l'*adjudicatio* ne change rien au droit qu'il avait déjà en qualité de copropriétaire. Mais elle le complète, en lui faisant acquérir la part de ses copropriétaires, dont il devient l'ayant-cause. Aussi, est-il obligé de supporter les charges réelles dont les copropriétaires ont grevé leurs parts. L'*adjudicatio* est donc un mode d'acquisition dérivé. D'autre part, l'*adjudicatio* étant imposée aux parties par le juge qui la prononce, on ne peut pas la considérer comme un mode d'acquisition volontaire.

2°. Quant à l'action en bornage, *actio finium regundorum*, elle était donnée à l'effet de procéder à la délimitation de deux fonds ruraux contigus. Son but était donc d'obtenir, avant tout, le rétablissement des anciennes limites, et dans cette hypothèse elle ne donnait pas lieu à une *adjudicatio*. Mais, les limites anciennes pouvaient ne plus être reconnaissables, ou bien il était de l'intérêt des deux voisins qu'elles fussent rectifiées. Le juge était alors autorisé à tracer une ligne séparative nouvelle entre les deux fonds, et à attribuer à l'un d'eux des parcelles provenant de l'autre, cas auquel cette attribution se faisait par voie d'*adjudicatio*. Il estimait, d'ailleurs, les terrains ainsi enlevés, et condamnait l'adjudicataire à en payer le prix. Il n'est pas douteux que l'*adjudicatio* ne constitue également ici un mode d'acquisition de la propriété, dérivé et non volontaire.

L'*adjudicatio* transférait la propriété de toutes choses *mancipi* ou *nec mancipi*. Mais pour que le *dominium ex jure quiritium* fût acquis par l'adjudicataire, il fallait que l'action en partage ou bornage fût intentée à titre de *judicium legitimum*(4), sinon et si l'action rentrait dans les *judicia imperio continentia*, l'adjudicataire n'obtenait que l'*in bonis habere*. Sous Justinien, tous les *judicia* ont le même caractère, et comme d'autre part la distinction entre le *dominium* et l'*in bonis* a été effacée, l'*adjudicatio* a toujours pour effet d'attribuer la propriété quiritaire à l'adjudicataire.

Acquisition de la propriété en vertu de la loi, lege.

199. — *Notion et énumération*. — Ce mode d'acquisition de la propriété, qui figure à la suite de ceux que nous venons d'étudier, dans l'énumération que donne Ulpien des modes d'acquérir (Ulp., *Reg.*, XIX, 2), comprend, en réalité, tous les cas où la propriété est acquise, sans qu'on puisse la rattacher à aucun des modes d'acquisition précédemment exposés. Les jurisconsultes considèrent alors que l'acquisition de propriété trouve son fondement dans la loi, soit qu'il s'agisse d'une loi véritable ou d'un acte de l'autorité équivalant à la loi, ou de la coutume.

Parmi ces causes d'acquisition, les unes supposent l'accord des parties et par suite peuvent être rangées parmi les modes volontaires d'acquérir. Les autres, et c'est le plus grand nombre, font partie des modes non volontaires.

Les causes volontaires d'acquisition *lege*, sont : 1° le legs *per vindicationem* reconnu par la loi des XII Tables et dont il sera traité plus loin (V. n° 263) ; 2° l'acquisition du *dominium* à la suite d'une aliénation opérée par l'État, par exem-

(4) Pour la définition du *judicium legitimum* et *imperio continens*, V. G. IV, 104; et notre tome second, *Théorie des actions*.

ple lorsque l'État distribue aux particuliers des terres conquises (V. n° 161).

Parmi les causes non volontaires d'acquisition dérivant de la *lex*, signalons :

1° L'attribution des parts caduques, en vertu des lois caducaires (V. n° 259-2°).

2° L'attribution d'une partie du trésor au propriétaire de la chose où le trésor est renfermé, lorsque ce n'est pas le propriétaire qui l'a découvert. On appelle trésor une chose mobilière dont le propriétaire véritable est inconnu, et qui a été enfouie ou cachée dans une autre chose, ordinairement dans la terre. En vertu d'une constitution de l'empereur Hadrien (§ 39. Inst., *De rerum divis.*, II, 1), la propriété du trésor appartient à celui qui l'a découvert, à l'inventeur, comme on l'appelle, et cela par droit d'occupation. Si donc c'est le propriétaire de la chose où le trésor est caché qui le découvre, le trésor lui appartient tout entier. Mais si le trésor est trouvé par un autre que le propriétaire, l'inventeur n'a droit qu'à la moitié; l'autre moitié étant attribuée au propriétaire. C'est pour cette seconde moitié qu'il y a acquisition *lege*. Cette attribution de propriété se justifie d'ailleurs par la présomption très vraisemblable que le trésor a été caché par l'un des précédents propriétaires, dont le propriétaire actuel est l'ayant-cause (1).

3° Nous rattachons également à la *lex* l'acquisition réalisée au cas de spécification. On suppose qu'une chose, considérée comme matière première, a été transformée en une chose nouvelle (*nova species*) par l'effet d'un travail industriel ou artistique. Ainsi des raisins ont été pressés et changés en vin, de l'or en lingots a été transformé en un objet d'art. Si le travail de transformation a été accompli par quelqu'un qui n'était pas propriétaire de la matière, et cela à l'insu et sans le consentement du propriétaire, on a à rechercher à qui, du propriétaire ou du fabricant, appartient la chose nouvelle

199. — (1) *Adde* Accarias, t. I, n° 249 (V. art. 716 C. civ.).

ainsi fabriquée. La question se résoud à l'époque classique et sous Justinien par une distinction (2). Si la chose nouvelle est susceptible d'être ramenée à son ancien état, comme c'est le cas pour l'objet en métal, qui peut être réduit à nouveau en un lingot, la *nova species* reste propriété du maître de la matière. Ce dernier ne réalise alors aucune acquisition, il conserve sa chose, augmentée de la plus-value qui est le résultat du travail. La chose a-t-elle, au contraire, été transformée de façon à ne plus pouvoir reprendre son état antérieur, comme dans le cas de raisins transformés en vin, le produit nouveau est attribué à celui qui l'a créé, au spécificateur. Le propriétaire de la matière perd donc son droit sur la chose, qui est considérée comme éteinte. Aussi le spécificateur ne lui succède-t-il pas, il devient propriétaire d'une chose nouvelle dont personne n'était propriétaire avant lui. Il y a donc là un mode d'acquisition qu'il est difficile de rattacher à une autre cause qu'à la volonté de la loi (V. art. 570, 571 C. civ.)(3).

4° L'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi rentre également dans les cas où l'acquisition a lieu *lege*. En principe, le propriétaire d'une chose est en même temps propriétaire de tout ce qui est produit par cette chose : fruits ou simples produits (4). Mais ces fruits ou produits ne deviennent l'objet d'une propriété distincte que lorsqu'ils ont été séparés de la chose, quelle que soit d'ailleurs la cause de la séparation ou la personne qui en est l'auteur, le propriétaire lui-même ou un tiers. Par exception, les fruits d'une chose

(2) Il y eut à ce sujet controverse entre l'école Sabinienne et l'école Proculienne (G. II, 79). Mais l'opinion intermédiaire exposée au texte prévalut sur les solutions extrêmes proposées par les deux sectes.

(3) Certains interprètes s'appuyant sur ce que la chose nouvelle est considérée par les textes comme une *res nullius* (7, § 7. Dig., *De acq. rer. dom.*, XLI, 1), voient dans l'acquisition réalisée par le spécificateur un cas d'*occupatio*. Quelqu'opinion qu'on adopte, on se trouve toujours en présence d'un cas d'acquisition originaire.

(4) Par fruits on entend les produits périodiques de la chose, récoltes, croît des animaux, etc., et par produits, tout ce qui provient de la chose, mais à des époques non prévues d'avance. (V. pour plus de détails, n° 212, *infrà*.)

peuvent appartenir à d'autres qu'au propriétaire. Tel est le cas où un tiers a sur la chose un droit réel qui lui donne droit aux fruits, comme nous le verrons pour l'usufruitier et l'usager (V. n° 212). Il en est de même, sans qu'il y ait droit réel, au cas où la chose a été louée par le propriétaire à un locataire ou fermier. Enfin le même résultat se produit au profit du possesseur de bonne foi, c'est-à-dire de celui qui, de bonne foi, a reçu *ex justa causa* tradition d'une *res aliena*. Les fruits lui sont acquis en propriété dès l'instant où ils sont séparés du sol, pourvu qu'à ce moment il soit encore de bonne foi, et quel que soit l'auteur de cette séparation. Le possesseur de bonne foi fait donc les fruits siens au détriment du propriétaire qui, s'il vient à revendiquer, n'a droit aux fruits de la chose qu'à partir de la *litis contestatio*. A dater de ce moment, en effet, le possesseur peut être considéré comme étant devenu de mauvaise foi. Il est à noter que le possesseur de bonne foi a droit aux fruits, alors même qu'il n'aurait en aucune façon contribué par son travail à leur production (48, pr. Dig., *De acq. rer. domin.*, XLI, 1). Ce n'est donc pas pour l'indemniser des soins qu'il a donnés à la chose qu'on lui attribue la propriété des fruits (5). Le seul motif que donnent les textes est que le possesseur de bonne foi doit être traité, en ce qui concerne les fruits, comme le serait le propriétaire véritable dont il occupe la place, *quod ad fructus attinet, loco domini pene est* (48, pr. Dig., *De acq. rer. domin.*, XLI, 1). C'est pour cela qu'il ne doit pas compte des fruits au propriétaire qui revendique. D'ailleurs, comme les fruits sont destinés à être consommés, le possesseur a dû soit les consommer effectivement, soit en dépenser la valeur, et, par suite, ce serait lui causer un préjudice que de le forcer à les restituer au propriétaire, coupable en somme d'avoir laissé sa chose aux mains du pos-

(5) Tel est cependant le motif que les Institutes (§ 35. Inst., *De rer. divis.*, II, 1) donnent de l'acquisition des fruits par le possesseur, auquel les fruits seraient attribués *pro cultura* et *cura*.

sesseur sans la revendiquer. Cette considération conduisit au Bas-Empire à une règle un peu différente de celle qui avait prévalu jusqu'alors. On décida qu'en cas de revendication, le possesseur devait restituer au propriétaire tous les fruits *extantes* au jour de la *litis contestatio*, c'est-à-dire ceux qui, bien que déjà séparés du sol, n'avaient pas encore été consommés par le possesseur (§ 35. Inst., *De rer. divis.*, II, 1) (6). A l'égard du propriétaire, par conséquent, le possesseur ne fait plus les fruits siens que par la consommation, mais, à l'égard des tiers, il continue à les faire siens, comme auparavant, par la simple séparation (7).

De l'accession.

200. — *Notion de l'accession.* — Nous terminons notre examen des modes d'acquisition de la propriété par l'indication d'un certain nombre d'hypothèses qu'on fait figurer, en général, au nombre des modes d'acquisition et que les commentateurs modernes rattachent à ce qu'ils appellent l'accession. Lorsqu'on parle d'accession, on suppose en fait que deux choses, jusqu'alors distinctes, ont été rapprochées et unies d'une façon plus ou moins intime. L'une de ces choses faisant fonction d'objet principal, l'autre n'est plus que l'accessoire de la première, et les Romains lui donnent le nom d'*accessio*. Cette chose accessoire s'absorbe pour ainsi dire dans la première, dont elle devient une partie intégrante, un *incrementum*. Elle perd donc son individualité, et étant considérée comme éteinte ne peut plus être revendiquée par son ancien propriétaire (23, § 5. Dig., *De rei vindic.*, VI, 1). En même

(6) Rien n'est plus juste à l'égard des fruits qui existent encore en nature. Mais la règle nouvelle était peu favorable au possesseur lorsque celui-ci avait, tout en gardant les fruits en nature, dépensé par avance leur valeur.

(7) Accarias, t. I, nº 250. Suivant certains interprètes, l'obligation pour le possesseur de bonne foi de restituer au propriétaire les fruits extants aurait déjà été admise à l'époque des jurisconsultes classiques. Ortolan, t. II, nº 404.

temps, elle est rattachée à la chose principale et les textes expriment ce résultat en disant : *Accessio cedit principali* (19, § 13. Dig., *De auro, argento, etc., legatis,* XXXIV, 2). Le propriétaire de la chose principale ne réalise pas cependant, à proprement parler, une acquisition. Sa chose, *quæ per prævalentiam alienam rem trahit* (23, § 4. Dig., *De rei vind.,* VI, 1), se trouve simplement avoir augmenté de valeur, et, par l'effet de cette plus-value, il a réalisé un enrichissement pour lequel il doit indemnité au propriétaire de la chose accessoire. Tel est le véritable point de vue auquel se sont placés les Romains. Il n'est donc pas question ici d'acquisition de la propriété, mais d'une extension d'une propriété déjà existante en dehors des limites dans lesquelles elle s'exerçait d'abord. Dès lors, il ne peut plus être parlé non plus d'un mode spécial d'acquisition de la propriété qui se distinguerait des modes précédemment étudiés. Certains interprètes modernes, admettant qu'il y a là une acquisition de propriété, ont voulu la rattacher à un mode spécial qu'ils appellent l'accession, expression qu'ils détournent ainsi de son sens véritable (1). D'autres expliquent l'acquisition en la faisant dériver de la *lex*. Notre opinion a l'avantage de ne rien ajouter à la nomenclature romaine des modes d'acquisition de la propriété, et de donner l'explication la plus simple de toutes les règles admises dans les différents cas où s'applique le principe : *Accessio cedit principali.*

201. — *Cas où s'applique le principe : accessio cedit principali.* — Ces cas peuvent se grouper en trois classes, suivant qu'il y a rapprochement de deux immeubles, de deux meubles, ou d'un meuble et d'un immeuble(1).

Première classe : Rapprochement de deux immeubles. —

200. — (1) Le Code civil (art. 546 et suiv.) a employé l'expression de Droit d'accession.

201. — (1) Il nous suffira de signaler très rapidement les hypothèses rentrant dans ces trois classes, sans insister sur des détails qui n'ont aucun intérêt au point de vue du développement historique des institutions.

Dans cette première classe se placent les hypothèses de l'alluvion, de l'île née dans le lit d'un fleuve et du lit abandonné du fleuve (*alluvio, insula in flumine nata, alveus derelictus*). Chacun des fonds riverains du fleuve profite de l'accroissement de terrain qui est la conséquence des alluvions déposées le long des rives, de la formation d'une île (2) ou de l'abandon du lit. Mais il n'y a pas là en réalité une acquisition au profit des propriétaires riverains. Il y a simplement une plus-value procurée à leurs fonds et qui a sa raison d'être dans ce principe que le lit d'un fleuve, même public, est l'accessoire des fonds riverains, dont il n'est que le prolongement naturel. Aussi s'explique-t-on que les fonds appelés *agri limitati,* ayant été l'objet d'une délimitation publique et solennelle, et dont par suite la contenance était invariablement fixée, ne jouissaient pas de cet avantage exclusivement réservé aux *agri arcifinii,* non délimités et dont les bornes sont fixées par la nature seule, *quorum naturaliter arcentur fines* (3).

Deuxième classe : Rapprochement de deux meubles. — Un objet mobilier a été incorporé à un autre objet mobilier dont il devient partie intégrante et accessoire. C'est par exemple une roue appartenant à autrui que j'ai adaptée à ma voiture, une anse adjointe dans les mêmes conditions à une coupe, un bras ajouté à une statue, une bande de pourpre cousue sur un vêtement. La chose principale absorbe alors la chose accessoire, laquelle *accessionis loco cedit*. Le propriétaire de cette dernière ne peut plus la revendiquer. Mais il a droit à une indemnité (4). La même solution était donnée dans un cas

(2) Il n'en est ainsi que pour les îles qui se forment par voie d'atterrissement ou de dessèchement, et non pour celles qui se forment *per circumluvionem,* lorsque le fleuve, se partageant en deux bras, entoure une portion de terrain qu'il détache de la rive.

(3) V. pour les détails, Accarias, t. I, nos 253, 254; Ortolan, t. II, nos 379-383.

(4) Voici comment a lieu le règlement de cette indemnité. Si la chose principale se trouve, après l'adjonction, dans les mains du propriétaire de la chose accessoire, celui-ci peut repousser l'action en revendication du propriétaire

à peu près analogue, celui où sur un parchemin ou sur un panneau appartenant à autrui, on écrit ou on peint quelque chose. En pareil cas, le parchemin ou panneau étaient considérés comme l'objet principal, et par conséquent leur propriétaire était aussi propriétaire de l'écriture et de la peinture, sauf à indemniser l'écrivain ou le peintre. Toutefois, certains jurisconsultes estimaient que la peinture formait l'objet principal et que par suite la propriété du tout appartenait au peintre. Leur opinion a été consacrée par Justinien (G. II, 78; § 34. Inst., *De rer. divis.*, II, 1)(5).

Troisième classe : *Rapprochement d'un immeuble et d'un meuble.* — Cette hypothèse se réalise au cas de constructions élevées sur un terrain. Dans ce cas, le sol est considéré comme l'objet principal, et par conséquent les constructions appartiennent au propriétaire du terrain, *superficies solo cedit* (G. II, 73). Il importe peu que les constructions aient été élevées par le propriétaire du sol avec les matériaux d'autrui, ou par un non propriétaire avec ses propres matériaux. Le principe *superficio solo cedit* fait donc obstacle à l'action en revendication du propriétaire des matériaux. Cette action est paralysée par leur incorporation momentanée au sol. Mais elle revit par l'effet de la démolition volontaire ou fortuite des constructions (6). En tous cas, la loi des XII Tables avait défendu au propriétaire des matériaux de contraindre le propriétaire du sol à démolir, en vue de pouvoir

de la chose principale par l'*exceptio doli,* si ce dernier refuse de l'indemniser. Si, ce qui arrivera le plus fréquemment, le propriétaire de la chose accessoire n'est pas en possession, il pourra par l'*actio ad exhibendum* obtenir la séparation matérielle de la chose accessoire et la revendiquer. Si cette séparation est impossible, il a la ressource d'une *actio in factum* en indemnité (23, § 5. Dig., *De rei vindic.,* VI, 1).

(5) Il peut y avoir mélange de deux corps sans que l'un joue, par rapport à l'autre, le rôle d'objet principal, par exemple quand un liquide est mêlé avec un liquide similaire (*confusio*), ou quand du blé est mêlé avec du blé (*commixtio*). En principe, le résultat du mélange est commun aux deux propriétaires. Accarias, t. I, nº 262.

(6) On s'explique cette règle de la façon la plus simple, lorsqu'on considère, comme nous (V. nº 200), que l'incorporation des matériaux n'a pas eu pour

exercer ensuite son action en revendication, *ne quis tignum alienum ædibus suis junctum eximere cogatur* (7, § 10. Dig., *De acquir. rer. domin.*, XLI, 1).

Quant à l'indemnité due au propriétaire des matériaux, il faut distinguer deux cas. 1° Le propriétaire du terrain a construit avec les matériaux d'autrui. De deux choses l'une alors. Si les matériaux ont été volés par le constructeur lui-même ou par un tiers, le constructeur est tenu de l'action *de tigno juncto*, créée à cet effet par la loi des XII Tables, et permettant d'obtenir le double de la valeur des matériaux volés (*tigna furtiva*). Il n'y a pas à distinguer alors, si le constructeur est de bonne ou de mauvaise foi. Si les matériaux n'ont pas été volés, le constructeur, qui est nécessairement de bonne foi, est soumis à une simple action *in factum* (7). 2° Le propriétaire des matériaux a construit sur le terrain d'autrui dont il est en possession. S'il a été de bonne foi, il pourra exiger une indemnité du propriétaire du terrain quand ce dernier intentera l'action en revendication (8). Le propriétaire du sol est tenu, en effet, de rembourser, à son choix, le montant des dépenses ou la plus-value qu'elles ont donnée à l'immeuble. Mais le constructeur n'avait pas d'action pour se faire indemniser, en sorte que venant à perdre la possession, il était sans recours contre le propriétaire. Si le constructeur a été de mauvaise foi, on présume que son intention a été d'abandonner sans indemnité les constructions au propriétaire du sol. Aussi ne peut-il exiger d'indemnité du proprié-

effet d'en attribuer la propriété au propriétaire du sol, mais leur a simplement fait perdre leur individualité, qui leur est restituée en cas de démolition. Il est à noter, d'ailleurs, que le possesseur de mauvaise foi du terrain d'autrui qui a construit sur ce terrain avec ses propres matériaux, n'était pas admis à revendiquer en cas de démolition. On considérait qu'il avait volontairement aliéné la propriété de ses matériaux, *sua voluntate amisisse proprietatem materiæ intelligitur* (7, § 12. Dig., *De acquir. rer. dom.*, XLI, 1). Mais Caracalla permit au constructeur de revendiquer, à condition de prouver qu'il n'avait pas agi *animo donandi* (2. Cod., *De rei vind.*, III, 32).

(7) Accarias, t. I, n° 256.

(8) C'est en opposant l'*exceptio doli* à l'action en revendication que le constructeur obtiendra son indemnité.

taire revendiquant. Toutefois, on lui permet d'enlever ses constructions, à la condition qu'il ne fasse ainsi subir aucune détérioration au fonds (9) (V. art. 554, 555 C. civ.).

Les principes que nous venons d'exposer pour les constructions s'appliquent au cas de plantations faites dans le sol. Les arbres plantés ou les graines semées dans un terrain deviennent partie intégrante du sol, *solo cedunt;* les arbres, dès qu'ils ont pris racine, et les semences avant même que la germination ait commencé. Quant à l'indemnité, si c'est le propriétaire du sol qui a fait les plantations, il est exposé à une action en revendication utile de la part du propriétaire des plantes ou semences, sans préjudice des actions ordinaires nées du vol. Si c'est un possesseur qui a fait des plantations sur le terrain d'autrui, la situation est réglée de la même façon qu'en cas de constructions (10).

Perte du droit de propriété.

202. — Nous avons indiqué plus haut que le droit de propriété est destiné à durer aussi longtemps que la chose même sur laquelle il porte (V. n° 155-3°). De là résulte que la propriété prend fin lorsque la chose est matériellement détruite, par exemple, par l'effet d'un incendie, ou en cas de mort d'un esclave ou d'un animal (1). A la destruction matérielle il faut assimiler le cas où la chose cesse d'être un bien, c'est-à-dire ne peut plus figurer dans le patrimoine, comme lorsqu'un esclave est affranchi, ou qu'un immeuble devient sacré ou religieux.

Ce caractère perpétuel du droit de propriété ne fait pas obstacle à sa transmission au profit d'un propriétaire autre

(9 Accarias, t. I, n° 257.
(10) Accarias, t. I, n° 258.

202. — (1) Nous rappelons que dans l'hypothèse de spécification et dans celles qu'on désigne habituellement sous le nom générique d'accession, la perte du droit de propriété provient de ce que la chose est présumée avoir péri (V. n^os^ 199, 200).

que le propriétaire actuel. Le droit de ce dernier est sans doute éteint, mais le droit lui-même subsiste, déplacé au profit et sur la tête du propriétaire nouveau. Toute aliénation a donc pour corrélatif une acquisition (2), qui donne à l'acquéreur un droit sur la chose aussi perpétuel que l'était celui de son auteur. Les Romains avaient déduit de ce caractère de perpétuité une conséquence quelque peu forcée. Ils décidaient que lors du transfert de propriété, il ne pouvait être convenu que la propriété cesserait d'appartenir à l'acquéreur au bout d'un certain laps de temps, pour faire retour à l'aliénateur, *ad tempus proprietas transferri nequit* (*Vat. frag.*, § 283). L'insertion d'une pareille clause dans une aliénation l'aurait rendue nulle, car elle aurait eu pour résultat de transférer à l'acquéreur un droit réel temporaire que les Romains ne reconnaissaient pas comme valable. Mais rien n'empêchait les parties de convenir, lors du transfert, que l'acquéreur serait tenu, au bout d'un certain temps, de retransférer la propriété à l'aliénateur. Ici l'aliénateur n'a qu'un droit de créance contre l'acquéreur pour le contraindre à opérer la retranslation de propriété convenue. Cette retranslation n'a pas lieu de plein droit par l'expiration d'un certain laps de temps, et, par conséquent, le principe *ad tempus proprietas transferri nequit* est respecté. Cette doctrine, dont nous verrons les diverses applications au cas de vente et de donation, fut combattue par certains jurisconsultes et définitivement abandonnée par Justinien.

SERVITUDES.

203. — *Notion et divisions.* — A côté du droit de propriété, il y a d'autres droits réels qui confèrent à ceux qui en sont investis une partie seulement des avantages du droit

(2) Il faut excepter le cas de *derelictio* où la perte de la propriété n'est pas immédiatement suivie d'acquisition (V. nº 183, note 1).

de propriété (V. n° 155-1°). D'assez bonne heure, le droit civil a reconnu et sanctionné(1) un certain nombre de ces droits, qui, sous le nom de servitudes (*servitutes*), constituent autant de démembrements du droit de propriété.

Les servitudes se divisent en servitudes prédiales (*servitutes prædiorum*), et servitudes personnelles (*servitutes personarum*), selon que la servitude est constituée en faveur d'un fonds ou d'une personne.

1°. La servitude prédiale suppose nécessairement un immeuble à la charge duquel elle existe, et consiste dans l'attribution au profit d'un autre immeuble de quelques-uns des avantages compris dans la propriété du premier. Aussi, la servitude prédiale ne peut-elle se concevoir sans deux fonds : le fonds servant qui subit la servitude, le fonds dominant qui en profite. Telle est, par exemple, la servitude de passage qui existe au profit d'un fonds sur un autre fonds sur lequel on peut passer.

2°. La servitude personnelle peut exister aussi bien sur un meuble que sur un immeuble. Elle est constituée, d'ailleurs, au profit d'une personne déterminée, autre que le propriétaire, laquelle jouit ainsi d'une partie des avantages du droit de propriété. La servitude personnelle met donc en présence une personne, sujet du droit, et une chose sur laquelle ce droit s'exerce. Tel est l'usufruit d'une maison ou d'un animal.

Une observation importante complétera cette notion des deux espèces de servitudes. Il est clair qu'au cas de servitude prédiale, c'est toujours une personne, le propriétaire du fonds dominant, qui retire en fait tout l'avantage que peut procurer le droit de servitude. Mais cette circonstance ne saurait modifier le caractère de la servitude, laquelle demeure, malgré cela, une servitude prédiale. Cette servitude, en effet, ne profite au propriétaire du fonds dominant que

203. — (1) La sanction du droit de servitude consiste dans la faculté donnée au titulaire d'exercer l'*actio in rem* appelée *actio confessoria*, laquelle tend à faire reconnaître à son profit l'existence de la servitude.

par l'intermédiaire de ce fonds, sans lequel il n'en jouirait pas. Aussi, la personne du titulaire actuel de la servitude est-elle indifférente, car le droit appartient en réalité au fonds lui-même, quel que soit son propriétaire. C'est donc à juste titre que les servitudes de ce genre ont été dénommées : *servitutes prædiorum*, pour bien marquer qu'elles sont inhérentes au fonds et indépendantes des personnes qui les exercent. Il en est tout autrement des servitudes personnelles, établies au profit d'une personne déterminée, et en considération de cette personne, laquelle en profite directement et immédiatement à l'exclusion de toute autre personne.

On voit, par ce qui précède, que les servitudes, tant prédiales que personnelles, sont des charges pour les biens qu'elles grèvent. Elles gênent, par conséquent, le propriétaire obligé de les supporter, et, par suite, constituent des exceptions au régime normal de la propriété. Il est de règle, en effet, que les biens soient libres de toute charge. Aussi comprend-on qu'une propriété grevée de servitude puisse être regardée comme asservie. De là est venue l'expression *servitus*.

204. — *Caractères généraux des servitudes.* — Malgré les différences essentielles qui les séparent, les servitudes prédiales et personnelles présentent certains caractères généraux qui leur sont communs, et qui tous peuvent se rattacher à cette notion très simple, à savoir que les servitudes constituent des *jura in re aliena*.

1°. A la différence du droit de propriété, les servitudes sont appelées par les textes *jura*, c'est-à-dire considérées comme des choses incorporelles, *quæ in jure consistunt* (G. II, 14) (V. n° 157). Nous verrons quelles conséquences les Romains ont tirées de ce caractère incorporel (V. n° 208-1°).

2°. La servitude est un *jus in re*, c'est-à-dire un droit réel. On ne doit donc pas la confondre avec une obligation qui gréverait le propriétaire d'une chose, et l'astreindrait envers une personne à supporter de la part de celle-ci certains actes

restreignant son droit de propriété. Une obligation de ce genre est sans doute valable, mais elle ne lie que celui qui l'a consentie et ses héritiers. Elle ne peut être opposée à ses ayant-cause à titre particulier, lesquels ne sont point tenus des dettes de leur auteur. Toute autre est la situation en cas de servitude, car alors, le droit étant réel, c'est la chose même et non la personne qui doit la servitude, *servitutem non hominem debere sed rem* (6, § 2. Dig., *Si serv. vind.*, VIII, 5). D'où cette conséquence que le droit de servitude est opposable à tout ayant-cause à titre particulier de celui qui a consenti à grever sa chose d'un pareil droit.

De ce que la servitude constitue un droit réel, il faut également conclure que le titulaire d'une servitude ne peut contraindre personne, pas même le propriétaire de la chose asservie, à accomplir un acte à son profit, *servitutum non ea natura est ut aliquid faciat quis* (15, § 1. Dig., *De servit.*, VIII, 1). C'est ce principe qu'on exprime habituellement sous cette forme : *Servitus in faciendo consistere nequit.* Mais le propriétaire de la chose asservie est tenu de ne point apporter d'entraves à l'exercice de la servitude. Il doit donc supporter de la part du titulaire de la servitude des actes que sans l'existence de cette servitude il serait en droit de prohiber, ou s'abstenir lui-même de certains actes que, sans la servitude, il aurait le droit de faire. C'est en ce sens qu'on dit que la servitude consiste pour le propriétaire servant, *in patiendo, et in non faciendo* (15, § 1. Dig., *De servit.*, VIII, 1) (1).

3°. La servitude est un *jus in re aliena*, c'est-à-dire un démembrement de la propriété d'autrui au profit d'un fonds ou d'une personne (5, § 9. Dig., *De op. nov. nunc.*, XXXIX, 1). Il y a donc entre le propriétaire de la chose asservie et le titulaire de la servitude un partage de droits, dans lequel la part restant au propriétaire peut être assez restreinte, comme

204. — (1) En sens inverse, la servitude consiste pour le titulaire, *in faciendo et in prohibendo*.

cela arrive en cas d'usufruit, où il n'a plus que le *jus abutendi*. La servitude étant un droit réel grevant la chose d'autrui, on ne conçoit pas une servitude existant au profit du propriétaire sur sa propre chose, *nulli res sua servit* (2). Mais ce qui distingue la servitude des autres *jura in re aliena*, c'est qu'une fois établie en faveur d'un fonds ou d'une personne, elle est irrévocablement attachée à ce fonds ou attribuée à cette personne. De là résulte qu'elle est incessible (3).

Servitudes prédiales.

205. — *Caractères propres aux servitudes prédiales.* — La servitude prédiale consiste dans un avantage ou service que le fonds dominant retire du fonds servant, et qui augmente la valeur du premier au détriment du second. La servitude constitue donc une gêne pour le fonds servant dont elle diminue d'ailleurs la valeur. De plus, elle autorise l'immixtion permanente du propriétaire dominant dans l'exercice du droit de propriété du propriétaire servant. Elle est donc une cause de conflits entre eux. Néanmoins les droits de servitude prédiale sont d'origine fort ancienne. Ils sont la conséquence inévitable du voisinage des propriétés, et de même que les hommes vivant en société ont besoin les uns des autres, de même les fonds voisins ont à se rendre des services réciproques, sans lesquels la propriété ne pourrait pas procurer aux propriétaires tous les avantages qu'elle doit leur assurer. Ces considérations expliquent les conditions

(2) Aussi le propriétaire ne peut-il pas, en cas de trouble apporté à ses droits, employer l'action confessoire, alors même que les droits dont il demande le maintien à son profit pourraient, s'ils étaient réclamés par un autre, être considérés comme constituant une servitude (5, pr. Dig., *Si usufr. pet.*, VII, 6).

(3) C'est encore cette idée qui explique l'impossibilité de constituer une servitude sur une servitude : *Servitus, servitutis esse non potest.* Car c'est conférer à un autre fonds ou à une autre personne les avantages que la servitude attribuait au fonds ou à la personne, titulaire originaire du droit.

auxquelles est subordonnée l'existence des servitudes prédiales. Les rapports de voisinage entre deux fonds ne méritent la qualification de servitudes prédiales que s'ils sont de nature à augmenter d'une façon permanente la somme d'utilité que le fonds dominant peut procurer à son propriétaire. De là dérivent les règles suivantes :

1°. Toute servitude prédiale exige une *causa perpetua*. Par là, les Romains entendent que les relations entre deux fonds ne constituent une servitude prédiale que lorsque l'utilité qu'en retire l'un, et les services que fournit l'autre, sont de nature permanente. C'est ainsi qu'il ne peut y avoir de servitude d'aqueduc ou de puisage que sur des fonds où jaillit une source, et non sur des fonds où ne se trouveraient que des réservoirs ou des étangs. Toutefois, cette nécessité d'une *causa perpetua* doit être entendue d'une façon assez large. Il suffit, en effet, que l'état de choses d'où résulte la servitude soit de nature à se prolonger pendant un temps indéterminé, ou dont on ne peut pas prévoir la durée. C'est pour cela qu'on avait admis les servitudes d'extraction de sable, de pierre, bien que les carrières de ces diverses matières finissent par s'épuiser à la longue.

2°. Il faut que les services dus par le fonds servant soient utiles au fonds dominant. Il n'y a donc pas de servitude prédiale là où l'avantage que procure le fonds servant ne profite qu'à une personne, sans que son fonds y gagne rien, ou même n'implique pas la présence d'un fonds qui en profite (1). De même, la charge qui peut grever une personne, sans affecter en rien son droit de propriété, n'est pas une servitude prédiale, comme par exemple l'obligation de venir labourer chez le propriétaire voisin (2).

205. — (1) *Ut pomum decerpere liceat, et ut spatiari, et ut cœnare in alieno possimus servitus imponi non potest* (S. Dig., *De servit.*, VIII, 1). Cet avantage peut constituer une servitude personnelle ou donner lieu à un droit de créance, mais il ne peut être considéré comme étant une servitude prédiale.

(2) Les expressions *fonds dominant, fonds servant* mettent bien en relief

3°. Pour que les services dus par le fonds servant au fonds dominant puissent lui être utiles, il faut que dans la disposition matérielle ou topographique des fonds il n'y ait aucun obstacle s'opposant à l'exercice de la servitude. Il faut donc, en principe, que les deux fonds soient voisins, car les servitudes prédiales ne sont rien autre que des servitudes de voisinage conventionnelles. La contiguité entre les deux fonds n'a pas besoin cependant d'être absolue.

4°. Les servitudes prédiales sont indivisibles. Pour qu'elles produisent leur utilité, il faut, en effet, qu'elles profitent au fonds tout entier ou à une partie divise du fonds. On ne les conçoit pas établies au profit d'une partie indivise ou sur une partie indivise du fonds (3).

Classification des servitudes prédiales.

206. — *Servitudes prédiales rurales et servitudes prédiales urbaines.* — Les Romains ont divisé les servitudes prédiales en deux classes : les servitudes rurales, *servitutes prædiorum rusticorum*, et les servitudes urbaines, *servitutes prædiorum urbanorum*. Le principal intérêt pratique de cette distinction est que les servitudes rurales sont *res mancipi*, et les servitudes urbaines *res nec mancipi* (V. n° 158). Ajoutons que les servitudes rurales s'éteignent par le simple non usage, tandis que pour les servitudes urbaines, le non usage ne produit cet effet que lorsqu'il est précédé d'un état de fait contraire à l'exercice de la servitude (V. n° 209). Bien qu'il y ait, on le voit, une différence très caractérisée entre les

cette idée. Elles montrent en effet que la servitude est due au fonds par un fonds, et qu'elle ne peut exister au profit de la personne ou à la charge de la personne (V. art. 686 C. civ.). Les textes expriment la même idée sous une forme non moins saisissante, lorsqu'ils considèrent les servitudes comme des qualités du fonds dominant (86. Dig., *De verb. signif.*, L, 16).

(3) Pour les conséquences de ce caractère d'indivisibilité, V. Accarias, t. I, n° 267. L'indivisibilité des servitudes n'empêche nullement de régler le mode d'exercice de la servitude, d'en fixer l'assiette sur certains points du fonds servant, d'en limiter l'étendue.

deux classes de servitudes prédiales, les textes n'en donnent pas de définition satisfaisante. De là, des controverses entre les interprètes (1). Suivant nous, le caractère d'une servitude doit se déterminer d'après la nature du fonds dominant. Elle sera donc rurale ou urbaine, suivant que ce fonds sera lui-même fonds rural ou urbain. La servitude est, en effet, un attribut, une qualité du fonds dominant, avec lequel elle fait corps et auquel elle emprunte sa nature : *Quid aliud sunt jura prædiorum quam prædia qualiter se habentia* (86. Dig., *De verb. signif.*, L, 16). Or, les Romains entendaient ici par *prædia rustica* les fonds non bâtis, qu'ils fussent ou non situés à la campagne, et par *prædia urbana* les fonds bâtis, qu'ils fussent ou non situés à la ville. De là résulte que la servitude rurale est celle qui appartient à un fonds non bâti, et que la servitude urbaine est celle qui est attachée à un fonds bâti (2). Cette définition conduit à cette conséquence que la même servitude pourra être tantôt rurale, tantôt urbaine, suivant le fonds auquel elle est attachée. Or, il semble que cela soit impossible, puisque dans l'énumération des servitudes que nous donnent les textes, chacune d'elles est classée d'une façon invariable soit parmi les servitudes rurales, soit parmi les servitudes urbaines. Mais il suffit de remarquer qu'en faisant cette classification, les jurisconsultes n'ont eu en vue que la nature usuelle de chaque servitude. C'est ainsi que la servitude d'aqueduc, profitant le plus souvent aux terres réservées à la culture, par conséquent, à des fonds non bâtis, est classée comme rurale. De même, la servitude *altius non tollendi* profitant presque toujours à une maison est considérée comme urbaine. Mais les parties étaient toujours libres lorsqu'elles constituaient une servitude de modifier son caractère habituel, par exemple, de

206. — (1) Accarias, t. I, nº 269 et notes ; Ortolan, t. II, nos 446-450.

(2) C'est ce qu'exprime sous une autre forme la loi 3. Dig., *De servit.*, VIII, 1 : *Servitutes prædiorum aliæ in solo, aliæ in superficie consistunt.* Les servitudes *quæ in solo consistunt* sont les servitudes rurales, celles *quæ in superficie consistunt* sont les servitudes urbaines.

faire d'une servitude rurale une servitude urbaine, en l'attachant à un fonds bâti (3).

207. — *Énumération des principales servitudes rurales ou urbaines.* — Les servitudes rurales paraissent être d'une plus haute antiquité que les servitudes urbaines. Ce sont celles, en effet, qui, pour un peuple agriculteur, ont le plus d'importance. Aussi les rangea-t-on dans la catégorie des choses les plus précieuses (*res mancipi*). Plus tard, les Romains vécurent davantage à la ville. L'art de bâtir se développa, et avec lui des besoins de luxe inconnus jusque-là. Ainsi naquirent les servitudes urbaines, produit d'une époque plus affinée où la conception de l'utilité des servitudes s'était singulièrement élargie. Mais ces servitudes nouvelles restèrent dans la classe des *res nec mancipi* (V. n° 158).

1°. *Servitudes rurales.* — 1° Servitude de passage. Cette servitude peut revêtir trois aspects différents, suivant l'étendue des droits conférés au fonds dominant. Elle reçoit le nom d'*iter* (*jus eundi*), lorsqu'elle confère le droit de passer à pied ou à cheval, mais sans bête de somme ou chariot. Elle est appelée *actus* (*jus agendi*) lorsqu'elle donne droit de passer en conduisant des troupeaux, des bêtes de somme ou des chariots, ce qui comprend implicitement le droit à l'*iter*. Elle reçoit enfin le nom de *via* lorsqu'elle donne droit de transporter des matériaux, ce qui comprend le droit à l'*iter* et à l'*actus* (1). 2° Servitude d'aqueduc (*aquæductus*), consistant dans le droit de conduire de l'eau à travers les fonds servants, ce qui comprend le droit d'y poser des tuyaux servant à l'amenée des eaux. 3° Servitude de pui-

(3) C'est ainsi que la servitude d'aqueduc est traitée de servitude urbaine par la loi 11, § 1, *De public. in rem.*, VI, 2. On comprend, en effet, fort bien qu'une servitude de ce genre puisse être établie pour l'utilité ou l'agrément d'un fonds bâti.

207. — (1) Les parties, en établissant la servitude, déterminaient le chemin par où le passage s'effectuerait. A défaut de convention à cet égard, le chemin, en cas d'*iter* et d'*actus*, était fixé par un arbitre. Au cas de *via*, la loi des XII Tables avait elle-même indiqué sa largeur.

sage (*aquæ haustus*). 4° Servitude de pacage (*jus pascendi*). 5° Servitude d'abreuvage (*pecoris ad aquam appulsum*). 6° Servitude d'extraction de chaux ou de sable (*jus calcis coquendæ, arenæ fodiendæ*).

2°. *Servitudes urbaines.* — 1° Servitude de vue ou de prospect (*jus prospiciendi*), droit de conserver des vues sur le fonds servant, lequel ne peut, en pareil cas, recevoir aucune construction ou plantation qui serait de nature à modifier ou à entraver le coup d'œil depuis le fonds dominant. 2° Servitude de saillie (*jus projiciendi*), droit d'avoir des balcons, galeries ou autres ouvrages en saillie sur le fonds d'autrui. 3° Servitude d'appui (*jus tigni immittendi*), droit d'appuyer des poutres et ouvrages légers sur le mur du voisin. Cette servitude reçoit le nom de *jus oneris ferendi*, lorsqu'elle donne droit d'appuyer sur ce mur des constructions ou gros ouvrages (2). 4° *Jus stillicidii vel fluminis recipiendi*, droit de faire tomber sur un fonds l'eau qui dégoutte d'un toit ou s'écoule par un conduit. 5° *Jus stillicidii vel fluminis non recipiendi*, droit de ne pas recevoir les eaux qui découlent du fonds voisin, par gouttières ou conduites, ce qui implique pour ce dernier fonds l'obligation de les conserver (3). 6° *Jus altius non tollendi*, droit d'empêcher que le propriétaire voisin n'élève des constructions sur son fonds, ou n'exhausse celles déjà existantes. 7° *Jus altius tollendi*,

(2) En cas de servitude *oneris ferendi*, le propriétaire servant est tenu d'entretenir son mur en bon état, à moins qu'il ne préfère abandonner sa chose. Il y a là une exception au principe général en vertu duquel la servitude ne consiste jamais pour le propriétaire servant *in faciendo*.

(3) Il semble que ce droit ne constitue pas une servitude. D'une part, en effet, l'obligation imposée à un fonds de garder ses eaux pluviales n'est pour ce fonds qu'une gêne inséparable de l'exercice du droit de propriété. D'autre part, le fonds qui ne les reçoit pas ne fait que conserver la plénitude de son droit de propriété, et, par suite, ne peut être considéré comme exerçant de ce chef une servitude. Pour expliquer cette servitude, on suppose que, dans certaines villes, il y avait des règlements locaux obligeant les propriétaires à recevoir les eaux pluviales des propriétés voisines. Si donc un propriétaire acquérait de son voisin le droit d'être affranchi de cette nécessité, il avait par là même une servitude *stillicidii vel fluminis non recipiendi*.

droit d'élever une construction au delà d'une certaine hauteur (4).

Constitution des servitudes.

208. — *Modes de constitution, en droit civil, dans le droit prétorien et dans le droit de Justinien.* — On doit distinguer ici les modes de constitution des servitudes établis par le droit civil, ceux reconnus par le droit prétorien, et ceux qui, en définitive, ont été conservés par le droit de Justinien.

1°. *Droit civil.* — Démembrement de la propriété, la servitude se constitue au moyen des modes employés pour le transfert de la propriété. Mais ces modes ne sont pas tous indistinctement applicables. Il faut, en effet, distinguer suivant que la servitude est créée par voie de *translatio*, ou par voie de *deductio*. Il y a *translatio* de la servitude, lorsqu'un propriétaire, tout en gardant son fonds, détache de la propriété de ce fonds certains avantages qu'il attribue, à titre de servitude, à un fonds appartenant à une autre personne. Il effectue donc une véritable transmission (*translatio*) de la servitude, laquelle joue le rôle d'objet aliéné et entre, à ce titre, dans le patrimoine de l'acquéreur. Dès lors, ni l'occupation, ni la tradition, ni l'usucapion ne peuvent être employées comme modes de constitution de la servitude par voie de *translatio*. Car ces modes supposent l'acquisition de la possession, et l'on sait que le droit civil ne reconnaissait pas la possession des servitudes. Quant à la mancipation, elle pouvait s'appliquer, mais aux servitudes rurales seulement, qui seules étaient *res mancipi*. Reste l'*in jure cessio*, applicable aussi bien aux servitudes urbaines qu'aux

(4) Cette servitude s'explique aussi par l'existence de règlements locaux interdisant de construire au delà d'une certaine hauteur. Dans les villes où il en était ainsi, le propriétaire qui obtenait du fonds voisin le droit de construire au delà de la hauteur réglementaire, acquérait ainsi une servitude *altius tollendi*.

servitudes rurales, et qui constituait par conséquent le mode normal de transfert des servitudes par acte entre-vifs (G. II, 29)(1). La servitude pouvait aussi être établie *per adjudicationem*, le juge de l'action en partage ayant le droit de constituer une servitude au profit d'un des fonds communs sur l'autre(2). Enfin, la servitude peut être établie par legs *per vindicationem*, par un testateur qui la constitue sur un fonds qu'il laisse dans l'hérédité au profit d'un fonds qu'il lègue à un tiers (V. n° 266). Dans le cas de *deductio servitutis*, la servitude n'est pas l'objet d'un transfert. Elle est seulement retenue par un propriétaire, au profit d'un fonds qu'il conserve, sur un fonds qu'il aliène. En réalité, au lieu d'aliéner le fonds tout entier le propriétaire, retient au profit du fonds qu'il garde une partie des avantages du fonds aliéné. C'est pourquoi la servitude se trouve constituée par voie de *deductio*, *detractio* ou *retentio*. On pouvait retenir ainsi une servitude en faisant une *mancipatio*(3), une *in jure cessio* ou un legs.

Notons que dans les deux cas de *translatio* et de *deductio*, on pouvait constituer la servitude *ex die* ou *sub conditione*. Toutefois, la *mancipatio*, l'*in jure cessio* et l'*adjudicatio*, excluant l'apposition de ces modalités, un pacte accessoire était nécessaire. Mais les servitudes devant répondre à un besoin permanent, on n'admettait pas la constitution d'une servitude *ad diem vel ad conditionem*.

2°. *Droit prétorien*. — Le préteur ayant reconnu que les servitudes pouvaient être l'objet d'un droit de possession

208. — (1) En cas d'*in jure cessio*, l'acquéreur de la servitude se présente *in jure* avec le constituant, et il simule devant le magistrat une action confessoire tendant à faire reconnaître à son profit la servitude qu'on lui concède.

(2) La servitude constituée dans une *adjudicatio* n'était efficace *jure civili* que lorsque le *judicium* était *legitimum* (V. n° 198, note 5).

(3) Dans le cas où la *deductio servitutis* se fait dans une mancipation, on peut retenir une servitude rurale aussi bien qu'une servitude urbaine; car ce qui est mancipé, ce n'est pas la servitude, mais le fonds servant *detracta servitute*.

(*quasi possessio*) (V. n° 171), il était naturel qu'il permît de les constituer par voie de tradition (*quasi traditio*). Il suffisait que le propriétaire du fonds dominant fût mis en possession de la servitude par le propriétaire du fonds servant. En même temps, le préteur fut amené à protéger la possession de la servitude lorsqu'elle avait été acquise de bonne foi, même *a non domino*, pourvu qu'elle eût duré pendant un laps de temps assez long. Le bénéfice de la *præscriptio longi temporis* est donc accordé à celui qui exerce la servitude depuis dix ans ou vingt ans, selon qu'il s'agit de présents ou d'absents (4). Ces innovations permirent la constitution de servitudes sur les fonds provinciaux. Jusque-là, en effet, ces fonds n'en étaient pas susceptibles, puisqu'on ne pouvait créer une servitude qu'en employant les modes civils de transfert de la propriété quiritaire, qui étaient inapplicables aux fonds provinciaux. La tradition, au contraire, pouvait, étant un mode de transfert du *jus gentium*, s'appliquer aux fonds provinciaux, et par conséquent servir, sous le nom de *quasi traditio*, à établir sur ces fonds des servitudes (5). Le préteur admit aussi la validité des servitudes constituées sur n'importe quels fonds, *ad diem* ou *ad conditionem*. Ces modalités ont pour effet d'amener l'extinction de la servitude et de dégrever la propriété, résultat auquel ne répugne pas le préteur. A cet effet, il permettait au propriétaire du fonds servant de repousser par l'*exceptio pacti* l'action confessoire qu'intenterait contre lui le propriétaire dominant, une fois le terme ou la condition arrivés (6).

(4) Il est à remarquer que le possesseur peut invoquer le bénéfice de sa longue possession sans avoir à faire preuve de l'existence d'une *justa causa*. Accarias, t. I, n° 271.

(5) Pour garantir au propriétaire dominant le maintien du droit de servitude reconnu à son profit par le préteur, l'édit lui donnait une action confessoire utile, indépendamment des interdits quasi-possessoires.

(6) Le préteur donnait aussi l'action confessoire utile à celui qui avait obtenu par *adjudicatio* l'exercice d'une servitude dans un *judicium* qui n'était pas *legitimum*, *judicium* appelé *imperio continens* (V. n° 208, note 2).

3°. *Droit de Justinien.* — Sous Justinien, il n'est plus question d'*in jure cessio* ni de *mancipatio*. Par suite, les servitudes s'établissent par voie de *translatio*, au moyen d'une *quasi traditio*, ou par l'effet de la *quasi possessio longi temporis*, ou dans une *adjudicatio*, et enfin par legs. Elles sont établies par voie de *deductio* lorsqu'on transfère la propriété par *traditio* tout en retenant la servitude (7).

Extinction des servitudes.

209. — *Causes d'extinction des servitudes.* — Les servitudes s'éteignent par l'effet de certaines circonstances qui en rendent l'exercice impossible, ou en vertu de la volonté expresse ou tacite des parties.

Les causes d'extinction qui se rattachent à la première de ces idées sont : 1° La perte du fonds dominant ou du fonds servant. La servitude étant une qualité du fonds dominant ne peut pas subsister lorsque ce fonds périt en entier. Elle s'éteint faute d'objet lorsque le fonds servant vient à disparaître. 2° La confusion, c'est-à-dire la réunion des deux fonds entre les mains d'un même propriétaire, met fin à la servitude en vertu du principe : *nulli res sua servit* (V. n° 204-3°) (1).

La volonté des parties peut mettre fin à la servitude : 1° Lorsque la servitude a été constituée *ad diem vel ad conditionem*, cas auquel l'extinction du droit de servitude n'a lieu que *jure prætorio* (V. n° 208-2°). 2° Lorsque le propriétaire dominant renonce expressément à son droit. Pour pouvoir produire son effet *jure civili* cette renonciation devait

(7) Les servitudes prédiales s'établissent-elles par pactes et stipulations? Nous examinerons cette question un peu plus loin, à propos de l'usufruit (V. n° 213).

209. — (1) Cette extinction est définitive, et l'aliénation ultérieure des deux fonds ou d'un seul ne ferait pas revivre la servitude, alors même qu'on aurait laissé subsister les signes apparents qui en révélaient autrefois l'existence.

se faire par *in jure cessio*. Une simple convention de renonciation n'était efficace que *jure prætorio*, et on la faisait valoir par voie d'*exceptio pacti* opposée à l'action confessoire intentée par le propriétaire dominant. 3° Enfin le non usage de la servitude pendant un certain laps de temps implique renonciation à la servitude de la part du propriétaire dominant (2). Cette présomption de renonciation ne se justifie que si le non usage s'est prolongé pendant un temps assez long, qui était de deux ans à l'époque classique et que Justinien a fixé à dix ans entre présents et à vingt ans entre absents. Il y a d'ailleurs à cet égard une différence entre les servitudes rurales et les servitudes urbaines. Pour les premières, il suffisait de l'expiration du délai depuis le dernier acte d'exercice du droit. Pour les servitudes urbaines, on exigeait, de plus, que l'inaction du propriétaire dominant se fût produite et continuée à la suite de certaines circonstances mettant obstacle à l'exercice du droit. Il fallait, par exemple, que les jours eussent été bouchés, que le passage eût été fermé, que les poutres appuyées sur le mur eussent été enlevées. Peu importait que l'établissement de cet état de choses contraire à la servitude émanât du fait du propriétaire asservi, du fait d'un tiers ou du hasard. C'est seulement à partir de ce moment que le propriétaire dominant pouvait être présumé avoir renoncé à son droit, et que le propriétaire servant avait commencé à reconquérir la liberté de son fonds, par une sorte d'*usucapio libertatis* (6. Dig., *De serv. præd. urb.*, VIII, 2).

Servitudes personnelles.

210. — *Énumération des principales servitudes personnelles.* — Les seules servitudes personnelles consacrées par le *jus civile*, sont des servitudes qui confèrent au titulaire le

(2) L'extinction *non utendo* n'a pas lieu pour le droit de propriété, lequel continue à subsister bien que le propriétaire n'exerce pas ses droits. Il en est autrement pour les servitudes dont on cherche à favoriser l'extinction.

droit plus ou moins étendu d'user d'une chose dont la propriété continue à appartenir à un autre. Lorsqu'elle consiste dans le droit d'user simplement de la chose, la servitude prend le nom d'*usus*, droit d'usage. Quand, à côté de l'*usus*, elle donne droit de percevoir les fruits, *fructus*, elle est appelée *ususfructus*, droit d'usufruit. Ce n'est qu'assez tard que l'usufruit et l'usage paraissent avoir été reconnus comme droits réels (1). Quant à l'*habitatio* et aux *operæ servorum aut animalis*, ce ne sont que des variétés du droit d'usage qui se sont introduites postérieurement dans la pratique. Une remarque applicable à toutes ces servitudes personnelles, c'est qu'elles sont constituées en considération de la personne. De là résulte qu'au lieu d'être perpétuelles comme les servitudes prédiales, elles sont destinées à s'éteindre, et que leur plus longue durée ne peut exceder la vie du titulaire (2).

De l'usufruit.

211. — *Notion de l'usufruit.* — L'usufruit, la plus importante de toutes les servitudes personnelles, est le droit d'user de la chose d'autrui (*uti*), et d'en percevoir les fruits (*frui*) (1). Ainsi l'usufruit dépouille le propriétaire des avantages principaux du droit de propriété. Il ne lui laisse que le droit peu important de garder les produits qui ne sont pas des fruits, et le *jus abutendi*. Ce dernier droit se trouve, d'ailleurs, singulièrement restreint par l'effet de l'usufruit, le propriétaire ne pouvant faire subir à sa chose des transfor-

210. — (1) A l'époque de Cicéron on ne connaissait encore, en fait de servitudes personnelles, que l'usufruit.

(2) De là résulte aussi l'incessibilité des servitudes personnelles (V. n° 204-3°).

211. — (1) Les Institutes de Justinien (pr. Inst., *De usufr.*, II, 4) donnent de l'usufruit la définition suivante, empruntée au jurisconsulte Paul : *Ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia* (1. Dig., *De usufr.*, VII, 1). Les interprètes ne sont pas d'accord sur le sens qu'il faut attribuer aux dernières expressions du texte. Il nous paraît oiseux d'entrer dans le détail des diverses explications qui ont été produites à ce

mations qui entraveraient ou détruiraient les droits de l'usufruitier. De plus, le propriétaire qui aliène ne peut transférer la chose qu'avec la charge de l'usufruit qui la grève, et, par suite, il ne peut aliéner qu'à des conditions défavorables. Aussi, n'a-t-il plus qu'un droit de propriété presque nominal, un titre nu, que les Romains désignent sous le nom caractéristique de *nudum dominium, nuda proprietas,* nue propriété (G. II, 30). Lui-même est appelé nu propriétaire.

212. — *Droits et charges résultant de l'usufruit.* — Les droits qui résultent de l'usufruit pour l'usufruitier, et les charges inséparables de ces droits, donnent nécessairement lieu à des rapports entre l'usufruitier et le nu propriétaire. La nature juridique de ces rapports a été logiquement déduite par les Romains du caractère réel du droit d'usufruit. L'usufruit étant un droit réel, il en résulte que l'usufruitier n'a pas le droit d'exiger l'intervention active du nu propriétaire, à l'effet d'obtenir de ce dernier les divers avantages contenus dans le droit d'usufruit. Il n'a donc pas d'action personnelle contre lui pour le contraindre à faire quelque chose. Tout ce qu'il peut exiger du nu propriétaire, c'est qu'il ne le trouble pas dans l'exercice de son droit d'usufruit. A cet effet, il a contre celui-ci l'action confessoire, qui lui est également donnée dans le même but contre tous les tiers. En sens inverse, et pour le même motif, le nu propriétaire n'a pas d'action personnelle contre l'usufruitier pour le contraindre à l'exécution des charges qui découlent de l'usufruit.

sujet. Nous pensons que par ces mots : *salva rerum substantia,* le jurisconsulte faisait allusion à l'impossibilité d'établir l'usufruit sur les choses dont la substance périt par le seul usage qu'on en fait (Ulp., *Reg.,* XXIV, 26, 27) (V. nº 215). Mais Justinien en s'appropriant ce texte, et en lui accolant un passage extrait de Celsus (2. Dig., *De usufr.,* VII, 1), a donné aux mots *salva rerum substantia* une portée qu'ils n'avaient pas dans la pensée du jurisconsulte. Dans la phrase des Institutes, ces mots signifient que l'usufruit s'éteint par la *mutatio rei* (V. nº 214-4º). Accarias, t. I, nº 274; Ortolan, t. II, nº 473.

1°. *Droits de l'usufruitier.* — Le *jus utendi* consiste dans le droit pour l'usufruitier de se servir de la chose pour son utilité ou son agrément, et dans le droit d'user des accessoires physiques ou juridiques de la chose, comme par exemple des servitudes prédiales appartenant à cette chose.

Quant au *jus fruendi*, il confère à l'usufruitier le droit de percevoir et de conserver en toute propriété, ceux des produits rangés dans la catégorie des fruits. Les produits d'une chose ne sont, en effet, des fruits que lorsqu'ils sont donnés par la chose à des intervalles à peu près périodiques, et en tous cas conformément à la destination de celle-ci. Ainsi sont toujours fruits et comme tels attribués à l'usufruitier, les céréales, les fruits des arbres ou des vignes, le lait, le fumier, la laine, le croît des animaux. Sont toujours produits le part des esclaves, le trésor trouvé dans la chose soumise à l'usufruit. Mais les arbres sont tantôt fruits, tantôt produits. Ils sont considérés comme fruits, lorsqu'ils forment une pépinière, ou un bois taillis (*sylva cædua*), c'est-à-dire destiné à être exploité par voie de coupes régulières. Ils constituent des produits lorsqu'ils ne sont pas destinés à être enlevés, comme les arbres d'un verger ou les arbres de haute futaie (1). Les matériaux extraits des carrières ou les produits des mines sont également tantôt fruits, tantôt produits. Ce sont des fruits lorsque l'exploitation a commencé avant la constitution de l'usufruit, ce sont des produits si l'exploitation n'a commencé qu'au cours de l'usufruit. Les fruits dont nous avons parlé jusqu'à présent sont appelés *fruits naturels*. Mais l'usufruitier a droit également aux fruits dits *civils*, c'est-à-dire aux revenus qu'il peut retirer de la chose, lorsque celle-ci n'est pas naturellement frugifère. Tels sont les loyers d'une maison ou le prix qu'il retire de la location de l'esclave dont il a l'usufruit. Il en serait de même s'il avait donné en loca-

212. — (1) Les arbres de haute futaie sont des fruits lorsque le fonds soumis à l'usufruit ne comprend que des bois de haute futaie, lesquels ne peuvent évidemment donner d'autres fruits que le produit des coupes.

tion une chose frugifère, comme par exemple une ferme, car les loyers qu'il perçoit lui tiennent lieu de fruits.

Les fruits naturels ne sont pas acquis à l'usufruitier comme au possesseur de bonne foi, par la simple séparation (V. n° 199). Il faut qu'il en ait opéré la perception, soit par lui-même, soit par un représentant (§ 36. Inst., *De rer. div.*, II, 1). Aussi, en cas de vol des fruits avant leur perception, ne pouvait-il pas agir par l'action en revendication ou la *condictio furtiva*, qui supposent toutes deux la qualité de propriétaire chez le demandeur (2). Les fruits civils, à la différence des fruits naturels, sont acquis à l'usufruitier au jour le jour, c'est-à-dire au fur et à mesure de sa jouissance.

2°. *Charges de l'usufruit.* — Les charges normales qui pèsent sur l'usufruitier sont les suivantes : 1° Il doit payer les dépenses d'entretien qui sont considérées comme la charge des fruits, et par suite il n'a aucun recours de ce chef contre le nu propriétaire. 2° N'ayant pas droit à l'*abusus*, il doit conserver à la chose sa destination, sous peine d'encourir la perte de son droit pour *mutatio rei* (V. n° 214-4°). 3° Pour le même motif il est responsable des dégradations envers le nu propriétaire qui peut lui en demander réparation par l'*actio legis Aquiliæ*. 4° Enfin, il doit restituer la chose à la fin de l'usufruit, et peut y être contraint par l'action en revendication. Ces charges telles qu'elles découlent de la nature même de l'usufruit et de l'application des règles du droit commun ne constituaient pas une protection suffisante pour le nu propriétaire. C'est ainsi que celui-ci ne pouvait pas demander indemnité à l'usufruitier à raison de ses négligences, bien que ces négligences fussent de nature à déprécier la valeur de la chose et à amener insensiblement sa ruine. L'usufruitier, en effet, n'avait pas pris envers le nu propriétaire l'en-

(2) L'usufruitier avait droit aux fruits naturels pendants au jour où avait commencé l'usufruit, sans être tenu d'indemniser le nu propriétaire des frais de plantation et de semence. Mais par réciprocité, il n'avait pas droit à ceux qui étaient pendants au jour où cessait son usufruit, et il ne lui était dû aucune indemnité de ce chef. Accarias, t. I, n° 275 (V. art. 585, C. civ.).

gagement de se comporter en administrateur soigneux et diligent. De plus l'usufruitier n'ayant pas promis la restitution de la chose, le nu propriétaire ne pouvait agir contre lui de ce chef par voie d'action personnelle. Il en était réduit à la seule action en revendication, ce qui l'obligeait à faire la preuve de son droit de propriété. Pour remédier à ces inconvénients, le préteur eut recours à l'artifice ingénieux de la stipulation prétorienne. Il imposa à l'usufruitier l'obligation de fournir, avant d'entrer en jouissance, la *cautio usufructuaria* (13, pr. Dig., *De usuf.,* VII, 1). L'usufruitier devait s'engager personnellement envers le nu propriétaire à jouir en bon père de famille, et à restituer la chose à la fin de l'usufruit (1, pr. Dig., *Usuf. quemad. cav.,* VII, 9). Cette promesse devait être garantie par des fidéjusseurs (*satisdatio*) (3) (V. art. 601 C. civ.). De cette façon, le préteur créait entre le nu propriétaire et l'usufruitier un lien d'obligation que ne comporte pas la nature réelle du droit d'usufruit. Il permettait ainsi au nu propriétaire d'agir par voie d'action personnelle pour demander compte à l'usufruitier de ses négligences et pour obtenir restitution de la chose.

213. — *Constitution de l'usufruit.* — Par voie de *translatio* l'usufruit ne pouvait être constitué *jure civili* que par *in jure cessio,* par *adjudicatio* ou par legs. Ni l'*occupatio,* ni la *traditio,* ni l'*usucapio* n'étaient applicables, à raison de la nature incorporelle du droit d'usufruit (V. n° 208-1°). Quant à la *mancipatio,* elle ne pouvait non plus être employée, l'usufruit étant une *res nec mancipi.* Mais l'usufruit pouvait être constitué par voie de *deductio* dans une *mancipatio,* dans une *in jure cessio,* ou dans un legs (1). L'usufruit pouvait

(3) Au cas de refus de fournir la *cautio usufructuaria* le nu propriétaire pouvait refuser la délivrance de la chose. Si l'usufruitier avait déjà la chose entre les mains, le nu propriétaire pouvait agir par *condictio* pour réclamer la *cautio,* ou reprendre la chose par revendication.

213. — (1) Si la *mancipatio* est applicable à la constitution de l'usufruit par voie de *deductio,* c'est que ce qui est transféré en ce cas, c'est non pas

être constitué non seulement *ex die* ou *sub conditione*, mais aussi *ad diem* ou *ad conditionem*, car c'est un droit de nature temporaire. La *quasi possessio* des servitudes ayant été reconnue par le préteur (V. n° 208-2°), l'usufruit put désormais être constitué par voie de *quasi traditio* et par *quasi possessio longi temporis*, non seulement sur les fonds italiques, mais aussi sur les fonds provinciaux. Sous Justinien, les modes de constitution de l'usufruit sont les mêmes que pour les servitudes prédiales (2) (V. n° 208-3°).

Une question se pose ici, qui est d'ailleurs commune à l'usufruit et aux servitudes prédiales (V. n° 208, note 7). Ces droits peuvent-ils s'établir par le moyen de pactes et stipulations, *pactis et stipulationibus?* A l'époque classique, on avait imaginé cet expédient pour arriver à remédier à l'impossibilité de constituer des servitudes sur les fonds provinciaux. Les parties réglaient d'abord par une convention (*pactum*) la nature, l'étendue et les conditions d'exercice de la servitude à constituer. Mais ce pacte nu étant dépourvu d'effet obligatoire, on y ajoutait une *stipulatio pœnæ*, par laquelle la partie qui promettait de laisser exercer une servitude sur sa chose, s'engageait à payer une somme à titre de peine, au cas où elle mettrait obstacle au libre exercice des droits conférés au stipulant. Il est certain que ce pacte, ainsi garanti et complété par une stipulation, ne donnait au stipulant aucun droit réel de servitude, un droit réel ne pouvant résulter d'une convention non suivie d'un acte de transfert (V. n° 174). Le stipulant n'avait donc qu'un droit personnel qui lui assurait en fait les mêmes avantages que le droit réel, mais qui disparaissait au cas d'aliénation de la chose, ce droit personnel n'étant pas opposable aux tiers-acquéreurs. Gaius ayant signalé l'emploi de ce procédé imparfait d'établissement des servitudes sur les fonds provinciaux (G. II, 31), Justinien

l'usufruit, mais le *dominium, detracto usufructu* (G. II, 33) (V. n° 208 note 3).

(2) Sous Justinien le délai requis pour l'acquisition de l'usufruit d'un meuble par *quasi possessio longi temporis* est de trois ans.

a reproduit le texte de son modèle (§ 4. Inst., *De servitutib.* II, 3; § 1. Inst., *De usufr.* II, 4), mais sans attribuer à ces pactes et stipulations une efficacité plus grande qu'autrefois. Ajoutons que déjà, à l'époque classique, la *quasi traditio* permettait d'établir des servitudes sur les fonds provinciaux, ce qui rendait inutile l'usage des pactes et stipulations. Justinien pouvait donc se dispenser de mentionner ce procédé qui avait cessé d'avoir sa raison d'être bien longtemps avant la rédaction des Institutes (3).

214. — *Extinction de l'usufruit.* — L'usufruit étant un droit essentiellement temporaire, et tout au plus viager, s'éteint normalement soit par la mort de l'usufruitier, à laquelle est assimilée la *capitis deminutio* (1), soit par l'arrivée du terme ou de la condition résolutoire quand l'usufruit a été constitué sous ces modalités. Les autres modes d'extinction de l'usufruit sont : 1° La renonciation par l'usufruitier au profit du nu propriétaire (2). Mais la cession que l'usufruitier consentirait de son droit d'usufruit à un tiers, n'aurait pas pour effet d'éteindre l'usufruit du cédant pour lui substituer un nouvel usufruit au profit du cessionnaire. L'usufruit est en effet établi en considération de la personne de l'usufruitier seul. Permettre à ce dernier de le céder est donc contraire à l'essence même de ce droit. Rien n'empêche d'ailleurs l'usufruitier de céder à titre onéreux ou à titre gratuit le simple exercice de son droit. Mais le tiers cessionnaire n'a, en pareil cas, aucun droit réel sur la chose, bien qu'il puisse exercer tous les actes que comporte le droit d'usufruit. En cas de trouble apporté à sa jouissance, il n'a donc pas l'action confessoire, et il est réduit à exercer un recours personnel contre

(3) *Adde* Accarias, t. I, n° 278; Ortolan, t. II, n° 464.

214. — (1) Rappelons que sous Justinien la *capitis deminutio minima* n'éteint plus le droit d'usufruit (V. n° 148-3°).

(2) Cette renonciation se fait par voie d'*in jure cessio*, le nu propriétaire intentant fictivement contre l'usufruitier l'action négatoire de servitude (*actio negatoria*).

l'usufruitier, si du moins la cession a eu lieu à titre onéreux. Enfin, la durée de la jouissance du cessionnaire dépend absolument de la durée de l'usufruit. Le droit de l'usufruitier venant à s'éteindre, le droit du cessionnaire périt avec lui (G. II, 30). 2° A côté de la renonciation se place le non usage qui entraîne l'extinction de l'usufruit, lorsqu'il s'est continué pendant un an pour les meubles et deux ans pour les immeubles. Sous Justinien, ce délai est de trois ans pour les meubles, de dix à vingt ans pour les immeubles. 3° La consolidation ou réunion sur la même tête de l'usufruit et de la nue propriété entraîne nécessairement extinction de l'usufruit, en vertu du principe : *nulli res sua servit* (V. n° 204-3°). 4° Enfin, l'usufruit s'éteint encore par la *mutatio rei,* c'est-à-dire lorsque la chose vient à être détruite ou à subir une altération essentielle (V. 211, note 1). C'est ce qui arrive, par exemple, lorsque l'usufruit porte sur une maison qui est incendiée ou qui s'écroule, ou lorsqu'il s'exerce sur une forêt qui vient à être coupée et convertie en terrain de labour.

Du quasi usufruit.

215. — L'usufruit pouvait être établi sur toutes choses corporelles, meubles ou immeubles. Il n'y avait d'exception que pour les choses qui se consomment par le premier usage, *quæ ipso usu consumuntur,* telles que les denrées, le vin, l'huile, l'argent monnayé. L'usage qu'on fait de ces choses, conformément à leur destination, n'est point en effet susceptible de se renouveler, et pour elles, par conséquent, le *jus utendi* se confond avec le *jus abutendi.* Aussi les qualifie-t-on de *res quæ in abusu continentur* (Ulp., *Reg.*, XXIV, 27). Or, il est contraire à l'essence du droit d'usufruit que l'usufruitier ait le *jus abutendi.* Cette conséquence, déduite fort logiquement des principes, était encore admise par le droit civil à l'époque de Cicéron (1). Elle faisait obstacle notamment à la

215. — (1) Cicéron, *Topic.*, 3, supposant un legs d'usufruit portant sur

validité d'un legs d'usufruit portant sur des choses de consommation. Or, de pareils legs étaient fréquents, et ils se retrouvaient surtout dans le testament du mari léguant à sa femme l'usufruit d'une quote-part de ses biens. Il est clair qu'alors la volonté du défunt ne pouvait pas recevoir sa pleine et entière exécution, l'argent comptant et les choses de consommation se trouvant exclus de l'usufruit légué. Aussi, un sénatusconsulte des premiers temps de l'Empire vint décider qu'un testateur pouvait léguer l'usufruit de toutes les choses comprises dans son patrimoine (1. Dig., *De usufr. ear. rer.*, VII, 5). On en conclut que le legs d'usufruit pouvait avoir pour objet les choses *quæ usu tolluntur vel minuuntur* (§ 2. Inst., *De usufr.*, II, 4).

L'usufruitier de choses qui se consomment par le premier usage était tenu, comme l'usufruitier ordinaire, de promettre par stipulation la restitution de choses de même nature, qualité et quantité, et de fournir des fidéjusseurs garantissant sa promesse. Cette restitution devait avoir lieu à l'époque fixée pour la fin de l'usufruit, sinon à la mort de l'usufruitier, et aussi en cas de *capitis deminutio* encourue par lui. A tous ces points de vue, l'usufruit des choses de consommation ne se distingue donc pas d'un usufruit ordinaire. Mais il en diffère à d'autres égards, et de là vient le nom de *quasi usufruit* que lui ont donné les interprètes (2, § 1. Dig., *De usufr. ear.*, VII, 5). Le quasi usufruitier, en effet, devient propriétaire des choses sujettes à l'usufruit; il peut non seulement en user comme il lui plaît, sans être tenu d'agir en bon père de famille, mais il peut même les consommer. Il est simplement débiteur de la restitution, à la fin de l'usufruit. Cette dette a pour objet soit des choses de même nature, qualité et quantité que celles reçues, soit leur estimation en argent quand cela a été ainsi convenu. Le quasi usufruitier est donc débiteur d'une dette de genre, au lieu d'être débiteur de la resti-

des choses de consommation, refuse au légataire tout droit sur les choses léguées, en ajoutant : *usus enim non abusus legatus est.*

tution d'un corps certain comme en cas d'usufruit ordinaire. De là résulte qu'il n'est pas libéré par les cas fortuits comme l'est l'usufruitier véritable. Enfin, le nu propriétaire ne conservant aucun droit réel sur la chose objet du quasi usufruit, n'a d'autre ressource que son action personnelle en restitution, action qui peut être illusoire si le quasi usufruitier et ses fidéjusseurs sont insolvables. Le nu propriétaire ordinaire n'est jamais exposé à un pareil danger, puisqu'il a toujours la ressource de l'action en revendication qui lui permet de reprendre la chose entre les mains des créanciers de l'usufruitier (2).

La pratique étendit l'application du sénatusconsulte aux créances, qui purent dès lors faire l'objet d'un quasi usufruit. L'usufruitier d'une créance avait le droit de toucher les intérêts, et même le capital en cas de remboursement avant la fin de l'usufruit. Dans ce cas, l'usufruit de la créance se transformait en quasi usufruit de la somme remboursée.

Servitudes personnelles autres que l'usufruit.

216. — 1°. *De l'usage.* — L'usager avait le *jus utendi*, c'est-à-dire le droit d'user de la chose, mais à condition de ne pas entraver l'exploitation du propriétaire ou de ceux qui exploitent en son lieu et place. En principe, il n'a droit ni aux produits ni même aux fruits. Mais, par une interprétation bienveillante des dispositions testamentaires, où se rencontraient souvent des legs d'usage, on avait fini par admettre, au profit de l'usager, le droit de prendre une certaine part des fruits, mesurée sur ses besoins personnels et ceux de sa famille. L'usager était obligé de promettre, *cum satisdatione*, de jouir en bon père de famille et de restituer la

(2) Il est probable qu'à la différence de l'usufruit ordinaire, le quasi usufruit ne put dans le principe se constituer que par voie de legs. Le texte du sénatusconsulte n'avait trait en effet qu'au legs. Mais on a dû finir par autoriser la constitution d'un pareil usufruit par acte entre vifs. Accarias, t. 1, n° 280 et note 2.

chose à l'expiration du droit. Il devait user lui-même et ne pouvait pas même céder l'exercice de l'usage à un tiers. L'usage se constituait et s'éteignait comme l'usufruit.

2°. *De l'habitation.* — Cette servitude, d'origine assez récente, n'est autre chose que l'*usus* appliqué à une maison, c'est-à-dire le *jus habitandi domum*. Ce cas d'*usus* diffère de l'*usus* ordinaire, en ce qu'il ne s'éteint ni par le non usage, ni par la *capitis deminutio*, et qu'il peut, du moins sous Justinien, être donné en location par le titulaire.

3°. Quant aux *operæ servorum aut animalis*, c'est une variété du droit d'usage sur un esclave ou un animal. Ce droit ne s'éteint ni par le non usage, ni par la *capitis deminutio*, ni même par la mort du titulaire, et il peut déjà, aux temps classiques, être loué à un tiers.

DROITS RÉELS DU DROIT PRÉTORIEN.

217. — *Notion et divisions.* — La propriété et les servitudes, tels sont les seuls droits réels que reconnaisse le droit civil. A ces droits sont attachées, à titre de sanction, des actions *in rem* civiles : l'action en revendication, l'action confessoire. Mais, à côté d'eux, le droit prétorien admet et garantit, par des actions prétoriennes, un certain nombre de droits qui figurent également au nombre des droits réels. Ces droits réels, d'origine plus récente que les droits réels civils, n'ont été introduits dans la pratique qu'à partir du moment où les lacunes et les imperfections du droit civil se sont révélées au préteur. C'est ainsi que celui-ci a été amené à reconnaître l'existence de certains droits sur la chose, analogues au *dominium* ou semblables aux servitudes.

I. Droits réels prétoriens semblables au **dominium**. De la forme de propriété appelée propriété prétorienne.

Le droit romain primitif ne reconnaissait qu'une seule forme du droit de propriété : le *dominium ex jure quiritium*

(G. II, 40). En dehors du *dominium*, on ne pouvait avoir sur la chose qu'un simple droit de possession, que le préteur protégea d'abord par la voie des interdits, et qu'il finit, dans certains cas favorables, par garantir au moyen d'actions *in rem* copiées sur le modèle de l'action en revendication. Il reconnaissait ainsi, au profit du possesseur, une sorte de droit réel, semblable au *dominium*, qui n'avait pas reçu tout d'abord de nom spécial, et auquel on peut donner la dénomination générique de propriété prétorienne. Pour se rendre compte des cas dans lesquels cette forme secondaire du droit de propriété fut admise par le préteur, il faut se rappeler que le *dominium* constituait un droit essentiellement quiritaire. A ce titre, il ne pouvait être établi qu'en faveur des seuls citoyens, sur des choses susceptibles de *dominium*, et comme conséquence d'un mode quiritaire de transfert. L'intervention prétorienne eut pour effet d'étendre la notion du droit de propriété au delà de ces limites étroites. Des actions *in rem*, pétitoires, semblables à la revendication, furent admises au profit du possesseur dans des cas où la nationalité de celui-ci, la nature de la chose, ou bien le procédé de transfert employé faisaient obstacle à l'établissement du *dominium*.

Premier cas. — Les pérégrins ne pouvaient devenir propriétaires *ex jure quiritium*. On admit que lorsqu'ils auraient reçu tradition d'une chose *mancipi* ou *nec mancipi*, ils pourraient se considérer comme ayant sur la chose un droit réel qui leur donnait droit à l'action *in rem*, et, en même temps, leur permettait d'opposer après une longue possession la *præscriptio longi temporis* (V. n° 194).

Deuxième cas. — Les fonds provinciaux n'étaient pas susceptibles de *dominium*, mais ils étaient possédés par les particuliers qui avaient sur eux une sorte de droit réel, pour lequel on finit par créer le nom de *proprietas* (V. n° 162). Outre le bénéfice des interdits possessoires, le *proprietarius* avait la ressource d'une voie pétitoire qui se présentait sous la forme d'une revendication utile. Il pouvait également invoquer la *præscriptio longi temporis* (V. n° 194).

Troisième cas. — Ici, ni la qualité de l'acquéreur, ni la nature de la chose ne s'opposent à l'acquisition du *dominium*. L'obstacle vient du mode de transfert employé, le droit civil ne reconnaissant pas ce mode de transfert ou ne lui attribuant pas ses effets ordinaires. Dans ces hypothèses l'acquéreur n'a sur la chose qu'un droit incomplet qui lui assure les avantages effectifs du droit de propriété, à l'exception du titre même de propriétaire qui reste attribué à l'aliénateur. On disait alors que l'acquéreur avait la chose dans ses biens, *in bonis habere*, tandis que celui de qui il la tenait conservait le *dominium ex jure quiritium* (G. II, 40). Les cas les plus importants dans lesquels l'acquisition donnait à l'acquéreur le droit appelé *in bonis habere* sont les suivants : 1° Il y a eu simple tradition d'une *res mancipi* ce qui en droit civil ne suffisait pas pour qu'il y eût transfert du *dominium* (V. n° 184). 2° Une succession a été déférée par le préteur, en vertu de l'Édit, au *bonorum possessor* (V. n° 235). 3° Le patrimoine d'un débiteur insolvable est acquis à la suite d'une *bonorum venditio* au *bonorum emptor* (V. n° 280) (1). Celui qui avait acquis ainsi l'*in bonis*, pouvait user de la chose, en percevoir et en garder les fruits en toute propriété. Il pouvait disposer de la chose et transmettre par le moyen de la tradition son droit d'*in bonis* à un tiers. Comme garantie du droit qu'il lui accordait, le préteur lui donnait, outre les interdits possessoires en qualité de possesseur, une action *in rem* pétitoire contre les tiers qui refusaient de lui restituer la chose, action appelée action publicienne. Enfin, le préteur lui permettait de paralyser l'action en revendication du *dominus ex jure quiritium* par une exception fondée sur la bonne foi (2).

217. — (1) Il y a encore lieu à l'*in bonis habere* au cas d'*adjudicatio* dans un *judicium imperio continens* (V. n° 198, note 5). Le droit civil lui-même s'appropria d'ailleurs l'institution prétorienne en donnant au fidéicommissaire d'hérédité le droit d'*in bonis habere* (V. n° 276, note 2).

(2) Le *dominus ex jure quiritium* ayant conservé le *dominium* est fondé *jure civili* à intenter la revendication contre celui qui a l'*in bonis*. Mais il est contraire à la bonne foi qu'il puisse reprendre ainsi une chose que l'*accipiens* a reçu *ex justa causa*. Aussi l'exception qu'on donne à ce dernier

Les droits du *dominus ex jure quiritium* se trouvaient donc en réalité réduits à néant. Il n'avait plus qu'un titre nu, à peu près illusoire (3). Aussi son droit de propriété était-il appelé *nudum dominium*, et lui-même *nudus dominus ex jure quiritium* (G. I, 54; III, 166). Le droit civil d'ailleurs transformait le droit du possesseur *in bonis* en *dominium*, par le moyen de l'usucapion (V. n° 186-1°).

Cette propriété prétorienne dont nous venons d'indiquer les aspects multiples tendait en fait à se confondre avec la propriété quiritaire. Les actions pétitoires données au propriétaire prétorien et la *rei vindicatio* ne différaient guère que par la formule. Le jour où disparut le système formulaire, il y eut identité absolue entre elles. D'autre part, toute différence s'effaçant entre les pérégrins et les citoyens, entre les fonds italiques et les fonds provinciaux, deux des cas d'application de la propriété prétorienne n'avaient plus de raison d'être. Restaient les cas d'*in bonis habere*, dont il ne fut plus d'ailleurs question, lorsque les *res mancipi* ne se distinguèrent plus des *res nec mancipi*, quand les droits du *bonorum possessor* se confondirent avec ceux de l'héritier, et lorsque la *bonorum venditio* fut supprimée dans la pratique. Justinien n'eut plus qu'à consacrer législativement ces transformations en supprimant le dernier vestige qui subsistât de la propriété prétorienne : la distinction purement théorique qu'on faisait encore entre le *nudum dominium* et l'*in bonis habere* (1. Cod., *De nudo jure quirit. toll.*, VII, 25). Par un long circuit on en était donc revenu à la conception primitive d'une forme unique de propriété. Mais dans le cours de cette évolution la notion de propriété avait dépouillé son caractère

prend-elle dans chaque cas le nom de la *justa causa* en vertu de laquelle la chose a été livrée à l'*accipiens : exceptio rei venditæ et traditæ, donatæ et traditæ.*

(3) Les seuls droits réservés au *dominus ex jure quiritium* sont le droit à la tutelle de l'esclave sur lequel portait l'*in bonis*, lorsque cet esclave est affranchi étant impubère, et aussi le droit d'en faire un citoyen romain par l'effet de l'affranchissement (V. n° 67, note 4).

étroit, et l'on peut dire que la *proprietas* avait fini par triompher du *dominium* (4).

II. Droits réels prétoriens semblables aux servitudes.

218. — Déjà nous avons eu à constater l'intervention du préteur dans les modes de constitution des servitudes (V. nos 208-2°, 213). Mais les servitudes ainsi constituées par un mode prétorien sont celles que reconnaissait le droit civil. Le préteur fit plus. Il admit d'autres droits réels de servitude que ceux que sanctionnait le droit civil. Ces droits sont le *jus in agro vectigali* qui devint plus tard le droit d'emphytéose et le droit de superficie (1).

1°. *Emphytéose.* — Le droit réel qu'on désigne sous le nom d'emphytéose, *emphyteusis,* n'est pas d'origine récente. Il est vrai qu'on ne le voit apparaître sous ce nom qu'à partir du second siècle. Mais il avait été précédé par deux institutions analogues : le *jus in agro vectigali* du préteur et le *jus emphyteuticum.*

Les municipes ne pouvant exploiter eux-mêmes leurs terres, faisaient comme l'État pour les terres de l'*ager publicus.* Ils les concédaient à des particuliers à charge de redevance. Afin de permettre aux concessionnaires des travaux d'amendement et une exploitation de longue haleine, la concession n'était pas limitée, en général, dans sa durée. Elle était censée faite *in perpetuum.* Le concessionnaire ne pouvait être renvoyé tant qu'il continuait à payer régulièrement sa redevance (*vectigal*), et ses héritiers lui succédaient, aux mêmes conditions, dans la jouissance de ces *agri vectigales municipum* (G. III, 145 ; 1, pr. Dig., *Si ager vectigalis,* VI, 3). A l'époque de Gaius on n'était pas encore fixé sur la nature du contrat qui intervenait entre les concessionnaires et les municipes,

(4) Accarias, t. I, n° 282.

218. — (1) Quant à l'hypothèque qui est également un droit réel prétorien, elle n'est pas rangée au nombre des servitudes, bien qu'elle constitue un *jus in re aliena.* Nous renvoyons au tome second l'examen de cette matière.

les uns y voyant une vente, les autres un louage. Mais on était d'accord pour reconnaître que le concessionnaire, bien qu'il ne devînt pas *dominus*, était investi d'un droit réel sur la chose (*jus in agro vectigali*), droit qui lui permettait d'agir par voie d'action *in rem* contre le municipe lui-même et contre les tiers (1, § 1. Dig., *Si ager vectigalis*, VI, 3). Cette action, dont l'origine prétorienne ne nous paraît pas douteuse, est appelée *actio vectigalis*. A l'époque impériale, ces concessions à longue durée furent pratiquées pour l'exploitation de terres incultes comprises dans le domaine public ou appartenant en propre à César (*fundi patrimoniales*). Plus tard, les grands propriétaires fonciers imitèrent cet exemple. Le droit qui était ainsi donné au concessionnaire fut appelé d'un nom grec : *jus* ἐμφυτευτικόν (2), mais il avait la plus grande analogie avec le *jus in agro vectigali*. Rien d'étonnant, dès lors, si dans le dernier état du droit ces ceux institutions si voisines se soient confondues en une seule, qui a été désignée sous le nom de *jus emphyteuticum, emphyteusis*, d'où est venue l'expression moderne d'emphytéose.

Le droit de l'emphytéote (*emphyteuticarius*) est un droit réel sur la chose d'autrui, qui lui permet d'user des interdits possessoires, et d'une action *in rem* utile contre tous les tiers et même contre le concédant. Semblable à l'usufruit, il donne le droit d'user de la chose, d'en percevoir et d'en garder les fruits en toute propriété. Mais il en diffère à beaucoup d'égards. C'est ainsi que l'emphytéote peut faire sur le fonds les changements et améliorations qui lui paraissent utiles, modifier même la destination du fonds. Il acquiert les fruits non par la perception, mais par la simple séparation. Le droit d'emphytéose n'est pas exclusivement attaché à la personne du concessionnaire. Il le transmet à ses héritiers et peut en disposer entre vifs à n'importe quel titre. Malgré l'étendue des droits qui lui sont ainsi accordés, l'emphytéote n'est pas

(2) L'étymologie du mot : ἐμφυτεύω, qui signifie *planter dans*, montre bien que le concessiounaire reçoit les terres pour les mettre en culture.

substitué au *dominus* qui, outre les droits résultant pour lui du contrat constitutif de l'emphytéose (3), a le droit de reprendre la chose lorsque l'emphytéose prend fin (4).

2° *Superficie.* — On désignait sous le nom de *superficies*, droit de superficie, le droit de jouir à perpétuité ou pour un temps assez long des bâtiments construits sur le terrain d'autrui. Le propriétaire du sol qui, en vertu du principe qu'on a vu plus haut (V. n° 201), est en même temps propriétaire des édifices élevés sur le sol, peut avoir concédé, à titre de droit réel, l'usage de ces constructions soit à perpétuité, soit pour un temps assez long. Ce droit de superficie, qui est aux édifices ce que l'emphytéose est aux terres cultivables, donne au superficiaire des droits d'usage et de jouissance aussi pleins que ceux accordés à l'emphytéote (5). Mais le propriétaire du sol n'en demeure pas moins propriétaire des constructions sur lesquelles s'exerce le droit de superficie. Sa propriété est grevée d'un droit réel, *jus in re,* que Gaius met sur la même ligne que celui de l'usufruitier et du créancier hypothécaire (19, pr. Dig., *De damn. inf.*, XXXIX, 2), et qu'un autre jurisconsulte, Julianus, qualifie de servitude (86, § 4. Dig., *De legatis*, 1°, XXX). Au début, le droit de superficie ne fut pas envisagé comme droit réel. Le concessionnaire n'avait, au cas où il venait à être troublé, que l'action personnelle résultant du contrat intervenu entre lui et le concédant (action *ex conducto, ex empto*). Plus tard, le préteur chercha à protéger la possession du concessionnaire, et il lui donna à cet effet un interdit spécial : l'interdit *de superficie*. Enfin, érigeant en un véritable droit réel la concession faite au superficiaire,

(3) Les rapports contractuels qui existent entre l'emphytéote et le *dominus* seront étudiés dans le tome second, au sujet du contrat de louage.

(4) L'emphytéose prend fin, par l'arrivée du terme, lorsqu'elle est faite à terme, par la mort de l'emphytéote qui ne laisse pas d'héritiers et n'a pas cédé son droit, par le défaut de paiement de la redevance (*pensio, reditus*) pendant un certain temps.

(5) Le superficiaire peut, par exemple, grever la superficie de servitudes réelles ou personnelles. Il peut transmettre son droit à ses héritiers, ou à des acquéreurs à titre particulier.

il permit à ce dernier d'intenter l'*actio in rem utilis* contre tous les tiers et contre le propriétaire lui-même (1, pr., § 1. Dig., *De superfic.*, XLIII, 18).

CAPACITÉ NÉCESSAIRE POUR ALIÉNER OU ACQUÉRIR.

219. — *Capacité d'aliéner.* — En règle générale, chaque propriétaire peut aliéner sa chose ou la grever de droits réels. Les exceptions que comporte cette règle sont de deux sortes. Il y a des incapacités générales, qui tiennent à la personne du propriétaire et qui, par conséquent, s'appliquent à tous ses biens. Telles sont l'incapacité du pupille non muni de l'*auctoritas tutoris* (V. n° 120), celle du *furiosus* dans ses intervalles non lucides, et du prodigue interdit non assisté du curateur (V. n° 141), et dans le dernier état du droit celle des mineurs de vingt-cinq ans en curatelle permanente, lorsqu'ils n'ont pas le *consensus curatoris* (V. n° 141). L'incapacité d'aliéner peut être spéciale, c'est-à-dire ne concerner que certains biens, qui sont frappés d'indisponibilité plus ou moins complète entre les mains du propriétaire. C'est ainsi que les femmes en tutelle perpétuelle ne pouvaient pas aliéner leurs *res mancipi* sans l'*auctoritas tutoris* (V. n^{os} 132, 158, 191, note 2). De même, à partir de la loi *Julia*, le mari, bien que propriétaire de la dot, fut incapable d'aliéner les immeubles dotaux (G. II, 63) (V. n° 90).

Il est évident d'ailleurs que, pour pouvoir aliéner ou grever une chose de droits réels, il faut en être propriétaire. On ne peut pas consentir de pareils actes sur la chose d'autrui, car on ne peut transférer des droits qu'on n'a pas soi-même. Par exception, certaines personnes peuvent aliéner, bien que n'étant pas propriétaires. Tel est le cas pour le mandataire qui a reçu pouvoir à cet effet, pour les tuteurs et curateurs qui sont des mandataires légaux (V. n° 124) [1], pour les

219. — (1) Pour les restrictions apportées au pouvoir d'aliéner des tuteurs et curateurs, V. n° 124.

créanciers gagistes ou hypothécaires qui sont censés avoir reçu du débiteur mandat d'aliéner (G. II, 64).

220. — *Capacité d'acquérir.* — Toute personne *sui juris* a la capacité d'acquérir. Quant aux *alieni juris,* ils ne peuvent rien acquérir pour eux-mêmes, puisqu'ils n'ont pas de patrimoine (G. II, 87). Nous avons déjà vu dans quelle large mesure ce dernier principe avait été atténué en ce qui concerne les enfants de famille, par l'institution des pécules *castrense, quasi castrense,* et *adventitium* (V. n° 77).

Mais si l'on peut acquérir par soi-même, ne peut-on pas aussi acquérir par l'intermédiaire d'autrui? Il faut à cet égard distinguer les acquisitions que nous réalisons par les personnes soumises à notre puissance, et celles que nous réalisons par des personnes qui n'y sont pas soumises (*extraneæ personæ*).

1°. *Acquisition par les personnes soumises à notre puissance.* — Les personnes en puissance faisaient entre les mains de celui qui avait sur elles la puissance l'office de véritables instruments d'acquisition. C'est ainsi qu'on acquérait la propriété par l'intermédiaire des enfants de famille, des femmes *in manu,* des esclaves, des personnes *in mancipio* (1). L'acquisition se réalisait alors à l'insu ou même contre le gré de celui qui avait le droit de puissance. Toutefois l'hérédité, à raison des charges qui peuvent la grever, ne pouvait être acquise par l'intermédiaire d'un *alieni juris,* que sur un ordre formel du père ou du maître. Il en était de même du legs. Quant à l'acquisition de la possession, elle pouvait aussi avoir lieu par le moyen des *alieni juris,* lorsque ceux-ci appréhendaient la chose au nom de celui qui avait sur eux la puissance. Ce dernier, en effet, ayant l'*alieni juris* en sa possession, possède par là même la chose dont le

220. — (1) Nous laissons de côté, comme ne présentant aucun intérêt, la théorie des acquisitions par les esclaves sur lesquels on n'a qu'un droit d'usufruit ou d'usage, par les esclaves communs à plusieurs maîtres, ou par les personnes, esclaves ou libres, possédées de bonne foi.

corpus a été remis entre les mains de cet *alieni juris* qui est comme un autre lui-même. Il acquiert donc la possession *corpore alieno*. Mais si l'on pouvait emprunter le *corpus* d'autrui à l'effet de devenir possesseur, il en était autrement pour l'*animus*, qui devait être propre au possesseur lui-même : *possessionem adquirimus et animo et corpore, animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno* (Paul, *Sent.*, V, 2, § 1). Il fallait donc que le maître eût manifesté son intention d'acquérir la possession, soit par un ordre donné à l'avance, soit par une ratification de l'acte d'appréhension réalisé par l'*alieni juris*. Par exception, on admit que les *alieni juris* acquéraient la possession au maître à son insu, *etiam ignorante domino,* lorsqu'ils appréhendaient une chose *ex causa peculiari*, c'est-à-dire à l'occasion de l'administration du pécule à eux confié. Cette dérogation au principe qui exige l'*animus* personnel chez le possesseur est difficile à justifier en théorie. La seule raison qu'on en puisse donner est un motif d'utilité pratique. On ne peut pas exiger qu'après avoir concédé un pécule, le maître se préoccupe à tout instant de la composition de ce pécule et des biens qui y entrent. En pareil cas, son *animus* personnel n'a pas besoin de se manifester ; l'*animus* de l'*alieni juris* lui suffit (44, § 1 ; 3, § 12. Dig., *De acq. vel am. poss.*, XLI, 2).

2°. *Acquisition par les personnes non soumises à la puissance, per extraneam personam.* — Si nous pouvons acquérir par l'intermédiaire des personnes soumises à notre puissance, nous ne pouvons réaliser aucune acquisition par celles qui en sont indépendantes. Le principe de la non représentation met obstacle à ce qu'elles puissent acquérir pour d'autres que pour elles-mêmes : *et hoc est quod vulgo dicitur per extraneam personam adquiri non posse* (G. II, 95). Mais une grave dérogation à cette règle fut admise pour l'acquisition de la possession par l'intermédiaire d'un mandataire, d'un tuteur, curateur ou d'un administrateur d'une ville, et cette exception entraîna par voie de conséquence la disparition de la règle en ce qui concerne la propriété elle-même.

On admit qu'en cas de mandat donné à une personne à l'effet d'acquérir la possession pour notre compte, la possession nous était acquise par le seul fait de l'appréhension réalisée par le mandataire, et cela à notre insu, c'est-à-dire sans que nous eussions besoin de manifester d'autre intention que celle que nous avions exprimée tout d'abord au moment où le mandat avait été donné. La possession était acquise par conséquent au mandant dès le moment où le mandataire avait pris possession de la chose, avant même que le mandant eût eu connaissance de l'appréhension réalisée à son profit, *possessio per procuratorem ignoranti quæritur* (49, § 2. Dig., *De acq. vel amitt. poss.*, XLI, 2). Cette exception au principe qui exige l'*animus* personnel du possesseur, nous apparaît comme définitivement acceptée dans la doctrine classique. Consacrée par un rescrit de Septime Sévère et d'Antonin Caracalla (1. Cod., *De acq. et ret. poss.*, VII, 32), elle existe encore sous Justinien (§ 5. Inst., *Per quas pers. nob. adquir.*, II, 9) (2). Les tuteurs, curateurs et administrateurs des villes pouvaient également acquérir la possession aux personnes dont ils géraient les biens, et cela même à l'insu de ces dernières. Cette exception au principe qui exige l'*animus* personnel du possesseur s'imposait lorsqu'il s'agissait des *infantes*, des fous et des villes qui, ne pouvant pas manifester d'*animus* personnel, n'auraient pu sans cela acquérir la possession. Elle se justifie

(2) Ce n'est pas sans difficulté que l'acquisition de la possession par mandataire a été acceptée par les jurisconsultes. Il est vraisemblable qu'on a commencé par l'admettre au cas où le mandataire était un *procurator*. On entendait en effet originairement par *procurator* celui qui avait reçu un mandat général d'administrer. Le *procurator* était donc dans la situation de l'esclave qui a reçu un pécule, et qui acquiert la possession *ex causa peculiari* à son maître, même à l'insu de ce dernier (V. nº 220-1º). Des doutes subsistent encore du temps de Gaius sur la validité de l'acquisition de la possession *per procuratorem* (G. II, 95). *Adde :* Neratius, 41. Dig., *De usurp. et usuc.*, XLI, 3. Plus tard ces doutes furent levés (Paul, *Sent.*, V, 2, § 2). Mais la notion de la *procuratio* s'étant élargie, on considéra le mandataire spécial comme devant être traité de la même façon que le *procurator* dont on ne le distinguait plus dans la pratique.

pour les pupilles *non infantes* et les personnes en curatelle autres que le fou, par le désir de faciliter aux tuteurs et curateurs la gestion du patrimoine confié à leurs soins.

Cette dérogation à la règle *nihil per extraneam personam nobis adquiritur*, une fois admise en matière de possession, devait nécessairement réagir sur l'acquisition de la propriété *per extraneam personam*. Si, en effet, on suppose une tradition faite à un mandataire, à un tuteur ou à un curateur, la propriété sera transférée en même temps que la possession au mandant ou à l'incapable, à condition que la tradition soit faite *a domino*, et qu'elle porte sur une *res nec mancipi*. Si la tradition a pour objet une *res mancipi*, la propriété n'est pas transférée immédiatement au mandant ou à l'incapable, mais ceux-ci commencent à usucaper, même à leur insu (3). A l'époque de Justinien, comme toute distinction a disparu entre les *res mancipi* et *nec mancipi*, on peut dire que, dans tous les cas, le mandant acquiert la propriété par l'intermédiaire du mandataire, par l'effet de la tradition reçue par ce dernier. Il en est de même au cas d'un tuteur, d'un curateur ou d'un administrateur d'une ville. Il ne reste donc plus rien de la vieille règle : *per extraneam personam adquiri non posse*, et Justinien, en la reproduisant d'après Gaius (§ 5. Inst., *Per quas pers. nob. adquir.*, II, 9), ne nous donne pas la véritable physionomie du droit de son époque (4).

(3) Lorsque la tradition a été faite *a non domino* au mandataire, le mandant a besoin également de l'usucapion pour devenir propriétaire. Mais cette usucapion ne commence à courir à son profit que lorsqu'il a eu connaissance de la prise de possession (1. Cod., *De acq. et ret. poss.*, VII, 32).

(4) Accarias, t. I, nº 300.

Modes d'acquisition per universitatem.

221. — *Enumération des modes d'acquisition per universitatem.* — Nous avons déjà indiqué en quoi consiste l'acquisition *per universitatem*, et à quels points de vue elle diffère de l'acquisition à titre particulier (V. n° 172-1°). Les circonstances à la suite desquelles il y avait lieu, en droit romain, à l'acquisition *per universitatem*, sont : l'*hereditas*, la *bonorum possessio*, la *bonorum addictio libertatum servandarum causa*, l'acquisition de la *manus*, l'adrogation, l'acquisition de la puissance dominicale, la *bonorum venditio*, la *bonorum sectio*, la confiscation (G. II, 97, 98; § 6. Inst., *Per quas person. nob. adquir.*, II, 9). Parmi toutes les causes d'acquisition *per universitatem*, l'hérédité et la *bonorum possessio* sont celles qui méritent les plus longues explications.

DES HÉRÉDITÉS OU SUCCESSIONS.

222. — *Notions générales et divisions du sujet.* — Lorsqu'un citoyen vient à mourir, sa personne physique disparaît, mais son patrimoine (*familia*) ne périt pas avec lui. Sous le nom d'*hereditas*, il va passer à un nouveau propriétaire, l'héritier (*heres*) qui remplacera le défunt dans la souveraineté domestique qu'il exerçait sur les biens, qui perpétuera son culte privé (*sacra privata*), qui sera le continuateur de sa personne (1). Cette transmission de l'hérédité reçoit le nom de *successio*, succession. Les personnes qui sont appelées à recueillir l'hérédité sont désignées par la loi ou par

222. — (1) *Heres*, qui est identique au vieux terme *herus*, a, comme ce dernier, la signification de maître, *dominus* (11, § 6. Dig., *Ad leg. Aquil.*, IX, 2; Festus, v° *Heres : Heres apud antiquos pro domino ponebatur.*

un acte de dernière volonté du défunt. Mais ces héritiers ne sont pas, du moins en principe, investis malgré eux du patrimoine de la personne décédée. La désignation émanée de la loi ou du défunt confère seulement la faculté de devenir héritier, en sorte que la succession est d'abord simplement offerte ou déférée (*delata*) à l'appelé. Celui-ci n'acquiert l'hérédité que s'il accepte cette offre, et cette manifestation de volonté s'appelle adition d'hérédité (*adire hereditatem*). Il faut donc considérer dans le mode d'acquisition *per universitatem* appelé succession, deux moments bien distincts, séparés par un intervalle de temps plus ou moins long : la délation et l'acquisition. Il est vrai que certains héritiers, les héritiers dits nécessaires, acquièrent l'hérédité sans avoir besoin de manifester leur volonté à cet égard, et même malgré eux. Pour eux, la délation et l'acquisition se confondent et se réalisent au même moment. Mais ce n'est là qu'une exception. Pour la grande majorité des autres héritiers (héritiers volontaires), la délation n'entraîne pas nécessairement acquisition de l'hérédité (V. n° 249). Nous sommes donc amenés à adopter pour l'étude de cette matière l'ordre suivant : 1° Délation de l'hérédité; 2° Acquisition de l'hérédité; 3° Défaut d'acquisition de l'hérédité; 4° Acquisitions à titre particulier se rattachant à l'hérédité.

I. DÉLATION DE L'HÉRÉDITÉ.

223. — *Notions historiques.* — Suivant toutes les probabilités, les idées premières des Romains ou, en tous cas, de leurs ancêtres ethniques, n'ont pas été différentes en cette matière de celles des peuples de même race (1). Or, il est certain que le testament est inconnu des peuples primitifs. A la mort d'une personne, ses biens passent à certains

223. — (1) Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, pp. 701, 741; Fustel de Coulanges, *La cité antique*, liv. II, ch. 7-5°; S. Henri Maine, *L'ancien droit*, pp. 186 et suiv.

membres de la famille désignés par la coutume, sans qu'elle puisse par un acte de dernière volonté modifier les effets de cette dévolution (2). Les Romains n'ont donc connu d'abord que la succession *ab intestat*. Mais déjà la loi des XII Tables nous met en présence d'un principe nouveau. La loi autorise le *paterfamilias* à régler lui-même par un acte de souveraineté domestique le sort de son patrimoine, pour le temps où il ne sera plus, et elle ordonne que cette volonté, si elle est manifestée dans les formes solennelles, soit respectée à l'égal d'une loi. Aussi appelle-t-on cet acte *legare* : *uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto;* plus tard seulement on lui donna le nom de testament (*testamentum*). A défaut de testament ou d'héritier testamentaire acceptant, la loi décemvirale règle elle-même la dévolution du patrimoine. Elle détermine quelles sont les personnes qui recueilleront les biens de celui qui n'a pas testé, *ab intestato*, et ces personnes sont les membres de sa famille civile. Aussi les appelle-t-on héritiers légitimes (*legitimi heredes*). Ainsi la loi des XII Tables proclamait le principe de la liberté testamentaire, elle donnait la préférence au testament, et c'est seulement à défaut d'un acte de ce genre qu'elle revenait à l'ancienne coutume, en appelant la famille civile à recueillir les biens (3).

Une fois le testament admis dans la pratique, son emploi

(2) Telle est la conséquence nécessaire de l'organisation primitive de la famille. Le *pater* n'est en effet que l'administrateur, le représentant des intérêts collectifs d'un groupe. Lui mort, la *familia* retourne à ceux dont il n'était que le représentant temporaire, à la famille, dont il n'avait les biens et le culte qu'en dépôt. Autoriser dans ces conditions le *pater* à disposer des biens pour le temps où il ne sera plus, ce serait la négation des droits de la famille.

(3) On peut conjecturer que le testament a dû être imaginé pour échapper à l'arbitraire de la coutume nationale, dans le cas où la succession était déférée à des agnats ou à la *gens*, en présence de parents naturels plus proches qui en étaient exclus. Tel a été également le but de l'adrogation et de l'adoption. Par le moyen du testament, le *pater* peut se choisir l'héritier ou les héritiers qu'il lui plaît, et ces héritiers excluent sa famille civile. Le droit des XII Tables, en reconnaissant le testament, a donc inauguré contre le droit familial ancien un mouvement de réaction que le droit prétorien devait pousser beaucoup plus avant et que le droit impérial conduisit à son terme.

se généralisa de plus en plus. Faire son testament devint chez les Romains une coutume nationale, à tel point que le fait de mourir *intestat* était considéré comme une sorte de malheur. Les raisons de ce succès du testament se comprennent facilement. Le testament répond à un sentiment instinctif de la nature humaine qui nous pousse à nous survivre à nous-mêmes et à disposer de l'avenir. De plus, le Romain, à l'esprit dominateur, trouvait dans le testament l'occasion de manifester pour la dernière fois son autorité absolue de *paterfamilias*. Voulait-il confier ses enfants impubères et leurs biens à un tuteur de son choix, donner à sa femme *in manu* un tuteur autre que les agnats, laisser ses biens ou certains biens seulement à une personne qu'il voulait favoriser, le testament lui permettait d'atteindre ces résultats. La faveur dont était entourée l'institution du testament nous donne l'explication d'un principe fondamental du droit successoral romain : la prédominance de la succession testamentaire sur la succession *ab intestat*. A partir du moment où le testament fut autorisé, la succession *ab intestat* fut reléguée au second plan (4). Les Romains cherchèrent à écarter par tous les moyens possibles les successeurs légitimes et à donner pleine efficacité à la volonté du testateur (5).

(4) L'ordre qu'adoptent les jurisconsultes dans l'exposé de la théorie des successions est en parfaite harmonie avec ce principe. V. Gaius (G. II, 99, 100), Ulpien (*Reg.*, XX, XXVI), Paul (*Sent.*, III et IV).

(5) C'est cette préférence pour le testament qui a donné naissance à la règle qui sera expliquée plus loin (V. nº 224) et qu'on formulait ainsi : *Nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest.* Il est à remarquer qu'au rebours du droit romain, notre droit moderne réserve toutes ses préférences pour l'ordre de dévolution que la loi a réglé elle-même. Cette différence s'explique par ce fait que dans le droit actuel c'est la famille naturelle qui est appelée à la succession *ab intestat,* la loi ayant simplement consacré la volonté présumée du défunt. Le testament peut donc devenir entre les mains du testateur un moyen de frustrer la famille naturelle, et, à ce titre, tout en restant permis, il doit céder le pas à la succession organisée par la loi. A Rome, au contraire, le testament était vu avec faveur parce qu'il permettait de modifier dans un sens équitable l'antique dévolution légale des biens, et cela au profit des membres de la famille naturelle. S. Henri Maine, *L'ancien droit,* p. 206.

Le système successoral consacré par les XII Tables devait rester en vigueur, au moins dans ses grandes lignes, jusqu'aux derniers moments du droit romain. Il fut l'objet, cependant, de certaines modifications importantes. Les règles de la succession testamentaire, très rigoureuses, comme toutes celles du droit primitif, inspirées qu'elles étaient par un esprit formaliste étroit, cessèrent d'être en harmonie avec le développement de la civilisation et la tendance de plus en plus marquée vers la simplification des formes. Des tempéraments furent successivement apportés à ces règles. D'ailleurs, en consacrant le principe de la liberté testamentaire, la loi des XII Tables donnait par là même toute latitude au père de famille pour frustrer les espérances de ses parents les plus proches. Il fallut réagir contre les abus de cette liberté. Mais c'est surtout dans les successions *ab intestat* que le besoin de réformes se fit sentir. Le droit des décemvirs n'avait tenu compte, en effet, que de la parenté civile; il avait exclu systématiquement les cognats. Il fallut admettre ceux-ci au rang des successeurs *ab intestat*. Toutes ces réformes furent l'œuvre de plusieurs siècles. Entreprises, mais timidement, par le droit civil lui-même, elles furent réalisées, pour la plus grande part, par le droit prétorien. Puis les empereurs, continuant la lutte inaugurée par le préteur contre le vieux droit civil, s'écartèrent de plus en plus du régime successoral primitif, jusqu'à ce que Justinien, profitant des travaux de ses devanciers, vint constituer une législation successorale nouvelle qui a été le point de départ du droit moderne.

SUCCESSION TESTAMENTAIRE.

224. — *Notions générales sur le testament.* — La succession testamentaire est déférée en exécution du testament du défunt. Le testament romain est un acte solennel par lequel une personne (testateur) désigne un ou plusieurs héritiers qui recueilleront son patrimoine à son décès. Cette désigna-

tion prend le nom d'*institution d'héritier*. L'institution d'un héritier donne à celui-ci le droit de recueillir la totalité du patrimoine, tel qu'il se comporte au jour du décès. Le testament peut, il est vrai, contenir des legs, affranchissements, fidéicommis par lesquels le testateur dispose de certains de ses biens au profit d'autres personnes que l'héritier. Mais, outre qu'elles dépendent de l'institution, sans laquelle elles sont inefficaces (V. n° 227), ces dispositions ne sont que des charges qui grèvent l'institué et n'altèrent pas le caractère de sa vocation. Elles ne l'empêchent pas d'être un successeur *in universum jus defuncti*, c'est-à-dire le continuateur de la personne du défunt, choisi par lui en vue d'exclure les héritiers *ab intestat*.

Les Romains ont poussé si loin à cet égard le respect de la volonté du défunt, qu'en présence d'une institution d'héritier régulièrement faite, mais ne portant pas sur la totalité de l'hérédité, ils déclarent impossible le concours simultané de l'héritier institué et des héritiers *ab intestat*, et écartent ces derniers pour attribuer le tout au premier. Tel est le sens de la règle : *Nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest* (7. Dig., *De reg. jur.*, L, 17). Si nous supposons, par conséquent, un héritier testamentaire unique, institué pour une quote-part seulement, un tiers, un quart (*ex certa portione*), ou pour une chose déterminée (*ex certa re*), on aurait dû, si l'on s'en était tenu à l'intention manifestement exprimée par le testateur, admettre les héritiers *ab intestat* à recueillir le surplus de l'hérédité. Mais les Romains n'admettaient pas ce concours. Interprétant d'une façon extensive la volonté du testateur, ils effaçaient la restriction apportée par ce dernier aux droits de l'héritier institué, auquel on attribuait ainsi la totalité. De même si, de deux héritiers institués simultanément, l'un fait défaut, sa part sera attribuée à l'autre, et non aux héritiers *ab intestat* qui devraient logiquement venir la prendre, puisque, quant à cette part, le testament est dénué d'effet. Ici encore, on présume qu'en instituant un héritier, le testateur lui a donné une vocation

éventuelle à la totalité, et a manifesté par là son intention d'exclure dans tous les cas les héritiers *ab intestat* (1).

Cette notion sommaire du testament va être complétée par l'examen des questions suivantes qui comprennent toute la théorie de la succession testamentaire : 1° Formes du testament et capacité de tester. 2° De l'institution d'héritier réduite à sa forme la plus simple. 3° Modalités et variétés de l'institution d'héritier. 4° Causes d'inefficacité des testaments.

Formes du testament et capacité de tester.

225. — *Formes du testament.* — Les formes auxquelles étaient assujettis les testaments ont varié avec les époques. Au début, le testament est un acte exceptionnel soumis au contrôle du peuple. Bientôt délivré de ce contrôle, il devient un acte libre, mais soumis à des formalités minutieusement réglées par le droit civil, simplifiées plus tard dans une large mesure par le droit prétorien. Le droit de la dernière époque reconnaît encore son caractère solennel et ne le soustrait pas tout à fait à la nécessité des formes.

1°. *Testaments du droit ancien.* — La forme la plus ancienne du testament est le testament *calatis comitiis*, qui se

224. — (1) On voit par là que la maxime : *Nemo partim,* etc., n'est qu'une règle d'interprétation de la volonté du défunt, laquelle au surplus s'explique par l'idée de l'unité du patrimoine. Pour les exceptions à cette règle, V. nos 246, 279. — On aurait tort d'ailleurs de considérer comme des applications de la règle *nemo partim,* etc., la solution que l'on donnait au cas d'institutions *ad diem*, *ex die*, ou *ad conditionem*. Dans toutes ces hypothèses, l'institution était considérée comme pure et simple, et la mention de la modalité non avenue. On a essayé d'expliquer cette décision en disant que le maintien de la modalité aurait pour effet de faire venir successivement à la succession les héritiers testamentaires et *ab intestat,* ce qui serait contraire à la maxime : *Nemo partim,* etc. Mais cette règle n'a pas pour but d'exclure la délation successive de l'hérédité aux héritiers testamentaires et *ab intestat*. Ce qui fait en réalité obstacle à ce que ce résultat puisse se produire, c'est le principe de la perpétuité du droit héréditaire une fois acquis : *Semel heres, semper heres* (88. Dig., *De hered. inst.*, XXVIII, 5).

faisait dans l'assemblée des comices convoquée deux fois par an à cet effet (G. II, 101). Le citoyen soumettait la nomination de son héritier à l'approbation du peuple, qui, en sanctionnant le choix ainsi fait, ordonnait que la volonté du testateur fût respectée à l'égal d'une loi. De là l'expression *legare, legatum*, pour désigner originairement cet acte (1). La nécessité de l'approbation du peuple s'explique quand on réfléchit au caractère exorbitant du testament dans le droit primitif. Cet acte empêchait, en effet, la dévolution des biens aux membres de la famille civile, telle que l'avait ordonnée la coutume depuis des temps immémoriaux. Il pouvait donc porter atteinte aux droits des agnats ou de la *gens*. Les *gentes* assemblées seules pouvaient autoriser un pareil acte (V. n° 100). En temps de guerre, le testament se faisait *in procinctu*, en présence et avec l'approbation du peuple en armes, prêt à marcher au combat (G. II, 101).

Mais ces deux formes de testament étaient d'un emploi impossible lorsqu'un citoyen voulait tester sans attendre la réunion spéciale des comices ou l'assemblée du peuple en armes. Il fallait donc trouver un moyen de permettre au *pater* de faire son testament à n'importe quel moment. On se servit, dans ce but, de la *mancipatio* qu'on appliqua au patrimoine tout entier, à la *familia*, bien que la *familia* ne comptât pas parmi les *res mancipi*. Le citoyen mancipait sa *familia* à un ami, appelé *familiæ emptor*. Mais ce *familiæ emptor* n'était pas, à proprement parler, un héritier, il était *heredis loco*. En réalité, il ne devait pas garder pour lui les biens, mais les remettre aux personnes que le disposant lui désignait (G. II, 102, 103) (2). Ce n'était donc pas là un tes-

225. — (1) La question de savoir si le peuple était appelé à approuver le choix du testateur est discutée. L'analogie entre ce testament primitif et l'adrogation nous fait adopter sans hésitation l'opinion indiquée au texte. Les pontifes assistaient d'ailleurs à l'assemblée des comices, et leur présence s'explique, comme en cas d'adrogation, par la nécessité d'empêcher la transmission des *sacra privata* à des héritiers indignes de continuer le culte.

(2) On peut comparer la condition du *familiæ emptor* à celle du fiduciaire à l'époque où le fidéicommis n'était pas obligatoire (V. n° 274). Il n'était

tament véritable, mais un acte qui tenait lieu de testament et permettait d'atteindre le même résultat d'une façon détournée, moins complète et moins sûre (3). Mais lorsque le testament *calatis comitiis* tomba en désuétude, la pratique sut mettre à profit cet expédient, et le transforma en une nouvelle forme de tester : le testament *per æs et libram*.

2°. *Testament du droit civil, per æs et libram, écrit ou oral.* — Le testament *calatis comitiis* ou *in procinctu*, était entouré de la plus grande publicité. Or, la publicité considérée au début comme une garantie pour les membres de la famille civile, finit par devenir gênante. Le nom de l'héritier institué était connu à l'avance, ce qui pouvait susciter des animosités dans le sein de la famille. De plus, le testament, une fois fait, était irrévocable; une loi seule aurait pu défaire l'œuvre du testateur, puisqu'une loi avait été nécessaire pour la sanctionner. Or, le testament, expression des dernières volontés du testateur, doit pouvoir être révoqué au gré de celui-ci. Le procédé de la *mancipatio familiæ* permettait, il est vrai, d'éviter l'inconvénient de la publicité. Mais il obligeait le testateur à transférer la propriété de ses biens au *familiæ emptor*, et, par suite, rendait la révocation bien difficile. D'ailleurs ses effets n'étaient pas aussi assurés et aussi pleins que ceux du testament fait dans les comices. On utilisa néanmoins ce procédé, mais en le modifiant de façon à permettre au testateur de revenir sur ses dispositions. Dans ce but, le testateur écrivait ses dernières volontés sur des *tabulæ* (*tabulæ testamenti*). Cet acte, une fois rédigé, était confirmé solennellement dans une cérémonie qui rappelait, pour la forme seulement, les solennités de la *mancipatio familiæ*. En présence des cinq témoins et du *libripens*, le testateur mancipait sa *familia* à une personne

pas tenu, par conséquent, d'exécuter les volontés du défunt. V. Cuq, *Revue historique de droit français*, 1886, p. 557.

(3) Il est probable, en effet, que le *familiæ emptor* n'avait ni la charge des *sacra*, ni celle des dettes. V. Cuq, *op. cit.*, p. 555; et nous avons fait observer (V. note 2 ci-dessus), que le *familiæ emptor* n'était pas tenu d'exécuter les volontés du défunt.

quelconque, qui jouait le rôle de *familiæ emptor*, prononçait les paroles solennelles, frappait la balance avec le lingot, le remettait, *pretii loco*, au testateur. Mais ce *familiæ emptor* n'acquérait pas les biens du disposant, et n'était pas chargé d'exécuter ses volontés. Cette *mancipatio* n'avait donc lieu que par respect pour les antiques usages, *dicis gratia, propter veteris juris imitationem* (G. II, 103). La mancipation finie, on procédait à la *nuncupatio*. Tenant à la main les *tabulæ testamenti*, le testateur déclarait à haute voix (*nuncupare*) et en termes solennels que cet acte contenait son testament. Puis il faisait appel aux personnes présentes, les cinq témoins, le *libripens* et le *familiæ emptor*, et les invitait à témoigner, en cas de besoin, que les *tabulæ* étaient l'expression de ses volontés dernières (G. II, 104) (4). Cet appel aux témoins donna son nom à l'acte tout entier. On l'appela *testamentum* (*testari*). Le testament fait dans ces conditions (*testamentum per æs et libram*), avait tous les effets du testament fait dans l'assemblée populaire. Mais comme l'écrit demeurait aux mains du testateur, celui-ci était libre de l'anéantir, d'en recommencer un autre à condition d'observer les mêmes formalités, et il était sûr, d'ailleurs, que le secret de ses dispositions ne serait pas trahi.

Il pouvait arriver que le testateur n'eût pas le temps de rédiger les *tabulæ testamenti*. Dans ce cas, il se contentait, après la *mancipatio familiæ*, de déclarer oralement ses volontés en présence des sept personnes qui participaient à l'acte (cinq témoins, le *libripens* et le *familiæ emptor*). Cette déclaration faite en termes solennels (*nuncupatio*), suivie de l'invocation aux témoins, constitue une seconde forme du testament *per æs et libram*, le testament oral ou nuncupatif. Rien n'empêchait, sans doute, de le recommencer, mais il n'avait pas l'avantage de demeurer secret.

(4) Voici, d'après Gaius (G. II, 104), les termes de cette *nuncupatio* et de l'appel au témoignage des personnes présentes : *Hæc ita, ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor; itaque vos, quirites, testimonium mihi perhibetote.*

3°. *Testament du droit prétorien et testament nuncupatif nouveau.* — Le préteur, ennemi des formalités inutiles, consacra ici d'importantes modifications. Considérant la *mancipatio familiæ* comme désormais vide de sens, et la *nuncupatio* comme superflue, il déclara valable tout testament écrit, pourvu que les *tabulæ* fussent revêtues à l'extérieur du cachet et de la signature de sept témoins, *septem signis signatum* (G. II, 119)(5). Mais la validité d'un testament de ce genre n'étant pas reconnue par le droit civil, le préteur ne donnait à l'institué que la *bonorum possessio*, conformément aux *tabulæ* (*bonorum possessio secundum tabulas*).

A la fin de l'époque classique, le droit civil lui-même s'engagea dans la voie où le préteur l'avait précédé. Il supprima la *mancipatio familiæ* en cas de testament oral, et se contenta désormais d'une *nuncupatio* solennelle en présence de sept témoins. Tel est le testament nuncupatif nouveau (21, pr. Dig., *Qui test. fac. poss.*, XXVIII, 1).

4°. *Formes du testament dans le dernier état du droit.* — Dans le dernier état du droit on trouve encore le testament nuncupatif débarrassé, comme nous venons de le dire, de la formalité de la *mancipatio familiæ*, et comme testament écrit le testament prétorien. Enfin, Théodose le Jeune introduisit une forme nouvelle de testament, appelé par les interprètes testament *tripartite*, assemblage composite de formes empruntées au droit civil, au droit prétorien et au droit nouveau. Ce testament doit, pour être valable : 1° avoir été rédigé par écrit et présenté à sept témoins apposant extérieurement leur cachet et leur nom, *adscriptio*, formalité qui rappelle le testament prétorien ; 2° il doit être signé à l'intérieur par le testateur et par chaque témoin, *subscriptio*, formalité d'introduction récente ; 3° il faut que ces formes aient été accomplies *uno contextu*, d'un seul trait, sans interruption,

(5) Les sept témoins du droit prétorien, de même que les témoins du testament nuncupatif, rappellent les cinq témoins de la mancipation auxquels viennent se joindre le *libripens* et le *familiæ emptor*, qui ne sont plus que de simples témoins.

souvenir du vieux droit civil qui exige une continuité de ce genre dans tous les actes solennels (21, pr. Cod., *De test.*, VI, 23).

226. — *Capacité de tester.* — La capacité de tester, *testamenti factio*, ne peut évidemment appartenir qu'à ceux qui ont un patrimoine, c'est-à-dire aux personnes *sui juris* (1). Même parmi ces dernières, il n'y a que celles qui ont la capacité générale de figurer dans les actes juridiques qui peuvent tester. Les fous, les prodigues interdits, les captifs sont donc incapables de faire un testament. D'ailleurs, les formes exigées pour la validité de cet acte ont nécessairement influé sur les conditions de capacité. Autrefois, en effet, lorsque le testament se faisait dans l'assemblée populaire, ni les pérégrins, ni les impubères, ni les femmes pubères ne pouvaient tester, l'entrée des comices leur étant interdite. Le testament restait donc l'apanage exclusif des hommes et des citoyens. Plus tard, lorsque le testament se fit *per æs et libram*, ces causes d'incapacité auraient dû disparaître. Il n'en fut rien. Les pérégrins demeurèrent incapables (2). Les impubères, bien qu'ils fussent capables d'aliéner *tutore auctore*, continuèrent à être privés de la capacité de tester, à raison de l'insuffisance de leur développement intellectuel. Quant aux femmes pubères, si le testament leur demeurait interdit, c'était afin de sauvegarder les droits de leurs agnats, leurs successeurs *ab intestat* (V. n° 132). On a vu qu'un sénatus-consulte de l'époque d'Hadrien leur permit de tester, sans avoir besoin de recourir au subterfuge de la *manus fiduciæ causa* (V. n° 106). Mais il leur fallait l'*auctoritas tutoris*, qu'elles furent toujours assurées d'avoir quand la tutelle cessa pour elles d'être une institution sérieuse (3). Ajoutons

226. — (1) Nous avons vu que les fils de famille pouvaient cependant tester *de peculio castrensi* ou *quasi castrensi* (V. n° 77).

(2) Les pérégrins qui avaient une *certa civitas* pouvaient tester selon les coutumes de cette *civitas* (Ulp., *Reg.*, XX, 14).

(3) A l'époque classique, les sourds et les muets sont incapables de tester

enfin à la liste des incapacités celles qui proviennent d'une loi spéciale, comme par exemple celle qui frappe les Latins juniens (V. n° 68). Sous Justinien, le nombre des incapacités a été considérablement diminué. Sont incapables : 1° les *alieni juris*, esclaves ou fils de famille (4); 2° les personnes *sui juris* frappées d'incapacité générale : les fous et prodigues interdits; 3° les personnes frappées d'incapacité spéciale au testament : les impubères, les personnes privées du droit de cité.

Il est évident que la capacité du testateur doit exister au jour même de la confection du testament. Mais est-il nécessaire qu'elle subsiste sans interruption jusqu'au jour du décès? On distinguait à cet égard, suivant que l'incapacité survenue après la confection du testament avait eu ou non pour résultat la *capitis deminutio* du testateur. S'il n'y avait pas *capitis deminutio*, par exemple en cas de folie ou d'interdiction pour prodigalité, le testament restait valable. Il devenait inefficace en cas de *capitis deminutio*, parce qu'on considérait que la personnalité du testateur avait changé. Or, le testament doit être un acte de volonté persistante, un vouloir permanent jusqu'au décès. Il ne peut donc être maintenu, car il n'est plus censé être l'œuvre du défunt. Aussi dit-on qu'il est *irritum* (*irratum*) (V. n° 231-2°) (5).

per æs et libram ou *per nuncupationem*. Justinien a supprimé cette incapacité, sauf pour le sourd-muet de naissance.

(4) Voir toutefois ce que nous disons n° 226, note 1.

(5) Lorsque le citoyen tombe en captivité, son testament ne devient pas *irritum*, malgré la *capitis deminutio* encourue. En effet, s'il revient et jouit du *jus postliminii*, le testament est maintenu, car le testateur est censé n'avoir jamais été fait prisonnier. S'il meurt à l'ennemi, il est censé être mort du jour même où il a été fait captif et, par suite, n'avoir pas subi de *capitis deminutio*. Cette dernière fiction est due à une interprétation que les prudents donnèrent de la loi *Cornelia de falsis*. Aussi l'appelle-t-on fiction *legis Corneliæ*.

Institution d'héritier réduite à sa forme la plus simple.

227. — Le but du testament est la désignation de celui qui doit succéder au patrimoine et continuer les *sacra privata* du défunt, à titre d'héritier. L'institution d'un héritier doit donc se trouver nécessairement dans tout testament. Sans cette institution, toutes les autres dispositions de dernière volonté, telles que legs, affranchissements, fidéicommis, nomination de tuteurs, etc., sont non avenues. Aussi l'institution d'un héritier est-elle appelée : *caput et fundamentum totius testamenti* (G. II, 229). L'institution d'héritier, sous sa forme la plus simple, consiste dans la désignation d'un seul héritier, appelé à recueillir la totalité du patrimoine, et institué purement et simplement. Nous aurons à voir plus loin quelles sont les modalités et variétés possibles de l'institution (V. n^{os} 228 et suiv.). Pour le moment, contentons-nous d'indiquer quelles sont les formes dans lesquelles doit être faite l'institution, et quelle capacité est requise de la part de l'institué.

1°. *Formes de l'institution.*— Ici nous trouvons deux règles qui sont la conséquence du formalisme primitif, et qui ont disparu avec lui. 1° L'institution d'héritier devait être conçue en termes impératifs. Cette exigence se comprend pour le temps où le peuple, en approuvant le testament, lui imprimait le caractère d'une loi. Elle n'avait plus de raison d'être à partir du moment où le testament ne fut plus qu'un acte privé. Elle subsista néanmoins par la force de la tradition. La formule était celle-ci : *Titius heres esto* (G. II, 117). Conçue dans d'autres termes, l'institution était nulle. On finit par se départir de cette rigueur, et à l'époque classique on accepte toute formule, pourvu qu'elle puisse être considérée comme l'équivalent de la formule impérative consacrée. Au Bas-Empire, le testateur est libre de se servir des termes qu'il lui plaît, pourvu qu'il n'y ait aucun doute sur ses intentions.

2° L'institution d'héritier doit être placée en tête du testament, ce qui est la matérialisation du principe que l'institution est *caput totius testamenti*. On en déduit cette conséquence, que toute disposition de dernière volonté précédant l'institution est non avenue (G. II, 229). Cette exigence fut abandonnée pour la nomination du tuteur (V. n° 112), pour l'exhérédation, et sous Justinien, d'une façon générale, pour toute espèce de disposition.

2°. *Capacité de l'institué.* — On appelle également *factio testamenti* la capacité d'être institué (1). Tout citoyen était capable, en principe, d'être institué héritier. Les pérégrins ordinaires ou *dedititii* étaient privés de la *factio testamenti*. Quant aux esclaves, ils pouvaient être institués par leur propre maître, mais à condition qu'il leur léguât expressément la liberté. Sous Justinien, ce legs de liberté n'a plus besoin d'être formel, il s'induit de l'institution de l'esclave comme héritier (§ 2. Inst., *Qui, quib. ex caus. manum,* I, 6). L'esclave d'autrui pouvait également être institué, pourvu que le maître eût la *factio testamenti*. Mais pour savoir qui profiterait de l'institution, il fallait attendre le jour de l'adition. Si, à ce moment, l'esclave était devenu libre, c'était lui-même qui bénéficiait de l'institution, sinon c'était son maître actuel, lequel pouvait être autre que celui qui avait sur lui la puissance au jour de la confection du testament. On exprimait ce résultat en disant que la succession : *ambulat cum dominio*.

Les femmes qui, dans le début, paraissent avoir eu, à l'égal des hommes, la *factio testamenti,* en furent privées partiellement sous la République par une loi *Voconia* qui leur enleva la capacité d'être instituées par les citoyens de la première classe du cens (G. II, 274). Cette loi date de l'époque où les femmes cherchaient à s'affranchir de plus en

227. — (1) Pour la distinguer de la capacité de tester qui porte le même nom, les interprètes l'appellent *factio testamenti passive*. Il est à remarquer d'ailleurs que, dans un sens plus général, la *factio testamenti* désigne la capacité de figurer à un titre quelconque dans un testament.

plus de la condition inférieure où elles avaient été tenues jusque-là, grâce à la *manus* et à la tutelle perpétuelle. En les empêchant de recueillir des successions opulentes, on espérait réfréner ces aspirations vers l'indépendance, et restaurer les anciennes mœurs. Mais cette loi, inspirée par un esprit de réaction, fut abrogée par désuétude (2).

La personne instituée devait être une personne physique, parfaitement déterminée, et dont le testateur pouvait, au moment où il disposait, se faire une idée précise. De là l'impossibilité d'instituer des *personæ incertæ*. Tels étaient les posthumes, *postumi*, c'est-à-dire ceux qui, au moment de la confection du testament n'étaient pas encore nés. Nous verrons plus loin (V. n° 242-3°) que le droit civil permit plus tard l'institution des posthumes siens. Quant aux autres, ils restèrent incapables en droit civil jusqu'à Justinien, mais le droit prétorien les faisait venir en vertu de la *bonorum possessio secundum tabulas*. Les personnes morales étaient également considérées comme *personæ incertæ*. On finit cependant par accorder la capacité d'être institués aux temples de certaines divinités, à certaines villes, et sous Justinien aux établissements religieux et aux villes en général.

La capacité de l'institué doit exister au moment où le testateur le désigne, c'est-à-dire au jour de la confection du testament. A partir de ce moment, toute relation de droit cesse entre le testateur et l'héritier. Aussi admet-on que l'héritier n'a pas besoin de conserver sa capacité dans le temps intermédiaire entre le testament et la délation de l'hérédité, pourvu qu'il l'aie reconquise à ce dernier moment : *media tempora non nocent*.

Modalités et variétés de l'institution d'héritier.

228. — 1°. *Modalités*. — L'institution d'héritier a pu être subordonnée par le testateur à un terme ou à une condition.

(2) *Adde* Accarias, t. I, n° 332 et notes.

Mais les Romains n'avaient pas admis la validité du terme *ad quem,* de la condition *ad quam* ou du terme *ex quo*. On a déjà vu (V. n° 224, note 1), qu'à leurs yeux, la qualité d'héritier une fois acquise, ne peut plus se perdre : *Semel heres, semper heres* (88. Dig., *De hered. inst.,* XXVIII, 5). Or, le terme ou la condition résolutoire auraient pour effet d'anéantir la vocation de l'héritier institué après l'expiration d'un certain laps de temps, et le terme suspensif, mis à l'institution, mettrait fin également à la vocation de l'héritier *ab intestat* appelé dès le décès, en attendant l'arrivée du terme. Pour éviter ces résultats, les Romains préféraient donner à la volonté du testateur une portée plus large que celle qui résultait des termes mêmes dans lesquels il avait disposé. Les modalités en question étaient considérées, par conséquent, comme non écrites et l'institution traitée comme pure et simple. Mais on admettait l'institution sous condition suspensive (condition *ex qua*), comme ne pouvant porter atteinte au principe : *Semel heres semper heres.* En effet, tant que la condition n'est pas arrivée, l'hérédité n'est déférée à personne, ni à l'héritier institué dont le droit n'est pas encore né, ni à l'héritier *ab intestat* qui ne peut venir qu'à défaut d'héritier institué. Si la condition fait défaut, l'effet de l'institution ne se produit pas, et l'héritier *ab intestat* est appelé. Si la condition s'accomplit, la vocation de l'institué est maintenue et l'institué peut venir à l'hérédité, pourvu qu'il soit encore vivant et capable (1). A la condition suspensive, les Romains assimilaient le terme suspensif incertain : *dies incertus conditionem in testamento facit* (75. Dig., *De cond.,* XXXV, 1). On appelle ainsi le terme qui arrivera à une époque qu'il est impossible de savoir à l'avance, comme par

228. — (1) Que ce soit l'héritier *ab intestat,* ou l'institué qui soit appelé, dans les deux cas, l'héritier est censé avoir succédé au défunt dès le jour du décès (54. Dig., *De acq. vel om. hered.,* XXIX, 2). Cette rétroactivité n'est nullement la conséquence du caractère conditionnel de l'institution. Elle se présente dans tous les cas où l'acquisition de l'hérédité ne se produit pas en même temps que la délation.

exemple : lorsqu'un tel mourra, *quum Titius morietur* (2). Il est des conditions suspensives qui rendent nulle l'institution qui est subordonnée à leur accomplissement. Telle est, par exemple, la condition potestative de la part d'un tiers : *Si Titius voluerit, tunc Mœvius heres esto.* Quant aux conditions impossibles, illicites ou immorales, elles sont considérées comme non écrites, et, par suite, l'institution vaut en pareil cas comme institution pure et simple (3).

229. — 2°. *Pluralité d'héritiers institués et institutions ex re certa.* — Le testateur pouvait, au lieu d'attribuer l'hérédité à un héritier unique, instituer plusieurs héritiers et attribuer à chacun d'eux la part qu'il jugeait convenable. Mais il devait s'arranger de façon à distribuer la totalité de l'hérédité, la règle *nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest* s'opposant à ce que les héritiers *ab intestat* vinssent prendre la part dont le testateur n'avait pas disposé. Si cependant le testateur n'avait pas attribué le tout aux héritiers institués, les parts de ceux-ci devaient être rectifiées selon la volonté probable du disposant (1).

Le testateur devant disposer de la totalité, l'institution qui serait limitée à un objet déterminé, institution *ex re certa* ne peut recevoir son exécution. Nous avons déjà montré qu'en pareil cas, et en vertu de la règle : *nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest* (V. n° 224), on tenait pour non écrite la mention de la *certa res,* et on appelait l'institué à recueillir la totalité. S'il y avait plusieurs héritiers

(2) Sur la question de savoir pourquoi le *dies incertus* est traité comme la condition suspensive, V. Accarias, t. I, n° 324-3° et note.

(3) De pareilles conditions apposées à un contrat le rendraient absolument nul. Cette différence entre les contrats et les testaments s'explique par la préférence qu'avaient les Romains pour la succession testamentaire. On présumait que le testateur avait ignoré la nullité de l'institution, et que s'il l'avait connue il n'eût pas hésité à effacer la condition dont l'insertion entraînait nullité. Accarias, t. I, n° 325.

229. — (1) V. pour le détail des règles suivies à cet égard, Accarias, t. I, n° 361.

et que tous fussent institués seulement *ex certa re,* on cherchait à concilier l'intention du testateur à l'égard de la *certa res* attribuée à chacun, avec la nécessité de partager la totalité de l'hérédité entre eux. On décidait en conséquence qu'ils étaient tous institués *sine parte,* par suite pour des parts égales, et qu'en même temps chacun d'eux était légataire de la *certa res* à lui assignée. Pareille solution ne pouvait plus être donnée pour le cas où certains héritiers étaient institués *ex certa re,* à côté d'autres héritiers institués pour une quote-part de l'hérédité. On finit par admettre qu'alors les institués *ex re certa* ne seraient traités que comme légataires de la chose, et resteraient, malgré leur titre d'héritiers, étrangers à l'hérédité (2).

230. — 3°. *Substitutions.* — L'institution d'héritier peut être accompagnée d'une substitution (*substitutio*), c'est-à-dire d'une institution faite en second ordre, *secundo gradu.* On distinguait deux espèces de substitutions : la substitution vulgaire (*vulgaris*) et la substitution pupillaire (*pupillaris*), auxquelles Justinien ajouta la substitution quasi pupillaire (*quasi pupillaris*).

1°. *Substitution vulgaire.* — Cette forme de substitution, nommée vulgaire parce que, de toutes les substitutions, c'est elle qui était le plus pratiquée, avait été imaginée pour écarter, autant que possible, toute chance de mourir *intestat.* Le testateur, prévoyant le cas où l'institué ne pourrait ou ne voudrait recueillir l'hérédité, désignait une autre personne pour venir à sa place. L'institué est donc institué en première ligne, *primo gradu*; le substitué est institué en seconde ligne, *secundo gradu.* A son tour, le substitué peut recevoir un substitué et ainsi de suite, de façon à *duos pluresve gradus heredum facere* (G. II, 174). Au dernier degré, le testateur désignait comme substitué un de ses esclaves, lequel venait comme héritier nécessaire, si tous les degrés précé-

(2) V. pour les détails, Accarias, t. I, n° 362.

dents manquaient. La substitution vulgaire fournissait aussi un moyen de hâter l'adition de l'héritier institué *primo gradu*. On lui impartissait un délai pour faire adition, passé lequel le substitué venait à sa place (1).

Les règles de la substitution vulgaire peuvent se rattacher toutes à ce principe unique que la substitution n'est qu'une institution conditionnelle : institution d'un second héritier pour le cas où le premier ne pourrait pas recueillir l'héréditié. De là, on doit conclure : 1° que la substitution est soumise à toutes les règles de forme exigées pour la validité des institutions ; 2° qu'elle est subordonnée à l'arrivée de la condition, c'est-à-dire qu'elle ne s'ouvre que lorsque l'adition de l'héritier institué *primo gradu* n'est plus possible ; 3° que le substitué doit encore être vivant et capable au jour où la condition s'accomplit, c'est-à-dire où l'héritier institué en première ligne fait défaut (V. n° 228). Quant à l'effet de la substitution vulgaire, c'est de permettre au substitué de prendre exactement la part que l'institué aurait recueillie, mais avec l'obligation d'acquitter les charges dont cette part était grevée (2).

2°. *Substitution pupillaire.* — L'introduction de cette forme de substitution est due à la coutume. Lorsqu'un père de famille mourait, laissant un enfant impubère, il était à craindre que ce dernier, après avoir recueilli la succession paternelle, ne vînt à mourir avant d'avoir atteint l'âge de puberté et, par conséquent, sans avoir pu tester. La succes-

230. — (1) Nous verrons plus loin comment la substitution vulgaire permettait également de se soustraire à l'application de certaines dispositions des lois caducaires (V. n° 260). *Adde* Accarias, t. I, n° 365.

(2) Supposons Primus, Secundus, Tertius institués *primo gradu;* Secundus substitué à Primus, et Quartus substitué à Secundus. Primus et Secundus faisant défaut, Quartus prendra certainement la part de Secundus. Mais que deviendra celle de Primus? D'après certains jurisconsultes, on aurait dû l'attribuer par moitié à Tertius et à Quartus. Mais une autre solution basée sur l'interprétation présumée de la volonté du testateur avait prévalu. On considérait que Quartus avait été substitué directement à Primus : *Substitutus substituto tacite censetur substitutus instituto.*

sion de l'enfant s'ouvrait donc *ab intestat*, et ce que le père avait évité pour lui-même quelques années avant se produisait pour l'impubère : son patrimoine et les *sacra* de la famille-passaient aux agnats, c'est-à-dire à ceux-là même que le *pater* avait voulu écarter. Pour éviter ce résultat, une pratique fort ancienne avait imaginé l'expédient original et ingénieux de la substitution pupillaire. Le *pater*, en même temps qu'il testait pour lui-même, testait pour son enfant. Il lui désignait un héritier pour le cas où l'enfant viendrait à mourir *ante pubertatem*, et cette institution portait le nom de substitution pupillaire.

Les règles primitives de la substitution pupillaire se sont assez profondément modifiées avec le temps, et ces changements ont altéré la physionomie de l'institution (3). Au début, on était parti de cette idée que le *pater* ayant institué héritier l'enfant impubère, pouvait disposer de l'hérédité de celui-ci, puisqu'elle se composait pour la majeure partie des biens qu'il lui avait laissés. De là les trois règles suivantes : 1° Pour pouvoir instituer un substitué pupillaire, il fallait que le père eût institué l'enfant comme son héritier. Il ne pouvait pas donner de substitué pupillaire à l'enfant qu'il avait omis ou exhérédé. Si l'on conçoit, en effet, que le père puisse, par une sorte d'extension de son droit de puissance, régler le sort des biens qu'il laisse à son enfant, on ne comprendrait pas qu'il pût disposer de biens qui ne proviennent pas de lui. En réalité, le substitué pupillaire est tout aussi bien l'héritier du père que celui de l'enfant. Le père s'est désigné d'abord l'enfant comme héritier *primo gradu*, et ensuite un autre héritier *secundo gradu*, pour le cas où le premier héritier mourrait *ante pubertatem : Immo pater sibi scripsit et secundum heredem non filio sed sibi jussit esse* (Cicéron, *De invent.*, II, 21) (4). 2° En cas de substitution pupillaire, il n'y

(3) Accarias, t. I, n° 366.

(4) La preuve que l'ancien droit exigeait l'institution de l'enfant, résulte des exemples de substitution pupillaire donnés par les textes (G. II, 179; 1, § 1. Dig., *De vulg. et pup. subst.*, XXVIII, 6). On peut aussi l'induire de

a en réalité qu'une seule hérédité, *una hereditas,* celle du *pater,* laquelle tombant entre les mains d'un incapable, conserve son caractère d'*hereditas,* tant que l'impubère, premier héritier inscrit, n'est pas parvenu à l'âge de puberté. Meurt-il impubère, elle passe au substitué, deuxième héritier institué. 3° De même qu'il n'y a qu'une seule hérédité, il n'y a non plus qu'un seul testament, *unum testamentum,* celui du père, qui institue deux ordres d'héritiers, l'impubère et le substitué.

A l'époque classique, deux de ces règles n'existent plus. 1° On admet que le père n'est plus tenu d'instituer son enfant pour pouvoir lui donner un substitué pupillaire. Il peut désigner un substitué à l'enfant qu'il exhérède. Ce droit est considéré dès lors comme un attribut de la puissance paternelle, et ne peut dès lors appartenir qu'au *pater* (5). 2° Cette innovation faisait obstacle au principe de l'unité des deux hérédités, dans tous les cas du moins où l'enfant qui avait reçu un substitué avait été exhérédé. Aussi avait-on fini par admettre qu'il y avait *duo hereditates*. 3° Quant au principe *unum testamentum,* il subsista plus longtemps, bien qu'il fût désormais en contradiction avec la conception nouvelle de deux hérédités distinctes (G. II, 180).

Le maintien du principe ancien, *unum testamentum,* nous explique certaines particularités de la substitution pupillaire à l'époque classique. 1° On ne pouvait faire une substitution pupillaire sans tester en même temps pour soi-même. Le testament du père est l'acte principal, dont la substitution n'est qu'un corollaire, *pars et sequela paterni testamenti* (§ 5. Inst., *De pupill. subst.,* II, 16; 38, § 3. Dig., *De vulg. et pup. subst.,* XXVIII, 6). Aussi la substitution pupillaire

l'insistance avec laquelle les textes classiques signalent la faculté donnée au père de donner un substitué à l'enfant exhérédé (G. II, 182; 1, § 2. Dig., *De vulg. et pup. subst.,* XXVIII, 6).

(5) Aussi un testateur autre qu'un *pater* ne peut-il pas, en instituant un héritier, désigner à ce dernier un héritier, pour le cas de décès au bout d'un certain laps de temps (G. II, 184).

est-elle souvent désignée sous le nom de *secundæ tabulæ*. 2° Lorsque la substitution pupillaire et le testament du père étaient faits dans un seul et même acte, la substitution devait, sous peine d'être inefficace, être inscrite après l'institution d'héritier : *constat enim unum esse testamentum, licet duæ sint hereditates* (2, § 4. Dig., *De vulg. et pupill. subst.*, XXVIII, 6). Rien n'empêchait cependant de faire la substitution par un acte de dernière volonté distinct du testament, sauf à observer, pour cet acte, toutes les formes des testaments. 3° Toutes les causes qui anéantissent le testament du père, anéantissent par voie de conséquence la substitution pupillaire (6).

3°. *Substitution quasi pupillaire.* — A l'époque de Justinien, on trouve, à côté de la substitution pupillaire, une espèce de substitution appelée *quasi pupillaire*, parce qu'elle est une extension par voie d'analogie de la substitution pupillaire. Justinien permit, en effet, à tout ascendant de donner un substitué pupillaire à son descendant atteint de folie (*furiosus* ou *mente captus*). Cette substitution *ad exemplum pupillaris substitutionis* diffère de cette dernière à plusieurs points de vue. Il n'est pas nécessaire que le descendant auquel on donne un substitué soit impubère. La substitution peut être faite non seulement par l'ascendant qui a la puissance, mais par tout autre ascendant, quel que soit son sexe. Enfin, la substitution n'est valable que si le disposant laisse au descendant sa quarte légitime. (9. Cod., *De impuber. et al. subst.*, VI, 26 ; § 1. Inst., *De pupill. subst.*, II, 16.)

(6) C'est également le principe ancien qui explique la double présomption admise par les empereurs Marc Aurèle et L. Verus (4, pr. Dig., *De vulg. et pup. subst.*, XXVIII, 6). Lorsqu'un père avait institué son enfant héritier et lui avait donné un substitué pupillaire, cette substitution pupillaire implique une substitution vulgaire tacite. Le substitué pupillaire viendra à la succession du père au lieu et place de l'enfant qui fait défaut. C'est la mise en pratique de l'idée exprimée déjà par Cicéron : *pater secundum heredem non filio sed sibi jussit esse.* En sens inverse, le père ayant institué son enfant impubère et lui ayant donné un substitué vulgaire, ce dernier est censé avoir été substitué pupillairement.

Causes d'inefficacité des testaments.

231. — Les causes qui pouvaient rendre inefficace un testament se divisent naturellement en deux catégories. Les unes sont contemporaines de la confection du testament, les autres tiennent à des circonstances qui se sont produites postérieurement à cette époque.

1°. *Causes contemporaines de la confection.* — Les causes qui, aux yeux du droit civil, rendent un testament inefficace dès le jour même où il a été fait sont : 1° l'inobservation des formes, 2° le défaut de *factio testamenti* du testateur, 3° le défaut de *factio testamenti* de l'institué, 4° l'inobservation des règles prescrites pour l'institution ou l'exhérédation des *sui heredes* (V. n° 242). Dans tous ces cas, le testament est considéré comme de nul effet, *nullius momenti, inutile,* parce qu'il est contraire au droit, *injustum.* Mais le préteur, corrigeant la rigueur du droit civil, considère que dans bon nombre de ces hypothèses il y a lieu de donner effet aux dernières volontés du testateur, pourvu qu'elles soient exprimées dans un acte revêtu des formes dont il se contente. Aussi donne-t-il la *bonorum possessio secundum tabulas* à l'héritier institué dans le testament *injustum,* à condition que ce testament soit revêtu du cachet et de la signature de sept témoins, *septem signis signatum* (G. II, 147). Les causes de nullité du droit civil se trouvent donc en principe écartées (1). 1° La nullité provenant de l'inobservation des formes prescrites par le *jus civile* est mise complètement de côté (V. n° 225, 3°). 2° A l'égard de la capacité du testateur, le préteur ne change rien au droit civil. 3° Il suit également les principes du droit civil pour la capacité de l'institué, mais valide par l'octroi de la *bonorum possessio* l'institution des municipes, des sociétés, des *collegia,* des posthumes externes (V. n° 227,

231. — (1) Accarias, t. I, n° 337.

2°). 4° Enfin, pour les *sui heredes* non institués ou exhérédés irrégulièrement, il introduit certaines règles spéciales (V. n° 243).

2°. *Causes postérieures à la confection.* — Bien que valable *ab initio*, le testament peut devenir inefficace par l'effet de certaines circonstances, indépendantes ou non de la volonté du testateur. Tels sont les cas où le testament est *ruptum, irritum, destitutum, inofficiosum.* 1° *Ruptum.* Le testament peut être rompu par la survenance d'un *heres suus* postérieurement à sa confection, *ruptum agnatione heredis sui* (V. n° 242-3°). Il peut l'être aussi par la révocation émanant du testateur. Cette révocation ne pouvait s'opérer que par la destruction volontaire de l'écrit contenant les dernières volontés, par la radiation volontaire de toutes les institutions, ou par la confection d'un testament postérieur (2). Il semble que la confection d'un second testament ne doive pas nécessairement entraîner révocation du premier, sauf le cas où le testateur aurait manifesté à cet égard une volonté formelle, ou lorsque le second testament est absolument inconciliable avec le premier (3). Les deux testaments se complètent alors l'un par l'autre et ne forment en réalité qu'un seul et même acte. Tel n'était point le principe du droit civil, aux yeux duquel la confection d'un second testament impliquait nécessairement révocation du premier. Cette présomption de volonté était tellement absolue, que la *ruptio* était maintenue même au cas où le second testament, cause de cette *ruptio*, ne pouvait pas produire son effet par suite du refus ou du prédécès du nouvel institué (G. II, 144). Le testateur ne pouvait écarter l'application de cette présomption qu'en insérant dans le second testament la clause : *Ut priores tabulæ valeant*, cas auquel le premier testament n'avait plus que la valeur d'un codicille, et ses dispositions celle de fidéicommis. Notons d'ailleurs que, pour entraîner rupture du premier

(2) Accarias, t. I, n° 341.

(3) Telle est la théorie de notre Code civil (V. art. 1035, 1036 C. civ.).

testament, le second devait satisfaire à toutes les conditions de validité exigées par le droit civil. Ici d'ailleurs le préteur n'introduisit qu'une réforme de détail. Lorsque le testateur avait anéanti son second testament, et que le premier subsistait encore matériellement, la *bonorum possessio secundum tabulas* était donnée à l'héritier institué dans ce premier testament, pourvu qu'il fût fait suivant les formes prétoriennes (V. n° 236). 2° *Irritum.* En droit civil, le testament devient *irritum* par l'effet de la *capitis deminutio* du testateur encourue après la confection (V. n° 226). Mais le préteur accorde aux héritiers institués la *bonorum possessio secundum tabulas,* lorsqu'avant le décès le testateur a recouvré la *factio testamenti* (4). 3° *Destitutum.* Dans ce cas, le testament ne peut pas produire son effet, parce que les héritiers institués ou les substitués ne peuvent ou ne veulent recueillir l'hérédité (V. n^os^ 249 et suiv.). 4° *Inofficiosum.* Nous reviendrons plus loin sur cette cause de rescision du testament (V. n^os^ 244 et suiv.).

SUCCESSION AB INTESTAT.

232. — *Notion générale de la succession ab intestat.* — Trois questions se posent à l'occasion de la dévolution de la succession *ab intestat.* La dernière seule donnera lieu à d'assez longs développements.

1°. Tout d'abord il y a lieu de savoir quand s'ouvre la succession *ab intestat.* C'est en effet à ce moment qu'il faut se placer pour déterminer quel est l'ordre d'héritiers qui doivent être appelés, et lorsqu'on tient compte de la proximité du degré, quel est dans cet ordre le plus proche en degré. Or, la délation de la succession *ab intestat* ne coïncide pas nécessairement avec le moment du décès. Le principe est qu'elle ne s'opère qu'au moment où s'est évanouie toute chance de

(4) Nous aurons à revenir sur la *bonorum possessio secundum tabulas,* lorsque nous exposerons la théorie générale des *bonorum possessiones* (V. n° 236-1°).

voir arriver un successeur testamentaire : *Quamdiu possit valere testamentum, tamdiu legitimus non admittitur* (89. Dig., *De reg. juris*, L, 17) (1). C'est ce qui a lieu dans les cas suivants : 1° Le défunt n'a pas laissé de testament; 2° son testament est *injustum;* 3° son testament est *ruptum, irritum*, ou rescindé comme *inofficiosum;* 4° le testament est *destitutum* (pr. Inst., *De hered. quæ ab intest. defer.*, III, 1).

2°. Pour ce qui est de la capacité requise à l'effet de pouvoir laisser une succession *ab intestat*, il suffit de noter qu'elle est réservée aux seuls citoyens et parmi eux aux personnes *sui juris*. La succession *ab intestat* des pérégrins n'est pas réglée par la loi romaine, et quant aux *alieni juris* ils n'ont pas de patrimoine qui puisse être l'objet de la dévolution *ab intestat* (2). D'autre part, pour pouvoir recueillir une succession *ab intestat*, il faut être citoyen, vivant ou simplement conçu au jour du décès, et exister encore au jour de la délation, lorsque ce moment ne coïncide pas avec celui du décès.

3°. Reste la question la plus importante, celle de savoir quelles sont les personnes appelées par la loi à recueillir l'hérédité *ab intestat, heredes legitimi*. Les biens de la personne décédée *ab intestat* devant revenir aux membres de la famille, on comprend que l'organisation de celle-ci doive exercer une influence déterminante sur le mode de règlement de la succession *ab intestat*. Aussi les idées juridiques romaines ont-elles subi à cet égard le contre-coup des variations qui se sont produites dans la notion même de la famille. Quatre systèmes successoraux ont été successivement ou simultanément en vigueur depuis la loi des XII Tables jusqu'à Justinien. 1° C'est d'abord le système du droit civil ancien, consacré expressément par la loi des XII Tables. 2° A côté de lui surgit le système de l'édit prétorien ou des

232. — (1) Ce principe est la conséquence de la préférence que manifeste le droit romain pour la succession testamentaire (V. n° 223).

(2) On a vu que la succession *ab intestat* au *peculium castrense, quasi castrense* et *adventitium* n'a été admise qu'à l'époque de Justinien (V. n° 77).

bonorum possessiones. 3° Les sénatusconsultes et les constitutions de l'époque impériale continuent l'œuvre du préteur. 4° Les novelles de Justinien sont le couronnement de ce long travail de transformation qui aboutit à consacrer les droits si longtemps méconnus de la parenté naturelle.

Pour éviter toute confusion dans cet exposé des divers systèmes successoraux *ab intestat*, il est nécessaire d'étudier en première ligne, le cas normal d'une succession *ab intestat* laissée par une personne qui n'était ni affranchie ni émancipée. Les règles de la dévolution sont un peu différentes lorsque le défunt n'était devenu *sui juris* qu'à la suite d'un affranchissement ou d'une émancipation (3). A ces hypothèses spéciales nous joindrons les cas de successions dites irrégulières.

Succession ab intestat d'une personne devenue sui juris sans affranchissement ni émancipation.

Premier système : Système du droit civil ancien ou des XII Tables.

233. — *Diverses classes d'héritiers.* — Il est très probable que, sur ce point comme sur tant d'autres, la loi des XII Tables ne fit que consacrer les principes du droit coutumier antérieur. Ces principes sont en parfaite harmonie avec la notion de la famille, telle que la concevait le *jus strictum*. La loi appelait en effet à la succession, d'après un certain ordre de préférence, les divers membres de la famille civile, sans tenir aucun compte des liens du sang et de la parenté naturelle. Mais au lieu de déférer les biens à la famille civile toute entière, la loi, abandonnant les idées anciennes sur la propriété familiale collective, appelait successivement à l'héré-

(3) On a adopté un ordre semblable à propos de la délation de la tutelle (V. n° 110).

dité plusieurs ordres d'héritiers, formant dans le sein de la famille civile des groupes distincts, de plus en plus éloignés du défunt. En première ligne venaient les *sui heredes,* à leur défaut les agnats, et à défaut de ceux-ci la *gens : Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento* (Ulp., *Reg.*, XXVI, 1; *Collat. leg. mosaïc.*, XVI, 4, § 4).

1°. *Premier ordre d'héritiers : Sui heredes.* — Les *sui heredes* sont appelés en première ligne. Ce sont les personnes qui, au jour du décès, étaient placées sous la puissance immédiate du défunt et que sa mort a rendues *sui juris :* ses enfants *primo gradu,* sa femme *in manu,* ses petits-enfants nés d'un fils prédécédé ou émancipé, pourvu dans ce dernier cas qu'ils fussent nés avant l'émancipation (G. III, 2, 3). On comprenait aussi parmi les *sui heredes,* les personnes qui, au jour du décès, ne se trouvaient pas sous la puissance immédiate du défunt, mais qui y auraient été placées au jour de la délation, si le *pater* avait vécu jusqu'à ce moment (1). La loi ne faisait aucune distinction parmi les *sui* entre les hommes et les femmes. Celles-ci d'ailleurs étant placées en tutelle perpétuelle, ne pouvaient dissiper au préjudice de leurs agnats les biens qui leur provenaient de la succession paternelle.

Il est à remarquer qu'en appelant en première ligne les *sui,* la loi ne faisait que consacrer un droit dérivant de la nature des rapports qui existaient déjà entre eux et le *pater.* Les *sui,* nous l'avons vu, sont, durant la vie du *pater,* copropriétaires avec lui des biens familiaux. Le *pater* venant à mourir, il n'y a pas en réalité succession, ce qui impliquerait l'idée d'un changement, d'un étranger venant à la place du défunt. Les *sui,* déjà propriétaires, continuent à rester tels (V. n° 73) (2). Ce sont des *domestici heredes* (G. II, 157). De

233. — (1) Tel est le cas où, au décès, le défunt laisse un fils et un *nepos* né de ce fils, tous deux exhérédés par un testament dans lequel il institue un étranger. Ce dernier faisant défaut alors que déjà le fils est décédé, la succession *ab intestat* s'ouvre alors au profit du *nepos,* en sa qualité de *suus.*

(2) La façon dont s'exprimait la loi des XII Tables en est une preuve ma-

cette notion découlent des conséquences fort importantes au point de vue de la façon dont l'hérédité légitime est répartie entre les *sui* et acquise par eux.

1° Les *sui* ayant été durant la vie du *pater* tous copropriétaires au même titre, ont après sa mort des droits égaux sur son patrimoine. Si donc il y a plusieurs *sui* au même degré, la succession se partage entre eux par têtes, *per capita*. S'il y avait des *sui primo gradu,* venant concurremment avec des *sui secundo gradu,* ces derniers prenaient la part de leur père, et la succession se partageait alors *per stirpes*. Il en était de même, lorsque tous les fils *primo gradu* étant prédécédés, il ne restait plus que des *nepotes ex filiis* (G. III, 8).

2° Le *suus* qui recueille les biens, ne réalisant pas une acquisition, mais reprenant en réalité l'administration de biens qui étaient siens, est héritier nécessaire, c'est-à-dire que l'hérédité lui est acquise sans qu'il ait à manifester sa volonté à cet égard, à son insu et même malgré lui (V. n° 249). De là résulte que la mort du *suus* survenue après la délation ne donne pas lieu à accroissement au profit des autres *sui*, ses cohéritiers. Ce sont ses propres héritiers qui recueillent sa part, puisque cette part est déjà entrée dans son patrimoine. De même, en supposant un seul *suus* appelé, venant à mourir après la délation de l'hérédité, sa part n'est pas dévolue aux *sui* de degré moins rapproché que lui, mais à ses héritiers, ce qu'on exprime ainsi : *successio in suis heredibus non est* (1, § 8. Dig., *De suis*, XXXVIII, 16).

2°. *Deuxième ordre d'héritiers : Agnats.* — A défaut de *sui*, la succession était déférée aux agnats, suivant la proximité du degré (3). La loi des XII Tables n'avait fait aucune distinction entre les agnats et les agnates. Mais une coutume

nifeste. Elle subordonne la transmission du patrimoine à l'absence de *sui*, et semble ne faire commencer la succession qu'aux agnats : *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit agnatus proximus familiam habeto*, etc, (*Adde* 11. Dig., *De liberis et post.*, XXVIII, 2).

(3) Les *sui* font défaut, soit parce qu'il n'en a jamais existé, soit parce qu'ils sont tous prédécédés ou devenus incapables.

postérieure, s'inspirant de la pensée de défiance qui dicta la loi Voconia (V. n° 227-2°), décida que seules, parmi les agnates, les sœurs (sœurs consanguines) pourraient venir à la succession (4) (G. III, 14, 23). Mais les agnats ne sont pas tous appelés à la fois. La succession est déférée à l'agnat le plus proche en degré, *proximus agnatus*. S'il y a plusieurs agnats du même degré, la succession se partage entre eux par têtes, *per capita*, par exemple entre plusieurs frères et sœurs, ou entre plusieurs neveux de divers frères prédécédés (5). L'agnat le plus proche exclut toujours l'agnat le plus éloigné : ainsi le frère exclut les enfants du frère prédécédé; lesquels ne viennent pas prendre la place de leur père.

Les agnats, tout en se rattachant à un même auteur, forment autant de branches distinctes. Ce sont des parents qui, loin d'avoir toujours vécu en commun, sous la puissance du *pater*, ont eu déjà une existence juridique et des patrimoines séparés. Aussi, la succession qui leur est déférée est-elle pour eux une véritable acquisition, qu'ils sont libres de refuser. A la différence des *sui heredes*, ils font partie des héritiers volontaires. La succession n'étant pas nécessairement acquise au *proximus agnatus* appelé, on aurait dû admettre, que cet agnat faisant défaut, la succession passerait à l'agnat ou aux agnats de degré subséquent. Mais cette dévolution d'un degré à l'autre n'avait pas lieu, et la succession non-recueillie par le *proximus agnatus* était immédiatement déférée à l'ordre des *gentiles*. Cette règle qu'on formulait ainsi : *in hereditate legitima successioni locus non est* (G. III, 12; Paul, *Sent.*, IV, 8, § 23), n'a été introduite qu'après la loi des XII Tables par une jurisprudence désireuse sans doute

(4) Aussi les jurisconsultes subdivisent-ils l'ordre des agnats en deux classes : 1° les *consanguinei*, c'est-à-dire les frères et sœurs nés du même père, ce qui comprend les germains et les consanguins (*stricto sensu*); 2° les agnats mâles au delà du second degré (Ulp., *Reg.*, XXVI, 1).

(5) Dans le cas où les agnats appelés sont des neveux issus de divers frères prédécédés, le partage ne se fait donc pas entre eux *per stirpes* comme entre les *nepotes ex filiis*.

d'écarter les agnats et de favoriser la prise de possession de l'hérédité par les cognats (6).

3°. *Troisième ordre d'héritiers : Gentiles.* — A défaut d'agnats, ce sont les *gentiles* qui recueillent l'hérédité, en vertu du droit qui appartient à la *gens* sur le patrimoine de tous ses membres (G. III, 17) (V. n° 92).

234. — *Critique du système successoral ab intestat des XII Tables.* — Cette législation a été la base de tout le système successoral romain. Si importantes qu'aient pu être les modifications qu'elle a subies par la suite, elles n'ont pas cependant dérangé l'économie du plan primitivement conçu par la loi décemvirale. Mais elles ont atténué, dans une large mesure, les imperfections de ce régime qui, fondé uniquement sur l'antique lien de l'agnation et de la gentilité, ne tenait compte ni des liens du sang, ni des affections naturelles (1). C'est ainsi que la qualité de *suus* étant une conséquence de la puissance paternelle, on voyait les enfants adoptifs appelés à la succession *ab intestat* dont se trouvaient exclus les émancipés et les *nepotes ex filia*. Dans l'ordre suivant, les agnats les plus éloignés étaient préférés aux simples cognats, quoique plus proches. Enfin, l'admission des *gentiles* avait pour résultat d'attribuer les biens à des personnes qui n'étaient unies au défunt que par des liens de la parenté la plus problématique (2).

(6) Le texte de la loi ne semble, en effet, appeler les *gentiles* que lorsqu'il n'y a plus du tout d'agnats : *si adgnatus nec escit, gentiles*, etc. Gaius (III, 17) : *si nullus adgnatus sit*, etc. Mais, par une interprétation quelque peu forcée du texte, on arriva à écarter l'application de la loi. Comme celle-ci appelait d'abord le *proximus agnatus* à défaut de *sui*, on considéra que c'était encore de lui qu'elle parlait dans la phrase : *Si agnatus nec escit, gentiles*, etc. Dès lors, s'il fait défaut, l'ordre des agnats se trouve par là même exclu, et les biens sont dévolus *jure civili* aux *gentiles*. Mais, avant que ces derniers aient pu les acquérir, les cognats pourront les posséder et demander au préteur la *bonorum possessio* (V. n° 237-3°).

234. — (1) Aussi Gaius qualifie-t-il justement le régime successoral des XII Tables de *jus strictum* (G. III, 18).

(2) Ajoutons que dans ce système les droits de la femme sont singulière-

Aussi, le droit civil lui-même chercha à apporter quelque remède aux inconvénients que nous venons de signaler. L'une des plus anciennes et des plus importantes tentatives faites dans ce but, date de l'époque même des XII Tables. La loi, en permettant au *pater* de faire son testament, l'autorisait à écarter les membres de la famille civile au profit d'un héritier de son choix. L'*usucapio pro herede* semble aussi avoir été un moyen employé pour favoriser les parents naturels en présence d'agnats de degré éloigné ou de *gentiles*. Il est vraisemblable, en effet, que ceux qui s'emparaient des choses héréditaires étaient les proches parents non agnats qui, se trouvant auprès du défunt lors du décès, avaient toute facilité pour occuper les premiers les biens laissés par lui (V. n° 193). Enfin, la coutume qui fit prévaloir l'exclusion de la *successio graduum* dans l'ordre des agnats (V. n° 233-2°), s'inspira de la même pensée de réforme. Mais c'était le préteur qui allait porter les coups les plus sensibles à ce système, et, comme le dit Gaius, corriger ses iniquités (G. III, 25).

Deuxième système : Système prétorien ou des Bonorum possessiones.

235. — *Idée générale du système. Histoire de son développement.* — A côté du droit civil, les préteurs constituèrent peu à peu un régime successoral nouveau qu'on voit déjà apparaître dans ses grandes lignes à l'époque de Cicéron, et qui, depuis lors, reste distinct du système du droit civil, avec lequel il finit cependant par se fondre sous Justi-

ment sacrifiés. En cas de décès, elle ne laisse pas d'*heredes sui*, et, par suite, ses propres enfants sont exclus de sa succession, à moins qu'elle ne soit mariée avec *manus*, cas auquel ils viennent comme agnats les plus proches. D'autre part, la femme ne peut venir à la succession *ab intestat* de ses enfants, dont elle n'est ni *heres sua*, ni agnate, sauf le cas de *manus* où elle vient en qualité d'agnate. Elle n'est pas appelée à la succession du mari, à l'exception du cas où elle est *in manu*. Enfin, les femmes agnates sont exclues de la succession de leurs agnats, à l'exception des sœurs consanguines (V. n° 233-2°).

nien. A l'époque de son plein développement, le système prétorien peut se résumer en quelques règles fort simples. Lorsqu'un individu vient à mourir, le préteur défère ses biens à certaines personnes, soit à celles que le défunt a lui-même instituées dans un testament valable *jure prætorio*, soit, à défaut de testament, à celles que le préteur désigne suivant un certain ordre de préférence. Le successeur auquel la succession est ainsi offerte n'est pas héritier *jure civili*, et n'a pas droit au titre d'*heres* : *Prætor heredes facere non potest* (G. III, 32). Aussi n'a-t-il pas le *dominium* des choses corporelles héréditaires, et n'est-il pas non plus investi *jure civili* des créances et des dettes du défunt. Il a seulement la possession des biens, *bonorum possessio*, ce qui ne lui donne droit sur les choses corporelles qu'à l'*in bonis habere* (V. n° 217-1°), et il ne peut poursuivre les débiteurs héréditaires ou être poursuivi par les créanciers de la succession que par voie d'actions utiles. Néanmoins, le préteur garantit au *bonorum possessor* le maintien du droit dont il l'investit en lui donnant un interdit spécial et une action *in rem* analogue à la pétition d'hérédité du droit civil (V. n° 255) (1).

Très souvent, la *bonorum possessio* était déférée à des personnes déjà appelées *jure civili* à la succession, par exemple à un héritier régulièrement institué, à un *suus*, à un agnat. Le préteur, en pareil cas, ne faisait que confirmer le droit civil, et la *bonorum possessio* était donnée alors *confirmandi juris civilis causa* (G. III, 34, § 1; Inst., *De bonor. poss.*, III, 9). Mais elle était aussi offerte à des personnes que le droit civil n'avait pas admises dans ses cadres d'héritiers, et qui, à défaut d'héritiers civils, paraissaient dignes d'être appelées à raison des liens de parenté qui les unissaient au défunt. Ici, le préteur ne se mettait pas en opposition avec le droit civil; il ne faisait que le compléter, étendre le cercle

235. — (1) *Adde,* pour la comparaison entre la *bonorum possessio* et l'*hereditas,* Accarias, t. I, n° 442.

trop étroit de ses dispositions. La *bonorum possessio* était donc donnée, *supplendi juris civilis causa* (§ 2. Inst., *De bonor. poss.*, III, 9). Enfin, allant plus loin, le préteur appelait quelquefois des personnes exclues formellement de l'hérédité par le droit civil. Il se posait donc en adversaire du droit civil dont il cherchait ainsi à corriger l'iniquité, et la *bonorum possessio* était accordée par lui, *corrigendi juris civilis causa* (pr. Inst., *De bonor. poss.*, III, 9).

Il est clair que cette théorie n'a pu que s'élaborer progressivement. Mais les textes ne permettent de dire avec une absolue certitude ni quel a été le point de départ de la réforme prétorienne, ni dans quel ordre les différentes applications de la *bonorum possessio* ont successivement apparu (2). On peut présumer que le système prétorien a son origine dans les règles de procédure suivies à l'occasion de la pétition d'hérédité. Supposons, en effet, cette action intentée par un héritier *ab intestat* contre une personne qui se dit instituée par testament, ou contre un autre héritier *ab intestat*. Sous le régime des *legis actiones* le magistrat devait, au début de l'instance, déterminer quelle était celle des deux parties à qui appartiendrait durant le procès la possession intérimaire des choses héréditaires. Il était assez naturel que, pour cette attribution provisoire de la possession, le préteur donnât la préférence à celui qui lui paraissait avoir des droits à l'hérédité supérieurs à ceux de l'adversaire. En donnant ainsi la possession, le préteur ne faisait que se conformer au droit civil. Sa décision d'ailleurs n'avait rien de définitif. La pré-

(2) Il s'est produit à ce sujet un très grand nombre d'opinions. Celle que nous adoptons nous paraît être tout à fait conforme au rôle qu'a joué le préteur dans le développement du droit. En tous cas, faut-il repousser l'assertion émise par Justinien, suivant lequel la *bonorum possessio* aurait débuté par être donnée *emendandi juris civilis gratia* (pr. Inst., *De bonor. poss.*, III, 9). Comme magistrat, le préteur était tenu de respecter la loi. Ses réformes n'ont donc pas dû être inaugurées par le renversement des principes de la succession civile. Leurs commencements ont été plus modestes. V. dans le sens de l'opinion développée au texte, Accarias, t. I, nº 441; Ortolan, t. III, nº 1099.

tention de celui à qui la possession avait été refusée restait entière, et elle pouvait triompher, lors du débat devant le juge, sur le fond du droit. Là, en effet, chacune des parties était obligée de prouver son droit à l'hérédité, et, par conséquent, l'avantage que procurait l'attribution de la possession à l'une d'elles, n'avait que le caractère d'une mesure provisoire. Les choses changèrent avec la procédure formulaire. Celui qui avait obtenu la possession intérimaire jouait désormais le rôle de défendeur, et comme tel, il n'avait qu'à repousser la prétention de son adversaire, sans avoir à prouver qu'il avait lui-même des droits à l'hérédité. Dès ce moment, l'avantage de la *bonorum possessio* devint considérable, car elle constituait pour la personne qui l'avait obtenue un titre à l'effet de conserver les biens héréditaires à l'encontre de tous ceux qui ne prouvaient pas leur qualité d'héritiers selon le droit civil.

En même temps, le préteur dut être amené à donner la *bonorum possessio* à des personnes que le droit civil n'avait pas admises parmi les héritiers *ab intestat*. Qu'un citoyen vînt à mourir sans laisser de *sui*, et que le *proximus agnatus* fît défaut, la succession allait passer aux *gentiles*. Les simples cognats, si proches qu'ils fussent en degré, étaient exclus, et un étranger sans droit, plus diligent qu'eux, pouvait, s'emparant des biens héréditaires, devenir héritier par voie d'*usucapio pro herede*. Pour éviter ce résultat, le préteur leur permit de demander la *bonorum possessio* qui leur assurait, avec les avantages de l'*in bonis habere*, le bénéfice de l'usucapion ordinaire. Néanmoins, le préteur réservait les droits des héritiers civils dans le cas où ceux-ci se présenteraient avant l'accomplissement de l'usucapion. Il y avait donc ici une sorte d'*usucapio pro herede*, mais plus savamment et plus équitablement organisée. Au lieu de laisser le premier venu s'emparer des choses de la succession, le préteur octroyait la *bonorum possessio* et ses avantages en connaissance de cause, suivant un certain ordre de préférence, que lui-même avait réglé à l'avance dans son édit.

Ce n'est que plus tard que, devenant plus hardi, le préteur s'attaqua ouvertement au droit civil, non plus pour le compléter, mais pour le corriger. Il admit, concurremment avec les héritiers du droit civil ou même à leur exclusion, des personnes auxquelles le droit civil refusait le droit de venir prendre les biens. Ici toutefois, ses innovations furent plus discrètes, et il ne réussit à les faire triompher pleinement que lorsque le progrès des mœurs tendit à assimiler de plus en plus les parents naturels aux parents civils.

En résumé, les premières applications de la *bonorum possessio* n'eurent d'autre but que de confirmer le droit civil. Ensuite parurent les *bonorum possessiones* destinées à le compléter, et enfin celles qui corrigèrent ses rigueurs (3).

236. — *Division des bonorum possessiones.* — De même que l'hérédité, la *bonorum possessio* est déférée *ex testamento* ou *ab intestat* selon que le défunt a laissé ou n'a pas laissé de testament. Le préteur n'a fait que se conformer ici à l'ordre suivi par la loi des XII Tables. Les *bonorum possessiones ex testamento* viennent donc dans son Édit, avant les *bonorum possessiones intestati* (1, pr. Dig., *Si tabulæ test.*, XXXVIII, 6).

1°. *Bonorum possessiones testamentaires.* — Elles sont au nombre de deux : 1° Tout d'abord le préteur accorde la *bonorum possessio* aux héritiers institués dans un testament valable *jure prætorio*. Aussi cette *bonorum possessio* était-elle appelée *bonorum possessio secundum tabulas* (V. n° 225-3°, et 231-1° (1). Les institués avaient droit aux parts que leur avait assignées le défunt, et à charge d'exécuter les libéralités qu'il leur avait imposées. Cette *bonorum possessio*

(3) Telle est en effet, suivant Papinien, la marche suivie par le préteur dans tous les cas où il a cherché à mettre le droit civil en harmonie avec les besoins nouveaux (7, § 1. Dig., *De just. et jure,* I, 1) (V. n° 14).

236. — (1) Un testament oral fait en présence de sept témoins est suffisant pour donner droit à la *bonorum possessio*, qui est dite alors, *secundum nuncupationem.*

était donnée *confirmandi juris civilis causa*, lorsque l'*heres* du droit civil la demandait au préteur, à raison des avantages qu'elle conférait à ceux qui en étaient investis (V. n° 255, note 2). Mais le plus souvent elle était donnée *corrigendi juris civilis causa*, par exemple lorsque le testament était irrégulier en droit civil, comme n'ayant pas été accompagné de *mancipatio familiæ* ou de *nuncupatio*, ou lorsque le préteur sanctionnait l'institution d'un posthume externe, enfin lorsqu'il donnait effet à un testament *ruptum jure civili* par la confection d'un second testament anéanti depuis par le testateur (V. n° 231-2°), ou lorsqu'il maintenait un testament devenu *irritum* par l'effet de la *capitis deminutio* du testateur (V. n° 231-2°). 2° La deuxième application de la *bonorum possessio* testamentaire est le cas où elle est déférée *contra tabulas*. Cette hypothèse sera examinée plus loin (V. n° 243) (2).

2°. *Bonorum possessiones ab intestat*. — En l'absence de testament, ou lorsque le testament était dépourvu d'effet, le préteur appelait diverses classes de successeurs *ab intestat* dans un ordre qu'il avait réglé à l'avance dans son Édit : 1° En première ligne venaient les *liberi*, auxquels le préteur donnait la *bonorum possessio unde liberi*. 2° En second ordre, les *legitimi* ayant droit à la *bonorum possessio unde legitimi*. 3° En troisième ligne, les cognats, auxquels était déférée la *bonorum possessio unde cognati*. 4° En dernier lieu, l'époux survivant qui avait droit à la *bonorum possessio unde vir et uxor* (1, pr. Dig., *Quis ordo*, XXXVIII, 15). Entre ces diverses classes de successeurs, on admettait la dévolution d'ordre à ordre, et la partie de l'Édit qui la consacrait portait le nom spécial de *successorium edictum*. Si donc il ne se présentait personne de la première classe pour demander la *bonorum possessio*, le droit de la réclamer passait aux successeurs de la seconde, et ainsi de suite. Une même personne pouvait d'ailleurs être appelée à la *bonorum possessio* à divers titres,

(2) Accarias, t. I, n° 450; Ortolan, t. III, n° 1105.

et par suite, après avoir négligé de demander la *bonorum possessio* dans une des classes de successeurs, elle était admise encore à la demander comme faisant partie de la classe suivante.

237. — *Des divers ordres de bonorum possessores ab intestat.* — 1°. *Premier ordre : Liberi, et bonorum possessio unde liberi.* — L'ordre des *liberi* comprend un certain nombre de descendants du défunt que le préteur appelle ainsi en première ligne pour se conformer à l'ordre des affections naturelles. Il suit d'ailleurs ici l'exemple du droit civil qui faisait venir également les *sui* au premier rang. Aussi les *sui heredes* ont-ils droit à la *bonorum possessio unde liberi,* et en la leur déférant, le préteur ne fait que confirmer le droit civil. Mais il va plus loin, il le corrige, en octroyant en même temps la *bonorum possessio* à des descendants que le droit civil exclut, parce qu'ils n'ont pas la qualité de *sui.* Tel est le cas pour les enfants émancipés. Cette admission de l'émancipé au rang des successeurs, à côté des *sui,* était la conséquence des changements qui s'étaient accomplis dans les mœurs. L'émancipation n'impliquait plus comme autrefois une pensée de déchéance, elle était regardée comme une faveur. Se faisant l'interprète des idées nouvelles, le préteur pouvait présumer que l'émancipation avait eu lieu non en vue de nuire à l'enfant, mais dans son intérêt, et, par suite, il était autorisé à le considérer comme étant resté dans la famille. Aussi, l'émancipation était-elle fictivement rescindée par lui et tenue comme non avenue (G. III, 26). L'émancipé n'était point, il est vrai, un *suus,* mais il avait du moins le titre et les droits d'enfant (*liber*) que l'émancipation n'avait pu lui enlever, et c'est en cette qualité qu'il était appelé. Le partage entre les *sui* et les émancipés se faisait soit par têtes, soit par souches, suivant les règles admises en droit civil pour les *sui* (V. n° 233-1°) (1). La même

237. — (1) Signalons ici une disposition particulière de l'Édit, pour le cas

faveur fut accordée par le préteur à l'enfant qui était sorti de la famille à la suite d'une adoption, et qui avait été émancipé par son père adoptant avant le décès du père naturel. Cet enfant était admis comme *liber* à la *bonorum possessio*, absolument comme s'il avait été émancipé par son père naturel (2). En définitive, le préteur avait élargi le cercle des personnes appelées en première ligne à recueillir les biens *ab intestat*. Aux *sui* véritables, il ajoutait des *sui* assimilés ou fictifs. Mais il ne déduisit pas toutes les conséquences de l'idée qui l'avait inspiré dans sa réforme : ne plus tenir compte de la puissance paternelle. C'est ainsi qu'il n'admit pas les enfants, à titre de *liberi*, à la succession de leur mère, ni les *nepotes ex filia* à la succession de leur aïeul maternel.

2°. *Deuxième ordre : Legitimi, et bonorum possessio unde legitimi.* — En second ordre, le préteur appelait tous ceux auxquels la loi des XII Tables et le droit civil postérieur défé-

où le défunt laisse deux fils, l'un resté en puissance, l'autre émancipé, ce dernier ayant des enfants demeurés sous la puissance de l'aïeul. *Jure civili*, les biens doivent être partagés entre le fils resté en puissance et les *nepotes*. Mais l'admission de l'émancipé à la *bonorum possessio* réduit la part advenant au fils *suus*. Trouvant un pareil résultat peu conforme à l'équité, le préteur décida que la succession serait partagée par parts égales entre le fils *suus* et son frère émancipé, mais que ce dernier serait obligé de donner la moitié de sa part à ses propres enfants. Cette disposition de l'Édit était appelée : Édit *de conjungendis cum emancipato liberis ejus* (1, pr., § 1. Dig., *De conjungendis*, XXXVII, 8).

(2) Lorsqu'un adopté avait été émancipé par l'adoptant, le préteur ne l'admettait pas à la *bonorum possessio unde liberi* avec les autres *liberi* de l'adoptant. L'émancipation ayant rompu le lien purement civil unissant l'adopté à l'adoptant, le préteur ne doit pas chercher à en effacer les effets. Mais il est juste que l'enfant reprenne ses droits de succession dans sa famille naturelle. Si l'émancipation a eu lieu après que le père naturel est déjà mort, l'enfant ne comptera pas parmi les *liberi* de ce dernier, et il ne viendra qu'au rang des cognats. Il ne peut pas, en effet, dépendre du père adoptant de modifier par une émancipation le règlement d'une succession déjà ouverte. Mais lorsque l'émancipation a lieu avant le décès du père naturel, les choses sont encore entières. Les enfants et les agnats de ce dernier n'ont encore que des droits éventuels à la succession, droits qu'un testament pourrait leur enlever. A plus forte raison doit-on donc admettre l'enfant à rentrer dans la famille en qualité de *liber* (G. II, 136, 137 ; § 10. Inst , *De hered. quæ ab int. defer.*, III, 1).

raient l'hérédité légitime. De là le nom de *legitimi* donné aux successeurs appelés dans cette classe, et à la *bonorum possessio* qui leur est offerte, et qui est appelée *bonorum possessio unde legitimi*. Elle pouvait être demandée par les *sui* qui avaient laissé passer le délai pour demander la *bonorum possessio unde liberi*, puis par les agnats, enfin par les *gentiles*. A ce point de vue, le préteur ne faisait que confirmer les principes du droit civil, et par suite la *bonorum possessio* qu'il donnait ici était toujours *confirmandi juris civilis causa*. L'Édit n'introduit ici aucun héritier nouveau; il ne rescinde pas l'émancipation, et par conséquent n'admet pas les frères ou sœurs émancipés au rang des *legitimi*.

3°. *Troisième ordre : Cognati, et bonorum possessio unde cognati* (3). — Après les *legitimi*, le préteur offre la *bonorum possessio* aux cognats, *quos sanguinis ratio vocat ad hæreditatem* (2. Dig., *Unde cognati*, XXXVIII, 8). Ici le préteur ne confirme pas le droit civil, puisque les cognats ne sont pas héritiers légitimes. D'autre part, il ne contredit pas non plus le droit civil, puisqu'il n'appelle les cognats qu'à défaut de *liberi* et de *legitimi*. La *bonorum possessio unde cognati* est donc donnée *supplendi civilis juris causa*. Mais ce sont seulement les plus proches parmi les cognats qui y sont appelés. Elle n'est déférée que jusqu'au sixième degré inclusivement, et au septième au profit des enfants de cousins et cousines issus de germains, *sobrino, sobrinave nati*. Au delà, les cognats sont trop éloignés pour qu'on puisse présumer que le défunt a pu songer à eux. Parmi les cognats ainsi appelés, il en est pour qui la *bonorum possessio unde cognati* n'est guère qu'un secours subsidiaire, au cas où ils n'auraient pas pu profiter des *bonorum possessiones* précédentes. Tels sont les *sui*, les personnes assimilées aux *sui* par le préteur, et les *legitimi*. Mais, pour la grande majorité des cognats, la *bonorum possessio unde cognati* est l'unique moyen d'arriver à la succession. Aussi est-ce évidemment

(3) Accarias, t. I, n° 456; Ortolan, t. II, n° 1070-1080.

ceux-là que le préteur avait en vue lorsqu'il a introduit cette application de la *bonorum possessio* (4). Parmi eux citons les enfants venant à la succession de leur mère, la mère venant à celle de ses enfants, les enfants des filles, et d'une façon générale tous les parents par les femmes, comme les frères et sœurs utérins, enfin les frères et sœurs émancipés. La *bonorum possessio unde cognati* était déférée d'abord aux cognats les plus proches, puis, ceux-ci venant à faire défaut, aux cognats du degré suivant. Quand il y avait concours entre cognats du même degré, ils partageaient par tête.

4°. *Quatrième ordre : Époux survivant; bonorum possessio unde vir et uxor.* — A défaut de cognats, le préteur appelait en dernière ligne l'époux survivant, à condition qu'il fût uni par les *justæ nuptiæ* à l'époux décédé, et que cette union n'eût pas été rompue par le divorce. Tant que la *manus* fut pratiquée, cette *bonorum possessio* n'eut aucune raison d'être, car la femme venait comme *sua* à la succession du mari prédécédé, et, lorsqu'elle mourait la première, elle ne laissait pas de patrimoine. Lorsque la *manus* fut tombée en désuétude, l'époux survivant n'eut plus aucun titre à venir recueillir la succession de son conjoint, puisque le mariage ne crée entre les deux époux aucun lien de parenté. Aussi est-ce par pure faveur pour le conjoint que le préteur l'admettait au rang des successeurs, mais en le faisant venir après tous les cognats. La *bonorum possessio unde vir et uxor* n'est donc donnée que *supplendi juris civilis causa*. Les empereurs n'assignèrent pas un meilleur rang à l'époux survivant, et il est probable que si notre loi moderne lui a conservé cette place peu privilégiée parmi les successeurs *ab intestat*, cela

(4) L'idée d'appeler les cognats avait été suggérée au préteur par le droit civil lui-même. Déjà, en effet, aux époques les plus anciennes, l'usage et les mœurs reconnaissaient quelque effet à la parenté naturelle. Sous le nom de *propinqui*, les cognats font partie du tribunal domestique, et certaines lois, la *lex Furia*, la *lex Cincia*, tout en proscrivant les libéralités excessives, exceptent de leurs prohibitions les *proximi cognati* (V. n° 271). Nous verrons les lois caducaires traiter les cognats avec la même faveur (V. n° 259).

tient en grande partie à l'influence persistante de la tradition romaine (V. art. 767 C. civ.).

Troisième système : Système de l'époque impériale. Sénatus-consultes et constitutions impériales.

238. — Le droit prétorien n'avait pas osé attaquer de front le principe qui servait de base au système successoral ancien : la prééminence de la famille civile sur la famille naturelle. Les agnats, même les plus éloignés, étaient toujours préférés aux simples cognats, si proches en degré que fussent ces derniers. Mais ce que le préteur ne pouvait pas faire, le droit de l'époque impériale l'accomplit à partir de la seconde moitié du IIe siècle. Deux sénatusconsultes importants, et à leur suite plusieurs constitutions impériales, admirent un certain nombre de cognats privilégiés, tant de la ligne directe que de la ligne collatérale, au rang des agnats et même des *sui*. Les empereurs ne créèrent donc pas, en réalité, un régime successoral nouveau. Ils conservèrent les divers ordres d'héritiers tels que les avait organisés le droit civil, mais en y faisant figurer des personnes que le droit civil avait exclues jusque-là. Ils continuaient ainsi le travail de destruction lente qui devait aboutir à la ruine de la famille agnatique.

1°. *Sénatusconsultes Tertullien et Orphitien.* — Les sénatusconsultes dont nous allons parler règlent les rapports respectifs de la mère et des enfants au point de vue de la succession *ab intestat*.

1° Le sénatusconsulte Tertullien, rendu probablement sous Hadrien (1), admettait la mère en qualité d'agnate à la succession de ses enfants. On a vu que, dans le droit civil ancien, la mère qui n'était pas mariée avec *manus* ne pouvait

238. — (1) Suivant une autre opinion, il serait de l'époque d'Antonin le Pieux. Accarias, t. I, n° 443; Ortolan, t. III, n° 1056.

recueillir la succession *ab intestat* de ses enfants (V. n° 234, note 2), et que le préteur ne l'admettait qu'au rang des cognats (V. n° 237-3°). Le sénatusconsulte l'appelle comme agnate parmi les *legitimi,* mais en lui préférant dans cet ordre les frères venant seuls ou en concours avec des sœurs. Lorsqu'il n'y avait que des sœurs, elle venait en concours avec ces dernières (2). Elle excluait, d'ailleurs, tous les autres agnats (Ulp., *Reg.,* XXVI, 8; Dig., *Ad Sct. Tertull.,* XXXVIII, 17). Mais, s'inspirant du même esprit que les lois caducaires, le sénatusconsulte n'accordait le droit de succéder qu'aux mères ayant le *jus liberorum,* c'est-à-dire ayant trois ou quatre enfants, suivant qu'elles étaient ingénues ou affranchies. Aussi n'exigeait-on pas qu'ils fussent nés *ex justis nuptiis*. Ce sénatusconsulte réalisait, par conséquent, une réforme importante. Il appelait la mère en vertu du lien naturel qui l'unit à l'enfant et il en faisait une *heres legitima,* préférée à tous les cognats avec lesquels, jusqu'alors, elle était restée confondue. Aussi avait-elle droit à la *bonorum possessio unde legitimi;* mais elle pouvait s'en passer et réclamer la succession en vertu de son titre d'*heres* (3).

2° Rendu sous Marc Aurèle et Commode, le sénatusconsulte Orphitien est la contre-partie du précédent. Il a pour but d'appeler les enfants à la succession de leur mère, dont ils étaient totalement exclus par le droit civil ancien (V. n° 234, note 2), et à laquelle ils ne venaient *jure prætorio* qu'à titre de cognats (V. n° 237-3°). Le sénatusconsulte les admit désormais comme agnats et avant tous autres héritiers de cet ordre. Ils priment donc même les frères et sœurs *consanguinei* (Ulp., *Reg.,* XXVI, 7;. Dig., *Ad. Sct. Tertull.,* XXXVIII, 17). Comme la vocation des enfants est fondée sur les liens du sang, on n'exige pas qu'ils soient nés *ex justis nuptiis.* Les enfants nés du concubinat ou même *vulgo concepti* suc-

(2) Ainsi, dès le second siècle, on songe déjà à admettre les ascendants au même rang que les collatéraux privilégiés, idée qui sera reprise plus tard par Justinien dans sa législation des Novelles (V. n° 239).

(3) Accarias, t. I, nos 434, 435; Ortolan, t. III, nos 1054-1064.

cèdent à leur mère aussi bien que les enfants légitimes (4).

2°. *Constitutions impériales.* — Entre ces deux sénatus-consultes et les Novelles de Justinien qui ont transformé complètement la législation successorale *ab intestat*, près de quatre siècles se sont écoulés, pendant lesquels diverses constitutions impériales ont continué l'œuvre inaugurée par les Antonins, en admettant certains cognats à titre d'héritiers civils, soit au rang des agnats, soit même parmi les *sui*. Il nous paraît inutile de donner ici une énumération complète de ces dispositions. Citons, parmi les plus importantes, la constitution de Valentinien II, Théodose et Arcadius donnant aux *nepotes ex filia* le droit de venir comme *sui* à la succession de leur aïeul maternel, au lieu et place de leur mère prédécédée. Cette même constitution, complétant à cet égard le sénatusconsulte Orphitien, admit les petits-enfants à la succession de leur aïeule (5). Mentionnons aussi une constitution d'Anastase, admettant au nombre des *legitimi* les frères et sœurs émancipés, enfin, une constitution de Justinien accordant la même faveur aux frères et sœurs utérins et aux enfants des frères et sœurs émancipés (6). Justinien fit disparaître, d'ailleurs, l'exclusion des femmes agnates, consacrée par la coutume, *Voconiana ratione* (V. n° 233-2°), et, par là, ces personnes que l'on avait traitées jusque-là comme cognates, comptèrent désormais parmi les *legitimi*.

Quatrième système : Système des Novelles 118 et 127 de Justinien.

239. — Malgré toutes les réformes dues au préteur et aux empereurs, le régime des successions *ab intestat*, tel qu'il avait été organisé dès les débuts par la loi des XII Tables, subsistait encore dans ses grandes lignes. La famille civile

(4) Accarias, t. I, n° 436; Ortolan, t. III, n^os^ 1065-1068.
(5) V. pour les détails, Accarias, t. I, n^os^ 431, 436.
(6) Accarias, t. I, n° 423.

continuait à avoir le pas sur la famille naturelle. Justinien devait introduire ici une transformation complète. Telle fut l'œuvre des Novelles 118 (année 543) et 127 (année 547). Des principes nouveaux furent posés, la famille des cognats vit ses droits définitivement reconnus, et un régime successoral simple, bien coordonné, succéda à la législation complexe que l'effort de plusieurs siècles avait édifiée.

On peut résumer, ainsi qu'il suit, les principes qui servent de base au droit des Novelles. 1° Les héritiers *ab intestat* sont appelés dans l'ordre des affections présumées du défunt. En réglant le sort des biens, la loi ne fait que se substituer à celui-ci. Les biens reviennent à la famille non pas en vertu d'un droit de copropriété préexistant, mais parce que la loi présume que le défunt en aurait disposé de la façon dont elle en dispose elle-même(1). 2° Toute distinction entre l'agnation et la cognation est supprimée. La succession n'est plus réglée sur la parenté civile, mais sur la parenté naturelle. A cet égard, Justinien ne fait que consacrer un résultat depuis longtemps préparé par les progrès du droit(2). 3° Aucune différence n'est faite entre les héritiers à raison du sexe. L'exclusion des agnates a disparu (V. n° 238-2°). 4° Toute différence est supprimée, au point de vue des effets, entre l'hérédité et la *bonorum possessio*. Les successeurs viennent tous au même titre, en qualité d'*heredes* du droit civil (V. n° 255). Ici encore, Justinien ne fait que sanctionner ce que la pratique avait admis dès avant lui.

Énumérons maintenant les diverses classes d'héritiers appelés par les Novelles(3). La succession *ab intestat* est dévolue dans l'ordre de préférence suivant : 1° aux descendants, *descendentes;* 2° aux ascendants, *ascendentes;* 3° aux collaté-

239. — (1) On voit qu'en définitive on aboutit à une notion de la succession *ab intestat*, qui est le contrepied de celle qui avait prévalu dans le principe. Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 701.

(2) La rubrique de la Novelle 118 montre bien que tel est le résultat principal que consacre la législation nouvelle : *De heredibus ab intestato venientibus et de agnatorum jure sublato.*

(3) Accarias, t. I, nos 469, 470.

raux, *ex latere venientes* (V. art. 731 C. civ.). Cette division en trois ordres et ces dénominations nouvelles sont la preuve irrécusable du changement profond qui s'était opéré dans les idées juridiques relatives à la dévolution de la succession *ab intestat.*

Premier ordre : Descendants. — En première ligne viennent les descendants, c'est-à-dire tous ceux qui, à quelque degré que ce soit, descendent du défunt. L'expression *descendens* indique que désormais on ne tient plus compte de la *patria potestas,* mais uniquement des liens du sang. De là résulte que les descendants sont appelés non seulement à la succession du père, mais aussi à celle de la mère, ainsi qu'à celle de tous les ascendants de la ligne paternelle ou maternelle. De même, le descendant succède, quel que soit son sexe, son degré de parenté, qu'il soit *sui* ou *alieni juris*, né *ex justis nuptiis,* légitimé ou adopté(4), descendant *per masculos* ou *per feminas.* La succession se partage par têtes ou par souches, comme dans l'ancien ordre des *sui* (V. n° 233-1°). Dans chaque souche, le plus proche exclut toujours le plus éloigné, par exemple le fils exclut le *nepos* né de lui. Mais, entre souches concurrentes, la proximité de degré n'est pas une cause de préférence. On pourra donc voir un fils concourir avec des *nepotes* d'un fils prédécédé. Un seul descendant suffit d'ailleurs pour exclure tous autres parents appartenant aux ordres suivants (V. art. 745 C. civ.).

Deuxième ordre : Ascendants. — C'est dans cet ordre que Justinien consacre les plus grandes nouveautés. Les principes admis ici par la Novelle 118 peuvent se ramener aux trois propositions suivantes : 1° Les ascendants ne sont appelés qu'à défaut de descendants, mais sans distinction de sexe ou de degré. 2° Les plus proches dans une même ligne excluent toujours les plus éloignés. Ainsi la mère exclura

(4) Rappelons que l'enfant donné en adoption *minus plena,* conserve ses droits de succession dans sa famille naturelle (V. n° 101). Il en est de même pour l'enfant donné en adoption *plena.* Cette dernière solution est controversée.

son propre père. 3° Les ascendants sont obligés de subir le concours des frères et sœurs germains, avec lesquels ils partagent *per capita*. Mais, lorsqu'il n'y a pas de frères et sœurs germains, le partage a lieu par lignes. La succession se divise alors en deux parts égales, moitié pour les parents de la ligne paternelle, moitié pour les parents de la ligne maternelle. Dans chaque ligne, le partage se fait par tête entre les ascendants de même degré, le plus proche excluant toujours le plus éloigné en degré. Dans le cas où tous les ascendants appartiennent à la même ligne, le partage a lieu par têtes entre ceux qui sont du même degré (V. art. 733 C. civ.).

Troisième ordre : Collatéraux. — Justinien distingue deux classes de collatéraux : les collatéraux privilégiés et les collatéraux ordinaires. 1° Les collatéraux privilégiés sont les frères et sœurs germains et leurs descendants. Seuls parmi les collatéraux ils concourent avec les ascendants. Mais la Novelle 118 n'avait conféré cet avantage qu'aux frères et sœurs germains. La Novelle 127 étendit ce bénéfice à leurs descendants. De plus, lorsqu'il n'y a pas d'ascendants, les collatéraux privilégiés excluent les frères et sœurs consanguins et utérins, et tous autres collatéraux. Cette préférence que consacrent les Novelles en faveur des frères et sœurs germains a été appelée *privilège du double lien* (5). 2° Les collatéraux ordinaires sont les frères et sœurs *ex uno latere*, consanguins ou utérins, et les collatéraux plus éloignés. Ici le plus proche exclut toujours le plus éloigné en degré. Ceux du même degré concourent entre eux et le partage se fait toujours par têtes. Les successibles les plus éloignés peuvent être appelés, sans aucune limitation de degrés.

Tel est en résumé le système établi par les Novelles, bien différent, on le voit, du système primitif et de celui de

(5) Notre droit moderne (art. 750 C. civ.) accorde aux frères et sœurs une situation privilégiée, car ils priment les ascendants autres que les père et mère et les collatéraux ordinaires. Mais cet avantage appartient à tous les frères et sœurs, sans distinction, et par suite le privilège du double lien n'existe plus (V. art. 733 C. civ.).

l'époque classique. Il constitue l'une des créations les plus originales de Justinien. Appliqué dans l'empire d'Orient, il a néanmoins été connu en Occident. Il a pénétré dans la France méridionale, où il est devenu le droit commun des successions *ab intestat* pour les pays de droit écrit (6), et c'est grâce aux principes d'égalité qu'il consacre qu'il a pu servir de modèle aux rédacteurs de notre Code civil.

Succession ab intestat d'une personne affranchie ou émancipée. Successions irrégulières.

240. — 1°. *Succession laissée par un affranchi.* — Le règlement de la succession *ab intestat* laissée par un affranchi, a été également l'objet de variations historiques dans le détail desquelles il nous paraît inutile de pénétrer (1). D'après le droit des XII Tables, les biens de l'affranchi mort *intestat* étaient déférés d'abord à ses *heredes sui*, à leur défaut au patron ou à ses descendants *per masculos* ou à la patronne, ces personnes jouant vis-à-vis de l'affranchi le rôle d'agnats (V. n° 64) (2). A défaut de patron, de patronne ou de descendants du patron, les biens revenaient à la *gens* du patron.

Le préteur vint compléter ce système successoral par diverses dispositions destinées à sauvegarder les droits du patron et de ses descendants, et même à en faire bénéficier d'autres personnes faisant partie de la famille du patron. 1° En première ligne l'Édit prétorien donne la *bonorum pos-*

(6) Viollet, *Précis de l'hist. du droit français,* pp. 720, 728, 730.

240. — (1) On pourra consulter à cet égard Accarias, t. I, nos 426-432; Ortolan, t. III, nos 1081-1099. La succession des affranchis est une de ces matières qui, n'offrant qu'un intérêt historique secondaire, peut, sans inconvénient aucun, être très sommairement traitée dans un ouvrage élémentaire.

(2) Le droit des descendants du patron à la succession de l'affranchi est une conséquence de la *patria potestas*. Aussi n'appartient-il qu'à ceux d'entre eux qui ont la qualité de *sui* du patron, ce qui exclut les enfants de la patronne, les *nepotes ex filia* du patron. Ce droit à la succession est d'ailleurs indépendant de la qualité d'héritier du patron, et par conséquent l'enfant exhérédé a droit néanmoins à la succession de l'affranchi (G. III, 58).

sessio unde liberi aux descendants de l'affranchi, lesquels, comme en droit civil, excluent le patron et ses descendants. Toutefois, lorsque le patron et ses descendants se trouvent en présence d'un enfant adoptif de l'affranchi ou de sa femme *in manu*, le préteur enlève à ces derniers la moitié de la succession et permet au patron et à ses descendants de venir la réclamer par la *bonorum possessio ab intestat*, appelée *bonorum possessio dimidiæ partis* (G. III, 41) (3). 2° En second lieu, le préteur donne la *bonorum possessio unde legitimi* aux personnes que le droit civil appelle à la succession de l'affranchi, c'est-à-dire aux *sui*, au patron, à la patronne, et aux descendants *per masculos* du patron. 3° Puis viennent les cognats de l'affranchi, auxquels est déférée la *bonorum possessio unde cognati*, à la condition toutefois que la *cognatio* ne soit point une *cognatio servilis*. 4° Après les cognats, le préteur appelle tous les agnats du patron ou de la patronne, et il leur donne la *bonorum possessio tum quem ex familia*. 5° Au cinquième rang, l'Édit fait venir le patron, la patronne, leurs enfants et ascendants par la *bonorum possessio unde patronus patrona liberique et parentes* (4). 6° L'époux survivant vient en sixième lieu par la *bonorum possessio unde vir et uxor*. 7° Enfin au dernier rang l'Édit appelle les cognats du *manumissor* jusqu'au sixième degré et au septième les *sobrino sobrinave nati*, personnes auxquelles il donne la *bonorum possessio unde cognati manumissoris*.

A l'époque impériale la succession *ab intestat* de l'affranchi est réglée diversement suivant la classe d'affranchis à la-

(3) Il est à remarquer que ce droit n'est pas donné par le préteur à la patronne. Le préteur a d'ailleurs donné au patron le droit de faire tomber le testament de l'affranchi, pour le cas où celui-ci n'ayant pas d'enfants, ou les ayant exhérédés régulièrement, n'aurait pas laissé à son patron la moitié de ses biens, soit par voie d'institution d'héritier, soit par libéralité de dernière volonté. Le patron avait droit, en pareil cas, à la *bonorum possessio contra tabulas dimidiæ partis* (G. III, 41). (V. n° 247 *bis*).

(4) Cette *bonorum possessio* est établie en faveur du patron, de la patronne et de leurs parents les plus proches, lorsque ces personnes ne trouvent pas dans les *bonorum possessiones* précédentes le moyen d'arriver à la succession. *Adde* Accarias, t. I, n° 443-6°.

quelle appartenait le défunt. S'agissait-il d'un affranchi citoyen, sa succession était dévolue *jure civili* ou *jure prætorio,* suivant les principes que nous venons d'exposer, mais qui furent quelque peu modifiés par la loi *Papia Poppæa* (5). Si l'affranchi était un Latin junien, il ne pouvait pas laisser de succession *ab intestat.* Ses biens retournaient, à son décès, à son patron, *jure peculii* (G. III, 56). (V. n° 69) (6). On sait d'ailleurs que les Latins juniens avaient été privés de la *factio testamenti* (V. n^{os} 69, 226), en sorte qu'ils ne pouvaient pas, par voie de disposition testamentaire, écarter le patron de leur succession. Quant à la succession des affranchis *dedititii,* on appliquait les règles suivies pour la succession des affranchis citoyens ou latins, selon la classe d'affranchis à laquelle le défunt aurait appartenu, s'il n'avait pas encouru les déchéances qui en avaient fait un déditice.

Justinien ayant supprimé les différentes classes d'affranchis, revint à l'unité de législation des débuts. Il simplifie d'ailleurs les règles de la succession *ab intestat* de l'affranchi en supprimant toute distinction entre le patron et la patronne

(5) C'est ici particulièrement qu'il nous a paru inutile d'entrer dans des détails que ne comporte pas le cadre de cet ouvrage. Notons simplement deux des dispositions essentielles édictées par la loi *Papia Poppæa* au sujet de la succession de l'affranchi. 1° Lorsque l'affranchi avait une fortune d'au moins 100,000 sesterces et laissait, en mourant, moins de trois enfants, le patron, la patronne ou les descendants mâles *per masculos* du patron avaient droit à une part virile, sans distinguer si l'affranchi avait testé ou était mort *ab intestat.* Mais la patronne ne pouvait bénéficier de cette faveur que si elle était ingénue et avait le *jus liberorum* (trois enfants) (G. III, 42). 2° La patronne qui avait le *jus liberorum* (deux enfants si elle était ingénue, trois si elle était affranchie), avait, dans la succession de l'affranchi, quelle que fût la fortune laissée par celui-ci, les droits que l'édit prétorien lui avait refusés jusqu'alors, et qu'il n'accordait qu'au patron (V. n° 240, note 3), c'est-à-dire la *bonorum possessio dimidiæ partis* (G. III, 50).

(6) A défaut du patron, c'étaient ses héritiers qui recueillaient la succession *ab intestat* de l'affranchi latin. Aussi les enfants du patron n'avaient-ils aucun droit à la succession de l'affranchi lorsqu'ils avaient été exhérédés, et, en sens inverse, les héritiers même externes du patron pouvaient la recueillir (G. III, 58). Mais sous Claude, le sénatusconsulte *Largianum* vint décider que les héritiers externes du patron seraient exclus par les descendants du patron que celui-ci n'aurait pas exhérédés *nominatim* (G. III, 63).

ou leurs enfants. Enfin, il tient compte de la parenté servile, c'est-à-dire des liens de parenté qui se sont formés durant l'esclavage. Voici dès lors l'ordre de succession admis dans le dernier état du droit (7) : 1° les enfants et descendants de l'affranchi; 2° ses père et mère venant seuls ou en concours avec ses frères et sœurs (8); 3° le patron et ses descendants; 4° les collatéraux du patron jusqu'au cinquième degré; 5° l'époux survivant.

2°. *Succession laissée par un émancipé* (9). — En droit civil, les biens de l'émancipé sont dévolus d'abord à ses *heredes sui,* et, à leur défaut, à celui qui a affranchi l'enfant du *mancipium,* lequel fait l'office de patron. Les descendants du *manumissor* jouissent du même droit que ce dernier. Lorsque l'émancipation avait eu lieu *contracta fiducia,* c'était le père lui-même qui était le *manumissor* et qui, par suite, venait à la succession, sinon elle était déférée au *manumissor extraneus* (V. n° 105). Le droit prétorien n'apporta ici qu'une seule réforme, il permit aux cognats de l'émancipé de venir avant le *manumissor extraneus.* A cet effet, il donnait aux dix cognats les plus proches la *bonorum possessio unde decem personæ.* Sous Justinien, l'émancipation étant toujours censée faite *contracta fiducia,* il n'est plus question du *manumissor extraneus.* L'ordre successoral est le suivant : 1° descendants, 2° frères et sœurs, 3° père émancipateur (10), 4° cognats, 5° conjoint survivant.

3°. *Successions irrégulières.* — Il s'agit ici d'hypothèses où la succession *ab intestat,* au lieu d'être attribuée aux

(7) Le texte original de la constitution de Justinien réglementant la succession *ab intestat* de l'affranchi ne nous est pas parvenu dans son intégrité. On l'a restitué en s'aidant des Basiliques et du résumé qu'en donnent les Institutes (§ 3. Inst., *De success. libert.*, III, 7). Aussi n'est-on pas absolument fixé sur les règles qu'a consacrées cette constitution.

(8) Il y a controverse sur ce point entre les interprètes (Accarias, t. I, n° 431 et note).

(9) Nous ferons ici la même observation que pour la succession de l'affranchi, nous contentant de résumer très brièvement les principes. *Adde* Accarias, t. I, n^{os} 426, 437, 443-3°.

(10) Pour les droits de la mère, V. Accarias, t. I, n° 437.

parents du défunt, de la ligne directe descendante ou ascendante ou de la ligne collatérale, est déférée à des héritiers qui n'ont avec le défunt aucun lien de parenté ou ne lui sont unis que par des rapports de parenté illégitime. A l'époque de Justinien, les successeurs irréguliers sont : 1° Le conjoint survivant que Justinien, à l'exemple du droit prétorien, appelle après les collatéraux, et qui forme à lui seul une quatrième classe d'héritiers (V. art. 767 C. civ.) (11). 2° Les enfants nés du concubinat, qui ont droit à une certaine part des biens du père, ainsi que la concubine elle-même. Vis-à-vis de leur mère et des parents de celle-ci, les enfants illégitimes, même *vulgo quæsiti,* ont les mêmes droits que les enfants légitimes (12). 3° Le fisc. A défaut d'héritiers venant recueillir les biens, ceux-ci sont dévolus au fisc à titre de *bona vacantia.* Ce fut la loi Julia, l'une des deux lois caducaires, qui attribua pour la première fois des droits de succession à l'État. Auparavant, on n'avait pas songé à attribuer les successions vacantes au peuple. A défaut de *sui* ou d'agnats, les biens retournaient à la *gens,* c'est-à-dire au groupe familial dont le défunt faisait partie. Mais la disparition de la gentilité, et en même temps le grand nombre de causes nouvelles d'incapacité créées par la législation caducaire, avaient rendu plus fréquents les cas où les successions devenaient vacantes. On les attribua d'abord au trésor du peuple, *ærarium,* plus tard au fisc impérial (V. art. 723 C. civ.) (13).

(11) Nous verrons plus loin que Justinien a accordé, en outre, au conjoint survivant le bénéfice de la quarte dite du conjoint pauvre (V. n° 247).

(12) *Adde* Accarias, t. I, n° 471.

(13) *Adde* Accarias, t. I, n° 472.

Restrictions à la liberté de tester établies en faveur de certains successibles ab intestat.

Théorie de la succession contraire au testament.

241. — *Notions générales.* — La loi des XII Tables en donnant à chaque *paterfamilias* le droit de faire son testament, n'avait apporté aucune restriction à cette faculté. Pourvu que le testament fût conforme aux règles exigées pour sa validité, les dernières volontés du testateur devaient être respectées à l'égal d'une loi : *uti legassit..... ita jus esto.* Cette liberté absolue de tester aurait pu engendrer des abus, le testateur ayant le droit d'instituer des étrangers au détriment de sa famille légitime. Mais ces abus ne se produisirent pas au début, tant que le peuple intervint dans la confection des testaments. L'assemblée populaire n'eût pas en effet ratifié des dispositions manifestement contraires aux droits des parents du testateur. Plus tard, lorsque le testament devint un acte purement privé, la volonté du père de famille fut affranchie de tout contrôle; mais, souverain juge domestique, le *paterfamilias* n'usait de ses pouvoirs que dans l'intérêt de la famille. S'il déshéritait ses enfants ou ses agnats, c'est qu'il les jugeait indignes de continuer sa religion domestique, de conserver intact le patrimoine, de perpétuer les traditions des ancêtres. En pareil cas, il avait agi en véritable juge, n'ayant à répondre que devant sa conscience de ses décisions souveraines. Mais, lorsque s'altérèrent les mœurs anciennes, des abus se produisirent, favorisés par le secret dont le testateur pouvait entourer ses dispositions testamentaires. Il s'opéra alors une réaction contre le testament, et comme une sorte de retour en arrière vers la coutume primitive qui consacrait exclusivement les droits de la famille. Des restrictions furent apportées à la liberté de tester. Mais ce n'est que fort lentement que l'idée

de ces restrictions fit son chemin, jusqu'au moment où elle prit corps dans une théorie définitive. Tout d'abord, on se contenta d'imposer au testateur l'observation de formes spéciales, lorsqu'il voulait exclure certains de ses héritiers. Mais ces formes n'étaient pas, dans le principe du moins, une gêne véritable pour les testateurs, déjà obligés de se conformer à d'autres exigences du même genre nécessitées pour la validité du testament. Toutefois, le formalisme tombant de plus en plus dans le discrédit, ces formes finirent par être regardées comme de véritables entraves à la liberté de tester, à raison surtout des sanctions rigoureuses attachées à leur inaccomplissement. C'est de ces restrictions ayant trait uniquement à la forme des dispositions de dernière volonté que nous nous occuperons en premier lieu (V. n^os^ 242, 243). Plus tard, le mouvement de réaction contre la liberté du père de famille s'accentua. On admit la nullité des testaments qui ne tenaient pas compte des droits de certains parents les plus proches, et qui par suite violaient les sentiments d'affection que l'on doit avoir à leur égard. Ces restrictions, beaucoup plus sérieuses, puisqu'elles portent sur le fond même des dispositions, seront étudiées en second lieu (V. n^os^ 244-247). Toutes ces transformations furent, pour la plus grande partie, l'œuvre de la coutume, c'est-à-dire du droit civil. Le droit prétorien se les appropria et n'y apporta que peu de modifications. Elles ont subsisté pour la majeure partie dans le droit de Justinien.

I. Restrictions portant sur la forme des dispositions.

Règles relatives à l'exhérédation de certains héritiers.

242. — *De l'exhérédation des heredes sui et des posthumes sui, en droit civil.* — Il est incontestable que dès une époque fort ancienne, le *pater* pouvait dans son testament exhéréder ses *sui heredes* (11. Dig., *De lib et post.*, XXVIII, 2). Sans

les exhéréder, il pouvait aussi les omettre dans son testament, et cette omission équivalait à une exhérédation formelle. C'est contre l'omission du *suus* ou son exhérédation irrégulière que s'éleva le droit coutumier. Le *pater* conserva intact le droit d'exhéréder, et il demeura le juge souverain des causes d'exhérédation. Mais, s'il voulait user de son pouvoir, il devait respecter certaines formalités, et en tous cas ne pas se contenter d'une exclusion par voie de simple omission. Le testament contraire à ces prescriptions était annulé comme *injustum* (V. n^os^ 231-1°, 242-2°).

1°. *Conditions requises pour la validité de l'exhérédation des sui.* — La coutume imposa au *pater* qui voulait exhéréder ses *sui heredes*, les formalités suivantes, en l'absence desquelles l'exhérédation était sans effet et équivalait à une omission : 1° L'exhérédation devait être faite en termes impératifs : *Titius exheres esto*. 2° S'agissait-il d'un *filius primo gradu*, on voulait qu'il n'y eût aucun doute sur la volonté du testateur. De là la nécessité de l'exhéréder *nominatim*, c'est-à-dire en le désignant par son nom, ou dans des termes prouvant que c'était bien lui qu'on avait eu en vue. Mais, lorsqu'il s'agissait des autres *sui*, filles et *nepotes*, l'exhérédation pouvait être faite *inter cæteros*, sans désignation individuelle précise, en inscrivant simplement après l'institution d'héritier la formule : *cæteri exheredes sunto* (G. II, 127, 128) (1).

2°. *Des conséquences de l'omission des sui.* — Le *pater* pouvait, dans son testament, exhéréder formellement ses *sui*

242. — (1) Cette différence entre le *filius primo gradu* et les autres *sui* se retrouve à propos de l'omission. On ne peut l'expliquer que d'une façon conjecturale. Dans le principe, il aurait été impossible d'exhéréder le *filius*, car lui seul ayant mission de continuer le culte familial, pouvait seul aussi recueillir les biens. Fustel de Coulanges, *Cité antique*, II, ch. 7-5°; S. Henri Maine, *Études sur l'ancien droit et la coutume primitive*, pp. 119 et suiv. La *filia*, au contraire, ne continuant pas la famille, pouvait être exhérédée. Plus tard, lorsqu'on eut permis d'exhéréder le *filius*, on exigea du moins une manifestation formelle de volonté, qu'on jugea inutile lorsqu'il s'agissait de la *filia* et des *nepotes* que le droit civil assimila à cette dernière.

heredes, mais il ne pouvait les omettre. L'omission, en effet, n'implique pas nécessairement exhérédation, elle peut n'avoir pas été volontaire. Or, on tenait à ce qu'aucun doute ne pût s'élever sur les intentions du testateur. Plus tard, lorsque les exhérédations furent devenues fréquentes, la nécessité d'une exhérédation formelle fut d'ailleurs envisagée comme le moyen de contraindre le *pater* à réfléchir mûrement à l'acte grave qu'il allait accomplir. On comptait, en effet, qu'il reculerait souvent devant une exhérédation expresse, par crainte d'avouer hautement une injustice qu'il n'eût pas hésité à commettre par voie de simple prétérition. Ajoutons qu'en leur qualité de copropriétaires du patrimoine familial, les *sui* ont des droits antérieurs à ceux de n'importe quel héritier institué. Il ne suffit donc pas, pour les exclure, d'avoir désigné un héritier; il faut que par une déclaration expresse de volonté, le *pater* les ait bannis de l'hérédité, ait déclaré leur place vacante et leurs droits abolis.

Les conséquences de l'omission d'un *suus* étaient différentes suivant que le *suus* omis était un *filius primo gradu*, ou tout autre descendant (2). L'omission du *filius primo gradu* entraînait nullité du testament, lequel était considéré comme *injustum*, et elle donnait ouverture à la succession *ab intestat* (3). L'enfant omis venait donc au premier rang des héritiers *ab intestat*, en sa qualité de *suus*. Mais l'omission d'une *filia* ou d'un *nepos* n'avait pas des conséquences aussi graves. Le testament était maintenu, mais le *suus* omis avait le droit de venir à la succession, en concours avec les héritiers institués. De là le nom de *jus adcrescendi ad certam portionem* donné à cette vocation spéciale de la *filia* ou du *nepos*. La

(2) Voir la note précédente.

(3) La nullité persistait alors même que le *filius* omis était mort avant le testateur. Cette décision due à l'École sabinienne s'appuyait sur le principe suivant lequel c'est au moment de la confection d'un acte qu'il faut se reporter pour apprécier s'il est valable. Les Proculiens moins rigoureux, et voyant dans la nécessité d'une exhérédation formelle une exigence édictée en faveur du *suus*, maintenaient le testament, lorsque le *suus* était prédécédé (G. II, 123).

part à laquelle ceux-ci pouvaient prétendre, variait suivant la qualité des institués avec qui ils venaient concourir. Si ces institués étaient d'autres *sui*, le *suus* omis n'avait droit qu'à sa part *ab intestat*. En concours avec des institués non *sui*, il avait droit à la moitié de la succession (G. II, 124; Ulp., *Reg.*, XXII, 17). Ce n'est pas en qualité de successeur *ab intestat* que le *suus* omis était appelé, puisque le testament n'était pas annulé. On lui donnait simplement le droit de venir concurremment avec les institués, bien qu'il ne fût pas nommé dans le testament. Aussi les interprètes appellent-ils *succession contraire au testament* cette délation d'une part de la succession au *suus* omis (4).

3°. *Application aux posthumes sui des règles relatives à l'exhérédation et à l'omission* (5). — La coutume avait fait prévaloir une règle particulière pour le cas où le *suus* omis dans le testament du père était un posthume (*postumus*). On entendait par là celui qui était né après le décès du *pater* et qui eût été sous la puissance immédiate du défunt si ce dernier avait vécu jusqu'au moment de la naissance de l'enfant. En pareil cas, le testament était rompu, *ruptum agnatione postumi* (V. n° 231-2°). On présumait que si le *suus* eût été en vie au jour de la confection du testament, le testateur n'eût pas manqué de l'instituer. En déclarant le testament rompu, et en appelant par conséquent le *suus* comme héritier *ab intestat*, on réparait l'omission involontaire du père. La même solution était donnée lorsque le *suus* était né du vivant du testateur, mais après la confection du testament. Or, il était impossible au testateur d'éviter la *ruptio testamenti*, soit en instituant, soit en exhérédant un posthume, celui-ci étant considéré comme une personne incertaine (V. n° 227-2°).

(4) En réalité, l'enfant omis compte comme un héritier testamentaire supplémentaire, et la meilleure preuve qu'on en puisse donner, c'est qu'il doit supporter sa part des legs et des charges dans la proportion de ce qu'il recueille.

(5) Cette question n'a à nos yeux qu'une importance tout à fait secondaire. Aussi nous sommes-nous contenté d'un exposé très succinct des principes.

Mais on finit par permettre aux testateurs de manifester leur volonté à l'égard des posthumes, soit en les instituant, soit en les exhérédant. Ce progrès fut l'œuvre de la coutume, des prudents et du législateur. Il aboutit, en définitive, à faire admettre la possibilité d'instituer ou d'exhéréder toute espèce de posthumes siens. Par posthumes siens, on entendait non seulement le *suus* né après la mort du testateur (*posthume légitime*), mais tout enfant né après la confection du testament et qui devient *suus heres* soit dès sa naissance, soit après sa naissance par un fait qui retranche de la famille les ascendants qui le séparent du *pater* (6). Quant aux formes à observer pour l'exhérédation des posthumes, elles furent d'abord les mêmes que pour les autres *sui*. On distinguait donc les posthumes mâles *primo gradu* qui devaient être exhérédés *nominatim*, et les autres posthumes qui pouvaient être exhérédés *inter cæteros*. Plus tard, sous l'influence sans doute des règles prétoriennes (V. n° 243), tous les posthumes mâles durent être, quel que fût leur degré, exhérédés *nominatim*, tandis que, pour les posthumes du sexe féminin, une exhérédation *inter cæteros* fut considérée comme suffisante (7).

243. — *Règles relatives à l'omission et à l'exhérédation en droit prétorien.* — Suivant ici la voie où l'avait précédé le droit civil, le préteur chercha également à protéger les

(6) On distingue quatre catégories de posthumes siens : 1° *Les posthumes légitimes*, nés après la mort du testateur, mais qui, nés au jour de la confection du testament, eussent été sous la puissance immédiate du testateur. 2° *Les posthumes Aquiliens*, devenus héritiers siens après le décès du testateur, mais qui, nés au jour du décès, eussent été sous la puissance immédiate du testateur. 3° *Les posthumes Velléiens*, comprenant les enfants devenus héritiers siens du vivant du testateur, mais après la confection du testament. Ce fut la loi *Junia Velleia*, dont la date est inconnue, qui permit d'instituer ou d'exhéréder cette classe de posthumes. 4° Les quasi posthumes Velléiens, c'est-à-dire les petits-enfants déjà nés lors de la confection du testament, mais qui, séparés du *pater* par leur propre père, n'étaient pas *sui*, et le sont devenus du vivant du testateur par un événement qui a fait sortir leur père de la puissance de l'aïeul. *Adde* Accarias, t. I, n° 339.

(7) Mais on exigeait pour les posthumes du sexe féminin qu'on leur eût laissé quelque chose par testament, *ne videantur præteritæ per oblivionem.*

descendants du défunt contre une omission ou une exhérédation irrégulière. Les descendants que le testateur devait par conséquent soit instituer, soit exhéréder régulièrement, étaient : 1° Les *sui heredes,* à l'égard desquels le préteur ne faisait que confirmer le droit civil ; 2° Tous autres descendants *per masculos,* n'ayant pas la qualité de *sui,* par exemple les enfants émancipés et les enfants donnés en adoption, émancipés ensuite par l'adoptant avant le décès du père naturel. Pour ceux-ci, le préteur se montre plus large que le droit civil, dont il corrige la rigueur. Quant aux formes exigées pour que l'exhérédation soit régulière, le préteur distingue suivant le sexe. Les descendants mâles, quel que soit leur degré, doivent être exhérédés *nominatim,* pour les femmes, l'exhérédation *inter cæteros* suffit.

En cas d'omission ou d'exhérédation irrégulière d'un des descendants protégés par l'édit prétorien, le testament n'est ni *injustum,* ni *ruptum.* Le préteur donne simplement au descendant omis ou irrégulièrement exhérédé la *bonorum possessio contra tabulas* (1). Cette *bonorum possessio* était testamentaire (V. n° 236-1°), car elle supposait qu'il y avait un testament valable soit *jure civili,* soit *jure prætoris,* testament qui était maintenu dans toutes celles de ses dispositions qui n'étaient pas inconciliables avec les droits accordés aux descendants omis ou irrégulièrement exhérédés. Ainsi subsistaient, avec tous leurs effets, les exhérédations régulièrement faites, les substitutions pupillaires, les nominations de tuteurs, même les legs faits au profit de certaines personnes privilégiées, les enfants, les ascendants, la femme et la bru du testateur (2). D'autre part, le testament tombait, et, avec lui, les institutions d'héritier qui étaient non avenues

243. — (1) Accarias, t. I, nos 328, 445-449.

(2) Ces legs sont mis à la charge des *bonorum possessores,* qui doivent les acquitter concurremment avec les institués, dans la proportion de ce qu'ils recueillent. On déclarait même maintenues les institutions faites au profit des personnes privilégiées. Mais elles ne pouvaient entre elles toutes prendre au delà d'une part virile. Accarias, t. I, n° 448.

dans la mesure où elles pouvaient nuire aux droits des *bonorum possessores*. Il y a donc bien ici une cause spéciale de délation de la succession que les interprètes, s'inspirant du nom même donné à la *bonorum possessio,* appellent *succession contraire au testament* (V. n° 242-2°).

Les descendants appelés à la *bonorum possessio contra tabulas* avaient droit à la part qu'ils auraient eue *ab intestat,* cette part étant calculée d'après le nombre des *bonorum possessores* appelés au partage (3). A cet égard, le préteur n'avait fait aucune distinction entre le *filius primo gradu* et la *filia* ou les *nepotes*. Aussi ces derniers avaient-ils intérêt à ne point invoquer le droit civil, mais à demander au préteur la *bonorum possessio*, lorsque par ce moyen ils étaient sûrs d'avoir une part plus grande que celle qui leur serait advenue par l'effet du *jus adcrescendi* (V. n° 242-2°). Mais un rescrit d'Antonin le Pieux, rapporté par Gaius (G. II, 126), vint décider que les descendants autres que le *filius* ne pourraient pas obtenir par la *bonorum possessio* une part supérieure à celle qui leur revenait, *jure civili*, en vertu du *jus adcrescendi* (4).

II. Restrictions relatives au fond même des dispositions de dernière volonté.

244. — *Idée générale de ces restrictions. Notion de la querela inofficiosi testamenti.* — Les restrictions à la liberté de tester, que nous avons indiquées précédemment, consistaient en des prescriptions de pure forme qu'il était facile

(3) Aussi les descendants institués, mais pour une part moindre que leur part *ab intestat,* avaient-ils avantage à demander la *bonorum possessio contra tabulas*. Mais ce bénéfice ne leur était accordé par le préteur que lorsque la *bonorum possessio* était offerte par lui à des descendants omis ou irrégulièrement exhérédés. On disait qu'alors les institués venaient *commisso per alium edicto.*

(4) Nous indiquerons plus loin ce que sont devenues sous Justinien les règles relatives à l'omission ou à l'exhérédation des descendants (V. n° 247).

d'observer. Une fois en règle avec ces exigences, le testateur avait le droit de disposer de son patrimoine comme il l'entendait. Il pouvait n'instituer ses enfants ou ses parents les plus proches que pour des parts minimes, les exhéréder même en faveur d'étrangers. Il était possible que pour agir de la sorte le testateur eût de justes motifs. Mais on pouvait craindre que de pareilles dispositions, loin de lui être inspirées par des sentiments de justice, ne lui fussent dictées par des personnes hostiles à la famille et désireuses de la frustrer de ses droits (1). On admit en conséquence que le testateur qui n'avait pas institué certains de ses parents avait manqué à ses devoirs envers eux, *pietas erga suos*. Son testament était dit alors *inofficiosum*, comme étant fait *contra officium pietatis* (Paul, *Sent.*, IV, 5, § 1), et la coutume investit le tribunal des centumvirs du droit de réviser la décision souveraine du père de famille, autrefois sans appel, en rescindant le testament. L'action donnée à cet effet aux parents lésés portait le nom de *querela inofficiosi testamenti* (2). Comme le testament *inofficiosum* était valable d'après les principes du droit civil ancien, il fallut avoir recours à un détour pour justifier la rescision du testament, conséquence de la *querela*. Les prudents admirent que le testateur qui avait manqué à l'*officium pietatis* avait agi sous l'influence d'un accès de folie passagère, *hoc colore quasi non sanæ mentis fuerunt*, car s'il avait joui de la plénitude de ses facultés il n'eût pas manqué d'appeler ses parents à sa succession et de leur attribuer une part convenable (2 ; 5, § 1. Dig., *De inoff. testam.*, V, 2) (3).

244. — (1) *Quod plerumque faciunt, maligne circa sanguinem suum inferentes judicium, novercalibus delinimentis instigationibusve corrupti* (4. Dig., *De inoff. test.*, V, 2).

(2) Cicéron mentionne déjà la *querela* (*2ième. act. in Verr.*, I, 42), et il est certain, malgré l'*inscriptio* du fragment 5. Dig., *De inoff. test.*, V, 2, que l'introduction de cette action est due à la coutume.

(3) Cette explication, qui fait honneur à l'ingéniosité des juristes, est plus subtile qu'exacte, puisque le testament fait par une personne atteinte de folie est absolument nul, tandis que le testament *inofficiosum* n'est point nul,

Le droit de faire tomber le testament par la *querela* n'était pas accordé, on le comprend, à tous les successeurs *ab intestat*. Il n'appartenait qu'à ceux des parents qui, étant les plus proches du défunt, pouvaient lui reprocher d'avoir méconnu à leur égard l'*officium pietatis*. Ces parents sont : les descendants, les ascendants, et certains collatéraux privilégiés. Ainsi apparaît, bien avant le Bas-Empire, cette division des héritiers *ab intestat* en trois classes, que le droit des Novelles devait consacrer, et dont il devait faire la base du régime nouveau des successions *ab intestat* (4). 1° *Descendants*. La *querela* dut n'être accordée, au début, qu'aux *heredes sui* qui, ayant été exhérédés régulièrement ou institués pour une part quelconque si minime qu'elle fût, ne pouvaient faire tomber le testament comme *injustum*. Plus tard, s'inspirant des réformes prétoriennes, la coutume donna le même bénéfice à tous les descendants *per masculos*, sans distinguer s'ils étaient ou non *sui*. C'est alors qu'on fut amené, puisqu'on ne tenait plus compte de la *patria potestas*, à permettre aux descendants par les femmes, d'attaquer par cette voie le testament de la mère ou des ascendants maternels (5). 2° *Ascendants*. Entre ascendants et descendants la réciprocité des affections entraîne la réciprocité des devoirs. Les descendants manquent, eux aussi, à l'*officium pietatis*, lorsque dans leur testament ils n'instituent pas leurs ascendants. Ces derniers ont donc droit à la *querela* (6). 3° *Collatéraux*. Ici la coutume se montra un peu plus exigeante ; elle n'admit à

mais peut être rescindé soit pour le tout, soit pour partie seulement (2. Dig., *De inoff. testam.*, V, 2).

(4) Il est à noter également qu'en donnant à certains successibles *ab intestat* le droit d'attaquer le testament inofficieux, la coutume faisait, pour la première fois, intervenir dans le règlement de la succession *ab intestat* l'idée qui, plus tard, devait inspirer la réforme de Justinien, et qui consiste à tenir compte des affections présumées du défunt.

(5) Accarias, t. I, n° 353.

(6) Il ne s'agit évidemment ici que d'enfants soustraits à la puissance paternelle, soit à la suite d'une émancipation, soit parce qu'ils n'y ont jamais été soumis, comme c'est le cas pour les enfants par rapport à leur mère.

l'exercice de la *querela* que les frères et sœurs agnats du défunt, c'est-à-dire les germains et les consanguins. Les frères et sœurs utérins et les autres collatéraux n'y ont pas droit (1. Dig., *De inoff. test.*, V, 2). Au Bas-Empire on n'autorisa plus la *querela* contre le testament des frères ou sœurs, que lorsque l'institué était une *persona turpis*. Toutes ces personnes ont droit à la *querela,* non collectivement, mais les unes à défaut des autres, dans l'ordre où nous venons de les énumérer.

245. — *Conditions requises pour le succès de la querela.* — Trois conditions étaient requises pour que la *querela* pût réussir.

Première condition. Le successible qui se plaignait d'avoir été exhérédé, omis, ou institué pour une part trop petite, devait prouver en sa qualité de demandeur que ce manquement à l'*officium pietatis* n'était justifié par aucune cause sérieuse. Les héritiers institués par le testament *inofficiosum* cherchaient, de leur côté, à démontrer que, pour agir comme il l'avait fait, le testateur avait eu de justes motifs. Comme les justes causes d'exhérédation n'avaient pas été spécifiées dans une loi formelle, on était obligé de s'en rapporter à l'appréciation du juge de la *querela,* qui statuait en tenant compte des circonstances.

Deuxième condition. Pour réussir par la *querela,* le successible ne devait pas avoir été institué par le défunt, ou, s'il avait été institué, il fallait qu'il pût se plaindre de l'insuffisance de la part qui lui avait été attribuée. Pour enlever à ses successibles le droit à la *querela,* le défunt n'avait donc qu'à les instituer dans son testament pour une part convenable. La quotité de cette part fut fixée par la coutume au quart de la part *ab intestat* du successible, *quarta legitimæ partis* (*quarte légitime*). Il est très probable qu'on s'inspira, à cet égard, des dispositions de la loi *Falcidia,* aux termes de laquelle le testateur pouvait grever de legs l'institué, jusqu'à concurrence des trois quarts de son institution, et ne lui

laisser, par conséquent, que le quart (V. n° 271). On ne voulût pas qu'un héritier *ab intestat* pût réclamer une part plus forte que celle à laquelle pouvait être réduit un héritier institué grevé de legs. Aussi, admit-on qu'ayant reçu le quart de sa part *ab intestat,* il n'aurait pas le droit de se plaindre (1). Il n'était pas nécessaire que le successible eût reçu sa quarte par voie d'institution d'héritier; il suffisait qu'il en fût gratifié par acte de dernière volonté : legs, fidéicommis ou même donation *mortis causa*. Mais les donations entre-vifs qu'il avait reçues du défunt ne s'imputaient pas sur la quarte (2).

Le testateur qui voulait éviter que son testament ne tombât par l'effet de la *querela,* n'avait donc qu'à attribuer la quarte à chacun des successibles qui y avaient droit. Mais il pouvait s'être trompé dans ses calculs. La quarte, en effet, est évaluée en tenant compte de la valeur des biens au jour du décès et du nombre des héritiers *ab intestat* à cette même date (V. n° 245, note 1). Or, les biens avaient pu augmenter de valeur, ou le nombre des héritiers devenir moins grand depuis le jour où le successible avait été gratifié, en sorte qu'au décès il n'était plus rempli de sa quarte. En somme, le testateur n'avait nullement méconnu l'*officium pietatis*, et des circonstances indépendantes de sa volonté venaient déjouer ses combinaisons, donner ouverture à la *querela,* et entraîner la rescision de son testament. Il est vrai qu'en pareil cas, le droit classique donnait au successible une action en complément de la quarte, simple action personnelle qui ne lui permettait pas de venir, comme héritier, réclamer le complément de sa quarte en nature (Paul, *Sent.*, IV, 5, § 7). Mais,

245. — (1) A l'époque barbare et au moyen âge, la quarte légitime est souvent appelée quarte Falcidie. Viollet, *Précis de l'histoire du droit français,* p. 747. — Le calcul de la quarte légitime se fait d'ailleurs, en droit romain, comme celui de la Falcidie. On évalue les biens au jour du décès, déduction faite des dettes et des esclaves affranchis par testament. On calcule alors quelle serait la part *ab intestat,* en tenant compte des héritiers *ab intestat* existant, même de ceux justement exhérédés. Accarias, t. I, n° 355.

(2) Accarias, t. I, n° 355.

le successible n'était pas obligé de recourir à cette action; il pouvait, s'il le préférait, agir par la *querela* qui, en cas de succès, lui assurait sa part *ab intestat* tout entière. Au Bas-Empire, on admit que le testateur pouvait, par une clause expresse, exclure l'option qu'on avait donnée jusque-là au successible, et ne lui laisser que la ressource de l'action en complément. Il suffisait pour cela que le testateur disposât ainsi : *ut quarta arbitratu boni viri repleatur*. Enfin, Justinien décida que cette option n'avait plus besoin d'être retirée expressément. Il suffisait que le successible eût reçu quelque chose *mortis causa*, pour que son droit à la *querela* s'évanouît et qu'il fût réduit à l'action en complément de la quarte. Il résulte de là, que sous Justinien, la *querela* n'était plus admise qu'au cas d'omission ou d'exhérédation sans juste cause (30, pr. Cod., *De inoff. test.*, III, 28).

Troisième condition : La *querela* était un *ultimum subsidium*, et, par suite, elle n'était admise qu'à défaut de toute autre voie de droit. Ainsi, elle était refusée à ceux des descendants omis ou irrégulièrement exhérédés qui pouvaient faire tomber le testament comme étant *injustum*, invoquer le *jus adcrescendi*, ou demander la *bonorum possessio contra tabulas*. De même, elle ne pouvait être intentée par le successible qui venait *ab intestat*, grâce à la répudiation des héritiers institués.

246. — *Caractères et effets de la querela.*

1°. *Caractères.* — La *querela* tendant à la rescision du testament au profit du successible qui l'intente est une sorte de pétition d'hérédité, dirigée contre les héritiers institués dans le testament *inofficiosum* (1). C'est là précisément ce qui distingue la *querela* de l'action en complément de la quarte, qui n'est qu'une action personnelle (V. n° 245). Mais la *que-*

246. — (1) Aussi le Digeste s'occupe-t-il de la *querela* dans le titre qui précède immédiatement celui où il traite de la pétition d'hérédité (Dig., V, 2, 3). C'est également pour le même motif que la *querela* était de la compétence du tribunal des centumvirs.

rela a en même temps le caractère d'une action infamante dirigée contre la mémoire du défunt par le parent auquel il a voulu infliger la peine d'une exhérédation ou d'une omission injuste. Aussi s'éteint-elle après l'expiration d'un délai qui fut d'abord de deux ans et fut porté ensuite à cinq ans. Comme toutes les actions *quæ vindictam spirant,* elle s'éteint aussi par la mort du successible qui avait droit de l'intenter. Cependant, on admettait les héritiers du *querelans* à agir à sa place, lorsqu'il était prouvé qu'il était mort se préparant à agir (2).

2°. *Effets.* — Lorsque la *querela* échouait, le testament attaqué conservait toute sa force. Mais le *querelans* perdait, à titre de peine, le bénéfice de toutes les dispositions faites à son profit par le testateur. Si la *querela* réussissait, ses effets étaient différents, suivant qu'elle était intentée par un seul successible contre un institué unique, ou par plusieurs successibles contre plusieurs institués. Dans le cas d'un seul *querelans* agissant contre un institué unique, le testament est rescindé en entier et le défunt est réputé mort *ab intestat* (21, § 2. Dig., *De inoff. testam.,* V, 2). Le successible vient donc prendre l'intégralité de sa part *ab intestat.* Avec l'institution d'héritier, les legs et affranchissements tombent, bien que les légataires et esclaves n'aient pas été parties à l'instance. Il y a là une exception au principe : *Res inter alios judicata aliis neque nocere neque prodesse potest.* Mais on considérait que ces personnes avaient été représentées par l'institué qui défendait, en même temps que son institution, le testament tout entier. — Lorsque plusieurs successibles attaquaient le testament, ou quand un successible agissait contre plusieurs institués, la rescision pouvait n'être que partielle. Supposons, en effet, deux enfants exhérédés en présence d'un seul institué. Si l'un des enfants obtient gain de cause par la *querela,* et si l'autre refuse d'agir ou succombe, le premier aura la moitié de la succession, l'autre moitié

(2) *Adde* Accarias, t. I, nos 356, 358.

restant à l'héritier institué. Même résultat, s'il y a deux héritiers institués et que le *querelans* triomphe dans son action contre l'un et succombe contre l'autre, ce qui pouvait arriver à cause de la division du tribunal des centumvirs en plusieurs chambres (*hastæ*) siégeant séparément. Enfin, si le testateur, en présence de collatéraux privilégiés, avait institué deux héritiers, dont l'un était une *persona turpis*, la *querela* ne pouvait réussir que contre ce dernier, et l'autre institué partageait l'hérédité avec le *querelans*. Dans toutes ces hypothèses, la rescision a pour effet de faire venir le *querelans* à titre d'héritier *ab intestat*, en concours avec l'institué, ce qui est une dérogation à la règle : *Nemo partim testatus* (24; 15, § 2. Dig., *De inoff. testam.*, V, 2) (V. n° 224, note 1).

Dernier état de la législation en matière d'exhérédation.

247. — Justinien devait refondre et simplifier toute cette législation relative à l'exhérédation. Nous avons déjà indiqué une de ses réformes, celle qui a pour objet d'enlever au successible l'option entre la *querela* et l'action en supplément de la quarte, au cas où il aurait reçu quelque chose du défunt *mortis causa* (V. n° 245). Dans la Novelle 18, il modifia la quotité de la part que le défunt doit laisser à ses descendants. Au lieu d'être fixée invariablement au quart de la part *ab intestat*, elle fut du tiers, si le nombre des enfants n'est pas supérieur à quatre, et de moitié s'il dépasse ce chiffre. Elle resta fixée au quart en présence d'ascendants ou de frères et sœurs. Désormais, par conséquent, cette part dont le défunt n'a pu disposer ne porte plus le nom de *quarta*. On l'appelle *legibus debita potio, legitima pars*, d'où on a fait l'expression de *légitime* (1).

Mais ce fut la Novelle 115 qui réalisa en cette matière les

247. — (1) Voir pour les règles de la *légitime*, dans les pays de droit écrit, Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 746 et suiv.

plus importantes modifications. La Novelle 115 n'a rien changé au droit antérieur en ce qui concerne les frères et sœurs. Elle ne s'est occupée que des descendants et des ascendants, au sujet desquels elle pose les principes suivants.

1° Les ascendants sont tenus de laisser à leurs descendants leur part légitime, et il en est de même des descendants par rapport à leurs ascendants. Le légitimaire, c'est-à-dire celui qui a droit à la légitime, doit la recevoir par voie d'institution d'héritier. Les legs, fidéicommis, donations *mortis causa*, faits au légitimaire, ne s'imputent pas sur sa légitime.

2° L'obligation de laisser la légitime, entraîne interdiction d'omettre le légitimaire ou de l'exhéréder, à moins qu'il n'y ait de justes causes d'exhérédation. Ces causes sont limitativement énumérées par Justinien. La cause d'exhérédation doit être expressément indiquée dans le testament, et c'est aux héritiers institués à démontrer l'exactitude de cette cause.

3° Si le légitimaire est omis ou exhérédé pour l'une des causes prévues par Justinien, il peut, à la condition que l'inexactitude du motif d'exhérédation invoqué contre lui soit reconnue, obtenir la rescision du testament. L'action qui lui est donnée à cet effet et que Justinien n'appelle plus *querela*, est désignée par les interprètes sous le nom de *remedium ex novella CXV*. Elle ressemble à la *querela*, en ce qu'elle fait tomber les institutions dans la mesure où elles nuisent au légitimaire et permet à ce dernier de venir réclamer sa part *ab intestat* toute entière par une véritable pétition d'hérédité. Mais, à la différence de la *querela*, elle laisse subsister les autres dispositions du testament : nomination de tuteurs, substitutions pupillaires, legs et fidéicommis. Toutefois, si le légitimaire a été institué pour une part quelconque, inférieure à sa légitime, il n'a que l'action en supplément de la légitime (2).

(2) Qu'arrive-t-il lorsque le légitimaire a été exhérédé ou omis sans indication d'une cause quelconque ou pour une autre cause que celles prévues par Justinien? La question est controversée entre les interprètes; les uns soutenant que le testament est nul et que par suite la succession s'ouvre *ab in-*

247 *bis*. — *Légitimes dites extraordinaires*. — Signalons à côté de la légitime ordinaire, d'autres légitimes appelées par les interprètes du nom d'*extraordinaires*, et qui consistent également dans une part de succession dont la loi interdit de disposer au préjudice de certaines personnes.

1° Lorsqu'un affranchi mourait sans laisser d'enfants comme héritiers, le patron avait droit à une sorte de légitime, qui était de moitié de la succession avant Justinien (V. n° 240, note 3), et que cet empereur réduisit au tiers.

2° Le père, patron de l'enfant émancipé avait droit à la légitime du patron; mais cette légitime semble avoir été supprimée par Justinien.

3° Nous avons déjà vu que l'adrogé impubère émancipé sans juste cause avant d'avoir atteint la puberté a droit à la quarte dite Antonine, *quarta divi Pii*, dans la succession de l'adrogeant (V. n° 102 et note 3).

4° Enfin Justinien a accordé (Novelle 53) au conjoint survivant le droit de réclamer à titre de légitime le quart de la succession de son conjoint prédécédé. Mais il n'en est ainsi que lorsque ce dernier a laissé de la fortune, tandis que le conjoint survivant est réduit à la pauvreté. Aussi appelle-t-on cette légitime : *quarte du conjoint pauvre* (V. n° 240-3° et note 4).

II. ACQUISITION DE L'HÉRÉDITÉ (1).

248. — Les successeurs appelés à recueillir le patrimoine d'un défunt peuvent être des héritiers du droit civil, *heredes*, ou de simples successeurs prétoriens, *bonorum possessores*. Les règles qui concernent l'acquisition de la succession ne sont pas les mêmes dans les deux cas. Elles doivent, par conséquent, être étudiées séparément. Notons toutefois, que sous

testat, les autres donnant simplement au légitimaire le droit d'agir par le *remedium ex Novella*. C'est à cette dernière opinion que nous nous rangeons.

248. — (1) V. n° 222.

Justinien, la *bonorum possessio* ayant cessé d'exister comme système successoral à part, distinct du système du droit civil, toute espèce de distinction a disparu à cette époque, entre l'acquisition de l'*hereditas* et celle de la *bonorum possessio* (V. nos 239, 255).

Acquisition de l'hereditas.

249. — *Comment se réalise l'acquisition de l'hereditas.* — *Des diverses classes d'héritiers.* — Ainsi que nous l'avons déjà vu (V. n° 222), l'acquisition de la succession déférée en vertu du droit civil est tantôt forcée, tantôt volontaire. Elle est forcée, lorsqu'elle est imposée à l'héritier, elle est volontaire, lorsque l'héritier peut opter entre l'acceptation ou la répudiation. De là la division des héritiers en héritiers nécessaires (*necessarii*) et volontaires (*voluntarii*). Les héritiers nécessaires se subdivisent d'ailleurs en deux classes, les *sui et necessarii* et les *necessarii*.

1°. *Sui et necessarii.* — Ce sont les héritiers qui, au jour de la délation, sont placés sous la puissance immédiate du défunt (V. n° 233-1°). Il n'y a pas à distinguer, à cet égard, s'ils viennent en vertu d'un testament ou *ab intestat*. Nous avons vu que l'acquisition forcée se justifie dans ce cas par l'idée de la copropriété de famille (V. nos 233-1° et 73). Elle offrait d'ailleurs des avantages pratiques incontestables. Le culte privé du défunt ne subissait aucune interruption. Les biens ne restaient pas un seul instant sans maître. Le *suus* acquérait l'hérédité malgré son bas-âge, sa folie, son absence, sans jamais avoir besoin de se faire représenter par une autre personne. Enfin, le *suus* venant à mourir immédiatement après la délation, transmettait sa vocation à ses propres héritiers. Mais à côté de ces avantages incontestables, l'acquisition forcée avait de graves inconvénients que nous signalerons plus loin (V. n° 252).

2°. *Necessarii.* — Est *heres necessarius* l'esclave qui est institué par son maître et qui est en même temps affranchi par

le testament de celui-ci (V. nos 227-2°, 68) (1). L'acquisition forcée se justifie ici par cette considération que le maître qui affranchit l'esclave peut subordonner l'octroi de la liberté à toutes les conditions qu'il lui plaît, notamment à l'obligation d'acquérir l'hérédité. On sait d'ailleurs que l'usage d'instituer un esclave était très pratiqué par les testateurs désireux de s'assurer un héritier testamentaire qui, en cas d'insolvabilité, endossait l'infamie de la *venditio bonorum* (V. n° 230-1°) (2).

3°. *Voluntarii.* — Les héritiers volontaires sont tous les héritiers testamentaires ou *ab intestat*, autres que les *sui et necessarii* et les *necessarii*. Étrangers à la *familia* sur laquelle s'exerçait la souveraineté du *pater*, ils ne font pas partie des *domestici heredes* et reçoivent le nom d'*extranei*, héritiers externes. Ils ont le choix entre deux partis : accepter l'hérédité, *adire hereditatem*, faire adition d'hérédité ou répudier (G. II, 161, 162).

Mais que va devenir l'hérédité en attendant la décision que prendra l'héritier? Le patrimoine du défunt est assimilé alors à une chose gisant par terre et que personne n'a encore ramassée, *hereditas jacet*, l'hérédité est jacente. Elle est traitée comme une *res nullius*, et nous avons vu qu'à une certaine époque toute personne pouvait en prendre possession et devenir ainsi héritier grâce à l'*usucapio pro herede* (V. n° 193-1°). De ce que l'hérédité jacente était sans maître, on avait conclu : qu'elle ne pouvait acquérir la possession, puisqu'il lui manque l'*animus*; que les esclaves héréditaires ne pouvaient ni acquérir, ni stipuler pour elle, et qu'en cas de

249. — (1) Il fallait, pour que l'esclave fût *necessarius*, qu'il eût reçu la liberté en vertu d'un acte spontané du maître. Si le maître était tenu de l'affranchir en exécution d'un fidéicommis ou parce qu'il l'avait acquis sous cette condition, l'esclave devenait libre mais n'était pas héritier nécessaire. De même si l'esclave était déjà affranchi au moment où il était institué, il n'était pas non plus héritier nécessaire.

(2) On voit, par la notion même que nous venons de donner de l'*heres necessarius*, que cette classe d'héritiers ne se rencontre que dans les successions testamentaires.

dommage causé à une chose héréditaire, il n'y avait pas lieu à l'action en réparation du dommage causé (*actio legis Aquiliæ*). Tous ces résultats étaient fâcheux pour l'héritier dont les droits pouvaient ainsi être compromis par une adition tardive. C'est pour les éviter qu'on imagina de traiter l'hérédité comme une personne morale, qui pouvait, par conséquent, acquérir la possession ou la propriété et au profit de qui pouvait naître l'action de la loi *Aquilia*. De là le principe : *hereditas personæ vice fungitur* (22. Dig., *De fidej.*, XLVI, 1) (3).

250. — *Adition et répudiation de l'hérédité par l'héritier externe.*

1°. *Adition.* — Les formes de l'adition ont varié avec les époques. Dans le droit ancien, l'adition, comme tous les actes juridiques importants, se faisait en forme solennelle. Elle nécessitait l'emploi de paroles sacramentelles prononcées par l'héritier. La formule, telle que nous la rapporte Gaius (G. II, 166), était ainsi conçue : *Quod me Publius Titius testamento suo heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque* (1). De là le nom de *cretio* donné à l'acte d'adition accompli dans ces conditions. Plus tard, on n'exigea plus une adition solennelle. Ici, comme dans d'autres matières, on se contenta d'une simple déclaration de volonté, *nuda voluntas*. Enfin, on admit que l'adition résulterait de tout acte de l'hé-

(3) Accarias, t. I, n° 347. Mais les jurisconsultes ne se contentèrent pas de cette fiction. Suivant certains, l'hérédité représentait la personne de l'héritier, *personam heredis interim sustinet* (24. Dig., *De fidejuss.*, XLVI, 2). Suivant d'autres, elle représentait le défunt, *non heredis personam sed defuncti sustinet* (34. Dig., *De acq. rer. domin.*, XLI, 1). C'est cette dernière opinion qui l'a emporté. L'intérêt pratique de cette solution est le suivant. On pouvait, grâce à elle, instituer valablement héritier un *servus hereditarius ;* il suffirait en effet que le maître défunt eut la *factio testamenti* (V. n° 227-2°). Avec le principe : *hereditas personam heredis sustinet,* on risque de ne pas faire une institution valable, car on ignore qui sera l'héritier, et s'il aura la *factio testamenti*.

250. — (1) Nous ne connaissons pas la formule de l'adition solennelle, telle que devait la prononcer l'héritier *ab intestat*.

ritier impliquant de sa part l'intention de se comporter en maître, par exemple, du fait d'aliéner une chose héréditaire. C'est ce qu'on appelait, *pro herede gerere* (Ulp., *Reg.*, XXII, 25, 26).

Avant les lois caducaires, l'adition pouvait avoir lieu, dès que la succession était déférée. Mais ces lois, afin d'augmenter les chances de caducité des institutions, décidèrent que l'adition ne pourrait plus avoir lieu qu'après l'*apertura tabularum testamenti* (2).

Jusqu'à quel moment pouvait-on faire adition? Dans le principe aucun délai n'était imparti à l'héritier, qui pouvait délibérer aussi longtemps qu'il le jugeait bon, avant de prendre parti. Mais cette faculté avait l'inconvénient de perpétuer un état d'incertitude préjudiciable aux intérêts d'une foule de personnes : les substitués vulgaires, les légataires, les créanciers. L'*usucapio pro herede* fut, nous l'avons vu (V. n° 193), un moyen détourné de stimuler les résolutions de l'héritier. Le testateur pouvait aussi, dans le même but, instituer l'héritier *cum cretione*. Ici l'expression *cretio* a un sens différent de celui que nous avons vu tout à l'heure. On entend par là un délai, en général de cent jours, imparti à l'héritier à l'effet de délibérer et de se prononcer entre l'adition ou la répudiation.

On distinguait, d'ailleurs, la *cretio perfecta* et *imperfecta*. *Perfecta*, la *cretio* est accompagnée d'une clause formelle d'exhérédation contre l'héritier qui laisse passer le délai sans faire adition (3). En pareil cas, l'héritier n'avait pas le choix entre les diverses formes d'adition; il devait prononcer la formule solennelle, et il ne pouvait pas se conten-

(2) Les formalités de l'*apertura tabularum* furent réglées par la loi *Julia de vicesima hereditatum* (an VI de notre ère) et par des rescrits impériaux postérieurs. L'ouverture et la lecture avaient lieu en présence des témoins qui déclaraient reconnaître leurs cachets. Le testament était ensuite revêtu du sceau de l'autorité publique et déposé aux archives (Paul, *Sent.*, IV, 6, § 1. Dig., *Testament. quemadmod. aperiantur*, XXIX, 3).

(3) En général, on appelait *perfecta* toute disposition légale accompagnée de sanction.

ter de manifester, *nuda voluntate*, son intention d'acquérir ou se borner à faire des actes de *gestio pro herede*. Pour répudier, il n'avait qu'à laisser passer le délai sans prononcer les paroles solennelles de la *cretio*. Il résulte de là qu'après une acceptation non solennelle, l'héritier qui laissait passer le délai était néanmoins considéré comme renonçant, et en sens inverse, qu'après avoir manifesté l'intention de répudier, il pouvait encore se raviser et faire l'adition solennelle, pourvu qu'il fût encore dans le délai (G. II, 165, 166, 168). La *cretio imperfecta* n'était accompagnée d'aucune clause d'exhérédation. En pareil cas, l'héritier, s'il accepte, peut choisir entre les diverses formes d'adition, et s'il répudie ne peut plus revenir sur sa répudiation.

Mais l'institution *cum cretione* n'était qu'un remède insuffisant aux inconvénients résultant de l'absence d'un délai imposé à l'héritier externe, à l'effet d'opter entre l'adition et la répudiation. En effet, ni les héritiers légitimes, ni les héritiers institués *sine cretione*, ni les héritiers institués *cum cretione imperfecta*, n'étaient tenus de prendre parti dans un délai fixe. Le préteur vint combler cette lacune du droit civil. Sur la demande des créanciers héréditaires, il impartissait à l'héritier un délai de cent jours pendant lesquels celui-ci jouissait du *jus deliberandi* (G. II, 162, 167; 1, § 1. Dig., *De jure deliberandi*, XXVIII, 8). Durant ce temps, l'héritier n'était pas tenu de se prononcer, et ce qui est corrélatif, ne pouvait être poursuivi par les créanciers. S'il laissait s'écouler le délai, sans prendre parti, il était, comme en cas de *cretio perfecta*, exclu de l'hérédité. Le fait par lui de n'avoir pas accepté, prouvait qu'il avait voulu rester dans la situation qu'il avait auparavant, et, par conséquent, être traité en *extraneus*.

Sous Justinien, l'emploi de la *cretio* a été abandonné. L'adition a lieu *nuda voluntate* ou à la suite d'actes de gestion *pro herede*. Aussi les intéressés, créanciers, légataires ou l'héritier lui-même, peuvent-ils s'adresser au magistrat à l'effet de faire déterminer par lui un délai pour délibérer.

Ce délai est fixé à neuf mois, passé lesquels l'héritier est considéré comme acceptant. Cette décision aboutit, en somme, à faire un héritier nécessaire de tout héritier externe qui a laissé passer le délai du *jus deliberandi*. Elle enlève donc à l'héritier *extraneus* les avantages qui découlent naturellement du caractère de sa vocation (22, § 13, 14. Cod., *De jure delib.*, VI, 30) (4).

Le droit de faire adition est exclusivement personnel à l'héritier appelé. Si donc cet héritier vient à mourir avant de s'être prononcé, sa vocation ne passe pas à ses héritiers. N'ayant rien acquis encore, il ne peut rien transmettre : *hereditas non adita non transmittitur*. Mais, sous Justinien, on admit que tout héritier qui mourrait *intra annum* sans avoir pris parti, transmettrait à ses héritiers le droit de faire adition à sa place.

2°. *Répudiation*. — Comme l'adition, la répudiation peut être expresse ou tacite. A l'époque classique, elle est tacite lorsque l'héritier institué *cum cretione perfecta*, a laissé s'écouler le délai sans prononcer la formule solennelle de l'adition, ou lorsqu'ayant le *jus deliberandi* l'héritier n'a pas pris parti dans le délai que lui a donné le préteur. Dans tous les autres cas, la répudiation doit être expresse, et elle résulte alors d'une simple déclaration de volonté, *nuda voluntas* (G. II, 169). Sous Justinien, la répudiation est toujours expresse. Il n'y a plus en effet de *cretio perfecta*, et, d'autre part, lorsque l'héritier a obtenu le *jus deliberandi* et a laissé passer le délai sans prendre parti, il est, nous l'avons vu, considéré comme acceptant.

251. — *Effets de l'acquisition.* — Que l'acquisition soit forcée ou volontaire, qu'elle ait lieu au profit d'un héritier testamentaire ou *ab intestat*, elle produit toujours les effets suivants : 1° Tous les biens du défunt sont transmis à l'héri-

(4) Il est à noter, comme on le verra plus loin, qu'en créant le bénéfice d'inventaire, Justinien a restreint l'application du *jus deliberandi*, ces deux bénéfices étant désormais incompatibles (V. n° 252).

tier, en sorte que les deux patrimoines, celui du défunt et celui de l'héritier se confondent en un seul. Cette acquisition se réalise par la seule force de la loi, sans que l'héritier soit obligé d'appréhender matériellement tout ou partie des choses héréditaires (1). 2° Comme conséquence de cette *successio in universum jus*, l'héritier est tenu de l'acquittement des dettes de la succession, de l'entretien des *sacra privata* et de l'accomplissement des dernières volontés du défunt. Ces effets étaient irrévocables. Une fois acquise, la qualité d'héritier était indélébile, ce qu'on exprime par la maxime : *semel heres, semper heres* (88. Dig., *De hered. inst.*, XXVIII, 5). Aussi l'héritier ne pouvait-il pas, *jure civili*, faire rescinder l'acquisition par lui réalisée, en invoquant l'erreur, la violence, la lésion. Mais le préteur venait au secours de l'héritier en lui accordant en pareil cas le bénéfice de la *restitutio in integrum*.

La confusion des patrimoines qui résulte de l'acquisition de l'hérédité pouvait porter préjudice à trois catégories de personnes : 1° A l'héritier lui-même, lorsque les biens héréditaires étaient insuffisants pour acquitter les dettes de la succession, ce qui obligeait l'héritier à les payer *de suo;* 2° Aux créanciers personnels de l'héritier, lorsque l'hérédité était insolvable, car alors ils étaient obligés de subir le concours des créanciers héréditaires; 3° Aux créanciers héréditaires, lorsque l'hérédité solvable était acquise par un héritier insolvable, ce qui les obligeait à concourir avec les créanciers personnels de l'héritier (2). Le droit civil et le droit prétorien

251. — (1) L'héritier ne succède cependant à la possession du défunt, qu'après avoir lui-même accompli un acte d'appréhension (23, pr. Dig., *De acq. vel am. poss.*, XLI, 2; 1, § 15. Dig., *Si is qui testam,* XLVII, 4). Il n'y a pas à distinguer à cet égard entre les héritiers externes et les héritiers nécessaires. Nous rejetons par conséquent l'opinion qui a été proposée par Dubois, *La saisine héréditaire en droit romain.* Nouv. Rev. histor. de droit, t. V, et suivant laquelle les héritiers nécessaires (*sui et necessarii*, et *necessarii*) continueraient de plein droit la possession du défunt. Dans notre sens, V. Accarias, t. I, n° 243, 4e édit., p. 613, note 3.

(2) Accarias, t. I, n° 345.

essayèrent de remédier à ces conséquences fâcheuses en accordant aux héritiers et aux créanciers héréditaires différents bénéfices, dont plusieurs ont passé du droit romain dans le droit moderne.

252. — 1°. *Bénéfices accordés aux héritiers : Jus abstinendi, Bonorum separatio, Bénéfice d'inventaire.*

Jus abstinendi. — C'était aux héritiers nécessaires que l'on devait tout d'abord songer, puisqu'ils ne pouvaient répudier l'hérédité, même lorsqu'ils la savaient mauvaise. Aux *sui et necessarii,* le préteur accorda le bénéfice d'abstention, *jus abstinendi* (G. II, 158; Ulp., *Reg.*, XXII, 24). Il suffisait, pour jouir de ce bénéfice, de déclarer devant témoins son intention de s'abstenir, mais à condition de ne point s'immiscer dans la succession et de n'en divertir aucun objet. L'héritier qui usait du bénéfice d'abstention échappait à l'obligation de payer les dettes héréditaires *de suo,* et si les créanciers faisaient vendre les biens en masse, l'infamie attachée à la *bonorum venditio* lui était épargnée et retombait sur la mémoire du défunt. Toutefois, en vertu du principe *semel heres semper heres* (V. n° 251), celui qui usait du *jus abstinendi* conservait le titre d'héritier, ce qui lui permettait de revenir sur son abstention, tant que les biens n'avaient pas été vendus, et de prendre en tout cas ce qui restait de la succession, les créanciers héréditaires une fois désintéressés (1).

Bonorum separatio. — Quant aux esclaves *heredes necessarii,* le préteur les autorise à lui demander la *bonorum separatio* avant de s'être immiscés dans les biens du défunt. Par là, la confusion des patrimoines est évitée. L'héritier n'est pas tenu sur son propre patrimoine de l'acquittement des dettes héréditaires, et les créanciers de la succession ne peuvent se faire payer que sur la masse des biens laissés par le défunt, qui se trouvent ainsi séparés de ceux de l'héritier (G. II, 155; 1, § 18. Dig., *De separ.*, XLII, 6).

252. — (1) Accarias, t. I, n° 345.

Bénéfice d'inventaire. — Durant fort longtemps, les héritiers externes ne furent point protégés contre les résultats qu'entraînait pour eux l'acquisition de l'hérédité. Libres de la répudier si elle leur paraissait trop onéreuse, ils n'avaient plus le droit de se plaindre lorsqu'ils l'avaient acceptée. Seuls les mineurs de vingt-cinq ans pouvaient se faire restituer *in integrum* au cas où l'adition leur avait causé une lésion. Hadrien admit également le recours à la *restitutio in integrum* au profit de l'héritier majeur de vingt-cinq ans qui avait fait adition dans l'ignorance d'une quantité considérable de dettes qui ne s'étaient révélées que plus tard (G. II, 163). L'empereur Gordien étendit cette même faveur à tous les militaires (§ 6. Inst., *De hered. qual.,* II, 19) (V. n° 279). Mais ce n'étaient là que des dispositions exceptionnelles. Il fallait introduire un remède applicable à tous les héritiers externes, et leur permettant, tout en conservant le titre d'héritier, de ne pas payer les dettes héréditaires sur leurs biens personnels. S'il est juste en effet que les *necessarii* soient tenus des dettes *de suo,* à raison de leur qualité de *domestici heredes,* il n'en est plus de même pour les *extranei* qui n'ont pas vécu avec le défunt dans la communauté d'une même existence familiale. Du jour d'ailleurs où on admit le *jus abstinendi* et la *bonorum separatio,* il était naturel de ne pas traiter les héritiers externes moins bien que les héritiers nécessaires. Tout ce qu'on peut raisonnablement exiger d'eux, c'est de payer les dettes jusqu'à concurrence de l'actif par eux recueilli. Aussi le droit classique autorisait-il l'héritier à s'arranger à cet égard avec les créanciers de la succession (2). Mais à dé-

(2) C'est ainsi que l'héritier pouvait se faire donner par les créanciers mandat de faire adition. Tenu comme héritier de payer les dettes *ultra vires,* il avait comme mandataire le droit de se faire indemniser des conséquences désastreuses du mandat, et par suite pouvait obtenir le remboursement des sommes payées au delà de l'actif recueilli, ou, ce qui revient au même, demander de n'être tenu que jusqu'à concurrence de l'actif. Mais l'héritier demeurait obligé pour l'intégralité envers les créanciers qui n'avaient pas consenti à cet arrangement. De plus, toutes les créances une fois payées, l'héritier risquait de ne rien toucher de l'actif, en sorte qu'il avait les charges

faut de convention entre les créanciers et l'héritier, celui-ci restait toujours tenu *ultra vires successionis*. Ce qui sans doute avait fait hésiter à accorder à tout héritier le droit de ne payer les dettes que jusqu'à concurrence de l'actif recueilli, c'était la crainte que l'héritier ne dissimulât une partie de l'actif héréditaire pour le soustraire aux poursuites des créanciers. Justinien, en établissant le *bénéfice d'inventaire*, trouva le moyen de concilier à cet égard les intérêts légitimes des créanciers et la faveur due à l'héritier (22. Cod., *De jure delib.*, VI, 30) (3).

Pour jouir du bénéfice d'inventaire, l'héritier doit faire immédiatement adition. Justinien n'admet pas qu'il puisse avoir droit à ce bénéfice et recourir en même temps au *jus deliberandi* (V. n° 250, note 4). Il doit procéder à l'inventaire dans le délai de trente jours, à partir du moment où il a eu connaissance de la délation, et cet inventaire doit d'ailleurs être terminé après trois mois. Cet acte, destiné à établir la consistance de l'actif et à empêcher tout divertissement de la part de l'héritier, doit être dressé en présence de *tabularii*. L'inventaire a pour effet de maintenir séparés le patrimoine du défunt et celui de l'héritier, et de faire obstacle à la confusion des deux masses de biens. L'héritier n'est tenu de payer les dettes que jusqu'à concurrence de l'actif ainsi constaté. Si donc l'actif est inférieur au passif, ce sont les créanciers qui supportent la perte, l'héritier ne pouvant pas être

et les ennuis d'une liquidation sans compensation aucune (32. Dig., *Mandati*, XVII, 1). Aussi l'héritier pouvait-il proposer aux créanciers de faire adition, mais à condition qu'ils se contenteraient d'un simple dividende. Cette convention était conclue entre l'héritier et l'assemblée des créanciers réunis sous la présidence du magistrat. La décision de la majorité faisait loi et s'imposait aux créanciers dissidents ou absents (7, § 17; 8; 9; 10, pr. Dig., *De pact.*, II, 14). L'héritier ne courait donc plus le risque d'être poursuivi pour le tout par un créancier qui n'aurait pas consenti à cet arrangement, et d'autre part il avait toute chance de conserver quelque chose de l'actif (V. analogie, art. 516 C. comm.).

(3) Du droit de Justinien le bénéfice d'inventaire a passé dans notre ancien droit coutumier, et de là dans le Code civil. Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 713 (C. civ., art. 793 et suiv.).

tenu sur ses biens personnels. Si l'actif est supérieur au passif, l'excédant appartient à l'héritier (4).

253. — 2°. *Bénéfice accordé aux créanciers héréditaires. Séparation des patrimoines.* — Un débiteur est toujours libre d'aggraver son insolvabilité en contractant de nouvelles dettes. Par conséquent, les créanciers personnels de l'héritier ne peuvent éviter le préjudice que leur fait subir l'acceptation de l'hérédité lorsqu'elle est grevée de dettes supérieures à l'actif. La seule ressource que leur assure en pareil cas le droit commun, c'est l'exercice de l'action paulienne lorsqu'il y a eu fraude de l'héritier.

Plus favorable est la situation des créanciers héréditaires dont les droits se trouvent compromis par l'adition d'un héritier insolvable. Sur leur demande, le préteur leur accordait un bénéfice spécial, la séparation des patrimoines, *separatio bonorum* (1). L'effet de ce bénéfice était de leur donner le droit d'être payés sur l'actif héréditaire avant les créanciers personnels de l'héritier (1, § 1. Dig., *De separat.*, XLII, 6). La même faveur pouvait être réclamée par les légataires. En revanche, les créanciers personnels de l'héritier passaient avant les créanciers du défunt sur les biens de l'héritier. Ainsi, les biens du défunt et ceux de l'héritier formaient deux masses distinctes, deux patrimoines séparés, sur lesquels chaque classe de créanciers se payait à part et par préférence.

Restent deux questions. 1° Si les créanciers héréditaires n'absorbaient pas tout l'actif, à qui appartenait le surplus? Il revenait à l'héritier et, par suite, était le gage de ses créanciers personnels. A cet égard, il n'y avait aucun doute. 2° Mais si les créanciers héréditaires n'ont pas été totalement désintéressés, peuvent-ils, revenant aux biens personnels de l'héritier, prendre ce qui reste de ces biens, une fois les créan-

(4) *Adde* Accarias, t. I, n° 351.

253. — (1) Telle est l'origine de la séparation des patrimoines du droit français (V. art. 878, 2111 C. civ.).

ciers personnels payés? Les principes commandent la solution affirmative. Car les créanciers du défunt ont l'héritier pour débiteur. Telle fut, en effet, la solution de Papinien (3, § 2. Dig., *De separat.*, XLII, 6). Mais Ulpien et Paul décident le contraire, en invoquant pour motif que les créanciers hérédi-taires, en demandant la séparation des patrimoines, ont considéré l'héritier comme n'étant plus leur obligé, *recesserunt a persona heredis et bona secuti sunt, et quasi defuncti bona vendiderunt* (1, § 17; 5. Dig., *De separat.*, XLII, 6). Cette opinion repose sur une interprétation de volonté tout à fait arbitraire, et elle ne nous paraît nullement justifiée (2).

Acquisition de la bonorum possessio.

254. — *Comment s'acquiert la bonorum possessio. Bonorum possessiones decretales et edictales.* — Le préteur n'imposait le titre de *bonorum possessor* à personne. Il n'y a donc ni *bonorum possessores* nécessaires, ni acquisition forcée. La *bonorum possessio* ne s'acquiert par conséquent qu'autant que celui à qui elle est déférée consent à la demander. Il doit à cet effet s'adresser au préteur, qui statue par voie de décret.

A l'origine de l'institution, le magistrat n'accordait la *bonorum possessio* qu'après examen des faits, *cognitio causæ*, et c'est ensuite de cet examen qu'il rendait son décret. Aussi toutes les *bonorum possessiones* ont-elles débuté par être *decretales*. L'enquête du magistrat portait sur les relations de parenté qui unissaient le successible au défunt, ou sur la validité *jure prætorio* du testament qui le désignait comme héritier, d'une façon générale sur toutes les circonstances qui pouvaient légitimer l'octroi de la *bonorum possessio*. Avec le temps, le préteur renonça dans un certain nombre de cas à cette *cognitio causæ*. Il inscrivit à l'avance dans son Édit les hypothèses où la *bonorum possessio* serait donnée, et il suf-

(2) Accarias, t. I, nº 352.

fisait qu'on la lui demandât en invoquant l'Édit, pour qu'il l'accordât. La *bonorum possessio* devint dès lors *edictalis*. Désormais le rôle du magistrat ne consistait plus à examiner la réalité de la parenté et des autres circonstances invoquées par le postulant, mais à voir seulement si cette parenté et ces circonstances étant supposées vraies, la demande était conforme aux dispositions générales et permanentes de l'Édit. L'octroi de la *bonorum possessio* devint dès lors un acte de juridiction gracieuse qui pouvait avoir lieu en tout temps, et même en dehors du tribunal du magistrat.

Toutes les *bonorum possessiones* importantes, testamentaires ou *ab intestat*, ont subi cette transformation. De *decretales*, elles sont devenues *edictales;* de simples décisions d'espèce, elles se sont changées en mesures permanentes et générales. C'est ainsi que les *bonorum possessiones*, ont fini par constituer un système successoral à part.

Toutefois il a toujours subsisté des cas particuliers où la *bonorum possessio* était *decretalis*, c'est-à-dire donnée après *cognitio causæ*. Ces hypothèses assez nombreuses peuvent toutes se caractériser par cette circonstance qu'un obstacle temporaire s'oppose à l'octroi d'une *bonorum possessio* ordinaire. En attendant qu'on puisse l'accorder *ex edicto*, on la donne d'une façon provisoire *ex decreto*. Aussi la *bonorum possessio* ne peut-elle être accordée en pareil cas que par le magistrat siégeant à son tribunal et aux jours où il a le droit de siéger. Elle ne donne pas d'ailleurs droit à l'interdit *quorum bonorum*, mais à l'interdit *ne vis fiat ei qui in possessionem missus est*. Enfin, comme elle n'est que provisoire, elle ne constitue pas une *justa causa* à l'effet d'usucaper (1).

254. — (1) Comme exemple de *bonorum possessio decretalis* citons le cas de la *bonorum possessio ex Edicto carboniano*. Un impubère ayant demandé en qualité de descendant du *de cujus* la *bonorum possessio unde liberi* ou *contra tabulas* se voyait contester son état par d'autres successibles. Le préteur Papirius Carbo trouva qu'il était équitable de différer le procès sur l'état de l'enfant, jusqu'au jour où il aurait atteint sa puberté. En attendant ce moment il lui donnait la *bonorum possessio decretalis* après avoir vérifié sommairement la valeur des droits prétendus par lui. Il l'astreignait ce-

L'équité exigeait que celui à qui la *bonorum possessio* était offerte prît parti dans un certain délai et ne laissât pas en suspens les droits de ceux à qui la *bonorum possessio* revenait à sa place, ni ceux des créanciers ou légataires. Ce délai, imparti par le préteur, était, à l'exemple de celui de la *cretio,* de cent jours, en principe, et par exception, de un an pour les ascendants et descendants (§ 9. Inst., *De bón. poss.*, III, 9). Le délai écoulé sans que les successibles appelés eussent pris parti, leur vocation s'évanouissait, et le droit à la *bonorum possessio* passait soit aux successibles de même ordre et de degré subséquent, soit aux successibles de l'ordre suivant, conformément au *successorium edictum* (2).

255. — *Effets de la bonorum possessio.* — Les effets de l'acquisition de la *bonorum possessio* sont, on l'a déjà vu (V. n° 235), à peu près identiques en fait à ceux que produit l'acquisition de l'hérédité en droit civil (1). Le *bonorum possessor* n'est point, il est vrai, le continuateur de la personne, il n'est que successeur aux biens; aussi n'est-il pas astreint à l'obligation de continuer le culte privé du défunt. Mais, s'il n'est pas *heres,* il est *loco heredis,* et le préteur lui assure tous les avantages effectifs résultant de l'acquisition du patrimoine. Sur les choses corporelles héréditaires, il a l'*in bonis habere* qui le conduit, grâce à l'usucapion, à l'acquisition du *dominium* (V. n°s 217, 186-1°). Il est investi à titre utile des actions dépendant de la succession, de même qu'on peut les exercer à titre utile contre lui. Son droit, comme *bonorum possessor,* lui est garanti au moyen d'un interdit créé spécialement pour lui : l'interdit *quorum bonorum,* qui

pendant à donner aux successibles contestants des garanties quant à la restitution (Dig., *De carbon. Edict.*, XXXVII, 10).

(2) Nous avons déjà indiqué (V. n° 236) qu'une même personne peut demander la *bonorum possessio* dans un ordre après avoir omis de la demander dans l'ordre précédent. La dévolution d'ordre à ordre profite donc quelquefois au défaillant. Aussi les textes disent-ils de lui : *ipse sibi succedit.*

255. — (1) Les effets que nous décrivons ici sont, bien entendu, ceux de la *bonorum possessio edictalis.*

lui permet de reprendre entre les mains des tiers la possession des choses corporelles héréditaires détenues par ceux-ci (G. IV, 144)(2). Enfin, le préteur finit par lui accorder une action pétitoire, semblable à celle que le droit civil donne à l'*heres*, la *petitio hereditatis possessoria*, qui lui est donnée contre tous ceux qui éléveraient à la possession des choses héréditaires des prétentions rivales des siennes (2. Dig., *De possess. hered. petit.*, V, 5).

Bonorum possessiones sine re et cum re. — Mais les effets que nous venons de décrire sont-ils définitivement acquis au *bonorum possessor?* Ne peuvent-ils pas lui être contestés par l'héritier du droit civil, grâce à la *petitio hereditatis* dont celui-ci est investi? C'est ici le lieu de distinguer suivant que la *bonorum possessio* est *cum re* ou *sine re*. 1° Elle est *cum re*, lorsqu'elle est opposable à tous, non seulement aux tiers sans droit, ainsi qu'aux autres *bonorum possessores* ayant un rang moins favorable, mais aussi à l'*heres* du droit civil lui-même. En pareil cas, la *petitio hereditatis* qu'intenterait l'*heres* contre le *bonorum possessor* serait repoussée par le secours de l'*exceptio doli* (G. II, 120) (3). 2° Au contraire, on appelle *sine re* la *bonorum possessio* qui n'est point opposable avec succès à l'*heres* du droit civil. En pareil cas, l'*heres* pourra, en intentant la *petitio hereditatis* contre le *bonorum possessor*, évincer ce dernier et le réduire en définitive à un titre nu, *sine re* (G. II, 148; Ulp., *Reg.*, XXVIII, 13)(4). Mais, remarquons-le, la *bonorum possessio sine re* n'est dénuée d'efficacité qu'au regard de l'*heres* seul. Vis-à-vis de toutes

(2) Cet interdit avait, sur la *petitio hereditatis* du droit civil ou du droit prétorien, l'avantage de ne pas exiger la preuve de la propriété du défunt. Il suffisait de prouver que les choses réclamées avaient été en sa possession. C'est ce qui explique pourquoi les héritiers du droit civil avaient intérêt à demander au préteur la *bonorum possessio* (G. III, 34).

(3) De même la *petitio hereditatis possessoria*, intentée par le *bonorum possessor* contre l'*heres*, réussira certainement lorsque la *bonorum possessio* est *cum re*.

(4) En pareil cas, la *petitio hereditatis possessoria* intentée contre l'*heres* échouera devant l'*exceptio doli* (G. II, 120).

autres personnes, elle produit ses pleins et entiers effets. Aussi serait-ce une erreur de la confondre avec la *bonorum possessio decretalis* (V. n° 253). A la différence de cette dernière, elle donne droit à l'interdit *quorum bonorum* (5), à l'exercice des actions héréditaires, à la possession *in bonis*, à la *petitio hereditatis possessoria*, le tout sous la réserve du droit supérieur de l'*heres*.

Cette distinction en *bonorum possessiones cum re* et *sine re* a une importance considérable dans l'histoire du développement du régime successoral prétorien. Elle est une conséquence du caractère primitif de la *bonorum possessio*, simple règlement de la possession intérimaire entre deux plaideurs prétendant avoir également des droits à une même hérédité (V. n° 235). Aussi, dans les débuts, la *bonorum possessio* dut-elle toujours être *sine re*, c'est-à-dire qu'en définitive on réservait à l'héritier du droit civil la faculté d'évincer le *bonorum possessor*. Elle n'était *cum re* que lorsqu'elle était demandée par l'*heres* lui-même, par suite, lorsqu'elle était donnée *confirmandi juris civilis causa*. Les ménagements que le préteur fut obligé de garder, tout en continuant son œuvre de réforme du droit civil durent, pendant longtemps, s'opposer à l'extension de la *bonorum possessio cum re*. Peu à peu cependant, les cas de *bonorum possessio cum re* devinrent de plus en plus fréquents. Ce mouvement de transformation n'était pas achevé à l'époque des Antonins. Il devait se terminer seulement sous Justinien par la disparition de la *bonorum possessio sine re* (V. n° 239). L'état des sources ne nous permet pas de retracer les différentes phases de cette évolution et de suivre, dans tous les détails, les péripéties de la lutte engagée par le droit prétorien contre le droit civil, lutte qui devait se terminer par la défaite de ce dernier (6).

Que si l'on se place maintenant à l'époque de Justinien, on

(5) Le *bonorum possessor sine re* pourra intenter avec succès l'interdit *quorum bonorum* même contre l'*heres*. Mais ce ne sera là qu'une victoire provisoire, car l'héritier prendra sa revanche sur la *petitio hereditatis*.

(6) Les seuls textes que nous possédions à cet égard sont du jurisconsulte

voit que les effets de la *bonorum possessio* ne sont plus à aucun point de vue distincts de ceux de l'hérédité. Les deux systèmes successoraux, qui durant plusieurs siècles avaient eu une existence indépendante, ont fini par se fondre en un seul (V. n° 239). Cette unification avait été préparée de longue date. En vertu de constitutions impériales auxquelles Justinien fait allusion (§ 10. Inst., *De bon. poss.*, III, 9), mais qui ne nous ont pas été conservées, la *bonorum possessio* n'avait plus besoin d'être demandée au magistrat. Comme l'hérédité, elle s'acquérait par une simple manifestation de volonté (7). Au point de vue des effets, l'assimilation des deux systèmes successoraux fut une conséquence de la disparition de la procédure formulaire, aucune différence n'existant plus entre les actions données au *bonorum possessor* et celles données à l'*heres*. D'autre part, l'*in bonis habere* tendait à ne plus faire qu'un avec le *dominium* (V. n° 217), et par conséquent le *bonorum possessor* n'avait plus besoin d'usucaper; il devenait propriétaire des choses héréditaires dès le jour même de l'acquisition. Enfin, sous Justinien la *bonorum possessio* est toujours efficace *erga omnes*, autrement dit, elle est toujours *cum re*, et le *bonorum possessor* n'a plus à craindre d'être évincé (8). L'identification des deux législations est dès lors consommée (9).

256. — *Effets de la bonorum possessio (suite). Théorie*

Gaius (G. II, 119, 120, 148, 149; III, 36, 37). V. pour les détails, Accarias, t. I, nos 461, 462.

(7) Sous Justinien, il y a encore cependant des cas de *bonorum possessio decretalis*.

(8) Il est clair que le *bonorum possessor* peut encore être évincé par l'effet de la *petitio hereditatis* qu'intenterait contre lui un successible ayant des droits plus forts que les siens, par exemple, ayant un rang préférable. Mais la *bonorum possessio* n'est pas pour cela une *bonorum possessio sine re*. En droit civil, le même résultat se produisait lorsqu'un héritier intentait la *petitio hereditatis* contre le possesseur *pro herede*, ce dernier, pouvant être évincé, si le demandeur prouvait qu'il avait des droits à l'hérédité supérieurs à ceux du défendeur.

(9) *Adde* Accarias, t. I, n° 468.

de la collatio. — La théorie de la *collatio* se rattache par un lien tout naturel à l'exposé que nous venons de faire des effets de la *bonorum possessio*, car l'obligation pour certains successibles de faire la *collatio* est précisément l'une des conséquences de l'acquisition de la *bonorum possessio* dans certaines hypothèses.

1°. *Collatio sous sa première forme*, ou *Collatio emancipati*(1). — La *collatio bonorum emancipati* fut introduite en faveur des *sui heredes* par une raison d'équité. Le préteur en effet appelait les émancipés en concours avec les *sui* à la *bonorum possessio unde liberi* ou *contra tabulas* (V. nos 237, 243)(2). Or, depuis leur émancipation, les émancipés avaient pu acquérir des biens, tandis que les acquisitions réalisées par les *sui*, au lieu de leur rester propres, étaient venues accroître d'autant le patrimoine du *pater*. L'admission des émancipés allait donc être pour ceux-ci une source de profit au détriment des *sui*. Ils conservaient en effet leur fortune personnelle et venaient prendre leur part de la fortune paternelle augmentée des acquisitions dues aux enfants restés en puissance. L'égalité que le préteur avait voulu établir entre les descendants du défunt aboutissait donc à une flagrante injustice. Le droit prétorien le comprit. Puisque pour faire arriver les émancipés, on rescindait fictivement l'émancipation, il était juste en même temps que logique, qu'on la considérât comme non avenue en ce qui concerne les biens acquis par les émancipés(3). Aussi ceux-ci étaient-ils tenus de remettre ces biens dans la masse, *bona in medium conferre*, de façon à ce que les *sui* pussent en prendre leur part. Tel est le but

256. — (1) *Adde*, Accarias, t. I, nos 451-454.

(2) La *collatio* n'est pas imposée à ceux des successeurs qui viennent à la succession par la *bonorum possessio secundum tabulas*, ou par les autres *bonorum possessiones*.

(3) *Hic titulus*, dit Ulpien, *manifestam habet æquitatem, cum enim prætor ad bonorum possessionem contra tabulas emancipatos admittat participesque faciat cum his qui sunt in potestate bonorum paternorum, consequens esse credidit, ut sua quoque bona in medium conferant* (1, pr. Dig., *De collat.*, XXXVII, 6).

de la *collatio bonorum* (1, pr. Dig., *De collat.*, XXXVII, 6; *Coll. leg. Mosaic.*, t. XVI, ch. 7, § 2).

La *collatio* était due par tout émancipé venant à la succession *ab intestat* par la *bonorum possessio unde liberi*, ou à la succession contra-testamentaire, par la *bonorum possessio contra tabulas*. Si donc l'émancipé venait dans l'ordre des cognats par la *bonorum possessio unde cognati*, ou comme héritier testamentaire en vertu de la *bonorum possessio secundum tabulas*, il ne devait pas la *collatio*.

La *collatio* ne pouvait profiter qu'aux *sui*, et elle ne pouvait être exigée par eux qu'autant que le concours des émancipés avait pour effet de leur porter préjudice (1, § 5. Dig., *De collat.*, XXXVII, 6). Aussi, n'était-elle pas due par l'émancipé aux autres émancipés venant en concours avec lui. De même, l'émancipé, que le préteur admettait en concours avec ses propres enfants restés en puissance (disposition de l'Édit *de conjungendis*), ne devait la *collatio* qu'à ces derniers, et non aux autres *sui*, auxquels sa présence ne nuisait en rien (V. n° 237-1° et note 1). Ajoutons que les *sui* n'étaient recevables à exiger la *collatio* qu'après avoir demandé et obtenu la *bonorum possessio unde liberi* ou *contra tabulas*. C'est là une des raisons qui explique l'intérêt qu'avaient les héritiers du droit civil à ne point se contenter du titre d'*heredes*, et à se présenter comme *bonorum possessores* (4).

Quant aux biens qui devaient faire l'objet de la *collatio*, c'étaient tous ceux qui, sans l'émancipation, auraient été acquis au *pater*. Aussi n'était-elle pas applicable aux biens qui, pour un *suus*, auraient constitué un *peculium castrense*. De même on en exemptait les biens que le fils avait reçus à titre de dot, ces biens devant rester entre ses mains pour subvenir aux charges du mariage. A part ces exceptions, la *collatio* portait donc sur tout le patrimoine de l'émancipé tel

(4) On a vu plus haut (V. n° 255, note 2), que les héritiers du droit civil trouvaient encore dans le titre de *bonorum possessores* l'avantage de pouvoir user de l'interdit *quorum bonorum*, ce qui les dispensait d'intenter la *petitio hereditatis*.

qu'il se comportait au jour du décès, mais déduction faite des dettes.

L'émancipé ne devait la *collatio* qu'après avoir obtenu la *bonorum possessio*, et comme une conséquence de celle-ci. La *collatio* n'était donc pas une condition préalable de l'octroi de la *bonorum possessio*. Elle s'opérait *re*, soit en nature, soit en moins prenant, c'est-à-dire, dans ce dernier cas, en précomptant sur la part de l'émancipé la valeur des biens soumis à la *collatio*. A défaut de cette *collatio re*, l'émancipé devait s'engager par voie de promesse, garantie par fidéjusseurs (*satisdatio*) à *conferre bona in medium*.

2°. *Collatio dotis*. — La fille émancipée qui se mariait était obligée de faire *collatio* de la dot qu'elle avait reçue soit de son père, soit d'un tiers. Il n'y avait là qu'une application pure et simple de la *collatio emancipati*. Mais devait-il en être de même pour la dot constituée à la fille restée en puissance? Les principes mêmes de la *collatio* s'y opposaient, car la fille venait à la succession de son père en qualité de *sua*, et on vient de voir que les *sui* ne doivent jamais *conferre*.

Toutefois, lorsque la dot était fournie par le père (dot profectice), ce résultat était peu équitable. Les biens composant la dot avaient, en effet, été distraits du patrimoine paternel, dans lequel ils ne devaient plus rentrer, puisque la dot était restituable à la femme elle-même au jour de la dissolution du mariage (5). Il se trouvait donc que la fille avait été dotée au détriment des autres héritiers. Aussi Antonin le Pieux décida-t-il que, désormais, la fille ne pourrait venir prendre sa part de la succession paternelle qu'à charge de *conferre dotem* (1, pr. Dig., *De dot. coll.*, XXXVII, 7). Il en était ainsi, alors même que la fille n'avait pas demandé la *bonorum possessio unde liberi* ou *contra tabulas*, et s'était présentée uniquement en vertu de son titre d'*heres sua*.

(5) Le *pater* n'avait droit à la restitution de la dot profectice qu'au cas où le mariage était dissous par le prédécès de la femme (6, pr. Dig., *De jure dotium*, XXIII, 3).

Cette *collatio dotis* différait donc, à deux points de vue, de l'ancienne *collatio emancipati*. D'abord elle était due par un héritier sien. En second lieu, elle faisait entrer dans la masse successorale des biens qui y figuraient autrefois et qui en avaient été distraits au profit de la fille dotée. La *collatio* constituait donc ici un véritable rapport. Enfin, plus tard, un rescrit de Gordien vint décider que la fille dotée, émancipée ou non, devait opérer la *collatio* de la dot profectice, non seulement au profit des *sui*, mais, en outre, au profit des émancipés (4. Cod., *De collat.*, VI, 20). A ce nouveau point de vue, la *collatio dotis* se séparait donc de la *collatio emancipati*.

Par analogie, l'obligation de *conferre dotem* fut imposée à la fille *in potestate* qui avait reçu une dot adventice, bien que, dans cette hypothèse, il n'y eut plus les mêmes raisons d'équité pour exiger la *collatio*, qu'au cas de dot profectice. Seulement la *collatio* continua ici à n'être due qu'aux *sui* seulement.

3°. *Réaction de la théorie de la collatio dotis sur la théorie de la collatio emancipati. État du droit sous Justinien.* — Les innovations admises en matière de *collatio dotis* devaient réagir sur la théorie de la *collatio emancipati*, et les changements qui s'étaient opérés dans la constitution de la famille romaine achevèrent de hâter cette transformation. D'une part, en ce qui concerne les biens soumis à la *collatio*, on tendait à se montrer moins rigoureux qu'autrefois. Les *sui*, en effet, étaient devenus propriétaires de pécules adventices qu'ils n'étaient pas tenus de *conferre*. Il était donc équitable que les émancipés fussent traités de la même façon à l'égard des biens qu'ils ne tenaient pas de leur père. D'autre part, la *collatio* n'était possible jusqu'alors que dans la succession d'un ascendant mâle, et n'était imposée qu'aux seuls descendants *per masculos*. Mais une constitution du Bas-Empire décida que tout descendant devrait rapporter la dot ou la donation *ante nuptias* par lui reçue de l'ascendant de l'un ou de l'autre sexe à la succession duquel il venait prendre part

Ainsi se dessinait une théorie nouvelle qui s'éloignait de plus en plus des principes qui avaient servi autrefois de base à l'institution prétorienne de la *collatio* (2). Ce fut Justinien qui mit la dernière main à cette réforme. Les règles de la *collatio* dans la législation de ce prince peuvent se résumer ainsi : 1° Sont soumis à la *collatio* tous les descendants, émancipés ou non, venant *ab intestat,* ou en vertu d'un testament, à la succession d'un ascendant quelconque. Toutefois, le défunt peut avoir dispensé le descendant de l'obligation de faire la *collatio*. 2° La *collatio* est due à tous les héritiers sans distinction. 3° Elle doit porter sur tous les biens que le successible a reçus à titre gratuit du défunt, de façon à rétablir ainsi entre les héritiers l'égalité que le défunt est présumé n'avoir pas voulu rompre. Ainsi elle aura pour objet la dot profectice, la donation *ante nuptias,* et même la donation entre-vifs, lorsque du moins le donateur a exigé qu'elle fût l'objet de la *collatio* (3). La *collatio* ne s'applique donc plus aux biens qui ne proviennent pas du père. Les *bona castrensia* et *quasi castrensia,* déjà autrefois exempts de la *collatio*, et avec eux les *bona adventitia* en sont affranchis (19, 20, 21. Cod., *De collat.,* VI, 20 ; Nov., XVIII, ch. 6).

La *collatio* du droit nouveau s'inspire donc de la même pensée d'équité que la *collatio emancipati*. Mais elle la généralise et l'applique à tous les enfants venant à n'importe quel titre à la succession de leurs ascendants. En même temps, la portée de la *collatio* se restreint aux biens sortis du patrimoine du père, en sorte qu'elle est toujours un *rapport* imposé au successible en vue de maintenir entre lui et les autres successibles la plus parfaite égalité. C'est avec ces caractères que le principe du rapport a été consacré dans notre loi moderne (V. art. 843 et suiv. C. civ.) (4).

(2) *Sic* Accarias, t. I, n° 455.

(3) La donation entre-vifs doit également être rapportée à la masse, lorsque l'enfant donataire concourt avec un descendant obligé de *conferre* une dot, une donation *ante nuptias*.

(4) Toutefois, le rapport n'a lieu dans notre droit qu'au cas de succession

III. DÉFAUT D'ACQUISITION DE L'HÉRÉDITÉ.

257. — *Causes du défaut d'acquisition de l'hérédité et de la bonorum possessio.*

I. *Causes du défaut d'acquisition de l'hereditas.* — Supposant l'hérédité valablement déférée en vertu du droit civil, nous avons à indiquer quelles sont les causes qui font obstacle à l'acquisition de l'hérédité par l'héritier appelé (1). Parmi ces causes, les unes sont communes à toutes les successions, testamentaires ou *ab intestat*, les autres sont spéciales aux hérédités testamentaires. Il en est d'ailleurs qui sont indépendantes de la volonté de l'héritier, d'autres qui sont volontaires. Enfin, il en est qui sont applicables à toutes les classes d'héritiers, d'autres à certaines classes seulement.

1°. *Causes communes à toute succession, quel que soit le mode de délation.* — Ces causes sont : 1° La mort du successible avant l'adition. Mais il n'en est ainsi que pour les héritiers externes. Sous Justinien, toutefois, si le successible meurt dans l'année, avant d'avoir fait adition, il transmet sa vocation à ses héritiers (V. n° 250-1°). 2° La perte de la *factio testamenti* par le successible après la délation et avant l'adition. Il est clair que cet obstacle à l'acquisition n'a lieu que pour les héritiers externes. 3° La répudiation expresse ou tacite de la part de l'héritier externe, et, pour le *suus*, le fait d'avoir usé du *jus abstinendi.*

2°. *Causes spéciales aux successions testamentaires.* — Ces causes sont la défaillance, après la délation, de la condition sous laquelle avait eu lieu l'institution; en cas de *cretio perfecta,* le défaut d'adition dans le délai imparti à l'institué; enfin et surtout, le défaut de *jus capiendi ex testa-*

ab intestat. Mais il est imposé sans distinction à tous les successibles en ligne directe ou collatérale.

257. — (1) Nous ne parlons donc pas ici de toutes les circonstances à la suite desquelles l'héritier fait défaut, telles que incapacité au jour de la délation, nullité ou inefficacité des dernières volontés.

mento. Donnons quelques détails indispensables sur cette incapacité d'une nature toute spéciale, en faisant remarquer, d'ailleurs, qu'elle s'applique aussi bien à l'acquisition des legs qu'à celle de l'hérédité.

Le *jus capiendi* ne doit pas être confondu avec la *factio testamenti* passive, qui n'est autre chose que la capacité d'être institué héritier ou gratifié d'un legs (V. n° 227-2°). Le *jus capiendi* constitue, pour celui qui est valablement institué ou gratifié d'un legs, le droit de recueillir le bénéfice de l'institution ou du legs, *capere ex testamento*. De là résulte qu'une personne peut, malgré qu'elle ait la *factio testamenti* passive, être néanmoins privée du *jus capiendi*. D'ailleurs, c'est au jour de l'acquisition seulement qu'il fallait se placer pour savoir si l'institué ou le légataire avaient le *jus capiendi*, tandis que la *factio testamenti* devait exister au jour de la confection du testament. D'autre part, la personne gratifiée qui n'avait pas le *jus capiendi*, jouissait d'un certain délai à l'effet de l'obtenir. Enfin, la disposition faite au profit d'une personne privée du *jus capiendi* n'était pas nulle, mais la loi en attribuait le bénéfice à d'autres personnes qu'elle appelait à la recueillir au lieu et place de l'incapable (V. n° 259).

Ces règles nouvelles furent introduites dans le droit civil par la loi *Junia Norbana* et par les célèbres lois *Julia* et *Papia Poppæa*.

La loi *Junia*, qui créa la classe des affranchis latins juniens, leur reconnut la capacité d'être institués ou désignés comme légataires, mais désireuse de leur faire une situation moins favorable que celle des affranchis citoyens, elle les priva du *jus capiendi* (V. n° 69). Quant aux deux autres lois, qui datent de l'époque d'Auguste, elles furent inspirées par le désir d'apporter un remède à la diminution croissante de la population ingénue. La décadence des mœurs éloignait de plus en plus les Romains des *justæ nuptiæ*; le nombre des naissances légitimes allait en s'affaiblissant, et la cité risquait de ne plus être peuplée que d'affranchis et d'étrangers.

Auguste, qui se posait volontiers en restaurateur des antiques traditions nationales, voulut remettre en honneur le mariage légitime et encourager les citoyens à donner des enfants à l'État. En vue de ce résultat, on imagina de réglementer à nouveau la capacité en matière de dispositions testamentaires. On décida, d'une part, de punir le célibat ou la stérilité par une incapacité complète ou partielle de recueillir le bénéfice des dispositions testamentaires. D'autre part, on chercha à récompenser la paternité légitime, en attribuant à ceux qui auraient des enfants le bénéfice des dispositions qui échappaient aux personnes déclarées incapables par la loi. Tel fut l'objet des lois *Julia* et *Papia Poppæa*, appelées aussi *leges caducariæ*, ou encore *leges novæ* (2).

Pour le moment nous n'avons à indiquer que les incapacités qui résultent de cette législation nouvelle. Elles sont ou totales ou partielles. Sont frappés d'une incapacité totale, ceux qui ont désobéi au vœu de la loi en ne contractant pas des *justæ nuptiæ*, et qu'on appelle *cœlibes*. Telle fut la disposition de la loi *Julia* (G. II, 111). Il en est de même des Latins Juniens aux termes de la loi *Junia*. Sont sous le coup d'une incapacité partielle (*non solidi capaces*), ceux qui, étant mariés légitimement, n'ont pas au moins un enfant légitime vivant ou conçu. Ces personnes, appelées *orbi*, ne peuvent, d'après la disposition de la loi *Papia*, que recueillir la moitié de la disposition qui les concerne (G. II, 286ª) (3). Ces divers incapables jouissaient d'ailleurs d'un délai de cent jours pour se mettre en règle avec les exigences des lois. Si dans ce délai

(2) La première de ces lois dans l'ordre historique est la loi *Julia*, ordinairement désignée sous le nom de *lex Julia de maritandis ordinibus*, à raison de l'objet dont s'occupait son premier chapitre (V. nº 86-3º, 4º). On n'est pas d'accord sur la date de cette loi. Quant à la loi *Papia Poppæa*, elle est de l'an 762, U. C., sous le consulat de M. Papius Mutilus et Q. Poppæus Secundus. Accarias, t. I, nºs 372 et suiv.; Machelard, *Dissertation sur l'accroissement*, pp. 41 et suiv.

(3) Il résulte de la rubrique du titre XIII des *Regulæ* d'Ulpien, que parmi les personnes incapables figurait aussi le *solitarius pater*, lequel était probablement le veuf avec enfants.

les *cœlibes* contractaient des *justæ nuptiæ*, si les Latins Juniens acquéraient la cité, si les *orbi* avaient un enfant, l'incapacité de recueillir cessait. Certaines personnes avaient d'ailleurs été dispensées de l'application des *leges caducariæ*, soit à raison de leur âge, soit à cause de leur proche parenté avec le défunt, soit pour des motifs de convenance. Ces *personæ exceptæ* font donc partie des *solidi capaces*, c'est-à-dire de ceux qui avaient le droit de recueillir la totalité de l'institution ou du legs fait à leur profit (4).

II. *Causes du défaut d'acquisition de la Bonorum possessio.* — Les causes qui empêchaient l'acquisition de la *bonorum possessio* étaient la mort du *bonorum possessor* avant d'avoir demandé et obtenu la *bonorum possessio*, la perte par lui de la liberté ou de la cité survenant avant l'acquisition, la répudiation expresse ou tacite de la *bonorum possessio*, enfin, en cas de *bonorum possessio secundum tabulas*, le défaut chez l'institué du *jus capiendi*, les lois caducaires étant applicables aussi bien aux *bonorum possessiones* qu'aux hérédités.

258. — *Effets du défaut d'acquisition de l'hereditas et de la bonorum possessio.* — Nous avons à rechercher maintenant quels sont les effets produits par le défaut d'acquisition de la succession, et cela quelle que soit la cause qui empêche la personne à qui elle est déférée de venir recueillir le bénéfice de sa vocation (1).

(4) Les *personæ exceptæ*, à raison de l'âge, sont les hommes mineurs de 25 ans et les femmes mineures de 20 ans, lesquels échappaient aux incapacités du célibat et de l'*orbitas*. Il en était de même des hommes au-dessus de 60 ans et des femmes au-dessus de 50 ans.

Les parents qui figuraient au nombre des *personæ exceptæ* étaient précisément tous ceux que le préteur appelait à la *bonorum possessio unde cognati*, c'est-à-dire tous les cognats du testateur jusqu'au VI^e^ degré, et au VII^e^ les *sobrina*, *sobrinave nati* (*Vat. frag.*, §§ 216-217).

Enfin, les femmes veuves avaient, en vertu de la loi *Papia*, un délai de deux ans depuis la mort de leur mari, et les femmes divorcées, un délai de 18 mois depuis le divorce pendant lequel elles étaient dispensées d'obéir aux lois caducaires (Ulp., *Reg.*, XIV).

258. — (1) Les effets que nous allons décrire sont la conséquence de toute

Les effets du défaut d'acquisition de la *bonorum possessio,* peuvent se résumer ainsi qu'il suit : Si plusieurs personnes sont appelées ensemble à la *bonorum possessio,* et qu'une d'elles ne puisse ou ne veuille en profiter, sa part accroît aux autres, suivant les mêmes règles qu'entre cohéritiers. S'il n'y a qu'un seul *bonorum possessor* qui soit appelé, sa défaillance donne lieu à la *successio graduum* lorsqu'elle est admise, sinon à la *successio ordinum.*

Quant aux effets du défaut d'acquisition de l'hérédité déférée en vertu du droit civil, ils se réalisent dans deux cas bien distincts dont le second seul nécessitera des explications détaillées. Le premier est celui où la succession est déférée à une seule personne. Si alors la délation a lieu à la suite d'un testament, le défaut d'acquisition de la part de l'institué donne ouverture à la substitution vulgaire s'il y en a une, sinon à la succession *ab intestat.* Que s'il s'agit d'une succession *ab intestat*, à défaut de l'héritier appelé, la succession sera déférée aux héritiers qui doivent venir dans l'ordre suivant. Plus complexe est la situation, lorsque plusieurs personnes sont appelées simultanément à recueillir une même succession testamentaire ou *ab intestat.* En cas de défaillance d'un des héritiers, que va devenir sa part? C'est à cette question que répond la théorie de l'accroissement. Cette théorie a passé par des transformations qu'il est nécessaire d'examiner successivement.

1°. *De l'accroissement dans le droit antérieur aux lois caducaires.* — Tout héritier est successeur *in universum jus defuncti,* et par suite il a droit virtuellement à la totalité de l'hérédité. Mais la présence d'autres héritiers ayant des droits égaux aux siens restreint nécessairement sa part, de même que sa présence restreint dans les mêmes proportions celle des autres : *concursu partes fiunt* (80. Dig., *De*

circonstance à la suite de laquelle l'héritier fait défaut, soit qu'il s'agisse, comme au n° 257, des causes qui font obstacle à l'acquisition d'une hérédité régulièrement déférée à un héritier capable, soit qu'il s'agisse des causes qui empêchent la délation au profit de l'héritier.

legat., 3°, XXXII). Que si l'un des cohéritiers vient à faire défaut, les autres voient leur part s'accroître de ce que le défaillant n'a pas recueilli. On dit alors qu'ils jouissent du *jus accrescendi*. Mais qu'on ne s'y trompe pas. Ils ne réalisent pas à proprement parler une acquisition; ils ne sont pas les ayants-cause du défaillant. En réalité ils ne font que recouvrer ce qui leur appartient en vertu de leur vocation éventuelle au tout; c'est leur droit, jusqu'alors limité par celui du cohéritier qui tend à reprendre son amplitude normale, de telle façon qu'il y a pour eux plutôt *jus non decrescendi* que *jus accrescendi*.

Cette vocation au tout qui est la raison d'être de l'accroissement, provient dans les hérédités *ab intestat* de la volonté de la loi qui, appelant ensemble plusieurs héritiers, leur donne éventuellement droit à tout le patrimoine. Dans les hérédités testamentaires, la vocation au tout dérive de la volonté expresse ou présumée du testateur. Lorsqu'en effet le testateur a institué simultanément plusieurs héritiers, sans désignation de parts, sa volonté de les appeler éventuellement à la totalité est expresse. Elle est présumée dans les deux cas suivants :

1° Le testateur a opéré lui-même la division de son hérédité en quotes-parts qu'il a attribuées à ses divers héritiers : *Primus heres esto ex dimidia parte, Secundus heres esto ex altera dimidia parte.* Nous savons qu'en pareil cas si l'un des cohéritiers fait défaut, sa part accroît à l'autre, par application de la règle : *Nemo partim testatus*, etc. (V. n° 224). Or, on a vu que cette règle est fondée sur une présomption de volonté du défunt.

2° Après avoir divisé son hérédité en un certain nombre de parts, le testateur a appelé plusieurs héritiers à recueillir l'une d'elles sans la diviser entre eux : *Primus heres esto ex dimidia parte; Secundus et Tertius heredes sunto ex altera dimidia parte.* Si *Secundus* fait défaut, sa part vacante accroîtra, non à *Primus* et à *Tertius*, mais à *Tertius* seul, qui a été associé à *Secundus*. Cette fraction d'hérédité pour

laquelle *Secundus* et *Tertius* ont été *conjuncti* joue le rôle d'une petite hérédité à part, et à l'égard de laquelle se passe ce que nous avons dit de l'hérédité entière. Cette préférence au profit du *conjunctus* se justifie donc par une présomption de volonté. On pense que le testateur en associant ainsi deux héritiers pour une quote-part d'hérédité, a donné à chacun vocation éventuelle à la totalité de cette quote-part. Ce mode de groupement des cohéritiers s'appelait *conjunctio re.* Il pouvait être réalisé de deux façons différentes : *re et verbis,* lorsque, comme dans l'exemple que nous venons de donner, il résultait d'une disposition unique formulée en une seule phrase; *re tantum,* lorsque la *conjunctio* résultait d'une disposition formelle exprimée dans deux phrases distinctes : *Primus ex parte dimidia heres esto; Secundus ex parte dimidia heres esto; Tertius ex parte qua Secundum heredum instituo, heres esto* (142. Dig., *De verb. signif.*, L, 16).

Effets de l'accroissement. — Les règles suivant lesquelles s'opérait l'accroissement dérivent toutes de l'idée que nous avons indiquée plus haut, à savoir que la vocation de l'héritier appelé à une part défaillante n'est qu'une extension de sa vocation primitive.

1° L'accroissement était forcé, c'est-à-dire qu'il avait lieu sans que l'héritier eût à l'accepter, et même malgré sa volonté, *etiam invito* (53, § 1. Dig., *De acq. vel omitt. hered.*, XXIX, 2)(3).

2° L'accroissement ne s'opère pas en considération de la personne du cohéritier, il n'a lieu qu'*in rem,* au profit de la part qu'il est appelé à recueillir. C'est ce qu'on exprime en disant qu'il a lieu *portionis portioni* et *non portionis personæ.* C'est ainsi que si de deux héritiers l'un fait adition puis vient à mourir, et si ensuite l'autre répudie, la part de

(3) Si donc la vacance se produisait après que l'héritier avait déjà réalisé l'acquisition de sa part, l'accroissement avait lieu à son profit sans qu'il pût en refuser le bénéfice. Si la vacance avait lieu avant, l'héritier était tenu d'accepter ou de répudier à la fois et sa part et celle qui était venue s'y joindre par accroissement.

ce dernier ira par accroissement aux héritiers du premier, qui, cependant, n'étaient pas personnellement appelés à en profiter. Mais comme ils recueillent la part de leur auteur, ils ont droit à toutes les augmentations qui viennent grossir cette part.

3° Le bénéfice que les héritiers retirent de l'accroissement est proportionnel aux parts qu'ils recueillent *jure proprio*, car c'est dans cette mesure que la succession a été répartie entre eux par la loi ou par le défunt (4).

4° L'accroissement entraînait obligation pour l'héritier de contribuer aux charges héréditaires, dettes, legs, fidéicommis, dans la proportion de la totalité de ce qu'il recevait par l'effet combiné de sa vocation personnelle et de l'accroissement. Mais les charges imposées personnellement, *nominatim*, au défaillant, ne grevaient pas l'héritier recueillant par accroissement la part de ce dernier. C'est en ce sens qu'on dit que l'accroissement a lieu *sine onere*.

259. — 2°. *De l'accroissement sous le régime des lois caducaires* (1). — Les lois caducaires devaient nécessairement modifier, par contre-coup, cette théorie si bien faite de l'accroissement entre cohéritiers. Les *leges novæ* ayant augmenté le nombre des cas où les institutions manquent leur effet, il y a lieu d'examiner quelles sont, sous l'empire de cette législation, les hypothèses où il y a lieu à accroissement, et en même temps de rechercher si l'accroissement avait lieu d'après les mêmes principes qu'autrefois (2). Justinien nous rapporte que les institutions défaillantes avaient été divisées en trois catégories : *pro non scriptis, caduca, in causa caduci* (1, § 2. Cod., *De cad. toll.*, VI, 51).

1°. *Pro non scriptis.* — On entendait par là toutes institu-

(4) Nous avons vu, cependant, qu'il y avait exception pour le cas d'un *conjunctus* qui a droit, avant tous autres, à la part défaillante.

259. — (1) Accarias, t. I, nos 374, 375. Ortolan, t. I, nos 369 et suiv.

(2) Mais les lois caducaires n'ayant trait qu'aux *jus capiendi ex testamento* n'ont modifié les règles de l'accroissement qu'à l'égard des héritiers testamentaires.

tions s'adressant à des personnes dont l'incapacité existait au jour même de la confection du testament. Elles restaient soumises aux règles de l'accroissement ancien. Mais pour pouvoir bénéficier du *jus accrescendi*, les héritiers ne devaient pas être privés du *jus capiendi*.

2°. *Caduca*. — Ce sont toutes les institutions qui, valables en droit, ne manquent leur effet, *cadunt*, que par suite des exigences des *leges novæ*. Telles sont, par conséquent, les institutions qui sont adressées à un héritier qui est mort ou a perdu la *factio testamenti* dans le temps qui s'écoule entre le décès et l'*apertura tabularum*. On a vu, en effet (V. n° 250), qu'afin de multiplier les chances de caducité des institutions, les lois caducaires avaient décidé qu'on ne pouvait faire adition qu'après l'*apertura tabularum testamenti*, en sorte que l'héritier devait encore être vivant et capable à cette époque. De même sont *caduca* les dispositions faites au profit des Latins Juniens, des *cælibes*, des *orbi* (Ulp., *Reg.*, XVII, 1).

Mais que devenaient les parts caduques? C'est ici qu'on retrouve la contre-partie des dispositions de déchéance édictées par les lois caducaires. Afin d'encourager la paternité légitime, ces lois attribuent les *caduca* à ceux des héritiers ou légataires désignés par le testament, qui ont la qualité de *patres, qui in eo testamento liberos habent* (G. II, 206, 286ª)(3). C'est pour cela que ces parts caduques étaient appelées *præmia patrum*. Par *pater* les lois caducaires entendaient celui qui était marié ou dispensé de l'être par son âge, et qui avait au moins un enfant légitime vivant ou conçu. Ne s'inspirant que du désir de favoriser le développement de la population, le droit nouveau ne se préoccupe que du fait de la paternité, et non de l'existence du droit de puissance. Par suite, les enfants donnés en adoption comptent, non au père adoptant, mais à leur père naturel, et les enfants émancipés font également obtenir au père émancipateur les

(3) Telles étaient probablement les expressions dont s'étaient servies les lois caducaires pour désigner les *patres*.

avantages réservés au *patres*. Mais les *leges novæ* ne s'étaient pas affranchies à tous égards des idées anciennes sur la constitution de la famille. C'est ainsi qu'on ne traitait pas comme *pater* celui qui n'avait que des *nepotes ex filia*, et que, suivant toute probabilité, les femmes ne pouvant pas être considérées comme *patres*, n'étaient pas appelées à recueillir le bénéfice des *caduca*.

Voici maintenant comment était réglée la dévolution des *caduca*. 1° Ils étaient attribués d'abord aux cohéritiers *conjuncti* (*re et verbis* ou *re tantum*), pourvu, bien entendu, qu'ils fussent *patres*. 2° A défaut de *conjuncti*, tous les héritiers *patres* institués par le testament avaient droit ensemble à la part caduque, dont ils se partageaient le bénéfice. 3° A leur défaut, on appelait les légataires *patres*. 4° Enfin, faute de légataires, les *caduca* étaient acquis à l'Etat, considéré comme le père de tout le monde (4). Ce fut d'abord l'*ærarium*, puis, sous Caracalla, le fisc impérial, *fiscus*, qui bénéficia des parts caduques (5) (G. II, 207, 286ª).

Les règles de l'acquisition des parts caduques étaient, à deux points de vue, différentes de celles de l'accroissement. 1° Le bénéficiaire du *caducum* pouvait toujours le répudier, et, par suite, l'acquisition n'avait jamais lieu *invito*. 2° La personne qui recueillait la part caduque était tenue des charges dont était grevé *nominatim* le défaillant, *caduca cum suo onere fiunt*. Mais les parts caduques étaient acquises par le seul effet de la loi, *lege* (V. n° 199), absolument comme autrefois les parts des héritiers défaillants. Les *patres* en devenaient donc immédiatement propriétaires et pouvaient les revendiquer par la *caducorum vindicatio* (6).

(4) *Ut velut parens omnium populus vacantia teneret* (Tacit., *Annal.*, III, 28).

(5) L'attribution des *caduca* suppose que le testament produit son effet, ne fût-ce que pour une au moins des institutions qui s'y trouvent portées. Si tous les institués sont écartés, les choses se passent comme si le défunt était mort *intestat* (G. II, 144).

(6) C'est à raison de l'attribution des parts caduques (*caduca*), organisée par les *leges novæ*, que ces lois ont été appelées *leges caducariæ*.

3°. *In causa caduci.* — C'étaient les institutions valables qui n'étaient pas recueillies par les personnes gratifiées, soit par suite de renonciation, soit par suite de prédécès, ou parce que la condition à laquelle l'institution était subordonnée faisait défaut. Ces parts étaient assimilées aux *caduca*, et, par suite, attribuées aux *patres* dans l'ordre que nous avons indiqué et suivant les mêmes principes. Toutefois, les *patres* se trouvaient primés ici par les ascendants ou descendants, jusqu'au troisième degré inclusivement, qui avaient droit à ces parts, à la condition de pouvoir les réclamer en vertu du droit d'accroissement ancien. C'est là ce que les textes appellent le *jus antiquum in caducis* (Ulp., *Reg.*, XVIII) (7).

260. — 3°. *Destinées des lois caducaires et droit d'accroissement à l'époque de Justinien.* — Les lois n'ont d'efficacité que lorsqu'elles sont l'expression des mœurs d'un peuple. En tous cas, elles sont impuissantes à les réformer. On le vit bientôt pour les lois caducaires. Elles ne firent qu'aggraver le mal qu'elles étaient destinées à prévenir et que hâter la désagrégation de la famille romaine. Les satyriques nous les représentent comme encourageant le divorce et l'adultère (1). Elles étaient d'ailleurs vues avec défaveur par l'opinion publique, à raison des entraves qu'elles apportaient à la liberté de disposer par acte de dernière volonté. Aussi les particuliers et les juristes imaginèrent-ils une foule de subterfuges destinés à en éviter l'application. Parmi ces

(7) Ainsi ces personnes, les plus proches parents du défunt, outre qu'elles échappaient aux déchéances du célibat et de l'*orbitas* (V. n° 257, note 4), étaient préférées aux *patres*. On voit par là que l'une des préoccupations principales de l'auteur des lois caducaires avait été d'apporter des restrictions aux dispositions de dernière volonté faites au profit d'étrangers.

260. — (1) Juvénal, Sat. IX. Déjà Horace, qui n'est pas cependant suspect d'hostilité à l'égard des mesures prises par Auguste, constate le peu d'efficacité des lois caducaires (Od. III, 24) :

Quid leges sine moribus
Vanæ proficiunt.

expédients, les uns provoquèrent l'intervention du législateur qui les proscrivit, les autres furent admis dans la pratique comme licites et ne servirent qu'à jeter plus de discrédit encore sur la législation caducaire.

Au nombre des expédients illicites, signalons les mariages simulés à l'effet d'éviter les déchéances du célibat, mariages considérés comme non avenus lorsque la fraude était découverte (30. Dig., *De ritu nupt.*, XXIII, 2). On essaya aussi d'éviter les déchéances de l'*orbitas* et de s'assurer les *prœmia patrum* par le moyen de l'adoption. Mais, sous Néron, un sénatusconsulte vint décider que l'adoption ne produirait pas, en cette circonstance, les effets du mariage légitime (V. n° 101, note 3). Enfin, le testateur trouvait, dans le fidéicommis, un moyen d'éviter l'application de la loi, les *leges novæ* n'ayant pas probablement prévu expressément pour les prohiber les dispositions en forme de fidéicommis (V. n° 274). Mais le sénatusconsulte Pégasien vint compléter l'œuvre des lois *Julia* et *Papia*, en frappant les *cœlibes* et les *orbi* de l'incapacité de recueillir des fidéicommis, et en attribuant ces parts caduques aux *patres* (G. II, 286ª). On imagina alors le fidéicommis tacite, le testateur instituant un héritier ayant le *jus capiendi*, et ce dernier s'engageant secrètement à restituer à l'incapable. Cette fraude était sévèrement réprimée. Le fidéicommis était de nul effet, le grevé n'avait pas droit de retenir la quarte que lui assurait le sénatusconsulte Pégasien (V. n° 276), et il n'avait pas non plus droit, quoique *pater*, aux parts caduques (Ulp., *Reg.*, XXV, 17).

A titre d'expédients licites, nous citerons, particulièrement, l'emploi de la substitution vulgaire réciproque. Le testateur substituait les héritiers les uns aux autres, de telle sorte que, en cas de vacance d'une part, c'était comme institués en sous-ordre qu'ils venaient et non en vertu de l'accroissement. Ils n'avaient donc pas besoin d'être *patres*, il leur suffisait d'être *solidi capaces*.

Malgré leur impopularité, les lois caducaires se maintinrent en vigueur jusqu'à l'avènement officiel du christianisme. Dès

ce moment, elles furent battues en brèche; et il ne pouvait en être autrement, étant données les préférences marquées du culte nouveau pour le célibat. Aussi Constantin abroge-t-il les déchéances qui frappaient les *cœlibes* et les *orbi*. Mais les *præmia patrum* ne disparurent pas, et les *patres* furent toujours admis à revendiquer les parts devenues caduques pour toute autre cause que le célibat ou l'*orbitas* de la personne gratifiée, ainsi que les parts *in causa caduci*. Probablement aussi que le fisc trouvait son profit au maintien des *leges caducariæ*. Ce fut Justinien qui porta le dernier coup aux lois caducaires (1. Cod., *De cad. toll.*, VI, 51). Il supprima la classe des Latins Juniens et l'incapacité de *capere ex testamento* qui les concernait (V. n° 69). Il permit aux institués de faire adition dès le décès sans attendre l'*apertura tabularum*. Enfin, ce qui est le plus important, il supprima les *præmia patrum*. Tout ce qui subsistait encore de la législation caducaire était donc anéanti. Après plus de quatre siècles, on en revenait à l'ancienne théorie du droit d'accroissement, de telle façon que les lois caducaires n'ont été qu'une sorte de hors-d'œuvre, qui, s'il est intéressant à étudier, n'a laissé aucune trace dans le droit de la dernière époque (2).

IV. ACQUISITIONS A TITRE PARTICULIER SE RATTACHANT A L'HÉRÉDITÉ.

261. — *Notion générale.* — A l'hérédité se rattachent certaines causes d'acquisition à titre particulier, qu'on a rangées sous la dénomination générique de successions particulières à cause de mort. On veut marquer ainsi que ces causes d'acquisition, bien qu'ayant lieu à titre particulier, ne sont que des conséquences du décès, et se produisent en même temps que l'acquisition de la succession dont elles sont le corollaire. Le legs est le plus ancien de ces modes d'acquisi-

(2) Toutefois, Justinien décide que désormais l'accroissement aura lieu *cum onere*, règle évidemment empruntée à la législation caducaire.

tion. A partir de l'Empire, il existe à côté du legs une autre cause d'acquisition particulière à cause de mort : le fidéicommis. Le fidéicommis a été l'objet de dispositions spéciales qui en ont fait une institution rivale du legs, et ont créé entre eux une sorte d'antagonisme analogue à celui qui existe entre l'*hereditas* et la *bonorum possessio*, entre le *dominium* et l'*in bonis habere*. Mais, après s'être fait concurrence, ces deux modes de disposition finirent, par suite d'emprunts réciproques, par ne plus en faire qu'un seul, sous le nom de legs (V. n° 277). Notons aussi qu'il existe une variété de fidéicommis, le fidéicommis d'hérédité qui, tout en étant soumis à certaines règles propres à tous les fidéicommis, a la plus grande analogie avec l'hérédité (V. n° 276).

DES LEGS.

262. — *Notion générale et divisions.* — Le legs est une disposition de dernière volonté à titre gratuit, par laquelle un testateur donne à une personne autre que l'héritier, un droit réel sur une chose de la succession ou un droit de créance contre l'héritier. Le bénéficiaire de cette disposition s'appelle légataire (*legatarius*). Il résulte de cette notion qui trouvera son complément lorsque nous étudierons les éléments du legs (V. n° 263) que le legs enlève à l'héritier une partie du bénéfice de sa vocation, ou lui impose une charge. Aussi le legs a-t-il été assez exactement défini : *delibatio hæreditatis, qua testator ex eo quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit* (116, pr. Dig., *De legat.*, 1°, XXX) (1). Le bénéficiaire du legs ou légataire n'est qu'un suc-

262. — (1) Nous préférons cette définition du legs à celle que donne Modestin, et que Justinien lui a empruntée : *Legatum est donatio testamento relicta* (36. Dig., *De legatis*, 2°, XXXI; § 1. Inst., *De legatis*, II, 20). Sans doute, le legs ressemble à la donation en ce qu'il est comme elle un acte à titre gratuit; mais il en diffère en ce que la donation suppose une convention entre le donateur et le donataire, qu'il n'est point question de convention entre le testateur et le légataire. De plus, la donation, du moins lorsqu'elle

cesseur à titre particulier du défunt, dans le cas du moins où le legs a pour objet de conférer au légataire un droit réel sur une chose de la succession, et, par suite, il n'est pas tenu des dettes du disposant, sauf le cas exceptionnel du legs partiaire (V. n° 266).

Trois questions doivent être examinées au sujet des legs : 1° Des éléments du legs. 2° De l'acquisition du legs. 3° Du défaut d'acquisition du legs.

I. Éléments du legs.

263. — 1°. *Forme des legs.* — Longtemps le legs fut subordonné à l'observation de formalités dont le nombre et la rigueur allèrent ensuite en diminuant. Ce formalisme était d'ailleurs une conséquence de celui qu'on exigeait pour la confection du testament lui-même dont le legs n'est qu'une disposition accessoire. Il avait trait : 1° A la forme des dispositions de dernière volonté pouvant contenir un legs; le legs ne pouvant être fait que par testament et par codicille confirmé par testament (1); 2° A la place du legs dans le corps du testament, aucun legs ne pouvant être écrit avant l'institution d'héritier (V. n° 227), règle que Justinien abrogea (G. II, 229; § 34. Inst., *De legatis,* II, 20); 3° Aux formules en forme impérative dont on devait se servir pour disposer sous forme de legs, formules dont l'emploi était imposé au testateur et qui correspondaient chacune à une espèce différente de legs (2). Les formules admises dans la pratique étaient au

est faite entre-vifs, produit ses effets du vivant même du donateur, tandis que le legs ne les produit qu'après le décès. Mais il y a une très grande analogie entre le legs et la donation *mortis causa,* ainsi que nous le verrons plus loin, en traitant des *mortis causa capiones* (V. n° 277 *bis*).

263. — (1) Dans le dernier état du droit, le legs peut être fait comme le fidéicommis particulier, dans un codicille non confirmé (V. n° 275).

(2) C'est cette forme impérative qui distingue le legs du fidéicommis (V. n° 275). Aussi Ulpien (*Reg.,* XXIV, 1) donne-t-il du legs la définition suivante : *Legatum est quod legis modo, id est imperative testamento relinquitur, nam ea quæ precativo modo relinquantur, fideicommissa vocantur.*

nombre de quatre. On pouvait léguer *per vindicationem*, *per damnationem*, *per præceptionem*, *sinendi modo*. Mais ces quatre espèces de legs se réduisent en réalité à deux, le legs *per præceptionem* n'étant qu'une variété du legs *per vindicationem*, et le legs *sinendi modo* une variété du legs *per damnationem*.

1°. *Du legs per vindicationem.* — Cette forme de legs paraît être la plus ancienne de toutes. Elle était destinée à donner directement et immédiatement au légataire un droit de propriété sur une chose appartenant *ex jure quiritium* au défunt (3). La formule solennelle dont l'emploi était imposé pour atteindre ce but était l'une des suivantes : *Titio hominem do lego*, *Titius hominem sibi habeto*, *capito*, *sumito* (G. II, 193) (4). En pareil cas, la propriété de la chose léguée passait directement du patrimoine du testateur dans celui du légataire, sans appartenir un seul instant à l'héritier. Elle était d'ailleurs acquise au légataire sans qu'aucune tradition ou autre acte de transfert fût nécessaire. Aussi le legs fait dans ces conditions est-il rangé parmi les modes d'acquisition *lege* (V. n° 199). En somme, le légataire était immédiatement investi de l'action en revendication qui lui permettait d'agir soit contre l'héritier, soit contre tout tiers détenteur, à l'effet d'obtenir la chose. De là le nom de legs *per vindicationem* donné à ce genre de legs (G. II, 194). Le legs *per vindicationem* ayant pour effet, on le voit, de transférer la propriété quiritaire, ne pouvait porter que sur les choses dont le testateur était propriétaire *ex jure quiritium* au jour où il disposait, et à la condition qu'il en eût encore la propriété au jour du décès (G. II, 196).

Du legs *per vindicationem*, il faut rapprocher le legs *per præceptionem*, dont la formule était la suivante : *Titius ho-*

(3) On pouvait également employer cette forme de legs pour constituer une servitude (V. n°s 208, 213).

(4) La plus ancienne de ces formules est certainement la formule *do lego*. On la trouve déjà dans les paroles solennelles de la *nuncupatio testamenti* (G. II, 104) (V. n° 225 et note 4).

minem Stichum præcipito (G. II, 216). Originairement cette forme de legs était employée par le testateur qui voulait léguer une chose à l'un de ses héritiers en dehors de sa part héréditaire. De là la dénomination de legs *per præceptionem* (*præ capere*). A la différence du legs *per vindicationem*, le legs *per præceptionem* ne transférait pas *ipso facto* la propriété de la chose léguée au légataire. Celui-ci ayant déjà droit, en sa qualité d'héritier, à une part de la chose, devait s'adresser à ses cohéritiers à l'effet d'obtenir le transfert de leurs propres parts dans la chose léguée. A défaut de transfert volontaire, l'héritier légataire n'obtenait la propriété de la chose que par le moyen de l'*actio familiæ erciscundæ*, à la suite de laquelle le juge lui attribuait la chose par voie d'*adjudicatio* (G. II, 219). Il est incontestable, étant données ces règles, que le legs *per præceptionem* ressemblait plutôt au legs *per damnationem* qu'au legs *per vindicationem*, puisqu'il ne donnait au légataire qu'une action personnelle, l'*actio familiæ erciscundæ*, contre les héritiers grevés du legs. Mais il se distinguait du legs *per damnationem* en ce qu'il ne pouvait porter que sur une chose dont le testateur avait la propriété quiritaire ou tout au moins l'*in bonis*. L'*adjudicatio* ne peut, en effet, comprendre que des choses qui font partie du patrimoine du défunt (G. II, 220).

Mais quel était l'effet d'un legs *per præceptionem* adressé à une autre personne qu'à l'un des héritiers? Une controverse s'éleva à cet égard entre les deux écoles des Sabiniens et des Proculiens (5), et fut tranchée par une constitution d'Hadrien, qui admit la validité du legs fait dans ces conditions (G. II, 221). En pareil cas, le legs était assimilé absolument au legs *per vindicationem*; il ne pouvait être réclamé par le légataire que par l'action en revendication, et ne pouvait porter que sur une chose dont le testateur était proprié-

(5) Les Sabiniens tenaient pour la nullité, les Proculiens pour la validité. Les premiers s'attachaient au sens étymologique du mot *præcipere*, les seconds, attribuant moins d'importance aux termes employés par le testateur, considéraient la formule *præcipito* comme l'équivalent de *capito* (G. II, 217, 221).

taire *ex jure quiritium*. Cette solution ne tarda pas à être étendue au cas où le légataire *per præceptionem* était l'un des héritiers. Sans se préoccuper désormais du sens du mot *præcipito*, employé par le testateur, on permit au légataire de se considérer comme légataire *per vindicationem*, et d'agir en conséquence contre ses cohéritiers par l'action en revendication, pourvu, toutefois, que la chose léguée fût la propriété du testateur *ex jure quiritium*. Que si le testateur n'avait sur cette chose que le droit d'*in bonis habere*, le légataire ne pouvait plus se présenter comme légataire *per vindicationem*; il avait, comme autrefois, l'*actio familiæ erciscundæ* (G. II, 222).

2°. *Du legs per damnationem*. — La formule de ce legs était la suivante : *Heres meus damnas esto dare facere Titio*, et de là lui vient son nom de legs *per damnationem* (6). On voit immédiatement, à la seule inspection de cette formule, quelle différence profonde sépare cette forme de legs du legs *per vindicationem*. Le testateur en effet, s'adressant à l'héritier, lui impose, sous la forme d'une condamnation prononcée contre lui, l'obligation d'accomplir une prestation au profit du légataire (7). L'exécution du legs implique donc nécessairement le fait de l'héritier. Dans le legs *per vindicationem* au contraire, c'est au légataire que le testateur s'adresse, dans la forme *do, capito, sumito*, parce qu'il s'agit alors d'une acquisition directement réalisée par le légataire, sans passer par l'intermédiaire de l'héritier. Aussi, tout l'effet du legs *per damnationem* est-il de créer à la charge de l'héritier une obligation sanctionnée par une action personnelle : la *condictio ex testamento* que le légataire intentera contre

(6) Gaius (G. II, 201) et Ulpien (Ulp., *Reg.*) XXIV, 4) nous donnent d'autres formules équivalentes, d'introduction évidemment plus récente : *heres meus dato, facito, heredem meum dare jubeo.*

(7) Il est très probable que sous l'empire des *legis actiones*, le légataire avait à sa disposition la *manus injectio* contre l'héritier qui refusait d'exécuter le legs *per damnationem*. C'est ce qu'on peut conclure avec vraisemblance de la formule : *damnas esto*, qui assimilait l'héritier au défendeur qui avait succombé en justice, *damnatus* (G. IV, 21).

lui à l'effet d'obtenir l'exécution du legs (G. II, 204). De là résulte que tout ce qui peut faire l'objet d'une obligation peut être légué *per damnationem* : la chose appartenant au testateur *ex jure quiritium,* celle sur laquelle il n'a que l'*in bonis,* la chose de l'héritier, la chose d'autrui, un fait à accomplir par l'héritier. A raison de ce caractère de généralité du legs *per damnationem,* on l'appelait *optimum jus legati* (G. II, 197).

Le legs *sinendi modo* n'est qu'une variété du legs *per damnationem,* comme le prouve la formule que nous en donne Gaius (G. II, 209) : *Heres meus damnas esto sinere L. Titium hominem sumere sibique habere.* L'expression *sinere* indique que dans la pensée du testateur, l'héritier était réduit, à un rôle purement passif, et n'avait qu'à laisser le légataire se mettre en possession de la chose léguée, sans être tenu de lui en transférer la propriété. Si telle fut la portée qu'on attribua d'abord au legs fait dans la forme *sinendi modo,* il est certain qu'on finit par l'assimiler complètement au legs *per damnationem,* et par donner au légataire la *condictio ex testamento* pour contraindre l'héritier à lui transférer la propriété (G. II, 213, 214). Pour ce qui est des choses qui peuvent être léguées dans la forme *sinendi mode,* ce legs tient le milieu entre le legs *per vindicationem,* et le legs *per damnationem.* Il peut porter sur toutes les choses qui sont dans le patrimoine du testateur, sans qu'il y ait à distinguer si celui-ci a sur elles le *dominium,* l'*in bonis* ou la *proprietas,* et aussi sur toutes les choses qui sont dans le patrimoine de l'héritier. Mais il est bien évident qu'il ne peut porter sur la chose d'autrui (G. II, 210).

264. — *Transformation opérée par le sénatusconsulte Néronien. Disparition des formules solennelles de legs et droit de Justinien.*

1°. *Sénatusconsulte Néronien.* — L'obligation de se servir des formules de legs consacrées par la pratique, outre qu'elle était une gêne pour le disposant, donnait lieu à un assez grave inconvénient. En employant par mégarde une de ces

formules pour l'autre, le testateur risquait de faire un legs dépourvu d'efficacité. C'est ce qui arrivait par exemple, lorsqu'il avait légué dans la forme *per vindicationem* une chose sur laquelle il n'avait que l'*in bonis*, ou bien encore la chose d'autrui, ou enfin une chose dont il n'avait pas la propriété aux deux moments du testament et du décès (1). Afin d'éviter la nullité du legs, les testateurs avaient pris l'habitude de faire le même legs sous plusieurs formes, de façon, par exemple, à ce que si le legs était nul comme legs *per vindicationem*, il valût au moins comme legs *per damnationem* (2). Il y avait, en effet, toute probabilité pour que ce but fût atteint, étant donné que le legs *per damnationem* était, au point de vue des choses qui peuvent en être l'objet, le plus large de tous (V. n° 263).

Un sénatusconsulte rendu sous Néron, *senatusconsultum Neronianum*, consacra officiellement cet usage, du moins dans le cas où la chose léguée était la chose d'autrui. Il décida que le legs nul comme ayant pour objet la chose d'autrui, vaudrait toujours comme legs *per damnationem*, *ut perinde utile sit legatum atque si optimo jure relictum esset* (G. II, 197). Généralisant l'idée dont s'était inspiré le sénatusconsulte, la pratique admit que tous les legs qui seraient nuls pour avoir été faits en termes impropres, *verbis minus aptis*, vaudraient néanmoins comme legs *per damnationem* (Ulp., *Reg.*, XXIV, 11 *a*; G. II, 218). C'est ainsi par exemple qu'était validé le legs *per vindicationem* portant sur la chose sur laquelle le testateur n'avait que l'*in bonis*, ou sur la chose d'autrui, ou sur une chose dont il n'avait pas eu la propriété aux deux moments requis (G. II, 197) (3). Plus

264. — (1) Il en était de même lorsqu'il avait légué *sinendi modo* une chose qui, au jour du décès n'était ni dans son patrimoine ni dans celui de l'héritier, ou encore, dans la doctrine Sabinienne, lorsqu'il s'était servi de la formule *per præceptionem* pour faire un legs à un autre qu'à un des héritiers (V. n° 263).

(2) La preuve de cet usage résulte de plusieurs textes : 30, § 1. Dig., *De legatis*, 3°, XXXII; 28, § 2. Dig., *De liber. legat.*, XXXIV, 3; Testament de Dasumius, *lin.* 124.

(3) De même étaient validés *ex senatusconsulto Neroniano* le legs *sinendi*

tard, allant encore plus loin, on admit que tout légataire était autorisé à considérer comme legs *per damnationem* le legs, même valable, qui lui était adressé sous une autre forme. Dès lors on donna au légataire *per vindicationem* le choix entre la *condictio ex testamento* et l'action en revendication, règle qui, nous allons le voir, existe encore sous Justinien.

2°. *Suppression des formules solennelles de legs.* — Au Bas-Empire, une constitution des fils de Constantin supprima la nécessité de se servir des formules solennelles pour disposer à titre de legs (21. Cod., *De legat.*, VI, 37). Il n'y eut donc plus à se préoccuper des termes employés, mais à rechercher seulement quelle avait été l'intention du testateur.

3°. *Droit de Justinien.* — Justinien consacra tous ces résultats dans une constitution (1. Cod., *Comm. de legat.*, VI, 43) dont voici les principales dispositions : 1° Tout d'abord, il supprime l'antique classification des legs basée sur les formules dont s'était servi le testateur, classification qui avait perdu toute raison d'être à dater de la constitution des fils de Constantin. Il n'y eut donc plus qu'une seule espèce de legs, dont la validité fut indépendante des termes employés par le testateur (*Adde* § 2. Inst., *De legat.*, II, 20). 2° Par l'effet du legs, le légataire devient propriétaire de la chose léguée, comme autrefois dans le legs *per vindicationem*. Il a donc droit à la *rei vindicatio* qui lui permet de reprendre la chose entre les mains de tout tiers détenteur, et lui donne l'avantage d'échapper à l'obligation de subir le concours des créanciers de l'héritier, sans pour cela avoir besoin de demander contre eux la *bonorum separatio* (4). 3° En même temps, le

modo d'une chose qui, au jour du décès, n'était ni dans les biens du testateur ni dans ceux de l'héritier (G. II, 212). Quant au legs *per præceptionem* fait à un *extraneus*, Gaius nous signale une controverse (G. II, 218) entre les jurisconsultes, les uns voyant dans la nullité du legs une nullité fondée sur l'incapacité du légataire et prétendant que le sénatusconsulte n'était pas fait pour ce cas, les autres faisant observer que la nullité ne provenait ici que des termes impropres dont s'était servi le testateur, et admettant dès lors l'application du sénatusconsulte. C'est cette dernière opinion qui nous paraît devoir être préférée.

(4) Accarias, t. I, n° 380.

légataire peut réclamer le legs à titre de créancier, comme autrefois lorsque le legs était fait expressément dans la forme *per damnationem*. Justinien ne faisait donc que sanctionner ici les conséquences que la pratique avait dégagées du sénatusconsulte Néronien. Enfin, Justinien voulant donner pleine garantie au légataire, munit sa créance d'une hypothèque générale portant sur tous les biens de la succession. Il pouvait donc arriver que le légataire eût à sa disposition trois actions à l'effet de réclamer l'exécution du legs, l'action en revendication, la *condictio ex testamento* et l'action hypothécaire.

Il est évident d'ailleurs qu'il y a des cas où l'objet même du legs s'oppose à ce que le légataire soit investi du droit de propriété, et où il devra se contenter de son droit de créance avec la garantie de l'hypothèque. C'est ce qui arrive lorsqu'on a légué la chose d'autrui, ou des choses *quæ pondere mensura numerove constant*, ou encore une créance ou un fait à accomplir par l'héritier.

265. — *Personnes figurant dans le legs.* — Trois personnes figurent nécessairement dans le legs.

1° Le testateur qui doit avoir par conséquent la *factio testamenti* active.

2° La personne grevée du legs, laquelle ne peut être qu'un des héritiers. Partant en effet de cette idée que le legs est une *delibatio hereditatis* (V. n° 262), les Romains avaient posé en principe qu'on ne pouvait imposer la charge d'un legs à un autre qu'à l'héritier, par exemple à un légataire, *a legatario, legari non potest* (Ulp., *Reg.*, XXIV, 20). S'il y avait plusieurs héritiers, chacun d'eux pouvait être grevé spécialement, *nominatim*, de l'acquittement de certains legs. Mais, à défaut de désignation spéciale, le legs restait à la charge de tous les héritiers qui devaient l'acquitter, chacun dans la proportion de sa part.

3° La personne gratifiée ou légataire qui doit avoir la *factio testamenti* passive au jour de la confection du testa-

ment (1). Le légataire peut être un des héritiers institués. Son legs, appelé alors *prælegatum*, reste indépendant de l'institution (2). Il peut accepter le bénéfice de celle-ci et refuser le legs, ou réciproquement. Il peut aussi réclamer à la fois sa part comme héritier et son legs, cas auquel il obtiendra la délivrance du legs par l'*actio familiæ erciscundæ*. Il est évident d'ailleurs que le testateur qui n'a institué qu'un seul héritier ne peut rien laisser à celui-ci à titre de legs, la même personne ne pouvant à la fois avoir le bénéfice et la charge du legs. Aussi, en cas de legs fait au profit de l'un de plusieurs héritiers, et mis indistinctement à la charge de tous, le legs est nul dans la mesure où il grève l'héritier prélégataire.

266. — 3°. *Choses pouvant faire l'objet du legs.*

I. *Legs de choses corporelles.* — On ne peut évidemment léguer les choses qui, comme les *res divini juris* ou *publicæ*, sont *extra patrimonium*. Il faut, de plus, que la chose soit dans le commerce par rapport au légataire. Ceci posé, le legs peut avoir pour objet un corps certain ou une chose de genre.

1° Le legs peut porter sur un corps certain, *species*, c'est-à-dire sur une chose corporelle ayant une individualité propre et existant au moment où on dispose (1). Lorsque ce corps certain appartient au testateur, ce qui est le cas habituel, la propriété en est acquise au légataire par l'effet même du

265. — (1) Le legs fait aux personnes incertaines était nul. Tel était le cas pour les legs faits aux cités. Mais Nerva et Hadrien leur permirent d'en recevoir (Ulp., *Reg.*, XXIV, 28). Un sénatusconsulte rendu sous Marc Aurèle a accordé la faculté de recevoir des legs à tous les *collegia* autorisés.

(2) Quant à la forme dans laquelle devait être fait le *prælegatam*, voir ce que nous avons dit du legs *per præceptionem* (V. n° 263).

266. — (1) On admet néanmoins la validité du legs d'une chose future par exemple, le legs de la récolte à percevoir sur un fonds déterminé. A l'époque classique, ce legs devait, pour être valable, être fait *per damnationem*. Sous Justinien, il est toujours valable, mais ne peut être réclamé que par la *condictio ex testamento*.

legs, pourvu que le legs soit conçu dans la forme *per vindicationem* (V. n° 263), et à l'époque de Justinien, quels que soient les termes employés par le testateur. Mais la propriété n'est pas acquise au légataire par l'effet du legs, lorsque le corps certain légué appartient à un tiers. Ce legs, quoique portant sur la chose d'autrui, est néanmoins valable (2). Le légataire n'a, en pareil cas, qu'une action personnelle contre l'héritier (*condictio ex testamento*), pour le forcer à lui livrer la chose léguée s'il a pu se la procurer, ou son estimation dans le cas contraire. Toutefois, la validité du legs de la chose d'autrui était subordonnée, à cette condition que le testateur avait su qu'il léguait effectivement la chose d'autrui. S'il avait cru léguer sa propre chose, le legs était nul (3). On présumait, en effet, que, s'il eût su que la chose ne lui appartenait pas, le testateur se serait refusé à mettre à la charge de son héritier une obligation le plus souvent très onéreuse (§ 4. Inst., *De legatis*, II, 20). En sa qualité de créancier, le légataire était tenu de faire la preuve de la validité du legs, et, par suite, c'était à lui à démontrer que le testateur avait sciemment légué la chose d'autrui (4).

2° Le legs peut aussi avoir pour objet une chose de genre (*genus*), c'est-à-dire une chose désignée par son genre seulement : un esclave, un cheval, une somme d'argent, une certaine quantité de blé. Dans le droit antérieur à Justinien, un pareil legs pouvait être fait sous la forme de legs *per vindicationem*, à la condition qu'il y eut dans la succession des choses du genre légué. Dans ce cas, c'était au légataire à choisir parmi ces choses celle qu'il voulait avoir, car le

(2) Dans l'ancien droit, il n'était valable qu'à la condition d'avoir été fait dans la forme *per damnationem* (V. n° 263).

(3) Le legs de la chose appartenant à l'héritier était toujours valable, même lorsque le testateur avait cru qu'il léguait sa propre chose (67, § 8. Dig., *De legat.*, 2°, XXXI).

(4) Accarias, t. I, n° 388. Le Code civil, à la différence du droit romain, proclame sans aucune distinction la nullité du legs de la chose d'autrui (V. art. 1021, C. civ.).

revendiquant doit toujours désigner l'objet qu'il réclame. Mais le legs d'un *genus* pouvait aussi revêtir la forme du legs *per damnationem*, cas auquel il était valable même lorsque la succession ne contenait pas des choses du genre légué. Ici, conformément aux principes généraux en matière d'obligations, le choix appartenait au débiteur, c'est-à-dire à l'héritier. Sous Justinien, le legs valant toujours comme legs *per vindicationem*, le choix appartient en principe au légataire, excepté lorsqu'il n'y a pas dans l'hérédité des choses du genre légué, cas auquel le légataire n'est plus que créancier et n'a plus, par conséquent, le droit de choisir (5).

II. *Legs de choses incorporelles* (6). — Comme legs de choses incorporelles citons : 1° Le legs d'un fait à accomplir par l'héritier, legs qui n'est valable que si le fait est licite, et qui n'engendre au profit du légataire que la *condictio ex testamento*.

2° Le legs d'une créance qui donne simplement au légataire le droit de contraindre l'héritier à lui céder les actions nées de la créance.

3° Le legs de libération, par lequel un créancier lègue à son débiteur sa libération. Le droit civil n'ayant pas admis le legs au nombre des modes d'extinction des créances, la créance subsistait *jure civili*, et le débiteur pouvait être poursuivi malgré le legs fait à son profit. Mais le préteur lui permettait de paralyser la poursuite en opposant l'*exceptio doli*. Plus tard, on autorisa le légataire, qui ne voulait pas rester exposé indéfiniment aux poursuites de l'héri-

(5) On ne doit pas confondre le legs d'un *genus* avec le legs d'option, lequel consiste dans la faculté donnée au légataire de choisir la chose qu'il voudra (un esclave, un cheval) parmi toutes celles du même genre comprises dans la succession. On considérait que ce qui avait été légué en pareil cas, c'était la faculté d'option, *optio legata*, laquelle était exclusivement attachée à la personne du légataire. Aussi, le legs s'évanouissait-il lorsque le légataire mourait avant d'avoir fait son choix. Mais Justinien permit aux héritiers du légataire d'opter à sa place. Accarias, t. I, n° 390.

(6) *Adde* Accarias, t. I, n^{os} 390, 391.

tier, à exiger de ce dernier, par voie de *condictio*, sa libération conventionnelle (§ 13. Inst., *De legat.*, II, 20).

4° Le legs, appelé *legatum debiti*, par lequel le débiteur lègue à son créancier ce qu'il lui doit. Ce legs n'est valable qu'autant qu'il assure au créancier un avantage que ne lui donnait pas sa créance, comme lorsque la créance étant conditionnelle ou à terme, le legs est pur et simple (§ 14. Inst., *De legat.*, II, 20) (7).

5° Le legs d'une servitude prédiale ou personnelle, qui, lorsqu'il était fait *per vindicationem*, donnait immédiatement au légataire le droit d'intenter l'action confessoire (V. n^os^ 208-1°, 213). Mais le testateur pouvait aussi faire un pareil legs dans la forme *per damnationem*, cas auquel la servitude n'existait qu'après avoir été constituée au profit du légataire par l'héritier grevé du legs.

6° Le legs d'une *universitas juris*, comme par exemple le legs d'un pécule ou d'une quote-part de la succession (8). Le legs d'une quote-part (1/3, 1/4) de la succession était désigné sous le nom de *legatum partitionis*, ou *partitio legata*, d'où la dénomination de legs partiaire. Le légataire partiaire venait, concurremment avec les héritiers institués, recueillir la part qui lui était attribuée (G. II, 254). Mais, il n'était pas considéré comme héritier. Il était traité comme un légataire ordinaire, et de là on avait déduit plusieurs conséquences pratiques importantes. 1° Il ne pouvait réclamer son legs par l'action *familiæ erciscundæ*, laquelle n'appartient

(7) Une des applications les plus fréquentes du *legatum debiti* était le *prælegatum dotis*, ou legs de la dot fait par le mari à sa femme. Ce legs appelé encore *dotis relegatio* était toujours valable, puisqu'il donnait à la femme créancière de la restitution de la dot, le droit d'agir immédiatement, tandis que par l'*actio rei uxoriæ*, elle était obligée d'attendre l'expiration de certains délais.

(8) On peut aussi léguer un ensemble de choses corporelles, ce que les interprètes appellent : *universitas facti :* un troupeau, des provisions de vin, d'huile, de denrées, des provisions de bouche (*penus*), le mobilier (*supellex*), les objets servant à la parure des femmes (*mundus muliebris*). Les textes contiennent de nombreuses décisions ayant trait à ces divers legs.

qu'aux cohéritiers, et devait se contenter des actions propres aux legs. 2° Seul, l'héritier était investi des actions héréditaires et seul était exposé aux poursuites des créanciers héréditaires. Mais, comme il fallait qu'en définitive le légataire recueillît le bénéfice des actions et supportât la charge des dettes, il intervenait entre lui et l'héritier une convention conclue sous forme de stipulations réciproques : *stipulationes partis et pro parte*. L'héritier promettait de restituer tout ce qu'il toucherait au delà de sa part sur les créances héréditaires, et, de son côté, le légataire s'engagait à rembourser à l'héritier tout ce que ce dernier aurait payé aux créanciers au delà de cette même part (G. II, 254, 257). 3° Le légataire n'a pas la *petitio hereditatis* contre les tiers. 4° Le legs partiaire tombe comme un legs ordinaire, lorsque les héritiers répudient la succession.

Certains interprètes modernes rattachent l'introduction et le fréquent emploi du legs partiaire à la disposition prohibitive de la loi *Voconia* concernant les femmes (V. n° 227-2°). Ne pouvant les instituer, les citoyens de la première classe auraient cherché, au moyen du legs partiaire, à leur faire parvenir le bénéfice que devait leur procurer l'institution (9). On peut aussi conjecturer que cette forme de legs aurait été imaginée à l'époque où le culte des ancêtres était de plus en plus abandonné, et en vue de faire retomber la charge des *sacra privata* sur le légataire qui recueillait, grâce au legs partiaire, la majeure partie des biens (10). En tous cas, à

(9) *Contra :* Accarias, t. I, n° 392. Il est fort possible que le legs partiaire ait servi à tourner la prohibition de la loi *Voconia*. Les textes, assez rares, d'ailleurs, où il est fait mention de la loi *Voconia*, ne la représentent que comme interdisant l'institution des femmes. La pratique a donc été naturellement amenée à imaginer un moyen de leur faire obtenir, par une voie indirecte, les avantages de l'institution qui ne pouvait être faite directement à leur profit. Tel était le résultat auquel on arrivait par le moyen des fidéicommis (V. n° 274).

(10) Un règlement du collège des Pontifes décidait, en effet, que le legs qui donnait au légataire au moins autant qu'aux institués, obligeait le légataire aux *sacra*. *Adde* Accarias, t. I, n° 392.

l'époque classique, et alors que les *sacra privata* n'étaient plus l'objet du même respect qu'autrefois, le legs partiaire continua à être employé dans la pratique. Mais, il a dû finir par se confondre avec le fidéicommis d'hérédité avec lequel il présente de grandes ressemblances (V. n° 276).

267. — 4°. *Modalités des legs* (1). — Au lieu d'être pur et simple, le legs peut être subordonné à un terme ou à une condition. Jusqu'à Justinien, le principe de la perpétuité du droit de propriété ou de créance mit obstacle à la validité du legs fait *ad diem* ou *ad conditionem*. En matière d'institution, ces modalités sont seulement tenues pour non écrites. Ici, on se montre plus sévère parce qu'on ne tient pas à favoriser les dispositions à titre de legs. Aussi l'apposition des modalités en question a-t-elle pour effet d'annuler le legs. Sous Justinien, la validité du legs subordonné à ces modalités est reconnue (26. Code, *De legat.*, VI, 37).

Le legs a toujours pu être fait à terme suspensif (*ex die*), ou sous condition suspensive (*sub conditione*). Le terme incertain était traité ici comme une condition. Le légataire à terme ou sous condition n'avait pas droit immédiatement à son legs. Il risquait donc, le jour du terme arrivé ou la condition étant accomplie, de se trouver en face d'un héritier insolvable, ou qui pouvait lui contester son droit. Or, le légataire n'avait pas pu, à l'exemple d'un créancier ordinaire, stipuler des sûretés au moment où prenait naissance son droit au legs. Aussi le préteur autorisa-t-il le légataire à exiger immédiatement de l'héritier une promesse garantie par des fidéjusseurs (*satisdatio*) (1, pr., § 1. Dig., *Ut legat.*, XXXVI, 3). Cette promesse, appelée *cautio legatorum*, lui évite toute discussion ultérieure avec l'héritier, et, grâce à la *fidejussio* qui l'accompagne, elle le met à l'abri de l'insolvabilité de son débiteur. Le refus de la *cautio* donnait au légataire le droit de se faire envoyer en possession des choses héréditaires, à

267. — (1) Accarias, t. I, n^os^ 384, 385.

titre de gage, et sans que cette *missio in possessionem* constituât un juste titre *ad usucapionem* (2).

II. De l'acquisition du legs.

268. — 1°. *A quel moment se produit l'acquisition du legs. Théorie du dies cedens.* — Lorsque l'institué grevé du legs est un héritier externe, le droit au legs est nécessairement en suspens jusqu'au jour de l'adition. C'est seulement après l'adition que le legs a une existence certaine. Rigoureusement on aurait donc dû exiger que le légataire fût encore vivant et capable au jour de l'adition. Mais on avait craint que l'héritier ne reculât le moment où il ferait adition, afin de multiplier les chances de disparition du legs. Pour déjouer ce calcul, on donnait au légataire, dès avant l'adition, un droit éventuel au legs, une sorte de *demi-droit* qui devait se transformer en droit complet et définitif au jour de l'adition seulement. L'acquisition du legs s'accomplit donc en deux fois, et comme en deux étapes successives. Le jour où le droit se fixe éventuellement sur la tête du légataire, on dit que *dies legati cedit*, il y a un pas de fait en avant vers l'acquisition définitive. C'est seulement plus tard, en général au jour de l'adition, que le droit est assuré, et l'on dit alors que *dies legati venit* (1).

(2) Un autre exemple de *cautio* en matière de legs est la caution dite mucienne, imposée au légataire dans le cas suivant. On suppose un legs sous une condition négative qui dépend de la volonté du légataire; par exemple, un legs fait à Titius sous la condition qu'il ne montera pas au Capitole. Cette condition ne sera accomplie qu'à la mort du légataire, qui, par conséquent, ne pourra jamais profiter du legs. Aussi l'autorisait-on à se faire délivrer immédiatement la chose léguée. Mais il devait promettre qu'il la restituerait au cas où il ferait défaillir la condition. Cette promesse, accompagnée de l'engagement de fidéjusseurs, était appelée *cautio muciana*, parce qu'elle fut imaginée par le grand pontife Q. Mucius Scævola.

268. — (1) Les expressions *dies cedit, dies venit* sont également employées dans la matière des obligations, où la première a une signification différente, de celle qu'elle a en matière de legs. Le *dies debiti cedit*, lorsque le droit

Lorsque le legs était pur et simple ou à terme, le *dies cedens* avait lieu au jour du décès, de façon à ce que le droit du légataire prît consistance le plus tôt possible et fut indépendant désormais des négligences calculées de l'héritier (2). Mais lorsque le legs était conditionnel, ou à terme incertain, le *dies cedens* avait lieu seulement au moment où s'accomplissait la condition. Jusque-là, en effet, il y a incertitude sur le sort du legs, et par suite il ne peut être question d'attribuer au légataire un droit même éventuel au legs (Ulp., *Reg.*, XXIV, 31). Dans quelques cas exceptionnels le legs, quoique non conditionnel, avait son *dies cedens* reporté à une époque postérieure au décès. C'est ainsi que pour le legs d'usufruit, le *dies cedens* est reculé jusqu'au jour de l'adition. Ce legs, en effet, n'étant pas transmissible aux héritiers du légataire, il n'y avait aucun intérêt à placer le *dies cedens* à une époque antérieure à l'adition d'hérédité (3).

On peut résumer de la façon suivante les effets produits par le legs à dater du moment où le *dies legati cedit,* tout en notant que ces effets ne se produisent que si le légataire est encore vivant et capable à cette époque. 1° Le droit au legs passe aux héritiers du légataire en cas de décès de celui-ci, et c'est particulièrement en vue d'assurer la transmissibilité du legs qu'on plaçait le *dies cedens* avant l'adition (Ulp., *Reg.*, XXIV, 30). 2° La personne qui profitera du legs est désormais déterminée. Si, en effet, le légataire se trouve, au jour du *dies cedens*, sous la puissance d'autrui, le droit au legs appartiendra à la personne investie de la puissance, alors même que plus tard, le légataire deviendrait *sui juris* ou passerait sous la puissance d'un autre. 3° L'étendue et la

à la créance est fixé d'une façon assurée sur la tête du créancier. Le *dies venit* lorsque le droit est exigible (213, pr. Dig., *De verb. signif.*, L. 16.)

(2) Sous l'empire des lois caducaires, le *dies cedens* avait été retardé jusqu'à l'*apertura tabularum* afin de multiplier les chances de caducité du legs. Mais Justinien, en abrogeant les lois caducaires, rétablit la règle ancienne.

(3) *Adde* Accarias, t. I, nº 382.

consistance du legs sont définitivement fixés au jour du *dies cedens* (4).

Mais là se bornent les effets produits par le legs. Le légataire n'est pas encore absolument assuré de pouvoir obtenir son legs. Tout dépend, en effet, du parti que va prendre l'héritier. S'il fait adition, le droit au legs est désormais certain et le legs est exigible, *dies venit.* Le *dies veniens* correspond donc, en général, au jour où a lieu l'adition. Toutefois, il n'en est ainsi que pour le legs pur et simple. Lorsque le legs est à terme ou conditionnel, le *dies veniens* se trouve évidemment retardé jusqu'à l'arrivée du terme ou de la condition, car c'est seulement alors que le legs est exigible (5).

Il est évident que lorsque le légataire se trouve en présence d'un héritier nécessaire, comme l'hérédité est acquise forcément à ce dernier dès le jour du décès, c'est également à ce moment qu'a lieu le *dies cedens*. Quant au *dies veniens,* il se place au jour du décès pour les legs purs et simples, au jour du terme ou de la condition pour les legs à terme ou conditionnels.

2°. *Effets de l'acquisition du legs.* — Lorsque le *dies veniens* a consolidé le droit au legs en le transformant en un droit désormais certain, le légataire a le droit de réclamer la chose léguée en intentant les actions nées du legs, *rei vindicatio, condictio ex testamento*, action *familiæ erciscundæ.* Mais il n'est pas obligé d'agir, et il peut refuser la libéralité qui lui est faite. Il n'y a ici ni acquisition forcée, ni légataire nécessaire.

(4) Si, par exemple, le legs a pour objet un troupeau, c'est au *dies cedens* qu'il faudra se reporter pour savoir combien de têtes de bétail comprenait ce troupeau.

(5) Il résulte de là que, pour le legs conditionnel, le *dies cedens* et le *dies veniens* ont lieu au même moment, lorsque la condition ne se réalise qu'après l'adition.

III. Du défaut d'acquisition des legs.

269. — *Causes du défaut d'acquisition.* — Les causes qui mettent obstacle à l'acquisition du legs peuvent être contemporaines de la disposition elle-même ou s'être produites postérieurement à cette époque.

1°. *Causes contemporaines de la disposition.* — Parmi ces causes, signalons d'abord toutes celles qui ne proviennent pas du legs lui-même, mais qui, dérivant du testament contenant le legs, réfléchissent sur la validité de la disposition faite à titre de legs. C'est ainsi que si le testament est annulé comme *injustum*, s'il est *ruptum*, *irritum*, *destitutum*, *inofficiosum*, l'inefficacité du testament entraîne celle des legs par voie de conséquence.

Mais la nullité du legs peut provenir exclusivement du legs lui-même et résulter d'obstacles qui le rendent nul *ab initio*. En vain, l'obstacle à la validité du legs aurait-il disparu par la suite, le legs ne pourrait pas être efficace (1). Les Romains appliquaient, en effet, ici un principe général qu'ils formulent ainsi : *Quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere* (29. Dig., *De reg. juris*, L, 17). L'admission de cette règle en matière de legs semble être en opposition avec la nature même du legs. Comme toutes les dispositions de dernière volonté, le legs n'est fait que pour recevoir son exécution au jour du décès. C'est donc à ce moment seulement qu'on devrait se placer pour examiner si le legs peut valoir, et s'il se trouve qu'alors les causes de nullité ont disparu, rien ne s'oppose plus, semble-t-il, à l'efficacité de la disposition. Ces raisons n'avaient pas cependant touché les juristes. A leurs yeux, le testament est un acte destiné à être exécuté immédiatement, comme si le testateur

269. — (1) C'est ce qui arrive pour le cas ou le légataire n'aurait pas la *factio testamenti* au jour de la confection du testament, ou lorsque, à ce jour, la chose léguée n'est pas *in patrimonio*.

devait mourir au moment où il vient de tester (2). C'est pourquoi la nullité initiale du legs ne pouvait s'effacer par la suite. Cette application au legs du principe général : *Quod initio vitiosum,* etc., paraît devoir être attribuée à Caton le censeur ou à son fils, et elle a reçu le nom de Règle catonienne, *Regula catoniana* (3).

Il semble que le principe posé par la Règle catonienne ait paru aux praticiens par trop rigoureux. Aussi cherchèrent-ils à en atténuer la sévérité. C'est ainsi qu'on fut amené à se demander si on devait appliquer cette règle dans le cas où l'obstacle à la validité du legs était tel que le testateur pouvait en prévoir lui-même la disparition? Par exemple, le legs avait pour objet une chose appartenant au légataire lors de la confection du testament, mais qui pourra cesser de lui appartenir. En pareil cas, on se trouvait avoir le choix entre deux solutions : ou bien déclarer le legs nul *ab initio* et conformément à la Règle catonienne le considérer comme nul, quels que fussent les événements ultérieurs, ou bien considérer le legs comme un legs conditionnel, c'est-à-dire subordonner sa validité à la condition que l'obstacle initial eût disparu au jour de la *diei cessio.* On n'adopta ni l'une ni l'autre de ces deux solutions, et on s'arrêta à un système intermédiaire. Le legs étant pur et simple, on admit, conformément à la Règle catonienne, que nul *ab initio*, il resterait nul par la suite. La forme que le testateur a donnée à sa disposition prouve, en effet, qu'il a voulu son exécution immédiate, et, par suite, qu'il n'a pas fait entrer dans ses prévisions la disparition ultérieure de l'obstacle qui s'opposait à la validité. Mais, si le legs est conditionnel, on

(2) Aussi le principe *Quod initio vitiosum est* est-il applicable à l'institution : *Quæ ab initio inutilis fuit institutio, ex post facto convalescere non potest* (210. Dig., *De reg. juris,* L, 17).

(3) Voici, d'après Celsus (1, pr. Dig., *De reg. cat.,* XXXIV, 8), comment aurait été formulée la Règle catonienne : *Quod si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocunque decesserit non valere* (*Adde* 41, § 2. Dig., *De legatis,* 1°, XXX).

peut présumer que le testateur a songé à la disparition de cet obstacle. Aussi, en pareil cas, la Règle catonienne est-elle écartée, et le legs est valable si, au jour de l'arrivée de la condition, l'obstacle a disparu (41, § 2. Dig., *De legat.*, 1°, XXX) (4). Par analogie, la pratique désireuse de restreindre, autant que possible, l'application de la Règle catonienne, admit la validité du legs pur et simple, nul *ab initio*, mais dont le *dies cedens* était reculé jusqu'à l'adition, pourvu, toutefois, que l'obstacle s'opposant à la validité eût disparu au jour de la *diei cessio* (3. Dig., *De reg. Caton.*, XXXIV, 7).

270. — 2°. *Causes postérieures à la confection du testament.* — Ces causes peuvent se diviser en deux catégories : les unes sont indépendantes de la volonté du testateur, les autres dépendent de sa volonté.

I. *Causes indépendantes de la volonté du testateur.* — 1° Mort du légataire survenue avant le *dies cedens*, ou perte de la *factio testamenti* non recouvrée pour le jour de la *diei cessio* (V. n° 268). 2° Défaut du *jus capiendi* au jour de l'*apertura tabularum*, les legs ayant été traités par les lois caducaires à l'égal des institutions. Les incapables, Latins Juniens, *cœlibes* ou *orbi*, pouvaient, d'ailleurs, échapper aux incapacités dont ils étaient frappés en se mettant en règle avec les prescriptions de ces lois dans le délai de cent jours. Les personnes exceptées étaient les mêmes qu'en matière d'institution (V. n° 257). 3° Défaillance de la condition apposée au legs. 4° Perte fortuite de la chose léguée survenue avant le *dies cedens*. 5° Acquisition de la chose léguée en vertu d'une cause lucrative différente du legs. Il y a là une application du principe général : *duas pluresve lucrativas causas in eadem re concurrere non posse*. Si donc, le léga-

(4) C'est ainsi que par application de la Règle catonienne ainsi mitigée, était nul tout legs pur et simple ayant pour objet la chose du légataire, ou des matériaux actuellement incorporés à une construction, ou encore le legs fait au fils ou à l'esclave de l'héritier. Accarias, t. I, n° 394. Mais, faits sous condition, de pareils legs étaient valables.

taire a acquis la chose léguée par voie de donation entre-vifs, il ne pourra plus exiger l'exécution du legs.

II. *Causes dépendantes de la volonté du testateur.* — 1°. *Révocation du legs.* — La révocation du legs (*ademtio legati*) pouvait être expresse ou tacite. Expresse, elle était subordonnée aux mêmes conditions de forme que le legs lui-même, et, par conséquent, elle ne pouvait avoir lieu que dans un testament ou dans un codicille confirmé, et devait être formulée en termes solennels exactement inverses de ceux dont on s'était servi pour faire le legs : *non do, non lego,* etc. (Ulp., *Reg.,* XXIV, 29). Dans le dernier état du droit, ces formes ne furent plus exigées pour la révocation du legs, qui put avoir lieu même par codicilles non confirmés, et en termes non solennels (1). La révocation tacite résultait de la radiation volontaire du legs, de la survenance de graves inimitiés entre le testateur et le légataire non suivies de réconciliation. L'aliénation de la chose léguée, consentie par le testateur, opérait également révocation tacite du legs. Telle était, du moins à l'époque de Gaius, l'opinion presque générale des jurisconsultes (G. II, 198. V. art. 1038 C. civ.). On présumait qu'en aliénant la chose, le testateur avait voulu révoquer le legs. Plus tard, un rescrit de Septime Sévère et d'Antonin Caracalla décida que la révocation ne résulterait plus nécessairement de l'aliénation, et exigea qu'il fût démontré par les circonstances que le testateur avait eu l'intention de révoquer le legs (2). Tel est encore l'état du droit sous Justinien (§ 12. Just., *De legat.,* II, 20).

La révocation du legs pouvait être suivie de *translatio legati,* c'est-à-dire de l'attribution du legs dans des conditions autres que celles où il avait été primitivement fait. C'est ainsi

270. — (1) Telle était la conséquence nécessaire de la disparition du formalisme en matière de legs.

(2) Accarias, t. I, n° 399. A la différence de la révocation expresse qui anéantit le legs *ipso jure*, la révocation tacite ne produisait ce résultat qu'*exceptionis ope*. Dans ce dernier cas, le légataire qui agit pour réclamer l'exécution du legs est repoussé par l'*exceptio doli* (G. II, 198).

que le testateur pouvait changer la personne du légataire, transporter la charge du legs à un autre institué, changer l'objet légué, subordonner le legs pur et simple à une condition.

271. — 2°. *Exagération du nombre ou de la quotité des legs. Restrictions législatives à la liberté de léguer.* — Dans le principe, ni le nombre ni la quotité des legs n'étaient limités. La loi des XII Tables laissait à cet égard pleine et entière liberté au testateur. Lorsque les testaments devinrent des actes privés, soustraits au contrôle du peuple, les inconvénients de cette liberté excessive ne tardèrent pas à se révéler. Les testateurs, cédant au désir de faire des libéralités, grevèrent l'actif héréditaire de legs considérables, et les héritiers, en présence d'une hérédité ainsi appauvrie, furent tentés de la répudier. Le testateur allait donc, par sa faute, mourir *intestat*, l'héritier institué voyait sa vocation s'évanouir, et les légataires eux-mêmes perdaient le bénéfice des dispositions à eux adressées (G. II, 224). Trois lois, rendues à l'époque républicaine, cherchèrent le moyen de restreindre dans de sages limites la liberté absolue laissée jusque-là en cette matière au testateur.

1° La loi *Furia testamentaria* fixa à 1,000 as le maximum de ce qu'un légataire pouvait recevoir. Le légataire qui recevait un legs supérieur à ce chiffre était tenu de restituer le quadruple de l'excédant, et pouvait y être contraint par voie de *manus injectio*. On exceptait seulement les parents du testateur jusqu'au sixième degré, et au septième les *sobrino, sobrinave nati* (1). Il est facile de voir que cette loi n'atteignait qu'imparfaitement son but, le *quantum* des legs étant restreint, mais non leur nombre. Le testateur pouvait donc, au moyen de nombreux legs inférieurs chacun à 1,000 as, arriver à absorber l'hérédité tout entière (G. II, 225).

271. — (1) On voit que ces personnes exceptées sont précisément celles que favorise le préteur en leur donnant la *bonorum possessio unde cognati* (V. n° 237-3°), et celles qui sont soustraites aux lois caducaires (V. n° 257).

2° Une loi postérieure, la loi *Voconia*, la même sans doute qui privait les femmes du droit d'être instituées par les citoyens de la première classe (V. n° 227-2°), décida qu'aucun légataire ne pourrait obtenir plus que ne recueillait l'héritier lui-même. Mais cette loi était également insuffisante, car il dépendait du testateur, en multipliant le nombre des legs et en donnant à chaque légataire autant qu'à l'héritier, de réduire à presque rien le droit de ce dernier (G. II, 226).

3° La loi *Falcidia* donna enfin la solution vainement cherchée jusque-là (2). Elle décida que la totalité des legs ne pourrait pas dépasser les trois quarts de l'hérédité, de telle façon que le quart fût toujours assuré à l'héritier. C'est cette part qui fut désignée sous le nom de *quarta legis Falcidiæ*, ou quarte Falcidie(3) (G. II, 227; pr. Inst., *De lege Falcid.*, II, 22).

Pour savoir s'il y avait lieu à l'application de la loi Falcidie, il fallait se reporter au jour du décès, car c'est à ce jour que les biens du défunt deviennent une hérédité. De la valeur des biens à ce jour on déduisait les dettes héréditaires, le montant des frais funéraires et la valeur des esclaves affranchis par testament. La somme des legs ne devait pas être supérieure aux trois quarts de l'actif net ainsi établi (4). L'héritier pouvait réclamer l'application de la loi dès qu'il n'avait pas reçu sa quarte *jure institutionis*. Les donations entre-vifs,

(2) La loi Falcidie est de l'an 40 avant Jésus-Christ, 714 U. C. Le texte de la loi nous est rapporté au Digeste (1, pr. Dig., *Ad leg. Falcid.*, XXXV, 2).

(3) La quarte Falcidie a servi de modèle à la quarte légitime (V. n° 245) à la quarte Antonine (V. n° 102 et note 2), et à la quarte Pégasienne (V. n° 276).

(4) La déduction des dettes et des frais funéraires est l'application de la règle : *Bona intelliguntur cujusque quæ deducto ære alieno supersunt* (V. n° 152). Pour les affranchissements, on avait été assez embarrassé. Si on avait voulu les traiter à l'égal des autres legs, il eût fallu donner la liberté aux trois quarts des esclaves affranchis, et laisser l'autre quart en servitude, ce qui eut amené à faire parmi les esclaves ainsi affranchis un choix tout à fait arbitraire. Par faveur pour la liberté, on avait préféré les laisser tous devenir libres. Nous rappelons à ce sujet les dispositions restrictives de la loi *Fufia Caninia* (V. n° 68).

legs et fidéicommis, faits par le défunt à son profit, ne s'imputaient sur la quarte.

Lorsque la quarte était atteinte par les legs, ceux-ci étaient réduits conformément aux règles suivantes : 1° Chaque legs subissait une réduction proportionnelle à sa valeur, sauf le legs de liberté (V. n° 271 et note 3). 2° La réduction se faisait en nature, excepté si le legs avait pour objet une chose indivisible, comme par exemple une servitude prédiale. Dans ce cas, le légataire avait droit à l'intégralité du legs, à charge de payer à l'héritier une somme représentant la part pour laquelle le legs était pris sur la quarte. 3° La réduction avait lieu de plein droit, et, par suite, le légataire qui réclamait le tout était repoussé sans le secours d'une exception.

Toutes ces règles étaient applicables lorsque les légataires, au lieu de se trouver en présence d'un seul héritier institué, ce qui est le cas le plus simple, avaient en face d'eux plusieurs héritiers. Dans le cas où les legs avaient été mis à la charge de tous les héritiers sans distinction, chacun devait supporter sa part dans l'acquittement des legs, mais chacun avait droit à sa quarte, c'est-à-dire au quart du bénéfice de son institution. Il en était de même si les legs avaient été mis *nominatim* à la charge d'un ou de plusieurs des institués, chaque héritier ayant droit à sa quarte et devant être considéré, en définitive, comme s'il était seul.

A l'époque de Justinien, la loi Falcidie est encore en vigueur. Cet empereur la laissa subsister tout en introduisant deux règles nouvelles, dont la première seule a quelque importance. Avant lui, la loi Falcidie était d'ordre public. Le testateur ne pouvait pas écarter, par une déclaration expresse, l'application de la loi, et imposer à son héritier l'obligation d'acquitter l'intégralité des legs. Justinien décida que le testateur aurait désormais ce droit (Nov. I, ch. 2). Enfin, il admit que l'héritier qui n'aurait pas fait inventaire perdrait son droit à la quarte et même serait tenu d'acquitter les legs *ultra vires*.

272. — *Effets du défaut d'acquisition des legs. Théorie du droit d'accroissement.* — Le legs étant une *delibatio hereditatis*, il est logique qu'il doive rester dans l'hérédité, lorsque, pour une cause quelconque, il échappe au légataire. C'est donc l'héritier qui, en principe, profite du défaut d'acquisition du legs. Toutefois, il en est autrement dans le cas de *translatio legati* au profit d'un légataire nouveau (V. n° 270) et aussi dans le cas d'accroissement.

Nous retrouvons ici les trois phases par lesquelles nous avons vu qu'avait passé la théorie de l'accroissement (V. n^os^ 258 et suiv.).

1°. *Droit d'accroissement antérieur aux lois caducaires.* — L'accroissement étant ici, comme en matière d'institutions d'héritier, une conséquence de l'identité de vocation, constituait plutôt un *jus non decrescendi* qu'un *jus accrescendi* (V. n° 258-1°). De là résulte, qu'il avait lieu *etiam invito legatario*, qu'il s'opérait *portionis portioni*, et *sine onere*. L'identité de vocation qui donne lieu à l'accroissement provient de la volonté expresse ou présumée du testateur qui a associé deux légataires au bénéfice de la même disposition. Lorsque le legs était fait *per vindicationem* cette volonté était exprimée par le testateur au moyen de la *conjunctio re et verbis* et de la *conjunctio re tantum* (V. n° 258-1°)(1). Si le legs était *per damnationem*, il n'y avait jamais identité de vocation et par conséquent jamais d'accroissement, alors même que les deux légataires auraient été *conjuncti re tantum*, ou *re et verbis*. En effet, dans le cas de *conjunctio re tantum*, chacun des légataires est créancier de la chose, en sorte que s'ils venaient tous deux, l'un aurait droit à la chose, l'autre à son estimation. Un seul venant recueillir le legs, celui-là réclamera la chose entière en vertu de son droit propre, sans qu'il soit besoin de faire intervenir le droit

272. — (1) Il semble résulter du § 223 du commentaire II de Gaius (G. II, 223), qu'en cas de legs *per præceptionem* fait à plusieurs, il n'y avait jamais lieu au droit d'accroissement. Chaque légataire n'a droit dès le principe qu'à une part de la chose.

d'accroissement. S'il y a eu *conjunctio re et verbis*, comme il est de règle que les créances conjointes se divisent de plein droit entre cocréanciers, chacun des légataires n'est créancier que de sa part. L'un manquant, l'accroissement ne se produit pas, et c'est l'héritier qui profite de la part défaillante (G. II, 205). On exprimait ce résultat en disant : *damnatio partes facit* (2).

2°. *Législation caducaire.*—Les solutions nouvelles qu'ont fait prévaloir ici les lois caducaires sont applicables à tous les legs, quelle que soit leur formule, *per vindicationem* ou *per damnationem* (G. II, 208). Nous les exposerons très brièvement. Le legs *caducum* ou *in causa caduci* était dévolu aux *patres* à titre de *præmium* dans l'ordre de préférence suivant : d'abord au colégataire conjoint, puis aux héritiers, ensuite aux autres légataires, enfin au fisc (G. II, 207) (3). L'acquisition du legs caduc avait lieu comme nous l'avons déjà vu pour les institutions, c'est-à-dire par la seule force de la loi, sans qu'aucune tradition fût nécessaire, mais *cum onere*. Elle ne s'opérait pas *invito legatario* (V. n° 259). Les règles anciennes du droit d'accroissement subsistaient encore

(2) Gaius nous signale une controverse au sujet du legs *sinendi modo*, adressé *disjunctim* à plusieurs colégataires (G. II, 215). Par là, il entend le cas où la même chose a été léguée à deux personnes par deux phrases distinctes, ce que nous avons appelé *conjunctio re tantum* (G. II, 199). Suivant certains jurisconsultes, qui appliquaient ici par analogie les règles du legs *per damnationem*, on devait fournir à l'un des colégataires la chose léguée, à l'autre son estimation. Il n'y avait donc jamais lieu à l'accroissement. Suivant d'autres, qui repoussaient l'assimilation du legs *sinendi modo* et du legs *per damnationem*, la chose léguée appartenait tout entière à celui qui se présentait le premier pour la réclamer, et qui, de cette façon, excluait son colégataire. Dans cette opinion, il ne pouvait non plus être question d'accroissement.

(3) Paul (89. Dig., *De legat.*, 3°, XXXII) rapporte que les lois caducaires s'attachant ici au sens littéral du mot *conjunctus*, l'entendaient de la *conjunctio re et verbis*, et de la *conjunctio verbis tantum*. Aussi les *conjuncti re tantum* étant en fait des *disjuncti verbis* (G. II, 199), ne venaient recueillir le legs caduc qu'avec tous les légataires, c'est-à-dire au troisième rang des *patres*, bien que l'identité de vocation fût plus certaine pour eux que pour ceux que le caprice du testateur a réunis dans la même phrase, en leur donnant à chacun une part *(conjuncti verbis tantum)*.

dans le cas où le legs était *pro non scriptum*, et lorsque le legs étant *in causa caduci* le légataire avait le *jus antiquum*.

3°. *Droit de Justinien.* — Les diverses classes de legs ayant été supprimées, et le légataire pouvant toujours se considérer comme légataire *per vindicationem*, l'accroissement a toujours lieu en principe, au profit du colégataire *conjunctus re et verbis*, ou *conjunctus re tantum* (ce dernier appelé *disjunctus* par les textes) (§ 8. Inst., *De legat.*, II, 20). La règle *damnatio partes facit* qui exclut l'accroissement ne s'appliqua plus que dans les cas exceptionnels où le legs ne pouvait valoir que comme legs *per damnationem* (V. n° 264). D'autre part, Justinien ayant aboli les lois caducaires, aurait dû revenir purement et simplement aux anciennes règles du droit d'accroissement. Il ne le fit que pour le legs *pro non scriptum*, c'est-à-dire pour celui qui manquait son effet pour une cause contemporaine de la confection du testament (1, § 3. Code, *De cad. toll.*, VI, 51). Mais lorsque la disposition manquait son effet pour une cause postérieure à la confection du testament, l'accroissement avait lieu au profit du *conjunctus*, tantôt suivant les règles du droit ancien, tantôt suivant les règles des lois caducaires.

Lorsque la *conjunctio* était faite *re tantum*, ou pour parler comme Justinien, lorsque le legs était laissé *disjunctim*, l'accroissement était, comme dans le droit civil ancien, forcé et *sine onere*. Si la *conjunctio* était faite *re et verbis*, l'accroissement avait lieu, comme dans la *caducorum vindicatio*, facultativement et *cum onere* (1, § 11. Cod., *De cad. toll.*, VI, 51). On peut à la rigueur expliquer cette distinction. Dans le cas de *conjunctio re tantum*, la vocation éventuelle au tout est certaine; il y a donc plutôt lieu au *jus non decrescendi* qu'au *jus accrescendi*, et voilà pourquoi on applique les règles du droit ancien. Lorsqu'au contraire le testateur a réuni les deux légataires dans une seule et même phrase (*conjunctio re et verbis*), l'identité de vocation est plus douteuse. Peut-être a-t-il voulu que la chose se partageât entre eux, bien qu'il ne l'ait

pas exprimé formellement. Néanmoins l'un des deux venant à faire défaut, l'autre est appelé à recueillir sa part. Il y a là une faveur de la loi, un véritable *jus accrescendi* comme à l'époque des lois caducaires, et l'on comprend qu'on applique alors les principes suivis pour l'accroissement sous l'empire de ces lois (4).

DES FIDÉICOMMIS.

273. — *Notions générales.* — Nous avons déjà signalé (V. n° 261) l'existence à côté du legs d'une autre forme de disposition *mortis causa*, le fidéicommis, *fideicommissum*. On désigne sous ce nom une libéralité de dernière volonté, mise par le défunt à la charge d'une personne déjà gratifiée *mortis causa*, et faite en une forme précative : *Titius heres esto, rogo te Luci Titi, petoque a te ut cum primum possis hereditatem meam adire, Gaio Seio reddas restituas* (G. II, 250) (1). On appelait *fiduciarius*, fiduciaire, la personne chargée d'exécuter le fidéicommis, *fideicommissarius*, fidéicommissaire, le bénéficiaire de la libéralité. Il y avait deux espèces de fidéicommis : le fidéicommis d'hérédité, *hereditas fideicommissa*, et le fidéicommis particulier, *fideicommissum singulæ rei*, le premier portant sur la totalité ou une quote-part de l'hérédité du disposant, le second ayant pour objet une chose particulière. Ces deux variétés du fidéicommis ont eu d'abord une

(4) Accarias, t. I, n° 397.

273. — (1) La formule de fidéicommis que nous reproduisons au texte, d'après Gaius, est celle d'un fidéicommis d'hérédité. Le fidéicommis particulier devait être conçu dans une forme à peu près semblable. Nous faisons observer que la définition que nous donnons du fidéicommis, est intentionnellement un peu vague, la notion juridique du fidéicommis ayant varié avec les époques. Nous nous sommes attachés uniquement à bien faire ressortir la différence qui séparait le legs du fidéicommis, alors que ces deux formes de disposition étaient encore séparées. Tel est, en effet, le caractère essentiel sur lequel insiste Ulpien (Ulp., *Reg.*, XXIV, 1) : *Legatum est quod legis modo, id est imperative testamento relinquitur; nam ea quæ precativo modo relinquuntur, fideicommissa vocantur.*

destinée historique identique, et, par suite, sont soumises à des règles communes.

274. — *Développement historique des fidéicommis.* — *Première période.* Ce qui caractérise le fidéicommis dans ses débuts, c'est qu'il n'est pas reconnu par le droit comme obligeant le fiduciaire. Pour celui-ci l'exécution du fidéicommis dont il était grevé était une pure affaire de conscience. Le disposant s'en était remis à sa loyauté, à sa bonne foi, *fides*, pour l'accomplissement de la libéralité. De là le nom de *fideicommissum.* Aucune action n'était donc donnée au fidéicommissaire contre le fiduciaire pour le contraindre à exécuter les volontés du disposant, *nullo vinculo juris sed tantum pudore eorum qui rogabantur continebantur* (§ 1. Inst., *De fideicom. hered.*, II, 23). Cependant, le droit n'ayant point prohibé les dispositions en forme de fidéicommis, elles étaient fréquemment employées dans la pratique. Elles étaient soustraites en effet aux formes rigoureuses des institutions et des legs, et permettaient de tourner les dispositions prohibitives fort nombreuses des lois successorales, lesquelles ne parlaient expressément que des institutions d'héritiers et des legs. C'est de cette voie dont on se servait pour adresser des libéralités *mortis causa* aux personnes privées de *factio testamenti* ou du *jus capiendi* (1). Il suffisait de choisir comme institué ou légataire une personne capable, et de la prier de restituer la libéralité au fidéicommissaire incapable. C'est de cette façon qu'on arrivait à gratifier les pérégrins privés de la *factio testamenti*, les femmes que la loi Voconia privait de *factio testamenti* à l'égard des citoyens de la première classe du cens (V. n° 227) (2), les personnes auxquelles les lois caducaires avaient enlevé le *jus capiendi* (V. n° 260), les per-

274. — (1) En vue de tourner les incapacités de recueillir établies par les lois, on a également employé un mode de disposition appelé *mortis causa capio* (V. n° 277 *bis*).

(2) Cicéron (*De finib.*, II, 17, 18) fait mention de l'emploi du fidéicommis d'hérédité à l'effet d'échapper à la loi *Voconia.*

sonnes incertaines comme les postumes externes ou les personnes morales non investies de la capacité d'être gratifiées par testament (V. n° 227) (G. II, 285, 274, 275, 286, 286 *a*, 287; G. I, 24).

Deuxième période. A partir d'Auguste, le caractère du fidéicommis subit une double transformation. 1° D'une part, le fidéicommis est considéré comme obligeant le fiduciaire à la restitution. Auguste, en effet, permit au fidéicommissaire de s'adresser aux consuls pour obtenir l'exécution du fidéicommis au cas où le fiduciaire refuserait d'opérer la restitution (§ 1. Inst., *De fideicomm. heredit.*, II, 23). Sous Claude, la connaissance de ces affaires fut confiée à deux préteurs spéciaux, *prætores fideicommissarii*, pour Rome, à un seul préteur depuis Titus. En province elles étaient portées devant le magistrat gouverneur. L'action donnée au fidéicommissaire diffère d'ailleurs d'une action ordinaire par le nom et la procédure. Ce n'est qu'une *persecutio* sur laquelle le magistrat statue lui-même sans renvoi devant un juge, *extra ordinem* (G. II, 278; Ulp., *Reg.*, XXV, 12). 2° Mais, ce que les fidéicommis gagnaient en efficacité, ils tendaient à le perdre en étendue d'application. Le législateur les prohibe désormais partout où il considère qu'ils sont faits en fraude des lois. Le sénatusconsulte Pégasien sous Vespasien, annule les fidéicommis au profit de personnes que les lois caducaires privent du *jus capiendi* (G. II, 286 *a*) (V. n° 260) (3). Sous Hadrien, deux sénatusconsultes déclarent nuls également les fidéicommis adressés aux pérégrins, aux postumes externes, et autres personnes incertaines (G. II, 285, 287). Il ne semble pas qu'il y ait eu d'autres dispositions prohibitives, et par suite les fidéicommis demeurent valables dans tous les autres cas.

Troisième période. Ici l'histoire du fidéicommis cesse d'être une. Tandis que le fidéicommis d'hérédité continue à avoir

(3) En pareil cas, le bénéfice du fidéicommis est attribué suivant les règles de la *caducorum vindicatio* (G. II, 286 *a*).

une existence propre à côté de l'institution d'héritier, le fidéicommis particulier tend à se rapprocher de plus en plus du legs, avec lequel il finit par se confondre sous Justinien. Nous retracerons plus bas (V. n° 277) les phases de ce changement.

275. — *Règles générales applicables tant aux fidéicommis d'hérédité qu'aux fidéicommis particuliers.*

1°. *Formes du fidéicommis.* — Le fidéicommis était à tous égards dispensé des formes exigées pour la validité d'une institution ou d'un legs. C'est ainsi que: 1° Le disposant n'avait pas besoin de s'exprimer en termes impératifs, les expressions en forme précative, *rogo, volo, fideicommitto,* étaient jugées suffisantes (G. II, 249, 250). Le fidéicommis pouvait être écrit indifféremment en grec ou en latin (G. II, 281)(1), et être fait verbalement (Ulp., *Reg.,* XXV, 3). 2° Le fidéicommis pouvait être inscrit dans le testament avant l'institution d'héritier. 3° Enfin il pouvait être contenu non seulement dans un testament ou dans un codicille confirmé, mais même dans un codicille non confirmé et dans un codicille *ab intestat* (G. II, 270, 270 *a*) (V. n° 278).

2°. *Personnes à qui peut être imposée la charge d'un fidéicommis.* — Le fidéicommis pouvait être mis à la charge de toute personne qui recevait une libéralité par acte de dernière volonté; que cette personne fût héritière, légataire, fidéicommissaire, ou même héritière *ab intestat* (2) (G. II, 270, 270 *a,* 271).

3°. *Modalités.* — Les fidéicommis, comme les institutions

275. — (1) L'emploi de la langue latine était impérieusement exigé dans tous les actes où le *jus civile* prescrivait l'usage de termes solennels. C'était là une conséquence logique de la rigueur du formalisme. C'est surtout dans la matière des testaments qu'on trouve les plus nombreuses applications de ce principe. L'institution d'héritier, le legs, l'affranchissement, la nomination d'un tuteur doivent être exprimés en latin. Dans la matière des obligations, Gaius dit la même chose de la *Sponsio : Adeo propria civium Romanorum est ut ne quidem in græcum sermonem per interpretationem transferri possit* (G. III, 93).

(2) Dans ce dernier cas, le fidéicommis ne peut être fait que par voie de codicille *ab intestat* (V. n° 278).

ou les legs, pouvaient être faits purement et simplement, à terme suspensif ou sous condition suspensive. Dans le cas de fidéicommis à terme ou sous condition, la restitution ne doit être faite qu'à l'arrivée du terme ou de la condition.

L'une des applications les plus intéressantes du fidéicommis conditionnel est le fidéicommis appelé par les modernes *substitution fidéicommissaire*. C'est un fidéicommis dans lequel le fiduciaire doit conserver la libéralité et, après un certain temps, le plus souvent à sa mort, la rendre au fidéicommissaire (G. II, 184, 277). Cette disposition est bien un fidéicommis conditionnel en ce sens qu'elle est subordonnée à la condition que le fidéicommissaire vivra encore à l'époque fixée pour la restitution. Mais elle présente une analogie frappante avec la substitution pupillaire, surtout lorsqu'il s'agit d'un fidéicommis d'hérédité; puisque le fiduciaire reste héritier pour son propre compte jusqu'à son décès, et qu'ensuite le fidéicommissaire vint à sa place, comme le substitué pupillaire vient succéder à l'impubère. C'est de là qu'est venue la dénomination de substitution fidéicommissaire. Rien ne s'opposait à ce que le testateur imposât au premier fidéicommissaire l'obligation de conserver durant sa vie, et de restituer après sa mort à un second fidéicommissaire, et ainsi de suite. On avait alors ce qu'on a appelé le fidéicommis graduel (3).

276. — *Règles spéciales au fidéicommis d'hérédité.* — Le fidéicommis d'hérédité porte sur la totalité ou sur une partie aliquote de l'hérédité, que le testateur charge le fiduciaire de remettre au fidéicommissaire (1). Ce genre de fidéicommis per-

(3) Cette forme de fidéicommis a été empruntée au droit romain par notre ancien droit, où elle a pris un développement considérable. Grâce à la règle de l'inaliénabilité des biens, qui en était le corollaire, la substitution fidéicommissaire permettait de conserver les biens dans les familles et servait à perpétuer leur splendeur. Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, pp. 757 et suiv. Le Code civil prohibe toute substitution fidéicommissaire (V. art. 896 C. civ.).

276. — (1) Nous avons toujours supposé au texte, pour la facilité des expli-

met, par conséquent, d'atteindre le but que se propose le testateur en instituant un héritier. Il a sur l'institution l'avantage de pouvoir être fait sous une forme plus libre, mais il ne produit pas, du moins dans le principe, des effets aussi pleins. Dans les débuts, en effet, le fidéicommissaire n'était pas investi de plein droit de la part d'hérédité à laquelle il était appelé par le testateur. Il fallait que le fiduciaire opérât à son profit la restitution, qui se faisait sous forme d'une vente fictive, *nummo uno*. En exécution de cette vente, le fidéicommissaire devait être mis en possession de toutes les choses corporelles comprises dans l'hérédité. Quant aux créances et aux dettes, comme d'après les principes du droit elles ne peuvent se transmettre à un tiers, elles continuaient à rester fixées sur la tête de l'héritier grevé de restitution. Seul, celui-ci pouvait poursuivre en justice les débiteurs héréditaires, ou être poursuivi par les créanciers. Mais comme il était juste qu'en définitive le fidéicommissaire participât aux créances et aux dettes dans la mesure de la part d'hérédité qu'il recueillait, il intervenait entre lui et le fiduciaire des stipulations réciproques, *stipulationes emptæ et venditæ hereditatis*, analogues aux stipulations *partis et pro parte* usitées en cas de legs partiaire (G. II, 252) (V. n° 266). En résumé, le fidéicommissaire était à la suite de cette restitution et de ces stipulations dans la situation d'un acheteur d'héré-dité, *loco emptoris*.

L'emploi des stipulations *emptæ et venditæ hereditatis* avait le grave inconvénient d'exposer les deux parties aux risques de leur insolvabilité réciproque. Aussi, le sénatusconsulte Trébellien, *senatusconsultum Trebellianum*, porté sous Néron, vint remédier à cet état de choses. Il décidait qu'une fois la restitution opérée (2), les actions héréditaires passeraient

cations, que le fidéicommis était imposé à l'héritier institué ou à l'héritier légitime. Il peut aussi être imposé à un fidéicommissaire d'hérédité. Accarias, t. I, n° 406.

(2) A partir du sénatusconsulte Trébellien, il n'est plus nécessaire, pour opérer la restitution, d'avoir recours à la fiction d'une vente d'hérédité. La

immédiatement au fidéicommissaire. Mais celui-ci ne peut les exercer, et on ne peut les exercer contre lui que sous la forme d'actions utiles (1, § 2. Dig., *Ad senatusc. Trebell.*, XXXVI, 1; G. II, 253). Aussi l'héritier pouvait-il encore, même après la restitution, poursuivre les débiteurs héréditaires, ou être poursuivi par les créanciers. Mais s'il agissait, il était exposé à se voir repousser par l'exception *restitutæ hereditatis*, exception qu'il pouvait, lui aussi, opposer aux poursuites des créanciers. En résumé, la restitution plaçait le fidéicommissaire dans une situation analogue à celle d'un héritier, sans en faire un héritier véritable. Comme le *bonorum possessor*, il était *loco heredis*. Aussi l'édit prétorien lui donnait-il, comme au *bonorum possessor*, une *actio in rem generalis*, la *petitio hereditatis fideicommissaria* (1, 2. Dig., *De fideicom. heredit. petit.*, V, 6).

Plus tard, une nouvelle lacune de la législation, relative au fidéicommis d'hérédité, fut comblée par le sénatusconsulte Pégasien, *senatusconsultum Pegasianum*, rendu sous Vespasien. Jusqu'alors, en effet, l'héritier grevé d'un fidéicommis d'hérédité n'avait aucun intérêt à accepter l'hérédité. Il pouvait même, vu l'énormité de la charge qui lui était imposée, être tenté de répudier, et sa répudiation faisait évanouir le droit du fidéicommissaire. S'inspirant des dispositions de la loi Falcidie (V. n° 271), le sénat décida que l'héritier qui acceptait volontairement l'hérédité grevée du fidéicommis, aurait le droit de retenir le quart de l'hérédité, absolument comme s'il était en face de légataires. Ce quart est appelé quarte pégasienne. De plus, l'héritier refusant de faire adition, pouvait y être contraint par le magistrat sur la poursuite du fidéicommissaire, et, dans ce cas, il était privé de sa quarte (G. II, 254, 258).

restitution se fait matériellement, *re ipsa*, par voie de tradition. Il suffit même que le fiduciaire laisse le fidéicommissaire se mettre en possession. Une simple déclaration écrite ou verbale du fiduciaire équivaut d'ailleurs à la restitution, et confère immédiatement au fidéicommissaire l'*in bonis* sur toutes les choses héréditaires qui n'ont pas encore fait l'objet de la tradition (37, pr.; 63, pr. Dig., *Ad senatusc. Trebell.*, XXXVI, 1),

La combinaison des sénatusconsultes Trébellien et Pégasien donna lieu, dans la pratique, à des complications qui sont sans grand intérêt au point de vue du développement historique de l'institution (3). Justinien les trancha définitivement en fondant les dispositions des deux sénatusconsultes en un seul tout, sous le nom de sénatusconsulte Trébellien. Les principes de ce droit nouveau peuvent se résumer ainsi : 1° Si l'héritier fait adition volontairement, il a droit à la quarte, qu'on appelle désormais quarte trébellienne, *quarta Trebelliani senatusconsulti.* 2° Si l'héritier n'a fait adition que contraint et forcé, il perd son droit à la quarte. 3° Dans les deux cas, les actions héréditaires passent au fidéicommissaire dans la proportion de ce qu'il recueille (§ 7. Inst., *De fideicomm. heredit.*, II, 23).

277. — *Règles spéciales aux fidéicommis particuliers.* —

(3) Ces complications, que nous croyons devoir exposer sommairement, ont trait au transfert des actions héréditaires. Deux cas principaux doivent être distingués. *Premier cas.* L'héritier n'a fait adition que contraint et forcé, sur l'ordre du magistrat. Comme il perd alors son droit à la quarte, son adition ne lui confère aucun avantage, et, par suite, les actions héréditaires ne le concernent plus. Elles passent immédiatement sur la tête du fidéicommissaire *ex senatusconsulto Trebelliano* (G. II, 258). *Deuxième cas.* L'héritier a fait adition volontairement. Ici, il faut envisager plusieurs hypothèses : *a*) Si le fidéicommis ne dépasse pas les 3/4 de l'hérédité, le sénatusconsulte Pégasien est sans application, et, par suite, les actions passent au fidéicommissaire *ex senatusconsulto Trebelliano* (G. II, 255). *b*). Si le fidéicommis dépasse les 3/4 de l'hérédité, l'héritier a le droit, avant de restituer, de retenir la quarte. Il peut aussi restituer le tout sans la retenir. Dans le premier de ces cas, le sénatusconsulte Pégasien, par un brusque retour en arrière peu justifié, ne voit plus dans le fidéicommissaire qu'un légataire partiaire. Les actions restent donc sur la tête de l'héritier, mais des stipulations *partis et pro parte* interviennent entre lui et le fidéicommissaire (G. II, 254, 256, 257). Dans le second cas, il semble qu'on eût dû donner la même solution que lorsque l'héritier est privé de sa quarte, et décider que les actions passent au fidéicommissaire *ex senatusconsulto Trebelliano.* Tel est l'avis de Paul (*Sent.*, IV, 3, § 2), et de Modestin (45. Dig., *Ad senat. Trebell.*, XXXVI, 1). Mais Gaius (II, 257) et d'autres admettaient que les actions devaient demeurer sur la tête de l'héritier, sauf à employer entre lui et le fidéicommissaire les stipulations *emptæ et venditæ hæreditatis.* Accarias, t. I, n° 407.

Le fidéicommis particulier se distingue du fidéicommis d'hérédité à plusieurs points de vue. 1° Le fidéicommis particulier ne porte pas sur une universalité. D'autre part, il peut avoir pour objet une chose appartenant au fiduciaire, et même la chose d'autrui. 2° On peut imposer un fidéicommis particulier à un légataire ou à un fidéicommissaire particulier. 3° Le fidéicommis particulier n'a jamais pour conséquence de faire passer au fidéicommissaire le bénéfice des créances ou la charge des dettes.

Le fidéicommis particulier présentait donc, avec le legs, la plus grande analogie; toutefois, il en était séparé par une foule de différences dont nous signalerons les principales en les groupant sous les quatre chefs suivants (G. II, 271-287). 1° *Formes*. A cet égard, nous n'avons qu'à renvoyer à ce qui a été dit plus haut (V. n° 275-1°). 2° *Personnes grevées*. Le legs ne peut être imposé qu'à un héritier institué, le fidéicommis peut être mis à la charge d'un héritier, d'un légataire, d'un premier fidéicommissaire. 3° *Personnes gratifiées*. Les fidéicommis purent, dans le principe, être adressés à des personnes privées de la *factio testamenti* passive ou du *jus capiendi*, et même, lorsqu'on se montra plus sévère à cet égard, il semble que la liberté de disposer ait toujours été plus grande en matière de fidéicommis. 4° *Effets*. Le fidéicommis, même après qu'il fut reconnu comme obligatoire, ne donnait lieu qu'à une *persecutio extra ordinem* et non à une action ordinaire (1).

Ces différences s'atténuèrent peu à peu. D'une part, en effet, la disparition des anciennes formules de legs rapprochait le legs du fidéicommis dont il s'était distingué jusqu'alors par sa forme impérative. D'autre part, le fidéicommis perdait de plus en plus cette liberté d'allure qui avait été pour beaucoup dans son succès. On lui appliqua les dispositions restrictives des lois Falcidia (2), Julia et Papia Poppæa

277. — (1) *Adde* Accarias, t. I, n° 411.

(2) La disposition de la loi Falcidie fut étendue, par la pratique, au fidéi-

(V. n° 260). Il tendait donc à se confondre avec le legs. Lorsque disparut la procédure formulaire, une des principales différences qui séparait les deux modes de disposition s'effaça. A l'époque de Justinien, la fusion est achevée, et cet empereur ne fit que la consacrer législativement. Désormais, toute différence est supprimée entre le legs et le fidéicommis particulier, et il n'y a plus qu'une seule espèce de libéralité *mortis causa* à titre particulier (3). Portant indifféremment le nom de legs ou de fidéicommis, elle est un composé des règles de ces deux genres de disposition, empruntant à chacun ce qu'il présentait de plus avantageux pour la personne gratifiée (2. Cod., *Comm. de legat.*, VI, 43; § 3. Inst., *De legatis*, II, 20). Mais la distinction du legs et du fidéicommis subsiste encore pour le cas où l'objet de la disposition est la liberté laissée à un esclave (V. n° 62-3°) (4).

Modes de disposition mortis causa autres que le legs et le fidéicommis.

277 *bis.* — *Donation mortis causa et mortis causa capio.* — Le legs et le fidéicommis ne sont pas les seuls modes de disposer *mortis causa* à titre particulier qu'ait consacrés le droit romain. A côté d'eux, il faut mentionner la donation *mortis causa*, ainsi que toutes les hypothèses auxquelles les Romains ont donné le nom générique et significatif de *mortis causa capio*.

1°. *Donation mortis causa.* — La donation *mortis causa* ne doit être étudiée ici que dans ses rapports avec le legs. Nous renvoyons, par conséquent, au tome second l'explica-

commis. On autorisa l'héritier à retenir sa quarte en présence de fidéicommis particuliers qui absorbaient plus des trois quarts de l'hérédité, comme il pouvait le faire en cas de legs.

(3) Nous réservons toutefois ce que nous avons à dire au sujet de la donation *mortis causa* (V. n° 277 *bis*).

(4) Accarias, t. I, n° 412.

tion des effets de cette variété de la donation (1). Il suffira, pour le moment, de donner une notion précise de cette forme de donation, de montrer en quoi elle se rapprochait ou se distinguait du legs, et de signaler la constitution par laquelle Justinien a consacré, d'une façon trop absolue d'ailleurs, l'assimilation que le droit antérieur avait établie entre ces deux modes de disposition *mortis causa*.

Comme toute donation, la donation *mortis causa* suppose une convention préalable entre deux personnes : l'une, appelée donateur, laquelle consent à se dépouiller à titre gratuit d'un ou plusieurs de ses biens au profit d'une autre personne appelée donataire, qui accepte cette libéralité. S'il n'a rien été convenu de plus entre les parties, la donation est dite entre-vifs, et pour qu'elle soit parfaite, il faudra qu'il intervienne un acte destiné à réaliser effectivement l'intention de donner et à investir irrévocablement le donataire du droit qu'on a voulu lui conférer (2). Mais il a pu être convenu entre le donateur et le donataire que la donation ne sera parfaite et le droit du donataire irrévocable qu'après le décès du donateur, et à la condition que ce décès survienne avant celui du donataire. En pareil cas, la donation est dite à cause de mort, *mortis causa*.

Quelles sont les raisons qui ont déterminé l'introduction de cette variété de la donation? Il est facile de s'en rendre compte en comparant les avantages respectifs de la donation entre-vifs et du legs. Une personne, en effet, qui voulait faire une libéralité à une autre avait à choisir uniquement dans le principe entre ces deux modes de disposer. La donation

277 *bis.* — (1) La matière des donations a été distraite par nous du cours de première année, et reportée au tome second, où elle est à sa véritable place. C'est à tort, en effet, que Justinien fait figurer la donation au nombre des modes d'acquérir (pr. Inst., *De donat.*, II, 7). La donation n'est point un *genus adquisitionis*, mais une *causa adquisitionis*.

(2) Telle est du moins la règle suivie dans l'ancien droit, à l'époque classique et au Bas-Empire; ce n'est, en effet, que sous Justinien que la simple convention de donner est devenue obligatoire (V. tome second, *Théorie des donations*.

entre-vifs, une fois exécutée, dépouille actuellement et irrévocablement le donateur, et l'appauvrit de son vivant. De plus, si le donataire meurt peu de temps après la donation réalisée, le donateur qui lui survit voit, non sans déplaisir, les choses données passer aux mains des héritiers du donataire, personnes qu'il n'avait pas en vue lorsqu'il a fait la donation, et à l'égard desquelles il n'avait peut-être pas les mêmes raisons de se montrer libéral. Le legs ne présente aucun de ces inconvénients. Il ne produit son effet qu'au décès, et, par suite, ne dépouille pas actuellement le disposant. Il est révocable jusqu'au dernier moment de la vie du testateur, enfin et surtout, il est sans effet lorsque le légataire prédécède, et, par suite, le testateur qui lui survit peut disposer à nouveau de la chose léguée au profit de personnes de son choix. Pour toutes ces raisons, la disposition en forme de legs devait être préférée, dans la pratique, à la donation entre-vifs. Mais, à la fin de la République et sous Auguste, un certain nombre de lois vinrent apporter de notables restrictions à la liberté de léguer, soit, comme le firent les lois *Furia testamentaria, Voconia, Falcidia,* en limitant le nombre et la quotité des legs (V. n° 271), soit comme les lois *Julia* et *Papia Poppæa* en privant un grand nombre de personnes du *jus capiendi ex testamento* (V. n^{os} 257, 270). La donation *mortis causa* paraît devoir, sinon son origine, du moins son emploi fréquent au désir d'échapper à tout cet ensemble de dispositions prohibitives (3).

Comme la donation *mortis causa* est le résultat d'une convention entre le donateur et le donataire, on ne pouvait pas lui appliquer les lois dont nous venons de parler et qui ne prévoyaient que les dispositions contenues dans un testament. La donation *mortis causa* permettait donc d'éviter la rigueur des prohibitions édictées par ces lois, tout en conservant l'avantage qu'elle avait sur la donation entre-vifs

(3) Il est à noter que Marcellus, Paul, Ulpien traitent de la donation *mortis causa* à propos des lois caducaires (35; 36; 37; 38. Dig., *De mortis causa donat.*, XXXIX, 6).

d'être subordonnée, quant à sa perfection, à la survie du donataire au donateur. C'est précisément cette révocabilité de la donation par le prédécès du donataire qui est signalée par les textes comme le caractère essentiel de la donation *mortis causa : non videtur perfecta donatio mortis causa facta antequam mors insequatur* (32. Dig., *De mort. causa donat.*, XXXIX, 6 ; *adde* Paul, *Sent.*, III, 7, § 2) (4).

La survie du donateur entraînant nécessairement révocation de la donation *mortis causa*, la pratique avait imaginé deux variétés de donation *mortis causa*. Le plus habituellement la donation était faite en vue du danger de mort résultant d'un événement ou péril expressément prévu, par exemple, pour le cas où le donateur mourrait à la suite d'une maladie, au cours d'un voyage ou d'une guerre. Si alors le donateur survivait à l'événement prévu, la donation était sans effet, alors même que postérieurement le donateur décédait avant le donataire. Que si le donateur mourait à la suite de l'événement prévu, la donation était confirmée, pourvu, toutefois, que le donataire ne fût pas mort avant lui (3, 4, 5, 6. Dig., *De mort. caus. donat.*, XXXIX, 6). Mais on pouvait aussi disposer d'une façon générale en prévision de la mort, à quelque époque qu'elle survînt, cas auquel la donation n'était confirmée que par le prédécès du donateur (2. Dig., *De mort. caus. donat.*, XXXIX, 6).

Ajoutons que très souvent le donateur *mortis causa* se réservait, en outre, la faculté de révoquer la donation à son gré (*pœnitentia etiam revocatur*), cas auquel elle présentait encore une plus grande analogie avec le legs (Paul, *Sent.*, III, 7, § 2). Mais cette faculté de révocation n'était pas de

(4) Aussi la notion que les Institutes de Justinien nous donnent de la donation *mortis causa*, en la définissant : *donatio quæ propter mortis fit suspicionem*, est-elle inexacte (§ 1. Inst., *De donat.*, II, 7). La donation, bien qu'inspirée au donateur par la prévision d'une fin plus ou moins proche, n'en reste pas moins pour cela une donation entre-vifs. D'ailleurs, les Institutes corrigent elles-mêmes ce que la définition qu'elles donnent a de vague et d'incomplet, en mentionnant la condition de survie du donataire comme le caractère essentiel de la donation.

l'essence de la donation *mortis causa,* et en son absence, la donation n'en conservait pas moins son caractère propre (5).

On voit par la notion même que nous venons d'en donner quelles analogies nombreuses existaient entre le legs et la donation *mortis causa.* Aussi chercha-t-on à appliquer aux donations *mortis causa* les règles faites spécialement et exclusivement pour les legs. C'est ainsi qu'on exigea du donateur la *factio testamenti* active et du donataire la *factio testamenti* passive ainsi que le *jus capiendi.* On étendit dès lors aux donations *mortis causa* les dispositions restrictives des lois *Julia* et *Papia Poppæa* (35, pr. Dig., *De mort. causa donat.,* XXXIX, 6), ainsi que celles de la loi Falcidie, de la loi *Julia de vicesima hereditatum* (6). On décida que de même que les legs et fidéicommis, les donations *mortis causa* reçues par l'héritier s'imputeraient sur sa quarte légitime (V. n° 245). Accentuant cette tendance à l'assimilation, certains jurisconsultes voulurent, paraît-il, supprimer toute différence entre les legs et les donations *mortis causa.* Pour mettre fin aux discussions auxquelles donnait lieu cette question, Justinien décida au Code que la donation *mortis causa* serait dispensée des formes de la donation, qu'elle produirait tous les effets des libéralités faites par acte de dernière volonté, et ne se distinguerait en aucun point de celles-ci (4. Cod., *De mort. caus. donat.,* VIII, 57; *adde* § 1. Inst.,

(5) Accarias, t. I, n° 307. Comparant la donation *mortis causa* et la donation entre-vifs, le jurisconsulte Paul fait remarquer que dans cette dernière le donateur se préfère le donataire, tandis que dans la donation *mortis causa,* il se préfère au donataire et préfère le donataire à ses propres héritiers : *Et hoc est quare vulgo dicatur se potius habere vult quam eum cui donat, illum deinde potius quam heredem suum* (35, § 2. Dig., *De mort. caus. donat.,* XXXIX, 6). Le donateur se préfère au donataire, soit parce qu'il se réserve de reprendre la libéralité au cas où il survivrait au risque de mort spécialement prévu par lui, soit parce qu'il se réserve la faculté de révocation. Il préfère le donataire à ses héritiers, puisque son prédécès a pour effet de consolider le droit du donataire, au détriment de ceux-ci.

(6) Cette loi, qui date d'Auguste, établit un impôt du vingtième sur toutes les successions, impôt qui frappait les héritiers, légataires, fidéicommissaires, et aussi les donataires *mortis causa.*

De donat., II, 7). Malgré cette constitution, on est bien obligé de reconnaître que, dans le dernier état du droit, la donation *mortis causa* se distingue encore du legs à plusieurs points de vue. 1° Elle suppose, en effet, une convention entre les parties, et d'autre part n'exige pas, comme le legs, la confection d'un testament. 2° Elle n'est pas par elle-même, comme le legs, un mode d'acquérir la propriété ou de devenir créancier. 3° Elle peut recevoir son exécution du vivant du donateur sous réserve de la révocabilité en cas de prédécès du donataire. 4° Enfin, elle n'est pas essentiellement révocable au gré du donateur (7).

2°. *Mortis causa capio.* — Dans un sens large, l'expression *mortis causa capio* comprend toutes les acquisitions à cause de mort, c'est-à-dire les acquisitions réalisées à la suite de la mort de quelqu'un et comme conséquence de cette mort. A ce titre, l'hérédité, le legs, le fidéicommis, la donation *mortis causa* rentrent dans la catégorie des *mortis causa capiones* (8. Dig., *De mort. caus. donat.*, XXXIX, 6). Mais, dans un sens restreint, les textes désignent par cette expression tous les cas dans lesquels il y a une acquisition à cause de mort qui n'a pas reçu un nom spécial (31, pr. Dig., *De mort. caus. donat.*, XXXIX, 6). Citons comme exemples de *mortis causa capio :* 1° Ce qui est donné à une personne *conditionis implendæ causa*, le testateur ayant institué son héritier sous la condition de donner une chose ou une somme à un tiers. Ce dernier réalise alors une *mortis causa capio* (8). 2° Ce qui est donné à l'héritier institué pour qu'il répudie l'hérédité et fasse arriver le substitué vulgaire ou les héritiers *ab intestat* (8, pr. Dig., *De mort. caus. donat.*, XXXIX, 6).

Les textes qui nous signalent ces diverses hypothèses dis-

(7) *Adde* Accarias, t. I, n° 404.

(8) Il en est de même lorsque cette charge est imposée à un légataire comme condition de la disposition faite à son profit (8, pr. Dig., *De mort. caus. donat.*, XXXIX, 6), notamment lorsqu'elle est imposée à l'esclave affranchi par testament (38. Dig., *De mort. caus. donat.*, XXXIX, 6).

tinguent soigneusement cette cause spéciale d'acquisition *mortis causa* de la donation *mortis causa* ou du legs avec lesquels elle a une grande analogie. Ils nous permettent dès lors de nous rendre un compte assez exact de l'utilité pratique de ce genre de disposition. La *mortis causa capio* a dû, à une certaine époque, remplir le même office que le fidéicommis (V. n° 274), c'est-à-dire servir à tourner les dispositions de la loi. Ce qui était reçu par voie de *mortis causa capio* n'étant ni une institution, ni un legs, ni une donation, pouvait être recueilli en toute sûreté par la personne gratifiée, malgré les lois qui restreignaient la capacité de disposer ou de recueillir à ces différents titres. C'est ainsi qu'on pouvait adresser une libéralité à un pérégrin, incapable de recevoir un legs (55. Dig., *De condit.*, XXXV, 1). De même lorsque les lois caducaires furent déclarées applicables aux donations *mortis causa*, on se servit des *mortis causa capiones* pour gratifier les personnes privées du *jus capiendi* (38. Dig., *De mort. caus. donat.*, XXXIX, 6). Enfin la loi Falcidie ayant été étendue aux donations *mortis causa*, on arriva à la tourner en donnant à la libéralité qu'on voulait soustraire à la réduction, la forme d'une *mortis causa capio* (9). Justinien, en conservant les textes où il est traité des divers cas de *mortis causa capio*, en a consacré la validité (10).

DES CODICILLES.

278. — Nous avons vu que le codicille servait à faire des legs et des fidéicommis (V. n^{os} 263, 275). L'étude du codicille vient donc ici tout naturellement à titre d'appendice à la matière des successions particulières à cause de mort.

(9) On sait par Gaius (G. II, 225, 226), que plus prévoyantes en cela que la loi Falcidie, les lois *Furia testamentaria* et *Voconia* avaient fait mention à côté du legs de la *mortis causa capio*.

(10) Sur l'histoire de la *mortis causa capio*, V. Cuq, *Recherches sur le testament per æs et libram*, Nouv. Rev. histor. de droit, 1886, pp. 533 et suiv., *passim*.

Lorsqu'un testateur, après avoir fait son testament, voulait y apporter des modifications, il était obligé, dans la rigueur des principes, de refaire un nouveau testament (21, § 1. Dig., *Qui testam. facere possunt,* XXVIII, 1). Le testament, en effet, ne peut pas se faire en plusieurs fois et à plusieurs moments distincts. Les dispositions de dernière volonté sont inséparables les unes des autres, elles doivent se trouver réunies et comme concentrées dans un acte unique. Ainsi l'exigeait la règle ancienne en vertu de laquelle les testaments doivent être faits *uno contextu* (V. n° 225-4°). Le testateur qui voulait changer quelque chose ou ajouter une disposition nouvelle à son testament sans le refaire, en était donc réduit à adjoindre aux *tabulæ testamenti* un petit écrit, *codicillus*, pour l'exécution duquel il devait s'en rapporter à la conscience et à la bonne foi de l'héritier, pour qui les dispositions contenues dans le codicille n'étaient pas civilement obligatoires. Mais, à l'époque d'Auguste, au moment où la validité des fidéicommis fut reconnue, on admit, par analogie, l'efficacité des codicilles (pr. Inst., *De codicill.,* II, 25) (1).

Il y avait deux espèces de codicilles : les codicilles testamentaires et les codicilles *ab intestat.*

1° Les premiers constituent de véritables annexes du testament et se subdivisent en codicilles confirmés et non confirmés, selon que le testament les a ou non prévus et mentionnés comme devant être exécutés. La confirmation peut d'ailleurs avoir en vue des codicilles déjà faits antérieurement (confirmation *in præteritum*), ou être faite en prévision de codicilles postérieurs au testament (confirmation *in futurum*). Le codicille confirmé est censé écrit dans le testament dont il fait désormais partie intégrante, et il peut contenir des legs, des affranchissements, des fidéicommis, des nomi-

278. — (1) D'après ce que rapporte Justinien, Auguste aurait convoqué les Prudents, au nombre desquels figurait Trebatius, pour les consulter sur l'utilité qu'il y aurait à reconnaître la validité des codicilles. Trebatius fut d'avis de les admettre comme valables en droit, et Labéon ayant lui-même fait des codicilles, leur efficacité ne fut plus mise en doute par personne.

nations de tuteurs. Mais il ne peut contenir ni une institution d'héritier, ni une substitution, ni une révocation d'institution, ni une exhérédation (§ 2. Inst., *De codicill.*, II, 25). Par codicille non confirmé, on ne pouvait laisser que des fidéicommis (Ulp., *Reg.*, XXV, 8) (2).

2° Les codicilles *ab intestat* sont ceux qui sont laissés par une personne morte sans testament. Trois différences les séparaient des codicilles testamentaires. Ils pouvaient émaner de personnes n'ayant pas la *factio testamenti* au jour de la confection du codicille, pourvu qu'elles en fussent investies au jour du décès. En second lieu, ils ne pouvaient contenir que des fidéicommis. Enfin, ils conservaient leur effet malgré la survenance d'événements qui eussent entraîné la rupture d'un testament, tandis que les codicilles testamentaires tombaient avec le testament dont ils étaient une dépendance (3).

Aucune forme n'avait d'abord été exigée pour la confection des codicilles. Mais Théodose II exigea la présence de cinq témoins qui devaient, en outre, apposer leur signature (*subnotare*) lorsque le codicille était fait par écrit. Le codicille pouvait d'ailleurs être nuncupatif, cas auquel la seule formalité exigée était la présence des cinq témoins.

(2) Lorsqu'un testament ne contenait pas la confirmation des codicilles aits auparavant, ceux-ci étaient-ils révoqués par le fait même de la confection du testament? Papinien soutenait l'affirmative. Mais un rescrit de Septime Sévère et d'Antonin Caracalla décida qu'ils seraient maintenus, pourvu qu'il fût établi que le testateur n'avait pas changé de volonté (§ 1. Inst., *De codicill.*, II, 25). Mais Justinien ne nous dit pas si ces codicilles devaient être considérés comme tacitement confirmés, ou s'ils ne valaient que comme codicilles non confirmés.

(3) Le testament nul ne vaut pas comme codicille *ab intestat,* à moins que le testateur n'ait voulu qu'il en fût ainsi. Sous Théodose, on exigea que l'intention du défunt à cet égard fût exprimée formellement. Cette clause du testament est appelée par les interprètes : *clause codicillaire.*

LÉGISLATION SPÉCIALE AUX MILITAIRES EN MATIÈRE SUCCESSORALE.

279. — En matière successorale, une législation spéciale régissait les militaires (V. n° 54 *bis*-3°). Elle est due aux empereurs qui, dans leurs *mandata*, octroyèrent aux *milites* une foule de privilèges qui finirent par constituer un droit à part, dérogeant au droit commun et beaucoup moins formaliste que le *jus paganorum* (1). Aussi, parmi ces privilèges, les plus importants ont pour objet la dispense de l'observation des formes prescrites pour la confection des testaments. D'autres ont trait au fond même des dispositions de dernière volonté. Ces faveurs, faites aux militaires, peuvent se justifier par la difficulté que présentait pour eux la stricte observance des règles du droit civil. C'est pourquoi, dès le début, on avait admis à côté du testament ordinaire, *calatis comitiis*, le testament *in procinctu* (V. n° 225-1°) (2). Ajoutons que les militaires n'avaient pas la ressource, comme les simples particuliers, de pouvoir consulter un juriste, dont les conseils étaient d'autant plus nécessaires que le formalisme était plus étroit et plus rigoureux (V. n° 13). C'est en ce sens qu'il faut entendre les textes qui, pour justifier les faveurs dont les militaires ont été l'objet, invoquent leur ignorance et leur simplicité d'esprit, *nimia imperitia, simplicitas* (G. II, 109; 1, pr. Dig., *De test. milit.*, XXIX, 1). A vraiment parler, il ne s'agit pas d'une ignorance qui serait une conséquence nécessaire de la profession, mais d'une impossibilité temporaire de se renseigner sur le droit. Enfin, des consi-

279. — (1) Ce droit exceptionnel, dont l'idée première est due à César, fut confirmé par Titus, Domitien, et consacré définitivement par Nerva et Trajan (1, pr. Dig., *De testam. militis*, XXIX, 1). Dérivant des *mandata principum*, il fait partie du *jus civile*.

(2) C'est également de cette idée que s'est inspiré le Code civil dans ses dispositions relatives au testament des militaires (V. C. civ., art. 981-984).

dérations d'ordre politique avaient principalement guidé les empereurs qui cherchaient, par l'octroi de privilèges, à se ménager la faveur des légions.

I. *Privilèges relatifs à la forme du testament.* — Le testament militaire est soustrait aux prescriptions du droit civil et du droit prétorien. Sous quelque forme qu'ait été exprimée la volonté du testateur, elle doit être respectée, pourvu qu'il n'y ait aucun doute sur ses intentions. Les *mandata* impériaux sont formels à cet égard : *ut quoquo modo testati fuissent rata esset eorum voluntas* (1, pr. Dig., *De test. milit.*, XXIX, 1). C'est ainsi que le testateur militaire n'a pas besoin de faire appel au nombre légal de témoins, ni de manciper la *familia*, ni de *nuncupare*, ni de faire son testament *uno contextu*. Il peut se contenter d'une simple déclaration orale. Même un testament inachevé pourra valoir, à condition qu'on puisse y voir autre chose qu'un simple projet.

II. *Privilèges relatifs au fond.* — Ici encore le principe est que la volonté du testateur est souveraine et doit être respectée avant tout. De nombreuses applications de ce principe nous sont révélées par les textes.

1° La règle fondamentale qui sert de base à la délation de l'hérédité, à savoir, la prédominance de la succession testamentaire sur la succession *ab intestat*, n'est pas admise pour les militaires. En conséquence, la règle : *nemo partim testatus*, etc., ne s'applique pas (3). L'institué *ex certa re* ou *ex certa portione*, n'a droit qu'à la *certa res* ou à la *certa pars* à lui attribuée, le surplus est déféré aux héritiers *ab intestat*. De même, si l'un de plusieurs héritiers institués fait défaut, sa part n'est pas nécessairement dévolue aux autres par droit d'accroissement ; il faut qu'à cet égard le testateur ait manifesté une volonté certaine, sinon la part vacante va aux héritiers *ab intestat* (6 ; 37. Dig., *De test. milit.*, XXIX, 1) (V. n° 224).

(3) Ausssi formule-t-on habituellement cette règle de la façon suivante : *Nemo paganus partim testatus, partim intestatus decedere potest.*

2° En matière de capacité, on se montre fort large. La capacité de tester est accordée aux militaires sourds et muets, ainsi qu'aux fils de famille militaires à l'égard de leur pécule *castrense* (V. n° 77-1° et note 1). D'autre part, l'institué n'a besoin d'avoir la *factio testamenti* qu'au jour du décès. Enfin pour ce qui est du *jus capiendi ex testamento militis*, il appartenait à toute personne, même à celles que les lois caducaires frappaient d'incapacité (G. II, 110).

3° Relativement à l'acquisition de la succession, on doit noter que la règle *semel heres semper heres* est mise de côté en cas de testament militaire. En conséquence, l'institution faite *ex die*, ou *ad tempus* est valable et s'exécute telle quelle. En outre, le militaire appelé à recueillir une hérédité jouit du privilège de se faire restituer contre son acceptation dans le cas où la succession est grevée de dettes considérables dont il ignorait l'existence au jour où il a accepté (§ 6. Inst., *De hered. qual.*, II, 19) (V. n° 252).

4° Les causes d'inefficacité étaient moins nombreuses ici qu'en droit commun. Comme le testament militaire était exempt de toute espèce de formes, il était rare qu'il fût *injustum*. Il n'était pas non plus *injustum* par suite de l'omission d'un *suus*. Il ne devenait pas *irritum* par l'effet de la *capitis deminutio* du testateur. La survenance d'un *suus* n'avait pas pour conséquence nécessaire la rupture du testament du moment qu'il était établi que le testateur avait entendu lui conserver toute sa force. Un second testament ne rompait pas nécessairement le premier; les deux testaments pouvaient avoir leur effet simultanément si telle était la volonté du testateur. Il n'y avait jamais lieu à la *querela inofficiosi testamenti* contre le testament militaire, quelle que fût la personne omise ou exhérédée. D'ailleurs lorsque le testament était nul, il valait toujours comme codicille *ab intestat*, la clause codicillaire étant sous-entendue dans tout testament militaire (V. n° 278, note 3).

5° Le testament militaire peut contenir des legs ou fidéicommis en nombre et en quantité aussi considérable qu'il

plait au testateur. L'héritier n'a droit, ni à la quarte Falcidie, ni à la quarte Pégasienne.

Tous les privilèges que nous venons d'énumérer n'appartiennent aux militaires que pendant la durée du service. De là la distinction que font les textes entre le *miles ante et post missionem* (G. II, 106). Mais, sous Justinien, on restreignit avec raison l'application de la législation spéciale aux militaires au cas où le testament serait fait *in expeditione*, le soldat en garnison ayant le moyen de recourir aux lumières d'un jurisconsulte (pr. Inst., *De milit. test.* II, 11). De là résulte que le droit de tester *jure militari* n'appartient plus pour l'avenir au militaire sorti du service, et, sous Justinien, au militaire de retour d'expédition. Mais qu'allait devenir le testament fait avant ce moment? S'il s'agissait d'un chef, le testament militaire cessait immédiatement de valoir comme tel, et les dispositions qui s'y trouvaient contenues étaient, au point de vue de la forme et du fond, soumises aux règles du droit commun. Telle était également la règle pour les soldats qui avaient reçu leur congé pour une cause honteuse (*missio ignominiosa*). Lorsqu'au contraire leur congé était motivé par des infirmités (*missio causaria*), ou par l'expiration du temps du service (*missio honesta*), le testament valait encore tel qu'il avait été fait pendant un an.

Autres modes d'acquisition per universitatem.

280. — Les modes d'acquisition *per universitatem*, autres que l'hérédité, ont été énumérés antérieurement (V. n° 221). Parmi ces modes, il en est qui, semblables à l'hérédité, supposent nécessairement le décès de celui dont le patrimoine fait l'objet d'une transmission *per universitatem*. Les autres s'appliquent au patrimoine d'une personne encore vivante. Dans la première classe figurent l'*in jure cessio* de l'hérédité légitime, et la *bonorum addictio libertatum servandarum causa*.

I. 1°. *In jure cessio hereditatis*.— Avant d'avoir fait adition, l'héritier légitime externe, c'est-à-dire par conséquent l'*agnatus proximus*, appelé à la succession *ab intestat*, pouvait céder *in jure* son droit à l'hérédité (1). Par l'effet de cette cession, l'acquéreur se trouvait exactement dans la situation d'un héritier véritable, *ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset* (G. II, 34, 35). Il acquérait par conséquent le patrimoine et les *sacra* du défunt comme les aurait acquis l'héritier appelé, s'il avait fait adition. On voit par là que l'héritier légitime, qui ne voulait pas faire adition, trouvait dans l'*in jure cessio* un moyen de disposer comme il l'entendait de la succession qui lui était offerte par la loi, sans cependant devenir lui-même héritier, résultat qu'une répudiation sans cession ne lui eût pas permis d'atteindre. Il pouvait, en effet, faire la *cessio in jure* à titre onéreux ou à titre gratuit, et dans ces deux cas, il transmettait l'hérédité à une personne qu'il avait choisie, tandis qu'en répudiant, il aurait fait arriver les héritiers de même degré que lui, ou, à leur défaut, les *gentiles* (2).

L'*in jure cessio* de l'hérédité n'était permise que dans le cas que nous venons d'indiquer. C'est ainsi qu'elle était de nul effet quand elle émanait d'un héritier testamentaire externe qui n'avait pas fait adition (G. II, 36; III, 86). Malgré la cession, le cédant conservait sa vocation à l'hérédité, et ne transmettait rien au cessionnaire. Cette nullité de la cession ne peut guère se justifier que par le désir de respecter la volonté du testateur qui, en se désignant un héritier, a

280. — (1) Cette *in jure cessio* consiste dans la fiction d'une action en pétition d'hérédité intentée par le cessionnaire à l'héritier cédant.

(2) C'est sans doute l'exclusion de la *successio graduum* dans l'ordre des agnats (V. n° 233-2°) qui a suggéré l'idée de la *cessio in jure* de l'hérédité légitime. L'*agnatus proximus* qui ne voulait pas faire adition pouvait, grâce à la *cessio in jure*, transférer le bénéfice de sa vocation à un autre agnat de degré moins proche, ou à un cognat, et l'on évitait ainsi la dévolution au profit de la *gens*. On a vu plus haut que la tutelle légitime des femmes, et dans le début celle des impubères, pouvaient également faire l'objet d'une *cessio in jure* de la part du tuteur (V. n° 131). Le principe : *Ubi successio ibi tutela* devait faire admettre, en effet, cette faculté en faveur du tuteur.

entendu que celui-ci et non un autre continuât sa personne. On peut ajouter que l'héritier institué n'ayant pas encore fait adition, il est inadmissible qu'il puisse transférer des droits qu'il n'a pas (3). Lorsque la *cessio* avait été faite par un héritier légitime ou testamentaire externe, mais après l'adition, le principe *semel heres semper heres* s'opposait à ce que le titre d'héritier pût être acquis par le cessionnaire. Toutefois, en vue de donner effet à la volonté des parties, on admettait que la propriété des choses corporelles héréditaires avait été transmise au cessionnaire. Mais les créances et les dettes ne passaient point sur la tête de ce dernier, car l'*in jure cessio* n'était applicable ni aux unes ni aux autres. Les créances étaient éteintes, parce qu'on considérait que l'héritier y avait renoncé en consentant l'*in jure cessio*. Les dettes continuaient à grever l'héritier. Ces résultats, manifestement contraires à l'intention des parties, sont d'ailleurs impossibles à justifier (G. II, 35; III, 85). Enfin, lorsque la cession émanait d'un héritier nécessaire ou sien et nécessaire, les Sabiniens ne lui reconnaissaient aucun effet, tandis que les Proculiens la traitaient comme une cession faite par un héritier externe après l'adition (G. II, 37; III, 87).

Au lieu de procéder par voie d'*in jure cessio*, l'héritier qui voulait transmettre à un tiers le bénéfice de sa vocation héréditaire, pouvait lui vendre l'hérédité. Cette vente n'avait pas pour effet d'opérer la transmission en bloc du patrimoine et des *sacra*, comme dans le cas d'*in jure cessio* consentie par

(3) Cette seconde raison semblerait devoir faire également obstacle à la validité de l'*in jure cessio* émanant d'un héritier légitime externe avant son adition. Nous venons de voir, cependant, qu'en pareil cas, l'*in jure cessio* était admise. Cela tient sans doute à ce que, pour l'héritier légitime, la vocation héréditaire, comme d'ailleurs la vocation à la tutelle, est attachée à la qualité d'agnat, laquelle existe antérieurement à l'acquisition de l'hérédité. On comprend, dès lors, que l'héritier puisse, par une *cessio in jure*, renoncer à sa vocation, et se substituer un autre héritier qui prendra sa place, *ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset*. Nous avons, du reste, déjà vu des exemples d'*in jure cessio*, où le cédant n'est pas investi du droit qu'il s'agit de transférer. Tel est le cas pour l'*in jure cessio* employée en cas d'adoption (V. nº 100).

l'héritier légitime externe avant l'adition. En fait, elle aboutissait, du moins pour le patrimoine, au même résultat que l'*in jure cessio*. En effet, l'héritier vendeur était tenu de livrer à l'acheteur les choses corporelles héréditaires. Quant aux créances et aux dettes, elles restaient fixées sur sa tête, la vente n'ayant pas eu pour effet de le dépouiller de son titre d'héritier. Mais, comme il faut qu'en définitive le bénéfice des créances et la charge des dettes revienne à l'acheteur, il intervenait entre ce dernier et le vendeur des stipulations *emptæ et venditæ hereditatis*, dont nous avons déjà constaté l'emploi en matière de fidéicommis (V. n° 276). A la différence de l'*in jure cessio*, la vente de l'hérédité pouvait être consentie par l'héritier testamentaire, aussi bien que par l'héritier légitime, par l'héritier nécessaire aussi bien que par l'héritier externe. On comprend, dès lors, que la faculté donnée à tout héritier de vendre l'hérédité, ait bientôt fait disparaître de la pratique l'emploi de l'*in jure cessio hereditatis*, qu'on ne retrouve plus en usage sous Justinien.

2°. *Bonorum addictio libertatum servandarum causa.* — Ce mode d'acquisition *per universitatem* a été introduit par une constitution de Marc Aurèle (§ 1. Inst., *De eo cui libert.*, III, 11). Un testateur avait affranchi plusieurs esclaves par testament. Mais l'hérédité étant grevée de dettes, ni l'institué, ni les héritiers *ab intestat* n'avaient fait adition. Les esclaves affranchis ne pouvaient, par conséquent, parvenir à la liberté. L'empereur permit à l'un quelconque d'entre eux de s'adresser au magistrat pour obtenir l'attribution des biens, *bonorum addictio*, en vue du maintien des affranchissements, *libertatum servandarum causa*. En même temps qu'on assurait ainsi aux esclaves le bénéfice du legs de liberté à eux adressé, on sauvait la mémoire du défunt de la honte d'une *venditio bonorum*. L'esclave qui obtenait l'*addictio* devait, en effet, s'engager à payer la totalité des dettes, et cette promesse faite à l'un des créanciers chargé par les autres de stipuler en leur nom, devait être garantie par des fidéjusseurs. L'effet de l'*addictio bonorum* est tout

à fait identique à celui que produit la *bonorum possessio*. L'esclave n'est qu'un successeur aux biens et n'a, par conséquent, ni le titre d'héritier, ni le *dominium* des choses héréditaires corporelles, ni les actions directes dépendant de l'hérédité. Au Bas-Empire, on permit à toute personne de demander l'*addictio bonorum*. Elle existe encore sous Justinien (4).

II. Les autres modes d'acquisition *per universitatem* ne supposent pas nécessairement le décès de la personne dont le patrimoine est transmis. Parmi ces modes, les uns nous sont déjà connus. Tels sont : la servitude encourue *jure civili* (5), la constitution de la *manus*, l'adrogation (6) (V. nos 45, 79, 101). Il en est d'autres, comme la *bonorum sectio* et la *bonorum venditio*, qui ne seront étudiées que plus tard, à propos de l'effet des décisions judiciaires, et qui peuvent tout aussi bien s'appliquer au patrimoine d'une personne vivante qu'à celui d'une personne décédée. Citons enfin la confiscation, qui consiste dans l'attribution au fisc des biens d'une personne décédée, lorsque l'héritier de cette personne est reconnu indigne de lui succéder (7), mais qui s'applique aussi

(4) Accarias, t. I, nos 474, 475, 476.

(5) Lorsque la servitude est encourue *jure civili*, à la suite d'une condamnation criminelle, c'est par voie de confiscation que se réalise l'acquisition *per universitatem*. Si d'autre part on remarque que sous Justinien, le sénatusconsulte Claudien est supprimé (V. no 45), on arrive à cette conclusion que dans le dernier état du droit la servitude encourue *jure civili* est, bien rarement, l'occasion d'une acquisition *per universitatem*. Il n'en est plus ainsi que dans le cas de l'homme libre qui s'est laissé vendre, et dans le cas de révocation de l'affranchissement pour ingratitude. Accarias, t. I, no 480.

(6) L'adrogation faisait acquérir à l'adrogeant la pleine propriété des biens de l'adrogé, mais sous Justinien l'adrogeant n'acquiert plus que l'usufruit, la nue propriété restant à l'adrogé, comme au cas de pécule adventice (V. no 77-3o). Quant aux dettes de l'adrogé elles étaient éteintes *jure civili* par l'effet de la *capitis deminutio*, mais le préteur donnait aux créanciers des actions utiles contre l'adrogé. Sous Justinien les actions ne sont plus dirigées contre l'adrogé, mais contre l'adrogeant en sa qualité d'administrateur du patrimoine de l'enfant.

(7) Les dispositions ainsi enlevées à leur bénéficiaire pour cause d'indignité constituent ce qu'Ulpien désigne sous le nom d'*Ereptorium* (Ulp., *Reg.*, XIX, 17).

aux biens d'une personne vivante, comme conséquence de certaines condamnations criminelles (8).

FIN DU TOME PREMIER.

(8) La confiscation résulte de plein droit des peines capitales comme la mort, l'esclavage, la perte de la cité. Elle peut être prononcée par le juge lorsque la peine est la rélégation ou l'exil perpétuel. Elle a pour effet de transférer au fisc le patrimoine ou la partie du patrimoine confisqué, avec obligation de payer les dettes *intra vires*. Les descendants *sui heredes* ou assimilés aux *sui* par le préteur ont droit à la restitution de la moitié des biens. Sous Justinien, l'attribution au fisc n'a lieu qu'à défaut de descendants.

TABLE DES MATIÈRES.

INTRODUCTION.

Notion générale du droit.

	Nos.	Pages.
Origine et définition du droit	1	1-4
Science du droit	2	4-7
Division en droit public et privé	3	7-9
Droit public et privé des Romains	4,5	9-14

HISTOIRE DU DROIT ROMAIN.

Histoire externe.

Division de l'histoire externe en deux grandes périodes :

Jus strictum et *Jus gentium* 6 15-16

JUS STRICTUM.

Caractères du droit primitif 7 16-17

Sources du Jus strictum.

Droit coutumier, Droit écrit 8 18-19

Droit écrit.

Loi *curiate* et *centuriate* 9 19-20

Plébiscite 10 20-21

Loi des XII Tables 11 21-22

(1) Le premier chiffre correspond au chiffre gras (nº du texte); le second est celui de la pagination.

Droit coutumier de formation secondaire.

	N°.	Pages.
Responsa prudentium, Édits des magistrats	12	23
Responsa prudentium	13	23-26
Édits des magistrats	14	26-29
Caractères généraux du système du *Jus strictum*	15	30-31

JUS GENTIUM.

Origines et développement du système du *Jus gentium*	16	31-34

Sources du droit dans cette période.

Jus non scriptum	17	34
Jus scriptum	18	34
Sénatusconsultes	19	34-35
Constitutions impériales	20	35-36
Édits des magistrats	21	36-37
Responsa prudentium	22	38
Principaux jurisconsultes des deux sectes	23	39
Gaius	24	40
Les grands jurisconsultes classiques	25	41

Système du Jus gentium au Bas-Empire.

Prédominance du *Jus gentium*	26	42
Jus et *Leges*	27	43
Jus, Loi des citations	28	44-45
Leges, premiers essais de codification	29	45-46
Première codification officielle. Code Théodosien	30	46-47

Droit romain dans l'Empire d'Orient. Compilations de Justinien.

OEuvre de Justinien	31	47
Codex vetus	32	47-48
Digeste ou Pandectes	33	48
Institutes	34	48
Codex repetitæ prælectionis	35	49
Novelles	36	49
Appréciation de l'œuvre de Justinien	37	50
Destinées ultérieures du droit romain en Orient	38	51
Destinées du droit romain en Occident	39	51
Résultats du développement du droit romain	40	53

DROIT PRIVÉ.

	N°s.	Pages.
Objet du droit privé et plan du livre.....	41	55

PREMIÈRE PARTIE.

Des personnes.

Notion et divisions des personnes.....	42	57

Première division des personnes.

Personnes libres ou esclaves.

Notion de l'esclavage.....	43	58
Comment on devient esclave par la naissance.....	44	59
Comment on devient esclave par un fait postérieur à la naissance.....	45	60
Condition des esclaves. *Jus strictum*.....	46	62
Condition des esclaves en fait.....	47	63
Condition des esclaves dans la période du *Jus gentium*, dans le droit classique, et au Bas-Empire.....	48	65
Cessation de l'esclavage.....	49	68
Du Colonat.....	50	69

Deuxième division des personnes.

Citoyens et non citoyens.

Notion générale.....	51	72
Privilèges attachés à la qualité de citoyen.....	52	73
Comment on devenait citoyen.....	53	74
Comment on perdait la qualité de citoyen.....	54	76
Des différentes classes de citoyens.....	54 *bis.*	76
Des non citoyens.....	55	81
Extension successive du droit de cité.....	56	81
Cives minuto jure.....	57	82
Latins.....	58	84
Pérégrins.....	59	86
Disparition des diverses classes de non citoyens.....	60	86

Subdivision des hommes libres en ingénus et affranchis.

	N°s.	Pages.
Ingénus et affranchis	61	88
Conditions de validité de l'affranchissement	62	89
Différences entre l'affranchissement entre-vifs et l'affranchissement testamentaire	63	92
Condition des affranchis. *Jus strictum*	64	93
Affranchissement dans le système du *Jus gentium*	65	95
Modes d'affranchissement solennels	66	96
Modes d'affranchissement non solennels	67	96
Restrictions légales à la faculté d'affranchir; lois *Ælia Sentia* et *Fufia Caninia*	68	98
Condition des affranchis, leur division en trois classes	69	101
Affranchissement au Bas-Empire et sous Justinien	70	104

DE LA FAMILLE.

Évolution de la notion de famille	71	105

Troisième division des personnes.

Personnes *sui juris* et personnes *alieni juris*	72	108

I. Puissance paternelle.

Caractères et effets.

Caractères de la puissance paternelle (*Jus strictum*)	73	109
Effets (*Jus strictum*)	74	111
Puissance paternelle dans les mœurs	75	112
Puissance paternelle dans le *Jus gentium*. Pouvoir sur la personne des enfants	76	113
Pouvoir sur les biens des enfants. Théorie des pécules	77	114

Sources.

Première source : le mariage.

Notion du mariage	78	117
Histoire des transformations de la notion du mariage	79	118
Comment se contracte le mariage. Preuve du mariage	80	123
Conditions de validité du mariage	81	125
Première condition : Consentement des époux	82	125

	N°s.	Pages.
Deuxième condition : Puberté	83	126
Troisième condition : *Jus connubii*	84	127
Incapacités absolues	85	128
Incapacités relatives	86	128
Incapacités fondées sur des motifs d'ordre politique ou religieux	86	128
Incapacités fondées sur des motifs de morale publique	87	130
Quatrième condition : Consentement des personnes qui ont le droit de puissance	88	132
Effets du mariage dans les rapports réciproques des époux. Rapports personnels	89	134
Rapports pécuniaires	90	136
Effets du mariage dans les rapports des époux et de leurs parents avec les enfants nés du mariage. De l'agnation.	91	138
De la *gens* et des droits des *gentiles*	92	141
Preuve de la filiation	93	145
Dissolution du mariage. Causes indépendantes de la volonté des époux	94	146
Cause de dissolution dépendant de la volonté des époux. — Divorce	95	147
Divorce à l'époque impériale	96	149
Des unions autres que les *justæ nuptiæ*	97	150
Du sort des enfants dans les unions autres que les *justæ nuptiæ*	98	154
Deuxième source : l'adoption.		
Adrogatio et *adoptio*	99	156
Formes de l'adrogation et de l'adoption	100	157
Effets de l'adrogation et de l'adoption	101	161
Conditions de validité de l'adrogation et de l'adoption	102	163
Troisième source : la légitimation.		
Légitimation	103	166
Extinction.		
Causes d'extinction laissant subsister le lien d'agnation	104	169
Causes d'extinction entraînant rupture du lien d'agnation	105	170
II. Puissance sous forme de *Manus*	106	173
III. Puissance sous forme de *Mancipium*	107	175

Quatrième division des personnes.

Personnes en tutelle ou en curatelle, et personnes non soumises à la tutelle ou à la curatelle.

	Nos.	Pages.
Notion de la tutelle et de la curatelle.....	108	177

Tutelle.

Tutelle des impubères des deux sexes.

I. Notions générales.		
Définition et caractère de la tutelle.....	109	178
II. Délation de la tutelle.		
Cas dans lesquels il y a lieu à la délation de la tutelle.	110	180
Tutelle des impubères devenus *sui juris* sans affranchissement ni émancipation.....	111	180
1° Tutelle testamentaire.....	112	181
Tutelle testamentaire irrégulière.....	113	182
2° Tutelle légitime des agnats et des gentiles.....	114	183
3° Tutelle déférée par le magistrat.....	115	185
Tutelle des impubères devenus *sui juris* par affranchissement.....	116	187
Tutelle des impubères devenus *sui juris* par émancipation.....	117	188
III. Effets de la tutelle.		
Notions générales.....	118	188
Capacité du pupille.....	119	189
Capacité du pupille (*suite*).....	120	191
Pouvoirs du tuteur.....	121	193
Auctoritas.....	122	195
Administration.....	123	197
Droits et obligations du tuteur comme administrateur..	124	199
IV. Fin de la tutelle.....	125	200
V. Garanties données au pupille contre le tuteur.....	126	201
Garanties précédant l'entrée en fonctions.....	127	202
Garanties postérieures à l'entrée en fonctions.....	128	203
Garanties contre l'insolvabilité du tuteur.....	129	205

Tutelle des femmes pubères.

	N°.	Pages.
Notion générale	130	206
I. Délation de la tutelle	131	207
II. Fonctions du tuteur	132	209
III. Causes de cessation de la tutelle	133	210

Curatelle.

Personnes placées en curatelle	134	211
Curatelle des fous et des prodigues	135	211
Curatelle des mineurs de vingt-cinq ans	136	213
1° Système de la loi *Plætoria*	137	213
2° Droit prétorien. *Restitutio in integrum*	138	214
3° Droit impérial. Curateurs permanents	139	216
Curatelle des pupilles	140	218
Effets de la curatelle. Capacité des personnes en curatelle	141	218
Fonctions du curateur	142	221
Fin de la curatelle	143	222
Garanties données contre le curateur	144	223

Capitis deminutio.

Notions de la *capitis deminutio*	145	224
Cas où il y a *capitis deminutio*	146	225
Effets de la *capitis deminutio*	147	227
Effets de la *capitis deminutio* (suite)	148	229

Cinquième division des personnes.

Personnes physiques et personnes morales.

Notion des personnes morales	149	230
Conditions d'existence et de durée. Capacité	150	232

DEUXIÈME PARTIE.

Des choses.

Droits relatifs aux choses. Droits réels. Droits personnels	151	235
Du patrimoine	152	237

DROITS RÉELS.

Division des droits réels	153	238

DROITS RÉELS DU DROIT CIVIL.

Propriété.

	N°.	Pages.
Notion de la propriété	154	238
Caractères du droit de propriété	155	239
Divisions des choses.		
Division des choses en *res in patrimonio*, et *res extra patrimonium*	156	242
Choses in patrimonio.		
Première division : *res corporales et incorporales*	157	243
Deuxième division : *res mancipi et nec mancipi*	158	245
Troisième division : meubles et immeubles	159	247
Etat de la propriété foncière. Sous-division des immeubles en fonds italiques et fonds provinciaux	160	249
I. *Fonds italiques.*		
Ager publicus, ager privatus. Lois agraires	161	249
II. *Fonds provinciaux.*		
Condition des fonds provinciaux. Assimilation des fonds provinciaux aux fonds italiques	162	253
Choses extra patrimonium.		
Notion et divisions	163	256
Res divini juris (*sacræ, religiosæ, sanctæ*), *communes, publicæ*	164	257
De la possession.		
Notion de la possession	165	262
Fondement de la protection possessoire	166	263
Éléments de la possession	167	266
Acquisition de la possession	168	267
Conservation et perte de la possession	169	269
Effets de la possession	170	270
Développement de la théorie de la possession	171	271
Modes d'acquisition de la propriété.		
Principales divisions des modes d'acquisition de la propriété.	172	272

Mode originaire.

	Nos.	Pages.
De l'occupation.....	173	274

Modes dérivés (volontaires).

Notion et énumération.....	174	276

1° *Mancipation (mancipatio).*

Formes de la mancipation.....	175	277
Explication de ces formes et histoire de la mancipation	176	279
Pactes adjoints à la mancipation.....	177	282

2° *In jure cessio.*

Formes de l'*in jure cessio*.....	178	283
Applications de l'*in jure cessio*	179	285

3° *Tradition (traditio).*

Notion. Conditions pour que la tradition soit translative de propriété.....	180	286
Remise matérielle du *corpus* (1re condition).....	181	287
Intention réciproque d'aliéner et d'acquérir (2e condition)...	182	289
Intention réciproque d'aliéner et d'acquérir (suite).....	183	290
Tradition dans le dernier état du droit.....	184	292

Modes dérivés (non volontaires).

1° *Usucapio, præscriptio longi temporis, præscriptio longissimi temporis.*

Notions générales.....	185	293

Usucapion dans le droit civil ancien et dans le droit classique.

Cas d'application de l'usucapion.....	186	294
Conditions requises pour l'acquisition par usucapion	187	297
Première condition : *Justa causa*.....	188	297
Deuxième condition : Bonne foi.....	189	300
Troisième condition : Prolongation de la possession.....	190	302
Quatrième condition : Chose susceptible d'usucapion	191	303
Effets et caractères de l'acquisition par usucapion.....	192	305
De quelques cas particuliers d'usucapion : *Usucapio pro herede et usureceptio*.....	193	305

Præscriptio longi temporis.

	Nos.	Pages.
Notion de la *præscriptio longi temporis*. Conditions auxquelles elle est opposable	194	309
Effets de la *præscriptio longi temporis*	195	311

Usucapion à l'époque de Justinien.

Transformation de l'usucapion. Règles de l'usucapion à l'époque de Justinien	196	314
Præscriptio longissimi temporis, et usucapion dite extraordinaire	197	315
2° *Adjudicatio.*	198	316

Acquisition de la propriété en vertu de la loi (lege).

Notion et énumération des cas où l'acquisition de propriété a lieu *lege*	199	319

Accession.

Notion de l'accession	200	323
Cas où s'applique le principe *accessio cedit principali*	201	324
Perte du droit de propriété.	202	328

Servitudes.

Notion et divisions	203	329
Caractères généraux des servitudes	204	331

Servitudes prédiales.

Caractères propres aux servitudes prédiales	205	333
Classification des servitudes prédiales. Servitudes rurales et servitudes urbaines	206	335
Énumération des principales servitudes rurales ou urbaines.	207	337
Constitution des servitudes en droit civil, dans le droit prétorien et dans le droit de Justinien	208	339
Extinction des servitudes	209	342

Servitudes personnelles.

Énumération des principales servitudes personnelles	210	343

De l'usufruit.

	Nos.	Pages.
Notion de l'usufruit	211	344
Droits et charges résultant de l'usufruit	212	345
Constitution de l'usufruit	213	348
Extinction de l'usufruit	214	350
Du quasi usufruit	215	351

Servitudes personnelles autres que l'usufruit.

Usage, habitation, *operæ servorum aut animalis*	216	353

DROITS RÉELS DU DROIT PRÉTORIEN.

Notion et divisions. Droits réels semblables au *dominium*. Des cas divers de propriété prétorienne	217	354
Droits réels semblables aux servitudes : Emphytéose, superficie	218	358

Capacité nécessaire pour aliéner ou acquérir.

Capacité d'aliéner	219	361
Capacité d'acquérir	220	362

Modes d'acquisition per universitatem.

Énumération des modes d'acquisition *per universitatem*	221	366

DES HÉRÉDITÉS OU SUCCESSIONS.

Notions générales et divisions	222	366

I. Délation de l'hérédité.

Notions historiques	223	367

Succession testamentaire.

Notions générales sur le testament	224	370
Formes du testament	225	372
Capacité de tester	226	377
Institution d'héritier réduite à sa forme la plus simple	227	379
Modalités de l'institution d'héritier	228	381
Pluralité des institutions et institutions *ex re certa*	229	383
Substitutions	230	384
Causes d'inefficacité des testaments	231	389

Succession ab intestat.

	N°s.	Pages.
Notion générale de la succession *ab intestat*.....	232	391
Succession d'une personne devenue sui juris sans affranchissement ni émancipation.		
Premier système : Système du droit civil ancien ou des XII Tables.		
Diverses classes d'héritiers.....	233	393
Critique du système successoral *ab intestat* des XII Tables.	234	397
Deuxième système : Système prétorien ou des Bonorum possessiones.		
Idée générale et histoire du système prétorien.....	235	398
Division des *bonorum possessiones* en *bonorum possessiones* testamentaires et *ab intestat*.....	236	402
Divers ordres de *bonorum possessores ab intestat*.....	237	404
Troisième système : Époque impériale, sénatusconsultes et constitutions impériales.		
Sénatusconsultes Tertullien et Orphitien ; constitutions impériales	238	408
Quatrième système : Novelles 118 et 127 de Justinien.		
Système des Novelles 118, 127.....	239	410
Succession d'une personne affranchie ou émancipée.	240	414
Successions ab intestat irrégulières.	240	414
Succession contraire au testament.		
Restrictions à la liberté de tester, établies en faveur de certains successibles ab intestat.		
Notions générales.....	241	419
Restrictions relatives à la forme.		
De l'exhérédation des *heredes sui* et des *postumes sui*, en droit civil.....	242	420
De l'exhérédation en droit prétorien.....	243	424

Restrictions relatives au fond.

	Nos.	Pages.
Idée générale. Notion de la *querela inofficiosi testamenti*...	244	426
Conditions requises pour le succès de la *querela*.....	245	429
Caractères et effets de la *querela*.....	246	431
Droit de Justinien en matière d'exhérédation.....	247	433
Légitimes extraordinaires.....	247 *bis*.	435

II. Acquisition de l'hérédité.

Division.....	248	435

Acquisition de l'hereditas.

Diverses classes d'héritiers.....	249	436
Adition et répudiation par l'héritier externe.....	250	438
Effets de l'acquisition.....	251	441
Bénéfices d'abstention, *de bonorum separatio*, d'inventaire..	252	443
Bénéfice de séparation des patrimoines.....	253	446

Acquisition de la bonorum possessio.

Comment s'acquiert la *bonorum possessio*. *Bonorum possessiones decretales et edictales*.....	254	447
Effets de la *bonorum possessio*.....	255	449
Collatio bonorum emancipati, *Collatio dotis*. *Collatio* sous Justinien.....	256	452

III. Défaut d'acquisition de l'hérédité.

Causes du défaut d'acquisition de l'*hereditas* et de la *bonorum possessio*.....	257	458
Effets du défaut d'acquisition de l'*hereditas* et de la *bonorum possessio*. Théorie de l'accroissement.....	258	461
Théorie de l'accroissement, sous les lois caducaires.....	259	465
Destinées des lois caducaires et accroissement à l'époque de Justinien.....	260	468

IV. Acquisitions à titre particulier se rattachant à l'hérédité.

Notion générale.....	261	470

Des legs.

Notion et divisions.....	262	471

	N°.	Pages.
I. Éléments du legs.		
Forme des legs	263	472
Sénatusconsulte Néronien. Disparition des formules de legs et droit de Justinien	264	476
Personnes figurant dans le legs	265	479
Choses pouvant faire l'objet du legs	266	480
Modalités des legs	267	485
II. De l'acquisition du legs.		
Théorie du *dies cedens*	268	486
III. Du défaut d'acquisition du legs.		
Causes du défaut d'acquisition. Causes contemporaines de la disposition	269	489
Causes postérieures	270	491
Exagération du nombre ou de la quotité des legs	271	493
Effets du défaut d'acquisition. Droit d'accroissement	272	496
Des fidéicommis.		
Notions générales	273	499
Développement historique	274	500
Règles générales applicables aux fidéicommis d'hérédité et aux fidéicommis particuliers	275	502
Règles spéciales aux fidéicommis d'hérédité	276	503
Règles spéciales aux fidéicommis particuliers	277	506
Autres modes de disposition mortis causa.		
Donation *mortis causa* et *mortis causa capio*	277 *bis*.	508
Des codicilles.	278	514
Législation spéciale aux militaires en matière successorale.	279	517
Autres modes d'acquisition *per universitatem*	280	520

RÉPERTOIRE ALPHABÉTIQUE (1).

A

Acceptilatio, (122) 196.
Accessio possessionum, (190) 303.
Accession, (200 et suiv.) 325 et suiv.
Accouchement, (44) 59.
Accroissement (dans les institutions d'héritier), (258 et suiv.) 462 et suiv.
Accroissement (dans les legs), (272) 496 et suiv.
Acquisition *per extraneam personam*, (220) 363 et suiv.
Acquisition *per universitatem*, (221) 366; (280) 520 et suiv.
Acta publica, (100) 160.
Actes (rendant la condition meilleure ou pire), (120) 192.
Actio confessoria, (203) 330.
Actio subsidiaria, (129) 205; (144) 223.
Action *ad exhibendum*, (201) 326.
Action *communi dividundo*, (198) 318.
Action confessoire (V. *Actio confessoria*).
Action *de peculio*, (77) 116.
Action *de rationibus distrahendis*, (128) 203 et 204; (144) 223.
Action *de sepulcro violato*, (164) 260.
Action *de tigno juncto*, (201) 327.
Action en revendication, (165) 263.
Action *familiæ herciscundæ*, (198) 317; (263) 474; (266) 483.
Action *finium regundorum*, (198) 318.
Action *in personam*, (151) 235.
Action *in rem*, (151) 235.
Action *negotiorum gestorum contraria utilis*, (144) 223.
Action *negotiorum gestorum directa utilis*, (144) 223.
Action paulienne, (68) 99.
Action *rei uxoriæ*, (90) 137.
Action *tutelæ contraria*, (128) 204.
Action *tutelæ directa*, (128) 204.
Actor, (150) 233.
Actus legitimi, (175) 279.
Addictio, (100) 160; (178) 283.
Adition d'hérédité, (120) 193; (122) 196; (132) 210; (250) 438 et suiv.
Adjudicatio, (198) 316 et suiv.; (208) 340; (213) 348; (263) 474.
Administration du curateur, (142) 221.
Administration du tuteur, (118) 189; (123) 197 et suiv.; (124) 199.
Adoptio (définition), (99) 157.
Adoptio (effets), (101) 161 et suiv.
Adoptio (formes), (100) 159 et suiv.
Adoptio (validité), (102) 164 et suiv.
Adoptio imperio magistratus, (100) 160.
Adoptio minus plena, (101) 162.
Adoptio per populum, (100) 158.
Adoptio plena, (101) 162.

(1) Le chiffre en caractère gras mis entre parenthèses, indique le numéro du texte; le second, en caractère ordinaire indique la page.

Adoptio testamentaria, (99) 157.
Adoption, (87) 131; (99 et suiv.) 156 et suiv.; (146) 227.
Adrogatio (définition), (99) 157.
Adrogatio (effets), (101) 161 et suiv.; (280) 524.
Adrogatio (formes), (100) 157 et suiv.
Adrogatio (validité), (102), 163 et suiv.
Adscripticius, (50) 69 et 72.
Adultère, (89) 135; (97) 154.
Ærarii, (57) 83 et 84.
Aes, (176) 279.
Aes rude, (176) 280.
Aes signatum, (176) 281.
Affinitas (V. Alliance).
Affranchis citoyens, (69) 101 et suiv.; (70) 105.
Affranchis (condition des), (57) 84; (64) 93 et suiv.; (69) 101 et suiv.
Affranchis *latini juniani* (V. *Latini juniani*).
Affranchissement, (49) 69; (61) 88.
Affranchissement *censu*, (62) 89, 90 et 91.
Affranchissement *in fraudem creditorum*, (68) 99; (70) 104.
Affranchissement *in fraudem patroni*, (68) 99.
Affranchissement *in sacrosanctis ecclesiis*, (70) 104.
Affranchissement (modalités), (63) 92 et 93.
Affranchissement (modes solennels), (62) 89 et suiv.; (66) 96; (70) 104.
Affranchissement (modes non solennels), (67) 96 et suiv.
Affranchissement (restrictions légales), (68) 98.
Affranchissement (révocation pour ingratitude), (45) 61.
Affranchissement testamentaire direct, (62) 91.
Affranchissement testamentaire par fidéicommis, (62) 91.
Affranchissement *testamento*, (62) 91 et suiv.; (63) 92 et suiv.
Affranchissement (validité de l'), (62) 89 et suiv.
Affranchissement *vindicta*, (62) 90; (132) 210.
Africanus, (23) 39.
Ager colonicus, (161) 251.
Ager coloniis municipiisve fruendus datus, (161) 251.
Ager colono datus, (162) 253.
Ager compascuus, (161) 251.
Ager datus adsignatus viritim, (161) 251.
Ager de publico redditus, (161) 250.
Ager privatus, (161) 249.
Ager privatus ex jure peregrino, (162) 253.
Ager privatus optimo jure, (161) 251.
Ager privatus vectigalisque, (162) 254.
Ager publicus, (161) 249 et suiv.; (166) 266.
Ager quæstorius, (162) 253.
Ager romanus, (161) 249 et 250.
Ager stipendiariis datus, (162) 253.
Agere, (13) 24.
Agnation, (52) 74; (87) 131; (91) 138 et suiv.; (101) 161 et 162; (105) 172; (135) 212; (148) (230); (233) 396.
Agnats (V. Agnation).
Agri arcifinii, (201) 325.
Agri limitati, (201) 325.
Agri occupatorii, (161) 250 et 251.
Album judicum, (54 *bis*) 78.
Album prætoris, (14) 27.
Alliance, (87) 131.
Animus domini, (167) 267 et suiv.; (180 et suiv.) 286 et suiv.
Apertura tabularum testamenti, (250) 439; (268) 487; (270) 491.
Aqua et igni accipere, (80) 124.
Aqua profluens, (164) 261.
Aquæ et ignis interdictio, (54) 76.
Aquilius Gallus, (13) 26.
Arrhes, (82) 126.
Assertor libertatis, (62) 90.
Atticus, (48) 66.
Auctoritas senatus, (19) 34.
Auctoritas tutoris, (88) 133; (118) 189; (119) 191; (120) 192; (121) 194;

(122) 195 et suiv.; (123) 197; (132) 209 et s.; (142) 221 et 222.

B

Barbares, (39) 51; (45) 60; (50) 72; (55) 81; (60) 87 et 88.
Basiliques, (38) 51.
Bellum justum, (45) 60; (55) 81; (173) 275.
Bénéfice de compétence, (54 *bis*) 80; (89) 135.
Bénéfice d'inventaire, (252) 444 et suiv.
Beneficium principale, (54 *bis*) 80; (69) 103.
Biens, (151) 235.
Bona, (151) 235.
Bona adventitia (V. *Peculium adventitium*).
Bona caduca, (164) 261; (259) 465 et suiv.
Bona damnatorum, (164) 261.
Bona materna, (77) 116.
Bona paterna avitaque, (135) 212.
Bona vacantia, (164) 261; (240) 418.
Bonorum addictio libertatum servandar. causa, (280) 523 et 524.
Bonorum distractio, (54 *bis*) 79.
Bonorum possessio (acquisition), (254) 447.
Bonorum possessio (effets), (255) 449 et suiv.
Bonorum possessio contra tabulas, (243) 425 et 426.
Bonorum possessio dimidiæ partis, (240) 415.
Bonorum possessio ex edicto carboniano, (254) 448.
Bonorum possessio secundum nuncupationem, (236) 402.
Bonorum possessio secundum tabulas, (225) 376; (227) 381; (231) 389 et 391; (236) 402 et 403.
Bonorum possessio tum quem ex familia, (240) 415.
Bonorum possessio unde cognati, (98) 156; (237) 406; (240) 415.
Bonorum possessio unde cognati manumissoris, (240) 415.
Bonorum possessio unde decem personæ, (240) 417.
Bonorum possessio unde legitimi, (237) 405; (238) 409; (240) 415.
Bonorum possessio unde liberi, (237) 404; (240) 415.
Bonorum possessio unde patronus, patrona, etc., (240) 415.
Bonorum possessio unde vir et uxor, (237) 407; (240) 415.
Bonorum possessiones ab intestat, (236) 403; (237) 404 et suiv.
Bonorum possessiones cum re, (255) 450 et suiv.
Bonorum possessiones decretales, (254) 447 et 448.
Bonorum possessiones edictales, (254) 448.
Bonorum possessiones (notion et histoire), (235) 398 et suiv.
Bonorum possessiones sine re, (255) 450 et suiv.
Bonorum possessiones testamentaires, (236) 402.
Bonorum sectio, (280) 524.
Bonorum separatio, (252) 443.
Bonorum venditio, (54 *bis*) 79; (68) 100; (152) 237; (280) 524.
Breviarium Alarici, (39) 52.
Brutus, (13) 26.

C

Caducorum vindicatio, (259) 467.
Capacité d'acquérir, (220) 362 et suiv.
Capacité d'aliéner, (219) 361.
Capacité de l'institué, (227) 380.
Capacité de tester, (226) 377 et suiv.
Capitatio humana, (50) 72.
Capitis deminutio, (91) 140 et 141; (145 et suiv.) 224 et suiv.
Capitis deminutio (effets), (147) 227; (148) 229.
Capitis deminutio maxima, (146) 225 et 226; (147) 227; (148) 229 et 230.

Capitis deminutio media, (146) 226; (147) 227; (148) 229 et 230.
Capitis deminutio minima, (146) 226; (148) 230.
Capito (*Ateius*), (23) 39.
Captivité, (45) 60.
Caput (*sive status*), (145) 224.
Castrati, (83) 127.
Cato, (13) 26; (269) 490.
Causa liberalis, (62) 90.
Causa perpetua, (205) 334.
Causæ probatio, (69) 103; (97) 151; (103) 166.
Cautio legatorum, (267) 485.
Cautio usufructuaria, (212) 348.
Caution mucienne, (267) 486.
Cavere, (13) 24.
Célibat, (92) 144; (96) 150; (257) 460; (259) 466.
Celsus (*Juventius*), (23) 39.
Censitus, (50) 72.
Centuriæ prærogativæ, (9) 20.
Choses hors du commerce, (163) 256.
Cicéron, (13) 26; (48) 66; (133) 210; (210) 344; (215) 351; (235) 398; (244) 427.
Circumscriptio adolescentium, (137) 214.
Citoyen (acquisition de la qualité de), (53) 74 et suiv.
Citoyens (différentes classes), (54 *bis*) 76 et suiv.
Citoyen (extension de la qualité de), (60) 86.
Citoyen (perte de la qualité de), (54) 76.
Citoyen (privilèges du), (52) 73 et suiv.
Cives minuto jure, (54 *bis*) 77; (57) 82 et suiv.; (64) 93.
Cives optimo jure, (57) 82 et 83.
Civis (notion du), (51) 72.
Civitas sine suffragio, (57) 83.
Civitates fœderatæ, (58) 85.
Civitates peregrinæ, (59) 86.
Clarissimi (*et non clarissimi*), (54 *bis*) 78; (115) 187.
Clause codicillaire, (278) 516.
Cnæus Flavius, (13) 26.
Code de Justinien, (35) 49.
Code Théodosien, (30) 46; (39) 51.
Codex, (29) 46.
Codex repetitæ prælectionis (V. Code de Justinien).
Codex vetus (de Justinien), (32) 47.
Codicilles, (278) 514 et suiv.
Coelibes, (94) 147; (257) 460.
Coemptio, (79) 119 et 120.
Coemptionator, (106) 173.
Cognation, (91) 138 et suiv.; (101) 161 et 162; (105) 172; (114) 185; (148) 229.
Cognomen, (64) 93; (101) 161.
Collatio bonorum emancipati, (256) 453 et suiv.
Collatio (dans le droit de Justinien), (256) 457.
Collatio dotis, (256) 455 et suiv.
Collatio (*legum mosaïcar. et roman.*), (29) 46.
Collèges funéraires, (149) 231; (150) 233.
Collegia, (149) 231 et 232; (150) 232.
Collegia tenuiorum, (149) 231.
Colonat, (26) 42; (50) 69 et suiv.
Colonies latines, (58) 84; (59) 86.
Colonies romaines, (57) 83; (58) 85; (59) 86.
Colonus, (50) 69 et suiv.
Comédiens, (86) 129.
Comitia centuriata, (100) 159.
Comitia curiata, (100) 158.
Comitia tributa, (10) 21; (100) 159.
Commixtio, (201) 326.
Communio, (198) 316. — V. Copropriété.
Concilia plebis, (10) 21.
Concours de deux causes lucratives, (270) 491.
Concubina, (97) 152, 153 et 154.
Concubinat, (97) 150, 151 et suiv.; (103) 167.
Condamnation *ad bestias*, (45) 61.
Condamnation *ad metallum*, (45) 61.
Conditio, (63) 92.
Confarreatio, (79) 119 et suiv.; (95) 147.
Confédération latine, (56) 82; (58) 84.

Confessio in jure, (13) 25; (62) 90; (178) 283.
Confiscation, (89) 135; (280) 524.
Confusio, (201) 326.
Confusion, (209) 342.
Consanguinei, (233) 396; (238) 409.
Consecratio, (164) 258.
Consensus curatoris, (141) 219 et 220; (142) 221 et suiv.
Consensus (*nudus*), (80) 123.
Consilium (en cas d'affranchissement), (68) 98 et 99.
Consilium principis, (25) 41.
Consolidation, (214) 351.
Constantinople, (115) 187.
Constitut possessoire, (181) 288.
Constitutio generalis, (29) 45.
Constitutio personalis, (29) 45.
Constitutio principis, (20) 36.
Constitutions impériales, (20) 35 et suiv.
Consuetudo (*longa, inveterata*), (7) 17; (8) 18.
Consultatio veteris jurisconsulti, (29) 46.
Continuatio possessionis, (190) 303.
Contubernalis, (46) 63.
Contubernium, (46) 63; (97) 150 et 154.
Conventio in manum (V. *Manus*).
Copropriété, (155) 242.
Copropriété de famille, (73) 111.
Corpora, (149) 231 et 232.
Corpus (*possessionis*), (167) 266 et suiv.; (180) 286 et suiv.
Corpus juris, (11) 22.
Corpus juris civilis, (31) 47.
Coutume, (8) 18; (27) 43.
Créance d'aliments, (148) 229.
Cretio, (250) 438, 439 et 440.
Crimen expilatæ hereditatis, (193) 308.
Crimen suspecti curatoris, (143) 222; (144) 223.
Crimen suspecti tutoris, (128) 203.
Cura furiosi (V. Curatelle des fous).
Cura prodigi (V. Curatelle des prodigues).
Curatelle, (108) 177; (134 et suiv.) 211 et suiv.
Curatelle déférée par le magistrat, (135) 213.
Curatelle des fous, (135) 211 et suiv.
Curatelle des mineurs de vingt-cinq ans, (136 et suiv.) 213 et suiv.
Curatelle des muets, (135) 213.
Curatelle des prodigues, (135) 211 et suiv.
Curatelle des pupilles, (140) 218.
Curatelle des sourds, (135) 213.
Curatelle (effets), (141 et suiv.) 218 et suiv.
Curatelle (fin), (143) 222.
Curateur (fonctions), (142) 221 et suiv.
Curateurs permanents, (139) 216 et suiv.
Curiales (V. Décurion).

D

Decemviri, (11) 22.
Decreta (des empereurs), (20) 35.
Décurion, (60) 87; (103) 168.
Dedititii, (60) 87.
Dedititii (Affranchis), (60) 87; (68) 99; (69) 103; (70) 104.
Deductio in domum, (80) 124.
Deductio servitutis, (208) 340.
Délits privés, (3) 8.
Derelictio, (183) 290; (188) 298.
Détention, (167) 267; (170) 271.
Detestatio sacrorum, (100) 158.
Dies, (63) 92.
Dies cedens (des legs), (268) 486 et suiv.
Dies fasti, (13) 25.
Dies incertus in testamento, (228) 382.
Dies nefasti, (13) 25.
Dies veniens (des legs), (268) 486 et suiv.
Diffareatio, (95) 148.
Digeste, (33) 48.
Dispensator, (47) 65.
Divorce, (95 et suiv.) 147 et suiv.

Divortium bona gratia, (96) 149 et 150.
Doli capacitas, (119) 191.
Dominium (V. *Dominium ex jure quiritium*).
Dominium ex jure quiritium (V. Propriété), (52) 74; (155) 241; (161) 249; (162) 254; (217) 354.
Dominium (*nudum*), (155) 242; (211) 345; (217) 356 et 357.
Domus, (161) 249.
Donation *mortis causa*, (277 *bis*) 508 et suiv.
Dosithée, (67) 97.
Dot, (90) 137.
Droit classique, (16) 34.
Droit coutumier, (12) 23.
Droit criminel, (3) 8.
Droits de famille, (147) 228; (148) 229; (150) 233; (151) 236.
Droit de la mère, (71) 106.
Droit d'habitation, (216) 354.
Droit d'usage, (216) 353.
Droit des gens, (3) 9.
Droit (Histoire du), (2) 5.
Droit (Histoire externe), (6) 15.
Droit (Histoire interne), (6) 15.
Droit honoraire, (14) 29.
Droit international, (3) 9.
Droit international romain, (4) 10.
Droit naturel, (2) 6.
Droit (Origine et définition), (1) 1 et suiv.
Droit positif, (2) 5.
Droit prétorien, (14) 29.
Droit privé, (3) 7.
Droit privé romain, (5) 10 et suiv.
Droit public, (3) 8.
Droit public romain, (4) 9.
Droit romain (Enseignement du), (5), 10 et suiv.
Droits pécuniaires, (147) 228; (148) 229; (150) 233.
Droits personnels, (151) 235 et 236.
Droits réels, (151) 235 et 236; (153 et suiv.) 238 et suiv.
Droits réels du droit civil, (154 et suiv.) 238 et suiv.
Droits réels du droit prétorien, (217 et suiv.) 354 et suiv.
Droit (Science du), (2) 4 et suiv.

E

Edicta (des empereurs), (20) 35.
Edictum, (14) 27.
Edictum perpetuum, (14) 27; (21) 37.
Edictum provinciale, (14) 29.
Edictum repentinum, (14) 27.
Edictum tralatitium, (14) 28.
Édiles curules, (14) 27 et 29.
Édit *de conjungendis*, (237) 405.
Édits des magistrats (12), 23; (13) 26 et suiv.; (21) 36 et suiv.
Émancipation, (105) 170 et suiv.; (237) 404 et 405; (256) 453.
Émancipation Anastasienne, (105) 173.
Émancipation (*contracta fiducia*), (105) 171 et 173.
Emphytéose, (218) 358 et 359.
Epistola, (20) 35.
Epistola principis.—V. *Oratio principis*.
Epitome Gaii, (24) 40.
Equites, (54 *bis*) 78.
Ereptorium, (280) 524.
Erroris causæ probatio, (60) 87; (85) 128; (86) 129; (97) 151; (103) 166.
Esclavage, (43 et suiv.) 58 et suiv.
Esclavage (Cessation de l'), (49) 68.
Esclave (Comment on devient), (44) 59; (45) 60 et suiv.
Esclaves (Condition des), (46) 62 et suiv.; (47) 63 et suiv.; (48) 65 et suiv.
État (personne morale), (149) 231.
Évêque, (104) 170.
Exhérédation (dans le droit de Justinien), (247) 433.
Exhérédation ou omission des *sui* (Droit civil), (242) 420 et suiv.
Exhérédation ou omission des *sui* (Droit prétorien), (243) 424 et suiv.
Existimatio, (146) 225.
Exposition des enfants, (76) 113.

F

Factio testamenti, (112) 182; (226) 377; (227) 380; (265) 479.
Familia, (72) 108; (91) 139; (155) 241; (222) 366; (225) 373.
Familiæ emptor, (225) 373 et suiv.
Familiaris, (47) 64.
Famille (Évolution de la notion de), (71) 105 et suiv.
Famille patriarcale, (71) 106 et suiv.; (91) 138.
Famulus, (47) 64.
Far (V. *Confarreatio*).
Fas (opposé à *jus*), (15) 30.
Festuca, (62) 90.
Fiançailles, (82) 126.
Fidéicommis, (273 et suiv.) 499 et suiv.
Fidéicommis d'hérédité, (276) 503 et suiv.
Fidéicommis (Histoire des), (274) 500 et suiv.
Fidéicommis particulier, (277) 507 et suiv.
Fidéicommis (règles générales), (275) 502.
Fidéicommis tacite, (260) 469.
Fiducie (V. *Pactum fiduciæ*), (100) 160; (105) 171; (106) 173.
Filiation (preuve), (93) 145.
Filiafamilias, (73) 110; (79) 118; (88) 133; (95) 147; (100) 159; (107) 175; (242) 421 et 422.
Filiusfamilias (73 et suiv.), 110 et suiv.; (88) 133; (100) 159; (104) 169; (105) 170; (107) 175.
Filius primo gradu, (242) 421 et 422.
Fisc (Attribution des parts caduques), (259) 467.
Fisc (Succession au profit du), (240) 418.
Flamine de Jupiter, (104) 170.
Florentinus, (43) 58.
Flumina (*perennia, torrentia*), (164) 261.
Fœderati, (60) 87.
Fœdus æquum, (56) 82; (58) 84.
Fœdus iniquum, (56) 82; (58) 85.
Fonds italiques, (161) 249, 252; (162) 253 et suiv.
Fonds provinciaux, (162) 253 et suiv.; (191) 303; (194) 310; (208) 341; (217) 355.
Formalisme, (7) 17.
Foyer domestique, (71) 107.
Fragmenta Vaticana, (29) 46.
Fruits, (199) 321 et suiv.; (212) 346 et 347.
Fruits civils, (212) 346.
Fruits naturels, (212) 346.
Furiosi, (119) 190; (135) 212; (141) 218; (142) 222.

G

Gaius, (24) 40.
Galates, (74) 112.
Gens, (92) 141 et suiv.; (101) 161; (135) 212; (155) 240; (161) 249 et 250; (223) 368; (225) 373; (233) 397; (240) 414.
Gens Cornelia, (92) 144.
Gentes, (15) 30; (52) 73; (92) 144; (100) 158 et 159; (225) 373.
Gentiles (V. *Gens*).
Gestio tutoris (V. Administration du tuteur).
Glossateurs (École des), (39) 52.
Gregorianus, (29) 46.
Grossesse, (44) 59; (93) 145.

H

Hasta, (62) 90; (173) 275; (246) 433.
Heredes domestici, (233) 394.
Heredes extranei (V. *Heredes voluntarii*).
Heredes legitimi, (223) 368; (232) 392; (237) 405; (238) 409 et 410.
Heredes necessarii, (68) 100; (249) 436; (251) 442; (252) 443.

Heredes sui et necessarii, (233) 394; (242) 420 et suiv.; (249) 436; (251) 442; (252) 443.
Heredes voluntarii, (249) 437; (252) 444.
Hereditas (hérédité en droit civil), (222) 366; (239) 411; (255) 452.
Hérédité (acquisition), (248 et suiv.) 435 et suiv.
Hérédité (défaut d'acquisition), (257 et suiv.) 458 et suiv.
Hérédité (délation), (223 et suiv.) 367 et suiv.
Heredium, (161) 249 et 250.
Heres suus (V. *Heredes sui et necessarii*), (90) 136; (91) 139; (233) 394 et suiv.; (256) 453.
Hérédité jacente, (249) 437.
Hermogenianus, (29) 46.
Herus, (222) 366.
Honestiores, (54 *bis*) 77.
Honor, (60) 87.
Hospes, (56) 82.
Hospitium privatum, (56) 82.
Hospitium publicum, (56) 82.
Hostis, (55) 81.
Humanistes (École des), (39) 52.
Humiliores, (54 *bis*) 77; (128) 204.
Hypothèque (des mineurs de vingt-cinq ans), (144) 223.
Hypothèque (du pupille), (129) 205.

I

Ignominia, (57) 84; (146) 225.
Illustres, (80) 124.
Immeubles, (159) 247.
Immunitas, (162) 254 et 255.
Imperium, (9) 20.
Impuberes (V. Puberté).
Impubères (V. Puberté), (108) 178; (109 et suiv.) 178 et suiv.
In bonis habere, (67) 97; (69) 103; (155) 242; (158) 247; (184) 293; (186) 295; (217) 356 et 357; (235) 399; (276) 505.
In jure cessio, (13) 25; (132) 210; (178 et suiv.) 283 et suiv.; (208) 339 et suiv.; (213) 348 et suiv.
In jure cessio hereditatis, (280) 521 et suiv.
In jure cessio (de la tutelle légitime), (131) 208.
Incensus, (45) 61.
Inceste, (87) 132; (97) 154.
Indivision (V. Copropriété).
Infamie, (57) 84; (86) 129; (94) 146; (128) 204; (137) 214; (146) 225; (252) 443.
Infantes, (119) 190; (120) 191.
Infantia (V. *Infantes*).
Infantiæ proximi, (119) 190.
Ingénus, (61) 88.
Ingenuus (*in servitute*), (62) 89.
Inquilinus, (50) 69.
Insani (V. *Mente capti*).
Institutes (de Gaius), (24) 40; (34) 49.
Institutes (de Justinien), (5) 13; (34) 48 et 49.
Institution *cum cretione*, (V. *Cretio*).
Institution d'héritier, (224) 371; (227) 379 et suiv.
Institution d'héritier (modalités), (228) 381 et suiv.
Institution *ex re certa*, (229) 383 et 384.
Instrumentum dotale, (80) 123 et 124; (103) 167.
Instrumentum dotis, (80) 123.
Interdiction (V. Curatelle des prodigues).
Interdit *de liberis exhibendis*, (89) 135; (95) 148.
Interdit *de superficie*, (218) 360.
Interdit *de uxore exhibenda*, (89) 135.
Interdit *ne vis fiat ei qui in possessionem missus est*, (254) 448.
Interdits possessoires, (166) 264.
Interdits quasi possessoires, (171) 272.
Interdit *quorum bonorum*, (235) 399; (254) 448; (255) 449.
Interpretatio, (13) 25; (20) 36; (27) 44; (73) 110; (114) 184; (116) 187.
Intervalles lucides, (141) 218.
Intestabilis, (146) 225.

Invecta illataque, (50) 70.
Inventaire (des biens du pupille), (127) 203.
Italie, (58) 84 et 85; (161) 249 et suiv.; (162) 256.
Iteratio, (69) 103.

J

Javolenus, (23) 39.
Judices, (13) 24.
Judices privati, (14) 27.
Judicium imperio continens, (198) 319; (208) 341.
Judicium legitimum, (198) 319; (208) 340.
Juger (*Jugera*), (161) 249.
Jura, (157) 244.
Jura gentilitatis (V. *Gens*, *Gentes*).
Jura in bonis, (64) 94.
Jura patronatus, (64) 94; (147) 228.
Jurisdictio, (14) 27.
Jurisdictio voluntaria, (62) 91.
Jurisperiti, (13) 25.
Jurisprudentes, (13) 25.
Jurisprudentia, (13) 26.
Jus, (7) 17; (27) 43 et suiv.
Jus abstinendi, (252) 443.
Jus abutendi, (154) 239; (211) 344; (215) 351.
Jus accrescendi (V. Accroissement).
Jus adcrescendi ad certam portionem, (242) 422; (243) 426.
Jus antiquum in caducis, (259) 468; (272) 498.
Jus aureorum annulorum, (69) 101.
Jus caduca vindicandi, (98) 156; (259) 467.
Jus capiendi ex testamento, (69) 102; (257) 459; (270) 491; (279) 519.
Jus civile, (7) 17; (16) 32 et suiv.; (45) 60; (52) 73; (53) 75; (109) 179; (155) 241; (172) 273; (175) 278; (178) 285; (192) 305.
Jus commercii, (52) 73 et 74; (54 *bis*) 77; (56) 82; (57) 83; (58) 84; (59) 86; (69) 102; (172) 273; (175) 278; (176) 279; (178) 285; (192) 305.
Jus commune, (54 *bis*) 79.
Jus connubii, (52) 73 et 74; (53) 75; (54 *bis*) 77 et 80; (56) 82; (57) 83; (58) 84; (59) 86; (60) 86; (64) 93; (69) 101 et 102; (84) 127 et suiv.; (85) 128; (86) 128; (87) 130 et suiv.; (97) 150 et suiv.
Jus deliberandi, (250) 440; (252) 445.
Jus edicendi, (21) 37.
Jus emphyteuticum, (218) 358.
Jus fetiale, (55) 81.
Jus fruendi, (154) 239; (212) 346.
Jus Gentium, (6) 16; (15) 31 et suiv.; (16) 32 et suiv.; (26) 42 et suiv.; (43) 58; (44) 59; (45) 60; (53) 75; (54) 76; (59) 86; (65) 95; (76) 113; (97) 151; (98) 155; (109) 179; (172) 273; (173) 275.
Jus honorarium, (14) 29; (21) 37.
Jus honorum, (52) 73; (64) 93; (73) 110.
Jus in agro vectigali, (218) 358.
Jus italicum, (162) 254 et 255.
Jus latii, (58) 84.
Jus latii coloniarii, (58) 85; (60) 86.
Jus liberorum, (98) 156; (133) 210; (238) 409; (240) 416.
Jus militare, (54 *bis*) 79; (279) 517 et suiv.
Jus naturale, (16) 32.
Jus non scriptum, (8) 18; (17) 34.
Jus paganorum, (279) 517.
Jus postliminii, (49) 68 et suiv.; (94) 146; (104) 169; (105) 170; (146) 225; (226) 378.
Jus quiritium (V. *Dominium ex jure quiritium*), (7) 17; (52) 73.
Jus scriptum, (8) 18; (18) 34.
Jus sepulcri, (164) 260.
Jus strictum, (6) 16; (7) 16 et suiv.; (15) 30 et suiv.; (62) 89 et suiv.; (73) 109 et suiv.; (88) 134; (233) 393.
Jus suffragii, (52) 73; (57) 83 et 84; (73) 110.
Jus utendi, (154) 239; (212) 346; (216) 353.

Jus vitæ ac necis, (73) 109; (76) 113.
Justa causa adrogationis, (102) 165.
Justa causa manumissionis, (68) 98 et 99.
Justa causa traditionis, (182) 290; (183) 291 et 292.
Justa causa usucapionis, (187) 297; (188) 297 et suiv.; (193) 305.
Juste titre putatif, (188) 299.

L

Labeo (*Marcus Antistius*), (23) 39; (278) 515.
Læti, (60) 87.
Latifundia, (50) 71; (161) 252.
Latini coloniarii, (58) 85; (67) (97).
Latini juniani, (58) 85; (60) 87; (67) 97; (69) 102; (70) 104; (240) 416; (257) 459.
Latini veteres, (58) 84.
Latins, (58) 84 et suiv.
Latium (majus), (60) 87.
Latium (minus), (60) 87.
Laudatio funebris de Turia, (131) 208.
Legare, (222) 368; (225) 373.
Legatum debiti, (266) 483.
Leges, (27) 43; (29) 45; (97) 152.
Leges caducariæ, (V. *Lois Julia caducaria, Papia Poppæa*), (54 *bis*) 79; (257) 460; (259) 465; (260) 468 et suiv.; (272) 497; (277) 507, (277 *bis*) 510 et 512.
Leges novæ, (257) 460.
Legis actio, (52) 73 et 74; (178) 283.
Legis actiones, (14) 28; (122) 196; (132) 210; (178) 283; (235) 400.
Législation (Études de), (2) 6.
Legitima ætas, (137) 214.
Légitimation, (98) 155; (103) 166 et suiv.
Légitimation (par mariage subséquent), (103) 167.
Légitimation (par oblation à la curie), (103) 168.
Légitimation (par rescrit du prince), (103) 168.
Légitime (V. Quarte légitime), (247) 433 et 434.
Légitimes extraordinaires, (247 *bis*) 435.
Legs de choses de genre, (266) 481.
Legs de choses incorporelles, (266) 482.
Legs de corps certains, (266) 480.
Legs de la chose d'autrui, (266) 481.
Legs de libération, (266) 482.
Legs (Défaut d'acquisition des), (269 et suiv.) 489 et suiv.
Legs d'option, (266) 482.
Legs d'une servitude, (266) 483.
Legs (Forme des), (263) 472 et suiv.
Legs (Modalités des), (267) 485.
Legs (Notion du), (262) 471.
Legs partiaire, (266) 483 et 484.
Legs *per damnationem*, (62) 91; (263) 475; (272) 496 et 497.
Legs *per præceptionem*, (263) 473 et 474.
Legs *per vindicationem*, (112) 181; (263) 473; (272) 496 et 497.
Legs (Révocation du), (270) 492.
Legs *sinendi modo*, (263) 476.
Lex, (7) 17; (9) 19; (10) 21.
Lex centuriata, (9) 19 et suiv.; (10) 21.
Lex curiata, (9) 19 et suiv.; (102) 164.
Lex romana Burgundionum, (39) 52.
Lex romana Wisigothorum, (39) 52.
Libellus repudii, (96) 149.
Liber, (73) 110; (237) 404.
Liberi justi, (91) 138; (93) 145.
Liberi naturales, (98) 155; (102) 166; (103) 166.
Liberi non justi, (98) 155 et 156; (103) 166.
Libertas (*major*), (69) 101.
Libertas (*minor*), (69) 101.
Libertas (*pessima*), (69) 101.
Libertinus, (61) 88.

Libertus, (61) 88.
Libertus orcinus, (62) 92; (66) 96.
Libripens, (175) 277; (176) 280.
Litis contestatio, (190) 302; (195) 313; (199) 322.
Loca publica, (162) 253.
Locus religiosus, (164) 259.
Loi *Ælia Sentia*, (67) 97; (68) 98 et suiv.; (69) 102; (70) 104; (107) 176.
Loi *Atilia*, (115) 185 et 186; (127) 202.
Loi *Atinia*, (191) 304.
Loi *Canuleia*, (54 *bis*) 78; (86) 129; (93) 145.
Loi *Cornelia*, (14) 27.
Loi *Cornelia de falsis*, (105) 170; (226) 378.
Loi *Falcidia*, (271) 494 et s.; (277) 507; (277 *bis*) 510.
Loi *Fufia Caninia*, (68) 100; (70) 104; (107) 176; (271) 494.
Loi *Furia testamentaria*, (271) 493; (277 *bis*) 510 et 514.
Loi *Hortensia*, (10) 21.
Loi *Julia* (V. Loi *Plautia Papiria*), (58) 85.
Loi *Julia caducaria*, (54 *bis*) 79; (69) 101; (86) 129; (88) 134; (90) 137; (97) 152; (133) 210; (240) 418; (257) 460; (259) 465 et suiv.; (260) 468 et suiv.; (272) 497; (277) 507; (277 *bis*) 512.
Loi *Julia de adulteriis*, (89) 135; (96) 149; (97) 151.
Loi *Julia de maritandis ordinibus*, (257) 460.
Loi *Julia de fundo dotali*, (90) 137; (159) 248.
Loi *Julia de vi*, (191) 304.
Loi *Julia de vicesima hereditatum*, (250) 439; (277 *bis*) 512.
Loi *Julia et Titia*, (115) 186 et 187; (127) 202.
Loi *Julia municipalis*, (57) 83; (137) 214; (146) 225.
Loi *Junia Norbana*, (67) 97; (69) 102; (257) 459 et 460.
Loi *Junia Velleia*, (242) 424.
Loi *Licinia*, (161) 252.
Loi *Minicia*, (53) 75; (98) 155.
Loi *Papia Poppæa*, (69) 101; (86) 129; (88) 134; (90) 137; (94) 147; (97) 152; (133) 210; (240) 416; (257) 460; (259) 465 et suiv.; (260) 468 et suiv.; (272) 497; (277) 507; (277 *bis*) 512.
Loi *Petronia*, (48) 66.
Loi *Plætoria*, (137) 213 et 214; (138) 215.
Loi *Plautia*, (191) 304.
Loi *Plautia Papiria*, (58) 85.
Loi *Rubria de Gallia cisalpina*, (57) 83.
Loi *Visellia*, (69) 103.
Loi *Voconia*, (227) 380; (233) 396; (266) 484; (271) 494; (277 *bis*) 510 et 514.
Loi des citations, (24) 40; (28) 45.
Loi de la colonie *Julia Genetiva*, (57) 83.
Loi des Douze Tables, (11) 21 et suiv.
Loi de *Malaga*, (57) 83.
Loi de *Salpensa*, (57) 83.
Lois agraires; (161) 251.
Lois caducaires (V. Loi *Julia* et Loi *Papia Poppæa* et *Leges caducariæ*).
Libertas fideicommissaria, (62) 91.
Lugere maritum, (94) 146.

M

Magister, (150) 233.
Magistrats municipaux, (115) 187; (129) 205; (144) 223; (150) 233.
Manilius, (13) 26.
Mancipatio, (79) 120; (100) 159; (107) 175; (122) 196; (132) 210; (158) 246; (175 et suiv.) 277 et suiv.; (208) 339 et suiv.; (213) 348; (225) 373.
Mancipatio familiæ, (225) 373 et suiv.
Mancipia, (43) 58.
Mancipium, (72) 108 et 109; (73) 110; (76) 114; (79) 120; (105) 171; (107) 175 et suiv.

Mancipium, (146) 226.
Mancipium fiduciæ causa, (107) 176.
Mandata (principis), (20) 35; (54 *bis*) 80; (86) 129.
Manumissio, (61) 88; (122) 196.
Manumissor, (105) 172; (131) 208; (240) 417.
Manumissor extraneus, (117) 188; (240) 417.
Manus, (72) 108 et 109; (79) 118 et suiv.; (88) 133; (90) 136; (95) 147; (97) 152; (146) 226; (280) 524.
Manus fiduciæ causa, (106) 173 et suiv.
Manus matrimonii causa, (106) 173.
Mariage (célébration du), (80) 123.
Mariage (conditions de validité), (81) 125 et suiv.
Mariage (consentement des époux), (82) 125 et suiv.
Mariage (consentement des personnes ayant la puissance), (88) 132 et suiv.
Mariage (dissolution), (94 et suiv.) 146 et suiv.
Mariage (effets), (89 et suiv.) 134 et suiv.
Mariage (histoire du), (79) 118 et suiv.
Mariage (incapacités de contracter), (84) 127; (85) 128; (86) 128 et 129; (87) 130 et suiv.
Mariage (notion), (78) 117 et suiv.
Mariage (preuve), (80) 124.
Mariage du droit des gens, (94) 146; (97) 150 et 151; (148) 229.
Mariage sans *manus*, (79) 122; (80) 123 et suiv.; (89) 134.
Materfamilias, (72) 109; (79) 122.
Matrimi, (79) 119.
Matrimonium dispar, (53) 75.
Matrimonium sine connubio (V. Mariage du droit des gens).
Matrona honesta, (89) 135; (97) 152 et 153.
Mente capti, (135) 212 et 213; (141) 219; (142) 222.
Merces, (50) 70 et 71.
Meubles, (159) 247.
Milites et pagani, (54 *bis*) 79.
Mineurs de vingt-cinq ans, (137) 214; (142) 222.
Mineurs de vingt-cinq ans (capacité), (141) 219 et 220.
Missilia, (183) 290.
Missio causaria, (279) 520.
Missio honesta, (54 *bis*) 80; (279) 520.
Missio ignominiosa, (279) 520.
Modestin, (25) 41.
Mores majorum, (16) 31.
Mortis causa capio, (277 *bis*) 513 et 514.
Multa, (176) 279.
Municipes, (57) 83 et 84.
Municipium (municipe), (57) 83; (58) 85; (59) 86; (149) 231; (150) 233.
Munus publicum, (109) 179; (114) 185.

N

Nemo partim testatus, (223) 369; (224) 371 et 372; (246) 433; (279) 518.
Nepos, (73) 110; (88) 133; (100) 159; (101) 161; (105) 171; (146) 226; (242) 421 et 422.
Neptis, (88) 133.
Neratius Priscus, (23) 39.
Nerva, (23) 39.
Nobiles, (54 *bis*) 78.
Nobilitas, (54 *bis*) 78.
Nomen gentilitium, (64) 93; (101) 161.
Nomen latinum, (58) 84.
Non citoyens, (55) 81 et suiv.
Non civis, (51) 72.
Novelles de Justinien, (36) 49.
Novelles de Théodose, (39) 51.
Noverca, (87) 131.
Noxalis deditio, (76) 114; (107) 175.
Nuncupare (V. *Nuncupatio*).
Nuncupatio, (225) 375.
Nuptiæ confarreatæ, (79) 119.
Nuptiæ justæ, (44) 59; (46) 63; (52) 73; (53) 75; (54 *bis*) 80; (78) 118; (97) 151; (99) 156; (101) 161; (148) 229.
Nuptiæ nefariæ seu incestæ, (98) 155.

O

Obsequium, (64) 94.
Occupatio, (161) 250; (173) 274 et 275; (208) 339; (213) 348.
Occupatio bellica, (173) 274 et 275.
Officium (devoir moral), (109) 179.
Officium (du magistrat), (21) 37.
Officium (fonction publique), (86) 129.
Officium pietatis, (244) 427.
Omission des *sui*, (242 et suiv.) 420 et suiv.
Operæ, (64) 94.
Operæ fabriles, (64) 94.
Operæ officiales, (64) 94.
Operæ servorum aut animalis, (216) 354.
Oratio principis, (19) 35.
Orbi (V. *Orbitas*).
Orbitas, (97) 152; (101) 162; (257) 460.
Ordo (curie des villes), (103) 168; (137) 214.
Ordo equester, (54 *bis*) 78.
Ordo senatorius, (54 *bis*) 78.
Originarius, (50) 69.

P

Pactes adjoints à la mancipation, (177) 282.
Pactes adjoints à l'*in jure cessio*, (178) 285.
Pactum fiduciæ (V. Fiducie), (177) 283; (178) 285.
Papianus, (39) 52.
Papinien, (25) 41.
Papirius Justus, (29) 45.
Pandectes (V. Digeste).
Parenté, (87) 130.
Parenté civile (V. Agnation).
Parenté (Degrés de), (87) 130.
Parenté en ligne collatérale, (87) 130.
Parenté en ligne directe, (87) 130.
Parenté naturelle (V. Cognation).
Parenté par les femmes (V. Droit de la mère).
Parenté par les mâles, (71) 107.
Pascua publica, (161) 249 et 250.
Paterfamilias (V. *Pater*).
Pater, (71) 107; (72) 108; (77) 115, (88) 132, 133 et 134; (91) 139; (95) 148; (96) 149; (100) 158; (102) 163; (104) 169; (107) 175; (112) 181; (113) 182; (131) 208; (152) 237; (223) 368; (230) 385; (233) 394; (241) 419; (242) 420 et suiv.
Patrice, (104) 170.
Patriciens, (13) 24 et 25; (54 *bis*) 77; (79) 119; (86) 129; (92) 144; (97) 152; (99) 157.
Patrimi, (79) 119.
Patrimoine, (152) 237.
Patrons et clients, (54 *bis*) 77.
Patronus, (61) 88.
Paul, (25) 41.
Peculatus, (176) 279.
Pécule des enfants de famille, (77) 114 et suiv.
Pécule de l'esclave, (47) 64 et suiv.
Peculium (V. Pécule).
Peculium adventitium, (77) 116.
Peculium castrense, (54 *bis*) 80; (77) 114 et suiv.
Peculium profectitium, (77) 114.
Peculium quasi castrense, (77) 116.
Pecunia, (155) 241; (176) 279.
Pegasus, (23) 39.
Pellex, (97) 152.
Perduelles, (55) 81.
Peregrinus, (55) 81.
Pérégrins, (56) 82; (59) 86; (74) 112; (217) 355.
Permissio jura condendi, (22) 39; (28) 44.
Persona turpis, (244) 429; (246) 433.
Personæ incertæ, (227) 381.
Personne, (42) 57.
Personnes *alieni juris*, (72) 108 et suiv.; (108) 177.
Personnes juridiques (V. Personnes morales).
Personnes morales, (149) 230 et suiv.

Personnes physiques, (42) 57; (149) 230.
Personnes *sui juris*, (72) 108 et suiv.; (108) 177.
Petitio hereditatis fideicommissaria, (276) 505.
Petitio hereditatis possessoria, (255) 450.
Pétition d'hérédité, (235) 399, 400 et 401; (246) 431; (247) 434; (255) 450 et 452.
Pignoris capio, (127) 202.
Plébéiens, (54 *bis*) 77; (79) 121; (86) 129; (92) 145; (97) 152; (99) 157.
Plébiscite, (10) 20 et 21.
Plebs, (10) 20; (100) 159.
Pline le Jeune, (48) 66.
Pœna, (76) 114.
Pomponius Sextus, (23) 39.
Pontifes (Collège des), (13) 24 et 25; (100) 158.
Populus, (9) 19; (10) 20; (100) 159; (149) 231.
Possessio (*corporalis seu naturalis*), (167) 267.
Possessio injusta, (168) 268.
Possessio (*justa seu civilis*), (167) 267.
Possession (acquisition), (168) 267.
Possession (conservation et perte), (169) 269.
Possession de bonne foi, (189) 300 et 301; (193) 305; (199) 321 et suiv.
Possession (effets), (170) 270 et 271.
Possession (Éléments de la), (167) 266 et 267.
Possession (notion), (165) 262 et 263.
Possessiones, (161) 250 et 251; (166) 266.
Possessor (*justus*), (167) 266.
Postumes, (227) 381.
Postumes *sui* (diverses catégories), (242) 424.
Postumes *sui* (exhérédation et omission), (242) 423.
Potestas, (72) 108.
Potestas dominica, (47) 64.
Potestas patria, (72) 109; (97) 151.
Prædia rustica, (206) 336.
Prædia rustica vel suburbana, (191) 304.
Prædia (*rustica vel suburbana* des mineurs de vingt-cinq ans), (141) 219.
Prædia (*rustica vel suburbana* des pupilles), (124) 199.
Prædia stipendiaria, (162) 254.
Prædia tributaria, (162) 254 et 256.
Prædia urbana, (206) 336.
Prædo, (166) 265.
Præfectus ærarii, (93) 145.
Præfectus prætorio, (25) 41.
Præfectus Urbi, (54 *bis*) 79; (115) 187.
Prælegatum, (265) 480.
Prælegatum dotis, (266) 483.
Præmia patrum, (97) 152; (259) 466.
Præscriptio fori, (54 *bis*) 79.
Prænomen, (64) 93; (92) 144.
Præses, (115) 187.
Præscriptio longi temporis, (194) 309 et suiv.
Præscriptio longi temporis (effets), (195) 311 et suiv.
Præscriptio longissimi temporis, (197) 315.
Prætor fideicommissarius, (274) 501.
Prætor peregrinus, (14) 27; (16) 32.
Prætor tutelaris, (115) 186 et 187.
Prætor urbanus, (14) 27; (115) 186.
Préfectures, (58) 85.
Préteur, (14) 27.
Privigna, (87) 131.
Privignus, (87) 131.
Privilège du double lien, (239) 413.
Privilèges des militaires en matière successorale, (279) 517 et suiv.
Privilegium (des personnes en curatelle), (144) 223.
Privilegium (du pupille), (129) 205.
Privilegium militum, (54 *bis*) 79.
Pro herede gestio, (250) 439.
Procédure formulaire, (14) 28.
Procès fictif, (178) 284.
Proconsuls, (14) 27.
Proculiens, (23) 39; (83) 127; (112) 182; (199) 321; (242) 422; (263) 474.
Proculus, (23) 39.

Promptuarium (d'Harmenoupolos), (38) 51.
Propréteurs, (14) 27.
Prodigues, (135) 211, 212 et 213.
Prodigues (capacité), (141) 219.
Profanatio, (164) 258.
Proprietas, (162) 255; (217) 355 et 358.
Propriété, (154 et suiv.) 238 et suiv.
Propriété (acquisition *lege*), (199) 319 et suiv.
Propriété (caractères du droit de), (155) 239 et suiv.
Propriété collective, (155) 240; (161) 249 et 250.
Propriété individuelle, (155) 240.
Propriété (modes d'acquisition), (172 et suiv.) 272 et suiv.
Propriété (modes d'acquisition dérivés), (172) 273.
Propriété (modes d'acquisition du droit civil), (172) 273.
Propriété (modes d'acquisition du droit des gens), (172) 273.
Propriété (modes d'acquisition non volontaires), (172) 274.
Propriété (modes d'acquisition originaires), (172) 273.
Propriété (modes d'acquisition *per universitatem*), (172) 272; (221) 366.
Propriété (modes d'acquisition volontaires), (172) 274.
Propriété (Notion du droit de), (154) 238.
Propriété (perte du droit), (202) 328.
Protection possessoire (fondement), (166) 263 et suiv.
Provinces, (14) 27 et 29; (16) 32; (54 *bis*) 79; (57) 83; (58) 85; (59) 86; (60) 86; (62) 91; (68) 98; (86) 129; (100) 160; (111) 181; (115) 186 et 187; (128) 203; (162) 253; (274) 501.
Proximus agnatus, (233) 396.
Pubères (V. Puberté).
Pubertas (*plena*), (102) 163.
Pubertati proximi, (119) 190 et 191; (120) 193.
Puberté, (83) 126 et 127.
Puissance paternelle, (72) 108; (73) 109 et suiv.
Puissance paternelle (caractères), (73) 109.
Puissance paternelle (effets), (74) 111; (76) 113 et suiv.
Puissance paternelle (extinction), (104 et suiv.) 169 et suiv.
Puissance paternelle (sources), (78 et suiv.) 117 et suiv.
Pupille (capacité), (119) 189 et suiv.; (120) 191 et suiv.
Pupille (garanties contre le tuteur), (126 et suiv.) 201 et suiv.
Pupillus Pupilla, (109) 178.

Q

Quarta Divi Pii (V. Quarte Antonine).
Quarte Antonine, (102) 165; (247 *bis*) 435.
Quarte du conjoint pauvre, (247 *bis*) 435.
Quarte Falcidie, (245) 430; (271) 494 et suiv.; (279) 520.
Quarte légitime, (245) 429 et suiv.
Quarte Pégasienne, (276) 505; (279) 520.
Quasi possessio, (171) 272.
Quasi possessio longi temporis, (208) 342; (213) 349.
Quasi traditio, (208) 341; (213) 349.
Quasi usufruit, (215) 351 et suiv.
Querela inofficiosi testamenti, (244 et suiv.) 427 et suiv.; (279) 519.
Questeurs, (14) 29.

R

Reciperatio, (56) 82.
Recuperatores, (68) 98.
Régime dotal, (90) 138.
Régime matrimonial romain, (90) 136.
Règle catonienne, (269) 490.
Regulæ Ulpiani, (25) 41.
Rei vindicatio, (165) 263.

Relegatio in insulam, (89) 135.
Religiosus (*locus*), (47) 64.
Remancipatio, (105) 171.
Remedium ex Novella CXV, (247) 434.
Répudiation (V. Divorce).
Répudiation de l'hérédité, (250) 441.
Repudium, (96) 149.
Res communes, (164) 261.
Res corporales, (157) 243.
Res divini juris, (164) 257 et suiv.
Res extra patrimonium, (156) 243; (163) 256.
Res furtivæ, (191) 304.
Res in patrimonio, (156) 243
Res incorporales, (157) 243; (179) 286.
Res mancipi, (46) 62; (132) 210; (158) 245, 246 et 247; (159) 248; (161) 252; (162) 254; (179) 285; (207) 337.
Res nec mancipi, (158) 245, 246 et 247; (159) 248; (179) 285; (207) 337.
Res nullius, (163) 257; (173) 275; (249) 437.
Res religiosæ, (164) 259 et 260.
Res publicæ, (164) 261.
Res sacræ, (164) 258.
Res sanctæ, (164) 260.
Res universitatis, (164) 261.
Res vi possessæ, (191) 304.
Rescriptum (*principale*), (20) 35; (100) 159; (102) 163; (103) 168; (105) 173.
Respondere, (13) 24.
Respondere (*publice*), (22) 38.
Responsa prudentium, (12) 23; (13) 23 et suiv.; (17) 34; (22) 38.
Respublica, (149) 231.
Restitutio in integrum, (129) 206; (137) 214; (138) 214 et suiv.; (141) 220.
Restitutio natalium, (69) 101.
Reverentia, (64) 94; (91) 140; (98) 155.
Rogationes, (100) 158.
Rome, (14) 27 et 29; (16) 32; (54 *bis*) 78; (62) 90 et 91; (68) 98 et 99; (69) 103; (93) 145; (100) 160; (102) 163; (115) 185 et 186; (128) 203; (274) 501.

S

Sabiniens, (23) 39; (83) 127; (112) 184; (199) 321; (242) 422; (263) 474.
Sabinus (*Massurius*), (23) 39.
Sacra gentilitia, (92) 144.
Sacra privata, (52) 73; (78) 118; (79) 119; (100) 158; (101) 161; (106) 174; (164) 259; (193) 306 et 307; (222) 366; (225) 373; (251) 442; (266) 484.
Sacra publica, (52) 73.
Saltus, (50) 71.
Saltus Burunitanus, (50) 72.
Saltus hiberni et æstivi, (169) 270.
Salvius Julianus, (21) 37; (23) 39.
Satisdatio (du curateur), (144) 223.
Satisdatio rem pupilli salvam fore, (113) 183; (127) 202.
Scævola (*Publius Mucius*), (13) 26.
Scævola (*Quintus Mucius*), (13) 26; (267) 486.
Scholæ, (23) 39.
Scribere, (13) 24.
Scriptura, (161) 250.
Second mariage, (94) 146.
Sectæ (V. *Scholæ*).
Semel heres semper heres, (224) 372; (228) 382; (251) 442; (252) 443.
Sénateurs, (54 *bis*) 78; (69) 101; (86) 129.
Sénatusconsultes, (19) 34.
Senatusconsultum Claudianum, (45) 61; (280) 524.
Senatusconsultum Largianum, (240) 416.
Senatusconsultum Neronianum, (264) 476 et suiv.
Senatusconsultum Orphitianum, (238) 409.
Senatusconsultum Pegasianum, (69) 103; (260) 469; (274) 501; (276) 505.
Senatusconsultum Rubrianum, (49) 69; (66) 96.
Senatusconsultum Tertullianum, (238) 408 et 409.

Senatusconsultum Trebellianum, (276) 504.
Sénèque, (48) 66.
Sententiæ receptæ (*Pauli*), (25) 41.
Separatio bonorum, (253) 446.
Séparation des patrimoines (V. *Separatio bonorum*).
Sepulcra familiaria, (164) 260.
Sepulcra gentilitia, (92) 144.
Sepulcra hereditaria, (164) 260.
Servitudes (caractères généraux), (204) 331.
Servitudes (extinction), (209) 342 et 343.
Servitudes (modes de constitution), (208) 339.
Servitudes (notion et divisions), (203) 329 et suiv.
Servitudes personnelles, (210) 343 et 344.
Servitudes prédiales, (205 et suiv.) 333 et suiv.
Servitudes prédiales rurales, (206) 335; (207) 337.
Servitudes prédiales urbaines, (206) 335; (207) 338.
Servus (*in libertate*), (62) 89; (67) 97.
Servitus (*justa*), (62) 89.
Servus publicus, (102) 165.
Servus populi romani, (47) 65.
Servus terræ, (50) 70.
Servi pœnæ, (45) 61.
Servius Sulpicius, (13) 26.
Sextus Aelius, (13) 26.
Socer, (87) 131.
Societates, (149) 231.
Societates argentifodinarum, (149) 232.
Societates aurifodinarum, (149) 232.
Societates publicanorum, (149) 232.
Societates salinarum, (149) 232.
Société (Contrat de), (147) 228; (148) 230.
Socii, (58) 85.
Socii nominis latini, (58) 85.
Socrus, (87) 131.
Sodalitia, (149) 231.
Spadones, (83) 127.
Spécification, (199) 320.
Sponsalia, *Sponsalitia* (V. Fiançailles).
Sponsus, *Sponsa* (V. Fiançailles).
Spurii, (98) 155; (103) 166.
Statuliber, (63) 93.
Status, (145) 224; (146) 225.
Status familiæ, (146) 226.
Status libertatis, (145) 224.
Stipendium, (162) 254.
Stipulationes emptæ et venditæ hereditatis, (276) 504.
Stipulationes partis et pro parte, (266) 484; (276) 504.
Stuprum, (89) 135; (97) 152, 153 et 154.
Subscriptio, (20) 35.
Substitution fidéicommissaire, (275) 503.
Substitution pupillaire, (230) 385 et suiv.
Substitution quasi pupillaire, (230) 388.
Substitution vulgaire, (230) 384 et suiv.
Substitution vulgaire réciproque, (260) 469.
Successio, (222) 366.
Succession *ab intestat*, (223) 368.
Succession *ab intestat* d'après les Novelles 118, 127, (239) 411 et suiv.
Succession *ab intestat* de l'émancipé, (240) 417.
Succession *ab intestat* des affranchis, (240) 414 et suiv.
Succession *ab intestat* d'une personne non affranchie ni émancipée, (233 et suiv.) 393 et suiv.
Successions *ab intestat* irrégulières, (240) 417 et 418.
Succession *ab intestat* (Ouverture de la), (232) 392.
Succession contraire au testament, (242) 423; (243) 426.
Successorium edictum, (236) 403.
Superficie, (218) 360.
Supplicatio, (20) 35.
Syndicus, (150) 233.

T

Table d'Héraclée (V. Loi *Julia municipalis*).
Tabulæ honestæ missionis, (54) 81.
Tabulæ nuptiales, (80) 123.
Tabulæ testamenti, (225) 374 et suiv.
Tabularii publici, (93) 145; (252) 445.
Temples des dieux, (149) 232; (150) 233.
Testament, (132) 210; (223) 368; (225) 375.
Testament *calatis comitiis*, (225) 372 et 373.
Testament *destitutum*, (231) 391.
Testament (Formes du), (225) 372 et suiv.
Testament *in procinctu*, (225) 373.
Testament *injustum*, (231) 389; (242) 421 et 422.
Testament *inofficiosum*, (244) 427.
Testament *irritum*, (147) 228; (226) 378; (231) 391.
Testament (notion générale), (224) 370.
Testament nuncupatif, (225) 375 et 376.
Testament *per æs et libram*, (225) 374 et 375.
Testament prétorien, (225) 376.
Testament *ruptum*, (231) 390; (242) 423.
Testament tripartite, (225) 376.
Tiberius Coruncanius, (13) 26.
Toga virilis, (83) 127.
Traditio in incertam personam, (183) 291.
Traditio nuda, (180) 286.
Tradition, (158) 246; (180 et suiv.) 286 et suiv.; (208) 339; (213) 348.
Tradition *brevi manu*, (181) 288.
Tradition feinte, (181) 288.
Tradition *longa manu*, (181) 288.
Tradition symbolique, (181) 288.
Transitio ad maritum, (80) 124.
Transitio ad plebem, (99) 157.
Translatio legati, (270) 492.
Translatio servitutis, (208) 339 et suiv.
Trebatius Testa, (13) 26; (278) 515.
Trésor, (199) 320.
Tribonien, (32) 47; (33) 48.
Tribunal de famille, (89) 135; (237) 407.
Tribuns du peuple, (115) 186.
Tributarius, (50) 69 et 72.
Tributum, (162) 254.
Tributum capitis, (162) 255.
Trinoctio abesse, (79) 121.
Tripertita, (13) 26.
Turbatio sanguinis, (94) 146.
Tutelle, (108 et suiv.) 177 et suiv.
Tutelle déférée aux *Gentiles*, (111) 180; (114) 185; (131) 207.
Tutelle déférée par le magistrat, (115) 185; (131) 209.
Tutelle des agnats, (111) 180; (114) 183 et suiv.; (131) 207 et suiv.
Tutelle des femmes pubères, (130 et suiv.) 206 et suiv.
Tutelle des femmes pubères (délation), (131) 207 et suiv.
Tutelle des femmes pubères (effets), (132) 210.
Tutelle des femmes pubères (fin), (133) 210.
Tutelle (excuses), (125) 201.
Tutelle des impubères (définition et caractère), (109) 178.
Tutelle des impubères (délation), (110 et suiv.) 180 et suiv.
Tutelle des impubères (effets), (118 et suiv.) 188 et suiv.
Tutelle des impubères (fin), (125) 200.
Tutelle des impubères affranchis, (116) 187.
Tutelle des impubères émancipés, (117) 188.
Tutelle fiduciaire, (117) 188.
Tutelle légitime (V. Tutelle des agnats).
Tutelle testamentaire, (111) 180; (112) 181; (131) 208.
Tutelle testamentaire irrégulière, (113) 182.

Tuteur datif (V. *Tutores dativi*).
Tuteur des femmes pubères, (88) 133.
Tuteur (mariage prohibé avec l'ex-pupille), (87) 132.
Tuteur (Pouvoirs du), (121 et suiv.) 193 et suiv.; (132) 209 et suiv.
Tutor, (109) 178.
Tutor Atilianus, (115) 186.
Tutor (*auctor in rem suam*), (122) 197.
Tutor certæ causæ, (115) 186; (122) 197.
Tutor legitimus, (114) 184; (117) 188; (131) 207.
Tutor optivus, (131) 209.
Tutoris datio, (112) 181; (115) 186.
Tutoris optio, (131) 209; (133) 211.
Tutores dativi, (115) 186.

U

Ulpien, (25) 41.
Universitas, (149) 231.
Usucapio libertatis, (209) 343.
Usucapio pro herede, (193) 305 et suiv.; (234) 398; (235) 401; (249) 437.
Usucapion, (185 et suiv.) 293 et suiv.; (208) 339; (213) 348.
Usucapion (cas d'application), (186) 294 et suiv.
Usucapion (conditions requises), (187 et suiv.) 297 et suiv.
Usucapion (effets et caractères), (192) 305.
Usucapion extraordinaire, (197) 316.
Usucapion *pro emptore*, (189) 300.
Usucapion transformée, (196) 314.
Usufruits (Charges), (212) 347 et 348.
Usufruit (Constitution de l'), (213) 348, 349 et 350.
Usufruit (Extinction de l'), (147) 228; (148) 230; (214) 350 et 351.
Usufruit (Notion), (211) 344 et 345.
Usufruitier (Droits de l'), (212) 345 et 346.
Usureceptio, (193) 308 et 309.
Usureceptio ex prædiatura, (193) 309.
Usurpatio, (190) 302.
Usus (en cas de *manus*), (79) 121.
Uxor, (79) 122; (80) 124; (87) 132; (97) 151 et 153.

V

Vænia ætatis, (141) 220 et 221; (143) 223.
Vectigal, (161) 250, 251, 252 et 253; (218) 358.
Vente de l'hérédité, (280) 523.
Verna, (47) 65.
Vestale, (104) 170; (133) 210.
Veterani, (60) 86.
Villicus, (47) 65.
Vindicta, (62) 90; (68) 98 et 99.
Vitricus, (87) 131.
Vulgo conceptus, (53) 75; (87) 132; (98) 155.
Vulgo quæsitus (V. *Vulgo conceptus*).

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA

FIN DU RÉPERTOIRE ALPHABÉTIQUE.

TABLE DES TEXTES CITÉS (1).

Gaius.

INSTITUTES.

Comm. I.

§ 1..... **16**.. 32
§ 3..... **10**.. 20
§ 4..... **19**.. 35
§ 5..... **20**.. 36
§ 6..... **14**.. 29
§ 7..... **22**.. 38
§ 8..... **41**.. 55
§ 10..... **61**.. 88
§ 11..... **61**.. 88
§ 13..... **68**.. 99
§ 15..... **68**.. 99
§ 17..... **68**.. 100
§ 18..... **68**.. 99
§ 20..... **68**.. 98
§ 24..... **274**.. 501
§ 29..... **69**.. 103
§ 29..... **97**.. 151
§ 30..... **69**.. 103
§ 31..... **69**.. 103
§ 32 b..... **69**.. 103
§ 32 c..... **69**.. 103
§ 33..... **69**.. 103
§ 37..... **68**.. 99
§ 38..... **68**.. 98
§ 40..... **68**.. 100
§§ 42-46..... **68**.. 100
§ 48..... **72**.. 109
§ 52..... **43**.. 58
§ 52..... **46**.. 62

Comm. I.

§ 53..... **48**.. 67
§ 54..... **217**.. 357
§ 55..... **74**.. 112
§ 57..... **60**.. 86
§ 59..... **87**.. 131
§ 62..... **87**.. 131
§ 63..... **78**.. 118
§ 63..... **87**.. 132
§ 64..... **87**.. 132
§§ 66-78..... **97**.. 151
§ 67..... **53**.. 75
§ 67..... **60**.. 87
§ 76..... **59**.. 86
§ 77..... **59**.. 86
§ 78..... **53**.. 75
§ 80..... **53**.. 75
§ 82..... **44**.. 59
§ 84..... **45**.. 61
§ 89..... **53**.. 75
§ 91..... **45**.. 61
§ 92..... **53**.. 75
§ 93..... **74**.. 111
§ 94..... **20**.. 35
§ 95..... **60**.. 87
§ 96..... **60**.. 87
§ 98..... **100**.. 158
§ 98..... **100**.. 160
§ 99..... **100**.. 158
§ 100..... **100**.. 158
§ 101..... **102**.. 164
§ 102..... **100**.. 159

(1) Le premier chiffre, en caractère gras, indique le numéro du texte; le second, en caractère ordinaire, indique la page.

Comm. I.

§ 102..... 102.. 165
§ 106..... 102.. 163
§ 111..... 79.. 121
§ 111..... 79.. 122
§ 112..... 79.. 119
§ 112..... 79.. 121
§ 113..... 79.. 120
§ 113..... 176.. 279
§ 114..... 79.. 120
§ 114..... 106.. 175
§ 115..... 106.. 174
§ 115 a..... 106.. 174
§ 115 a..... 106.. 175
§ 117..... 107.. 175
§ 118..... 107.. 175
§ 119..... 175.. 277
§ 119..... 175.. 278
§ 119..... 176.. 279
§ 119..... 176.. 280
§ 119..... 176.. 281
§ 121..... 175.. 278
§ 122..... 176.. 280
§ 122..... 176.. 281
§ 123..... 79.. 120
§ 127..... 104.. 169
§ 128..... 104.. 169
§ 128..... 105.. 170
§ 129..... 49.. 68
§ 130..... 104.. 170
§ 131..... 54.. 76
§ 131..... 105.. 170
§ 132..... 73.. 110
§ 134..... 100.. 159
§ 134..... 100.. 160
§ 136..... 106.. 174
§ 137 a..... 96.. 149
§ 138..... 107.. 176
§ 140.. ..... 73.. 110
§ 140..... 107.. 176
§ 142..... 108.. 177
§ 145..... 131.. 208
§ 145..... 133.. 210
§ 146..... 112.. 181
§ 148..... 131.. 209
§ 149..... 112.. 181
§§ 151-153..... 131.. 209
§ 153..... 145.. 224

Comm. I.

§ 153..... 147.. 228
§ 155..... 114.. 184
§ 156..... 91.. 140
§ 157..... 131.. 207
§ 157..... 133.. 211
§ 158..... 147.. 228
§ 158..... 148.. 229
§ 159..... 145.. 224
§ 160..... 146.. 226
§ 161..... 146.. 226
§ 162..... 146.. 226
§ 163..... 147.. 228
§ 164..... 114.. 184
§ 165..... 116.. 188
§ 165..... 131.. 208
§ 167..... 116.. 188
§§ 168-170..... 131.. 208
§ 171..... 133.. 211
§ 173..... 131.. 209
§ 179... ..... 131.. 208
§ 180..... 131.. 208
§ 180..... 131.. 209
§ 181..... 131.. 209
§ 182..... 115.. 186
§ 184..... 115.. 186
§ 184..... 122.. 197
§ 185..... 115.. 186
§ 189..... 109.. 179
§ 190..... 130.. 206
§ 190..... 132.. 210
§ 191..... 132.. 210
§ 192..... 106.. 174
§ 192..... 130.. 207
§ 192..... 132.. 210
§ 193..... 130.. 207
§ 194..... 133.. 210
§ 199..... 127.. 202
§ 200..... 127.. 202

Comm. II.

§ 1..... ..... 156.. 243
§ 2..... 164.. 257
§ 7..... 162.. 255
§ 9..... 156.. 243
§ 9..... 163.. 257
§ 11..... 156.. 243
§ 12..... 157.. 243
§ 13..... 157.. 243

Comm. II.

§ 14..... 157.. 243
§ 14..... 204.. 331
§ 14 a..... 158.. 245
§ 16..... 158.. 247
§ 17..... 158.. 245
§ 19..... 180.. 287
§ 20..... 208.. 340
§ 21..... 162.. 254
§ 24..... 178.. 283
§ 25..... 179.. 286
§ 30..... 211.. 345
§ 30..... 214.. 351
§ 31..... 213.. 349
§ 33..... 213.. 349
§ 34..... 280.. 521
§ 35..... 280.. 521
§ 35..... 280.. 522
§ 36..... 280.. 521
§ 37..... 280.. 522
§ 40..... 217.. 355
§ 40..... 217.. 356
§ 42..... 186.. 294
§ 42..... 190.. 302
§ 44..... 186.. 296
§ 45..... 191.. 304
§ 46..... 191.. 303
§ 47..... 191.. 305
§ 52..... 193.. 306
§ 55..... 193.. 306
§ 55..... 193.. 307
§ 55..... 193.. 308
§ 57..... 193.. 308
§ 59..... 193.. 309
§ 60..... 193.. 309
§ 61..... 193 . 309
§ 63..... 219.. 361
§ 64..... 219.. 362
§ 65..... 178.. 285
§ 66..... 173.. 275
§ 67..... 173.. 275
§ 68..... 173.. 275
§ 73..... 201.. 326
§ 78..... 201.. 326
§ 95..... 220.. 363
§ 95..... 220.. 364
§ 96..... 172.. 272
§ 97..... 221.. 366

Comm. II.

§ 98..... 221.. 366
§ 99..... 223.. 369
§ 100..... 223.. 369
§ 101..... 225.. 373
§ 102..... 152.. 237
§ 102..... 225.. 373
§ 103..... 225.. 373
§ 103..... 225.. 375
§ 104..... 225.. 375
§ 106..... 279.. 520
§ 109..... 279.. 517
§ 110..... 279.. 519
§ 111..... 257.. 460
§ 117..... 227.. 379
§ 119..... 225.. 376
§ 119..... 255.. 452
§ 120..... 255.. 450
§ 120..... 255.. 452
§ 123..... 242.. 422
§ 124..... 242.. 423
§ 126..... 243.. 426
§ 127..... 242.. 421
§ 128..... 242.. 421
§ 136..... 237.. 405
§ 137..... 237.. 405
§ 144..... 231.. 390
§ 144..... 259.. 467
§ 147..... 231.. 389
§ 148..... 255.. 450
§ 148..... 255.. 452
§ 149..... 255.. 452
§ 155..... 252.. 443
§ 157..... 233.. 394
§ 158..... 252.. 443
§ 161..... 249.. 437
§ 162..... 249.. 437
§ 162..... 250.. 440
§ 163..... 252.. 444
§ 165..... 250.. 440
§ 166..... 250.. 438
§ 166..... 250.. 440
§ 167..... 250.. 440
§ 168..... 250.. 440
§ 169..... 250.. 441
§ 174..... 230.. 384
§ 179..... 230.. 386
§ 180..... 230.. 387

Comm. II.
§ 182..... 230.. 387
§ 184..... 230.. 387
§ 184..... 275.. 503
§ 193..... 263.. 473
§ 194..... 263.. 473
§ 196..... 263.. 473
§ 197..... 263.. 476
§ 197..... 264.. 477
§ 198..... 270.. 492
§ 199..... 272.. 497
§ 201..... 263.. 475
§ 204..... 263.. 476
§ 205..... 272.. 497
§ 206..... 259.. 466
§ 207..... 259.. 467
§ 207..... 272.. 497
§ 208..... 272.. 497
§ 209..... 263.. 476
§ 210..... 263.. 476
§ 212..... 264.. 478
§ 213..... 263.. 476
§ 214..... 263.. 476
§ 215..... 272.. 497
§ 216..... 263.. 474
§ 217..... 263.. 474
§ 218..... 264.. 477
§ 218..... 264.. 478
§ 219..... 263.. 474
§ 220..... 263.. 474
§ 221..... 263.. 474
§ 223..... 272.. 496
§ 224..... 271.. 493
§ 225..... 271.. 493
§ 225..... 277 *bis*. 514
§ 226..... 271.. 494
§ 226..... 277 *bis*. 514
§ 227..... 271.. 494
§ 229..... 227.. 379
§ 229..... 227.. 380
§ 229..... 263.. 472
§ 231..... 112.. 182
§ 249..... 275.. 502
§ 250..... 273.. 499
§ 250..... 275.. 502
§ 252..... 276.. 504
§ 253..... 276.. 505
§ 254..... 266.. 483

Comm. II.
§ 254..... 276.. 505
§ 254..... 276.. 506
§ 255..... 276.. 506
§ 256..... 276.. 506
§ 257..... 276.. 506
§ 258..... 276.. 505
§ 258..... 276.. 506
§ 266..... 62.. 92
§ 267..... 62.. 92
§ 270..... 275.. 502
§ 270 a..... 275.. 502
§§ 271-287..... 277.. 507
§ 271..... 275.. 502
§ 274..... 227.. 380
§ 274..... 274.. 501
§ 275..... 69.. 102
§ 275..... 274.. 501
§ 277..... 275.. 503
§ 278..... 274.. 501
§ 281..... 275.. 502
§ 285..... 274.. 501
§ 286..... 274.. 501
§ 286 a..... 257.. 460
§ 286 a..... 259.. 466
§ 286 a..... 259.. 467
§ 286 a..... 260.. 469
§ 286 a..... 274.. 501
§ 287..... 274.. 501

Comm. III.
§ 2..... 233.. 394
§ 3..... 233.. 394
§ 8..... 233.. 395
§ 10..... 91.. 140
§ 12..... 233.. 396
§ 14..... 233.. 396
§ 17..... 92.. 144
§ 17..... 233.. 397
§ 18..... 234.. 397
§ 23..... 233.. 396
§ 25..... 234.. 398
§ 26..... 237.. 404
§ 32..... 235.. 399
§ 34..... 235.. 399
§ 34..... 255.. 450
§ 36..... 255.. 452
§ 37..... 255.. 452
§ 41..... 240.. 415

Comm. III.
§ 42..... 240.. 416
§ 50..... 240.. 416
§ 56..... 67.. 97
§ 56..... 69.. 102
§ 56..... 240.. 416
§ 58..... 240.. 414
§ 58..... 240.. 416
§ 63..... 240.. 416
§ 72..... 69.. 103
§ 73..... 69.. 103
§ 86..... 280.. 521
§ 87..... 280.. 522
§ 93..... 275.. 502
§ 96..... 59.. 86
§ 108..... 132.. 210
§ 109..... 119.. 190
§ 109..... 119.. 191
§ 120..... 59.. 86
§ 145..... 218.. 358
§ 166..... 217.. 357
§ 208..... 119.. 191
Comm. IV.
§ 16..... 62.. 90
§ 16..... 173.. 275
§ 17..... 178.. 284
§ 21..... 263.. 475
§ 38..... 148.. 230
§ 41..... 157.. 244
§ 153..... 169.. 270

Ulpien.

Regulæ.

Titr. I.
§ 7..... 62.. 90
§ 16..... 67.. 97
Titr. II.
§ 7..... 62.. 93
§ 8..... 62.. 92
Titr. III.
§ 1..... 69.. 103
§ 3..... 69.. 103
§ 4..... 69.. 103
Titr. V.
§ 2..... 81.. 125
§ 3..... 84.. 127
§ 4..... 59.. 86
§ 4..... 69.. 102
Titr. V.
§ 4..... 86.. 128
§ 7..... 98.. 155
§ 8..... 53.. 75
§ 8..... 91.. 138
§ 9..... 69.. 102
§ 10..... 44.. 59
Titr. VIII.
§ 5..... 102.. 164
Titr. IX.
§ »..... 79.. 119
Titr. XI.
§ 1..... 130.. 206
§ 3..... 114.. 184
§ 4..... 91.. 140
§ 14..... 115.. 186
§ 25..... 121.. 194
§ 25..... 132.. 209
Titr. XII.
§ 3..... 135.. 212
§ 3..... 135.. 213
Titr. XIII.
§ 1..... 54*bis*. 79
Titr. XIV.
§ »..... 94.. 147
§ »..... 96.. 150
§ »..... 257.. 461
Titr. XVII.
§ 1..... 69.. 102
§ 1..... 259.. 466
Titr. XIX.
§ 1..... 158.. 245
§ 2..... 172.. 273
§ 2..... 199.. 319
§ 3..... 175.. 278
§ 4..... 59.. 86
§ 4..... 69.. 102
§ 4..... 175.. 278
§ 4..... 176.. 279
§ 5..... 176.. 279
§ 8..... 185.. 293
§ 16..... 198.. 316
§ 17..... 280.. 524
Titr. XX.
§ »..... 223.. 369
§ 14..... 226.. 377
Titr. XXII.
§ 6..... 149.. 232

Titr. XXII.
§ 17..... 242.. 423
§ 24..... 252.. 443
§ 25..... 250.. 439
§ 26..... 249.. 439
Titr. XXIII.
§ 5..... 150.. 233
§ 6..... 150.. 233
Titr. XXIV.
§ 1..... 263.. 472
§ 1..... 273.. 499
§ 4..... 263.. 475
§ 11 a..... 264.. 477
§ 20..... 265.. 479
§ 26..... 211.. 345
§ 27..... 211.. 345
§ 27..... 215.. 351
§ 28..... 265.. 480
§ 29..... 270.. 492
§ 30..... 268.. 487
Titr. XXV.
§ 3..... 275.. 502
§ 8..... 278.. 516
§ 12..... 274.. 501
§ 17..... 260.. 469
Titr. XXVI.
§ »..... 223.. 369
§ 1..... 233.. 394
§ 1..... 233.. 396
§ 7..... 238.. 409
§ 8..... 238.. 409
Titr. XXVIII.
§ 13..... 255.. 450

Paul.

SENTENCES.

Livr. II.
Titr. 19 § 8..... 80.. 125
» 20..... 97.. 153
» 21 a..... 45.. 61
Livr. III...... 223.. 369
Titr. 4a § 7..... 135.. 212
» 7 § 2..... 277 *bis*. 511
Livr. IV..... 223.. 369
Titr. 3 § 2..... 276.. 506
» 5 § 1..... 244.. 427
» » § 7..... 245.. 430
» 6 § 1..... 250.. 439
» 8 § 23..... 233.. 396
Livr. V.
Titr. 1 § 2..... 62.. 89
» 2 § 1..... 220.. 363
» 2 § 2..... 220.. 364
» 6 § 15..... 96.. 150

Digeste.

De justit. et jure. I, 1.
1, § 2..... 4.. 9
7 pr..... 14.. 29
7, § 1..... 14.. 29
7, § 1..... 235.. 402
8..... 14.. 29
10, § 2..... 13.. 26
De origin. juris. I, 2.
2, § 5..... 13.. 25
2, § 6..... 13.. 25
2, § 7..... 13.. 25
2, § 9..... 19.. 35
2, § 35..... 13.. 26
2, § 38..... 13.. 26
2, § 47..... 23.. 39
De const. princip. I, 4.
1 pr..... 20.. 36
1, § 1..... 20.. 35
De stat. homin. I, 5.
4, § 1..... 43.. 58
5, § 3..... 44.. 60
17..... 60.. 87
23..... 98.. 155
De his qui sui vel al. I, 6.
2..... 48.. 67
6..... 93.. 145
De adopt. I, 7.
5..... 102.. 164
10..... 101.. 161
43..... 101.. 161
De in jus vocand. II, 4.
4, § 3..... 98.. 155
5..... 93.. 145
De pactis. II, 14.
7, § 17..... 252.. 445
8..... 252.. 445
9..... 252.. 445
10 pr..... 252.. 445
De his qui notant. infam. III, 2.
1..... 94.. 146
1..... 146.. 225

Quod cujusc. universit. III, 4.
1 pr..... 150.. 232
De minor. XXV ann. IV, 4.
1 pr..... 138.. 215
3, § 4..... 138.. 215
24, § 1..... 141.. 220
De capit. minut. IV, 5.
2, § 1..... 148.. 230
11..... 145.. 224
11..... 146.. 226
De inoff. testam. V, 2.
1..... 244.. 429
2..... 242.. 427
4..... 244.. 427
5, § 1..... 244.. 427
15, § 2..... 246.. 433
21, § 2..... 246.. 432
24..... 246.. 433
De possess. hered. pet. V, 5.
2..... 255.. 450
De fideic. hered. pet. V, 6.
1..... 276.. 505
2..... 276.. 505
De rei vindicat. VI, 1.
1, § 2..... 95.. 148
23, § 4..... 200.. 324
23, § 5..... 200.. 323
23, § 5..... 201.. 326
De Publ. in rem act. VI, 2.
11, § 1..... 206.. 337
Si ager vectig. VI, 3.
1 pr..... 218.. 358
1, § 1..... 218.. 359
De usufruct. VII, 1.
1..... 211.. 344
2..... 211.. 345
13 pr..... 212.. 348
De usufr. ear. rer. VII, 5.
1..... 215.. 352
2, § 1..... 215.. 352
Si usüsfr. pet. VII, 6.
5 pr..... 204.. 333
Usufr. quem. cav. VII, 9.
1 pr..... 212.. 348
De servit. VIII, 1.
3..... 206.. 336
8..... 205.. 334
15, § 1..... 204.. 332
De servit. præd. urb. VIII, 2.
6..... 209.. 343
Si servit. vind. VIII, 5.
6, § 2..... 204.. 332
Ad leg. Aquil. IX, 2.
5, § 2..... 119.. 190
11, § 6..... 222.. 366
De reb. credit. XII, 1.
9, § 7..... 141.. 219
18 pr..... 183.. 292
Mandati. XVII, 1.
32..... 252.. 445
Ad. Senat. Maced. XIV, 6.
2..... 77.. 115
De contrah. empt. XVIII, 1.
1 pr..... 176.. 281
6 pr..... 164.. 261
62 pr..... 163.. 257
72, § 1..... 164.. 261
De act. empt. XIX, 1.
13, § 29..... 120.. 192
De sponsal. XXIII, 1.
11-13..... 82.. 126
De ritu nupt. XXIII, 2.
1..... 78.. 118
5..... 80.. 125
19..... 88.. 134
23..... 86.. 129
24..... 80.. 125
24..... 97.. 153
30..... 260.. 469
41, § 1..... 97.. 153
44 pr..... 54 *bis.* 79
44 pr..... 86.. 129
De jure dotium. XXIII, 3.
6 pr..... 256.. 455
De donat. int. vir. et ux. XXIV, 1.
32, § 13..... 80.. 124
66, § 1..... 80.. 124
Solut. matr. XXIV, 3.
1..... 90.. 138
De agnosc. vel al. XXV, 3.
6, § 1..... 45.. 61
De concubin. XXV, 7.
3 pr..... 97.. 152
3, § 1..... 97.. 152
4..... 97.. 153

De tutel. XXVI, 1.
1 pr..... 109.. 178
6, § 2..... 115.. 186
11 pr..... 114.. 184
De testam. tut. XXVI, 2.
14..... 123.. 197
De confirm. tut. XXVI, 3.
..... 113.. 183
De legit. tut. XXVI, 4.
1 pr..... 109.. 178
1 pr..... 114.. 184
De tut. et curat. XXVI, 5.
13, § 2..... 139.. 217
De adm. et peric. XXVI, 7.
1 pr..... 123.. 198
1, § 2..... 119.. 191
7 pr..... 127.. 203
27..... 124.. 199
40..... 54 *bis*. 79
De auct. et cons. XXVI, 8.
5 pr..... 120.. 193
9, § 5..... 122.. 195
De susp. tut. XXVI, 10.
1, § 2..... 128.. 203
1, § 8..... 128.. 204
7, § 1..... 128.. 203
Ubi pupill. XXVII, 2.
1, § 1..... 121.. 194
4..... 121.. 194
De tut. et rat. XXVII, 3.
1, §§ 19-24..... 128.. 204
1, § 21..... 128.. 204
2..... 128.. 204
De contr. tut. XXVII, 4.
1 pr..... 123.. 198
De magistr. conv. XXVII, 8.
..... 129.. 205
De reb. eor. XXVII, 9.
1, § 2..... 124.. 199
De curat. furios. XXVII, 10.
5..... 54 *bis* 79
Qui testam. fac. poss. XXVIII, 1.
21 pr..... 225.. 376
21 § 1..... 278.. 515
De liber et postum. XXVIII, 2.
11..... 73.. 111
11..... 233.. 395
11..... 242.. 420
De hered. inst. XXVIII, 5.
88..... 224.. 372
88..... 228.. 382
88..... 251.. 442
De vulg. et pup. subst. XXVIII, 6.
1, § 1..... 230.. 386
1, § 2..... 230.. 387
2, § 4..... 230.. 388
4 pr..... 230.. 388
15..... 54 *bis*. 79
38, § 3..... 230.. 387
De jur. delib. XXVIII, 8.
1, § 1..... 250.. 440
De test. milit. XXIX, 1.
1 pr..... 279.. 517
1..... 279.. 518
6..... 279.. 518
37..... 279.. 518
De acq. vel omitt. hered. XXIX, 2.
9..... 122.. 196
53, § 1..... 258.. 464
54..... 228.. 382
Test. quem. aper. XXIX, 3.
..... 250.. 439
De legat.-1°. XXX.
41, § 2..... 269.. 490
86, § 4..... 218.. 360
116 pr..... 262.. 471
De legat.-2°. XXXI.
36..... 262.. 471
77, § 20..... 198.. 317
De legat.-3°. XXXII.
30, § 1..... 264.. 477
80..... 258.. 462
89..... 272.. 497
De auro..... legat. XXXIV, 2.
19, § 13..... 200.. 324
De liber. legat. XXXIV, 3.
28, § 2..... 264.. 477
De reg. cat. XXXIV, 7.
1 pr..... 269.. 490
3..... 269.. 491
De condit. XXXV, 1.
55..... 277 *bis*. 514
75..... 228.. 382
Ad. leg. Falcid. XXXV, 2.
1 pr..... 271.. 494

Ad Senat. Trebell. XXXVI, 1.
1, § 2..... 276.. 505
37 pr..... 276.. 505
45..... 276.. 506
63 pr..... 276.. 505
Ut legat. XXXVI, 3.
1 pr..... 267.. 485
1, § 1..... 267.. 485
De collat. XXXVII, 6.
1 pr..... 256.. 453
1 pr..... 256.. 454
1, § 5..... 256.. 454
De dot. collat. XXXVII, 7.
1 pr..... 256.. 455
De conjung. XXXVII, 8.
1 pr..... 237.. 405
1, § 1..... 237.. 405
De carb. edict. XXXVII, 10.
..... 254.. 449
Si tab. testam. XXXVIII, 6.
1 pr..... 236.. 402
Unde cognati. XXXVIII, 8.
2..... 237.. 406
De gradib. XXXVIII, 10.
10, § 4..... 91.. 138
Quis ordo. XXXVIII, 15.
1 pr..... 236.. 403
De suis. XXXVIII, 16.
1, § 8..... 233.. 395
Ad Senat. Tertull. XXXVIII, 17.
..... 238.. 409
De oper. nov. nunc. XXXIX, 1.
5, § 9..... 204.. 332
De damn. inf. XXXIX, 2.
19 pr..... 218.. 360
De mort. caus. donat. XXXIX, 6.
2..... 277 *bis.* 511
3..... 277 *bis.* 511
4..... 277 *bis.* 511
5..... 277 *bis.* 511
6..... 277 *bis.* 511
8..... 277 *bis.* 513
31 pr..... 277 *bis.* 513
32..... 277 *bis.* 511
35 pr..... 277 *bis.* 512
35-38..... 277 *bis.* 510
35, § 2..... 277 *bis.* 512
De mort. caus. donat. XXXIX, 6.
38..... 277 *bis.* 513
38..... 277 *bis.* 514
De man. vind. XL, 2.
23..... 66.. 96
De fideicomm. libert. XL, 5.
26, § 7..... 49.. 69
De acq. rer. dom. XLI, 1.
1 pr..... 16.. 33
7, § 7..... 199.. 321
7, § 10..... 201.. 327
7, § 12..... 201.. 327
13 pr..... 163.. 256
34..... 249.. 438
36..... 183.. 291
48 pr..... 199.. 322
De acq. vel amitt. poss. XLI, 2.
1, § 3..... 165.. 263
1, § 21..... 168.. 267
1, § 12..... 220.. 363
11..... 187.. 297
12, § 1..... 165.. 263
19, § 1..... 168.. 268
23, pr..... 251.. 442
44, § 1..... 220.. 363
49, § 2..... 220.. 364
De usurp. et usuc. XLI, 3.
1..... 186.. 296
27..... 188.. 299
41..... 220.. 364
Pro empt. XLI, 4.
2 § 21..... 190.. 302
Pro derel. XLI, 7.
1..... 183.. 291
2, § 1..... 183.. 291
De separat. XLII, 6.
1, § 1..... 253.. 446
1, § 17..... 253.. 447
1, § 18..... 252.. 443
3, § 2..... 253.. 447
5..... 253.. 447
De vi. XLIII, 16.
1, § 26..... 169.. 270
De superf. XLIII, 18.
1 pr..... 218.. 360
1, § 1..... 218.. 360
De liber. exhib. XLIII, 30.
1, § 5..... 89.. 135

De liber. exhib. XLIII, 30.
1, § 5..... 95.. 148
1, § 5..... 96.. 149
2..... 89.. 135
De div. temp. præscr. XLIV, 3.
5, § 1..... 195.. 312
De oblig. et act. XLIV, 7.
1, § 13..... 119.. 190
De verb. oblig. XLV, 1.
134 pr..... 82.. 126
141, § 2..... 83.. 127
De fidejuss. XLVI, 1.
22..... 249.. 438
24..... 249.. 438
Rem pupill. XLVI, 6.
6..... 119.. 190
Si is qui test. XLVII, 4.
1, § 15..... 251.. 442
De sepulcr. viol. XLVII, 12.
3, § 5..... 164.. 259
De colleg. et sodal. XLVII, 22.
1 pr..... 150.. 232
3, § 1..... 150.. 232
3, § 2..... 150.. 232
4, ... 149.. 231
De leg. Pomp. XLVIII, 9.
5..... 76.. 113
Ad leg. Jul. de adult. XLVIII, 15.
13 pr..... 97.. 153
13, § 1..... 97.. 151
De castr. pecul. XLIX, 1.
2..... 77.. 116
De extraord. cognit. L, 13.
5, § 1..... 146.. 225
5, § 2..... 146.. 225
5, § 3..... 146.. 225
De censibus. L, 15.
1..... 162.. 255
6-8..... 162.. 255
De verb. signif. L, 16.
39, § 1..... 152.. 237
49..... 151.. 235
86..... 205.. 335
86..... 205.. 336
142..... 258.. 464
144..... 97.. 152
195, § 1..... 72.. 108
195, § 2..... 75.. 112
De verb. signif. L, 16.
195, § 2..... 91.. 139
195, § 5..... 72.. 109
213 pr..... 268.. 487
De reg. jur. L, 17.
7..... 224.. 371
29..... 269.. 489
30..... 80.. 124
32..... 46.. 62
32..... 48.. 66
35..... 96.. 149
73 pr..... 114.. 184
73, § 1..... 112.. 181
77..... 175.. 279
89..... 232.. 392
137..... 187.. 297
210..... 269.. 490

Fragments du Vatican.

§ 216..... 257.. 461
§ 217..... 257.. 461
§ 283..... 202.. 329
§ 313..... 176.. 282
§ 315..... 163.. 256
§ 316..... 163.. 256
§ 320..... 94.. 146
§ 321..... 94.. 146

Collatio legum mosaïcarum et romanarum.

Titr. IV, ch. 2, § 2... 88.. 133
» XVI, » 4, § 4... 233.. 394
» XVI, » 7, § 2... 256.. 454

Code Théodosien.

De const. princip. I, 1.
5..... 27.. 43
De respons. prud. I, 4.
1..... 28.. 44
3..... 28.. 45
De donationib. VIII, 12.
4..... 176.. 282
5..... 176.. 282

Institutes de Justinien.

Livre I.

De just. et jur., t. 1.
§ 1..... 13.. 26

Livre I.

De jur. person., t. 3.
pr. ..... 41.. 55
§ 4..... 44.. 59

De ingen., t. 4.
pr ..... 44.. 60

De libert., t. 5.
§ 3..... 67.. 97

Qui, quib. ex caus., t. 6.
pr ..... 70.. 104
§ 1..... 70.. 104
§ 2..... 227.. 380
§ 3..... 70.. 104
§ 4..... 70.. 104
§ 5..... 70.. 104
§ 6..... 70.. 104

De adopt., t. 11.
§ 1..... 100.. 159
§ 4..... 101.. 161
§ 7..... 88.. 133

Quib. mod. jus pot. solv., t. 12.
§ 6..... 105.. 173

Qui test. tut. dari., t. 14.
§ 3..... 112.. 182

De capit. demin., t. 16.
§ 4..... 145.. 224

De legit. patr. tut., t. 17.
..... 114.. 184

De auct. tut., t. 21.
pr ..... 119.. 191

Quib. mod. tut. fin., t. 22.
pr ..... 83.. 117

De curat., t. 23.
§ 1..... 139.. 217
§ 3..... 135.. 212
§ 4..... 135.. 213

De satisdat., t. 24.
pr ..... 127.. 202
§ 1..... 127.. 202
§ 3..... 127.. 202

Livre II.

De rer. divis., t. 1.
§ 34..... 201.. 326
§ 35..... 199.. 322
§ 35..... 199.. 323
§ 36..... 212.. 347
§ 39..... 199.. 320
§ 40..... 162.. 256

Livre II.

De Servit., t. 3.
§ 4..... 213.. 350

De usuf., t. 4.
pr..... 211.. 344
§ 1..... 213.. 350
§ 2..... 215.. 352

De usuc., t. 6.
§ 2..... 191.. 304
§ 11..... 188.. 300
§ 12..... 190.. 303
§ 13..... 190.. 303

De donat., t. 7.
pr..... 277*bis*. 509
§ 1..... 277*bis*. 511
§ 1..... 277*bis*. 513

Per quas person. nob. adquir., t. 9.
§ 5..... 220.. 364
§ 5..... 220.. 365
§ 6..... 172.. 272
§ 6..... 221.. 366

De milit. testam., t. 11.
pr..... 279.. 520

Quib. non est permis., t. 12.
pr..... 77.. 115
pr..... 77.. 116

De pupill. subst., t. 16.
§ 1..... 230.. 388
§ 5..... 230.. 387

De hered. qual., t. 19.
§ 6..... 252.. 444
§ 6..... 279.. 519

De legat., t. 20.
§ 1..... 262.. 471
§ 2..... 264.. 478
§ 3..... 277.. 508
§ 4..... 266.. 481
§ 8..... 272.. 498
§ 12..... 270.. 492
§ 13..... 266.. 483
§ 14..... 266.. 483
§ 34..... 263.. 472

De lege Falcid., t. 22.
pr..... 271.. 494

De fideic. hered., t. 23.
§ 1 ..... 274.. 500
§ 1..... 274.. 501
§ 7..... 276.. 506

Livre II.

De codicill., t. 25.
pr. ..... 278.. 515
§ 1 ..... 278.. 516
§ 2 ..... 278.. 516

Livre III.

De hered. quæ ab int., t. 1.
pr. ..... 232.. 392
§ 10 ..... 237.. 405
De success. libert., t. 7.
§ 3 ..... 240.. 417
De bonor. poss., t. 9.
pr. ..... 235.. 400
§ 1 ..... 235.. 399
§ 2 ..... 235.. 400
§ 9 ..... 254.. 449
De eo cui libert., t. 11.
§ 1 ..... 280.. 523
De inut. stip., t. 19.
§ 2 ..... 163.. 256
§ 10 ..... 119.. 191

Livre IV.

De obligat. ex delict., t. 1.
§ 18 ..... 119.. 191
De interdict., t. 15.
§ 5 ..... 169.. 270

Code de Justinien.

De Pactis. II, 3.
20 ..... 174.. 276
De in integr. rest. II, 22.
3 ..... 141.. 220
De rei vindicat. III, 32.
2 ..... 201.. 327
De inoff. test. III, 28.
30 pr. ..... 245.. 431
Comm. divid. III, 37.
5 ..... 198.. 317
De nuptiis. V, 4.
3 ..... 80.. 124
22 ..... 80.. 125
De nat. lib. V, 27.
3 ..... 97.. 151
Quand. tut. V, 60.
3 ..... 83.. 127
De magistr. conven. V, 75.
5 ..... 129.. 205
De collat. VI, 20.
4 ..... 256.. 456
19 ..... 256.. 457
20 ..... 256.. 457
21 ..... 256.. 457
De testam. VI, 23.
21 pr. ..... 225.. 377
De hered. inst. VI, 24.
8 ..... 150.. 233
De impub. VI, 26.
9 ..... 230.. 388
De jure delib. VI, 30.
18 ..... 119.. 191
22 ..... 252.. 445
22, § 13 ..... 250.. 441
22, § 14 ..... 250.. 441
De legat. VI, 37.
21 ..... 264.. 478
26 ..... 267.. 485
Comm. de legat. VI, 43.
1 ..... 264.. 478
2 ..... 277.. 508
De cad. toll. VI, 51.
1 ..... 260.. 470
1, § 2 ..... 259.. 465
1, § 3 ..... 272.. 498
1, § 11 ..... 272.. 498
De nudo jur. quir. toll. VII, 25.
1 ..... 162.. 256
1 ..... 217.. 357
De usuc. transform. VII, 31.
1 ..... 158.. 247
1 ..... 196.. 315
De acq. et retin. poss. VII, 32.
1 ..... 220.. 364
1 ..... 220.. 365
De præscr. XXX vel XL ann. VII, 39.
8 pr. ..... 196.. 314
8 pr. ..... 197.. 316
De inut. stip. VIII, 39.
2 ..... 96.. 149
De adopt. VIII, 48.
2 ..... 100.. 159
6 ..... 100.. 159
De mort. caus. don. VIII, 57.
4 ..... 277 *bis*. 512

Novelles

1, Ch. 2..... 271.. 495
18..... 247.. 433
18, Ch. 6..... 256.. 457
53..... 247 *bis*. 435
78, ch. 1, 2..... 70.. 105
115..... 247.. 433
117, Ch. 4..... 80.. 124
118..... 114.. 185
118..... 148.. 230
118..... 239. 411 s.
127..... 239.. 413
134, Ch. 11..... 96.. 150

SOURCES LITTÉRAIRES.

Asconius.

In Cicer. orat. pro Corn..... 14.. 28

Aul. Gell.

Nuits att. V, 13..... 109.. 179
» V, 19..... 100.. 158

Boëthius.

Ad Topic. Cicer. 299. 79.. 120

Cicéron.

De invent. II, 21.... 230.. 386
» II, 22.... 8.. 18
» II, 22.... 14.. 29
» II, 50.... 135.. 212
De legib. I, 5, 10.... 16.. 33
» II, 23..... 164.. 259
De nat. deor. III, 30.. 137.. 214
De offic. III, 15..... 137.. 214
» III, 69..... 16.. 32
De republ. II, 19.... 155.. 241
» II, 24.... 155.. 241
Contr. Rull. II, 12... 9.. 20
Contr. Verr.-2°, I, 42. 244.. 427
» III, 6.. 162.. 254
Pro Flacco, XXXIV, 84..... 88.. 133
Pro Murena, 12..... 106.. 174
Topic., 3, 17..... 215.. 351
» 3, 14..... 79.. 122
Tuscul. III, 5..... 135.. 212

Dosithée.

De manum., 5..... 67.. 97

Festus.

V° *Familia*..... 91.. 140
V° *Heres*..... 222.. 366
V° *Hostis*..... 55.. 81
V° *Rodus*..... 176.. 280

Horace.

Od. III, 24..... 260.. 468

Julius Capitolinus.

Marc Aurèle, 10.... 139.. 217

Juvénal.

Sat. IX..... 260.. 468

Sénèque.

De benef. III, 20.... 48.. 66

Tacite.

Ann. III, 28..... 259.. 467
» III, 70..... 23.. 39
» III, 75..... 23.. 39

Tite-Live.

III, 34..... 11.. 22
III, 35..... 11.. 22
IX, 46..... 13.. 25

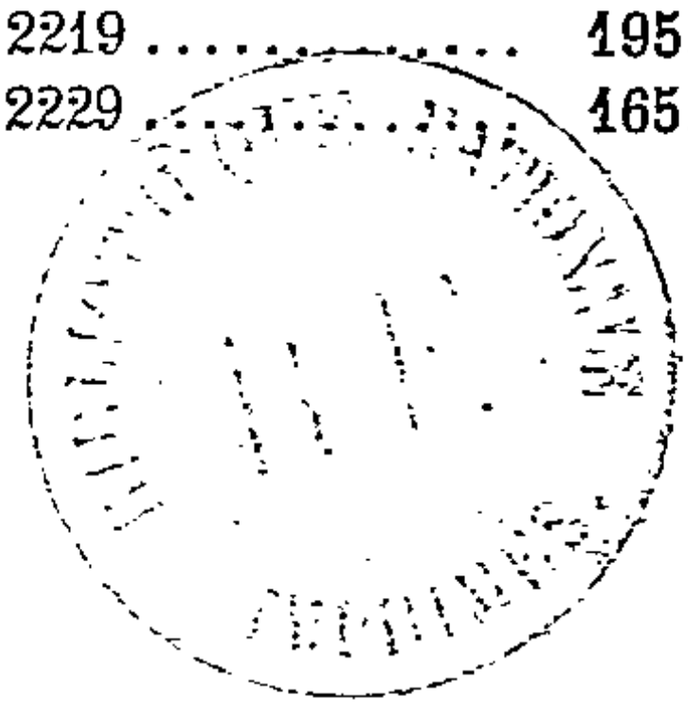
Varro.

De ling. lat. V, 3.. 55.. 81
» V, 19. 176.. 279
» V, 163 176..

CODE CIVIL.

Art. 108..... 121.. 194
» 228..... 94.. 147
» 347-350..... 101.. 162
» 388..... 141.. 221
» 450..... 121.. 194
» 451..... 127.. 203
» 489..... 141.. 219
» 526..... 159.. 248
» 529..... 159.. 248

Art. 546 et suiv.....	200..	324
» 554.....	201..	328
» 555.....	201..	328
» 570.....	199..	321
» 571.....	199..	321
» 585.....	212..	347
» 601.....	212..	348
» 686.....	205..	335
» 716.....	199..	320
» 723.....	240..	418
» 731.....	239..	412
» 733.....	239..	413
» 745.....	239..	412
» 750.....	239..	413
» 767.....	237..	408
» 767.....	240..	418
» 793 et suiv.....	252..	445
» 815.....	198..	317
Art. 843.....	256..	457
» 878.....	253..	446
» 896.....	275..	503
» 981-984.....	279..	517
» 1021.....	266..	481
» 1035.....	231..	390
» 1036.....	231..	390
» 1038.....	270..	492
» 1138.....	184..	293
» 1138.....	174..	276
» 1443.....	90..	137
» 1582.....	184..	293
» 1583.....	174..	276
» 2111.....	253..	446
» 2121.....	129..	205
» 2135.....	129..	205
» 2219.....	195..	312
» 2229.....	165..	262



FIN DE LA TABLE DES TEXTES CITÉS.

BAR-LE-DUC, IMPRIMERIE CONTANT-LAGUERRE.

TABLE DES MATIERES.

INTRODUCTION.

Notion générale du droit.

- N^os. Pages.

Origine et définition du droit 1

Science du droit 2

Division en droit public et privé 3

Droit public et privé des Romains 4,5

HISTOIRE DU DROIT ROMAIN.

Histoire externe.

Division de l'histoire externe en deux grandes périodes: *Jus strictum et Jus gentium* 6

JUS STRICTUM.

Caractères du droit primitif 7

Sources du Jus strictum.

Droit coutumier, Droit écrit 8

Droit écrit.

Loi *curiate* et *centuriate* 9

Plébiscite 10

Loi des XII Tables 11

Droit coutumier de formation secondaire.

Responsa prudentium, Edits des magistrats 12

Responsa prudentium 13

Edits des magistrats 14

Caractères généraux du système du *Jus strictum* 15

JUS GENTIUM.

Origines et développement du système du *Jus gentium* 16

Sources du droit dans cette période.

Jus non scriptum 17

Jus scriptum 18

Sénatusconsultes 19

Constitutions impériales 20

Edits des magistrats 21

Responsa prudentium 22

Principaux jurisconsultes des deux sectes 23

Gaius 24

Les grands jurisconsultes classiques 25

Système du Jus gentium au Bas-Empire.

Prédominance du *Jus gentium* 26

Jus et *Leges* 27

Jus, Loi des citations 28

Leges, premiers essais de codification 29

Première codification officielle. Code Théodosien 30

Droit romain dans l'Empire d'Orient. Compilations de Justinien.

OEuvre de Justinien 31

Codex vetus 32

Digeste ou Pandectes 33

Institutes 34

Codex repetitae praelectionis 35

Novelles 36

Appréciation de l'oeuvre de Justinien 37

Destinées ultérieures du droit romain en Orient 38

Destinées du droit romain en Occident 39

Résultats du développement du droit romain 40

DROIT PRIVE.

Objet du droit privé et plan du livre 41

PREMIERE PARTIE.

Des personnes.

Notion et divisions des personnes 42

Première division des personnes.

Personnes libres ou esclaves.

Notion de l'esclavage 43

Comment on devient esclave par la naissance 44

Comment on devient esclave par un fait postérieur à la naissance 45

Condition des esclaves. *Jus strictum* 46

Condition des esclaves en fait 47

Condition des esclaves dans la période du *Jus gentium,* dans le droit classique, et au Bas-Empire 48

Cessation de l'esclavage
49
Du Colonat
50
Deuxième division des personnes.
Citoyens et non citoyens.
Notion générale
51
Privilèges attachés à la qualité de citoyen
52
Comment on devenait citoyen
53
Comment on perdait la qualité de citoyen
54
Des différentes classes de citoyens
54 *bis.*
Des non citoyens
55
Extension successive du droit de cité
56
Cives minuto jure
57
Latins
58
Pérégrins
59
Disparition des diverses classes de non citoyens
60
Subdivision des hommes libres en ingénus et affranchis.
Ingénus et affranchis
61
Conditions de validité de l'affranchissement
62
Différences entre l'affranchissement entre-vifs et l'affranchissement testamentaire
63
Condition des affranchis. *Jus strictum*
64
Affranchissement dans le système du *Jus gentium*
65
Modes d'affranchissement solennels
66
Modes d'affranchissement non sollennels
67
Restrictions légales à la faculté d'affranchir; lois *AElia Sentia* et *Fufia Caninia*
68
Condition des affranchis, leur division en trois classes
69
Affranchissement au Bas-Empire et sous Justinien
70
DE LA FAMILLE.
Evolution de la notion de famille
71
Troisième division des personnes.
Personnes *sui juris* et personnes *alieni juris*
72
I. PUISSANCE PATERNELLE.
Caractères et effets.
Caractères de la puissance paternelle (*Jus strictum*)
73
Effets (*Jus strictum*)
74
Puissance paternelle dans les moeurs
75
Puissance paternelle dans le *Jus gentium.* Pouvoir sur la personne des enfants
76
Pouvoir sur les biens des enfants. Théorie des pécules
77
Sources.
Première source: le mariage.
Notion du mariage
78
Histoire des transformations de la notion du mariage
79
Comment se contracte le mariage. Preuve du mariage
80
Conditions de validité du mariage
81
Première condition: Consentement des époux
82
Deuxième condition: Puberté
83
Troisième condition: *Jus connubii*
84
Incapacités absolues
85
Incapacités relatives
86
Incapacités fondées sur des motifs d'ordre politique ou religieux
86
Incapacités fondées sur des motifs de morale publique
87
Quatrième condition: Consentement des personnes qui ont le droit de puissance
88
Effets du mariage dans les rapports réciproques des époux. Rapports personnels
89
Rapports pécuniaires
90
Effets du mariage dans les rapports des époux et de leurs parents avec les enfants nés du mariage. De l'agnation
91
De la *gens* et des droits des *gentiles*
92
Preuve de la filiation
93
Dissolution du mariage. Causes indépendantes de la volonté des époux
94
Cause de dissolution dépendant de la volonté des époux. - Divorce
95
Divorce à l'époque impériale
96
Des unions autres que les *justae nuptiae*
97
Du sort des enfants dans les unions autres que les *justae nuptiae*
98
Deuxième source: l'adoption.
Adrogatio et *adoptio*
99

Formes de l'adrogation et de l'adoption
100
Effets de l'adrogation et de l'adoption
101
Conditions de validité de l'adrogation et de l'adoption
102
Troisième source: la légitimation.
Légitimation
103
Extinction.
Causes d'extinction laissant subsister le lien d'agnation
104
Causes d'extinction entraînant rupture du lien d'agnation
105
II. Puissance sous forme de *Manus*
106
III. Puissance sous forme de *Mancipium*
107
Quatrième division des personnes. Personnes en tutelle ou en curatelle, et personnes non soumises à la tutelle ou à la curatelle.
Notion de la tutelle et de la curatelle
108
Tutelle.
Tutelle des impubères des deux sexes.
I. Notions générales.
Définition et caractère de la tutelle
109
II. Délation de la tutelle.
Cas dans lesquels il y a lieu à la délation de la tutelle.
110
Tutelle des impubères devenus *sui juris* sans affranchissement ni émancipation
111
1° Tutelle testamentaire
112
Tutelle testamentaire irrégulière
113
2° Tutelle légitime des agnats et des gentiles
114
3° Tutelle déférée par le magistrat
115
Tutelle des impubères devenus sui juris par affranchissement
116
Tutelle des impubères devenus sui juris par émancipation
117
III. Effets de la tutelle.
Notions générales
118
Capacité du pupille
119
Capacité du pupille (*suite*)
120
Pouvoirs du tuteur
121
Auctoritas
122
Administration
123
Droits et obligations du tuteur comme administrateur
124
IV. Fin de la tutelle
125
V. Garanties données au pupille contre le tuteur
126
Garanties précédant l'entrée en fonctions
127
Garanties postérieures à l'entrée en fonctions
128
Garanties contre l'insolvabilité du tuteur
129
Tutelle des femmes pubères.
Notion générale
130
I. Délation de la tutelle
131
II. Fonctions du tuteur
132
III. Causes de cessation de la tutelle
133
Curatelle.
Personnes placées en curatelle
134
Curatelle des fous et des prodigues
135
Curatelle des mineurs de vingt-cinq ans
136
1° Système de la loi *Plaetoria*
137
2° Droit prétorien. *Restitutio in integrum*
138
3° Droit impérial. Curateurs permanents
139
Curatelle des pupilles
140
Effets de la curatelle. Capacité des personnes en curatelle
141
Fonctions du curateur
142
Fin de la curatelle
143
Garanties données contre le curateur
144
Capitis deminutio.
Notions de la *capitis deminutio*
145
Cas où il y a *capitis deminutio*
146
Effets de la *capitis deminutio*
147
Effets de la *capitis deminutio* (suite)
148
Cinquième division des personnes. Personnes physiques et personnes morales.
Notion des personnes morales
149
Conditions d'existence et de durée. Capacité
150
DEUXIEME PARTIE.

Des choses.
Droits relatifs aux choses. Droits réels. Droits personnels
151
Du patrimoine
152
DROITS REELS.
Division des droits réels
153
DROITS REELS DU DROIT CIVIL.
Propriété.
Notion de la propriété
154
Caractères du droit de propriété
155
Divisions des choses.
Division des choses en *res in patrimonio, et res extra patrimonium*
156
Choses in patrimonio.
Première division: *res corporales et incorporales*
157
Deuxième division: *res mancipi et nec mancipi*
158
Troisième division: meubles et immeubles
159
Etat de la propriété foncière. Sous-division des immeubles en fonds italiques et fonds provinciaux
160
I. *Fonds italiques.* Ager publicus, ager privatus. Lois agraires
161
II. *Fonds provinciaux.* Condition des fonds provinciaux. Assimilation des fonds provinciaux aux fonds italiques
162
Choses extra patrimonium.
Notion et divisions
163
Res divini juris (sacrae, religiosae, sanctae), communes, publicae
164
De la possession.
Notion de la possession
165
Fondement de la protection possessoire
166
Eléments de la possession
167
Acquisition de la possession
168
Conservation et perte de la possession
169
Effets de la possession
170
Développement de la théorie de la possession
171
Modes d'acquisition de la propriété.
Principales divisions des modes d'acquisition de la propriété
172
Mode originaire.
De l'occupation
173
Modes dérivés (volontaires).
Notion et énumération
174
1° *Mancipation (mancipatio).*
Formes de la mancipation
175
Explication de ces formes et histoire de la mancipation
176
Pactes adjoints à la mancipation
177
2° *In jure cessio.*
Formes de l'*in jure cessio*
178
Applications de l'*in jure cessio*
179
3° *Tradition (traditio).*
Notion. Conditions pour que la tradition soit translative de propriété
180
Remise matérielle du *corpus* (1re condition)
181
Intention réciproque d'aliéner et d'acquérir (2e condition)
182
Intention réciproque d'aliéner et d'acquérir (suite)
183
Tradition dans le dernier état du droit
184
Modes dérivés (non volontaires).
1° *Usucapio, praescriptio longi temporis, praescriptio longissimi temporis.*
Notions générales
185
Usucapion dans le droit civil ancien et dans le droit classique.
Cas d'application de l'usucapion
186
Conditions requises pour l'acquisition par usucapion
187
Première condition: *Justa causa*
188
Deuxième condition: Bonne foi
189
Troisième condition: Prolongation de la possession
190
Quatrième condition: Chose susceptible d'usucapion
191
Effets et caractères de l'acquisition par usucapion
192
De quelques cas particuliers d'usucapion: *Usucapio pro herede et usureceptio*
193
Praescriptio longi temporis.
Notion de la *praescriptio longi temporis.* Conditions auxquelles elle est opposable
194
Effets de la *praescriptio longi temporis*
195
Usucapion à l'époque de Justinien.
Transformation de l'usucapion. Règles de l'usucapion à l'époque de Justinien
196
Praescriptio longissimi temporis, et usucapion dite extraordinaire
197
2° *Adjudicatio.*
198

Acquisition de la propriété en vertu de la loi (lege).
Notion et énumération des cas où l'acquisition de propriété a lieu *lege*
199
Accession.
Notion de l'accession
200
Cas où s'applique le principe *accessio cedit principali*
201
Perte du droit de propriété.
202
Servitudes.
Notion et divisions
203
Caractères généraux des servitudes
204
Servitudes prédiales.
Caractères propres aux servitudes prédiales
205
Classification des servitudes prédiales. Servitudes rurales et servitudes urbaines
206
Enumération des principales servitudes rurales ou urbaines.
207
Constitution des servitudes en droit civil, dans le droit prétorien et dans le droit de Justinien
208
Extinction des servitudes
209
Servitudes personnelles.
Enumération des principales servitudes personnelles
210
De l'usufruit.
Notion de l'usufruit
211
Droits et charges résultant de l'usufruit
212
Constitution de l'usufruit
213
Extinction de l'usufruit
214
Du quasi usufruit
215
Servitudes personnelles autres que l'usufruit.
Usage, habitation, *operae servorum aut animalis*
216
DROITS REELS DU DROIT PRETORIEN.
Notion et divisions. Droits réels semblables *au dominium.* Des cas divers de propriété prétorienne
217
Droits réels semblables aux servitudes: Emphytéose, superficie
218
Capacité nécessaire pour aliéner ou acquérir.
Capacité d'aliéner
219
Capacité d'acquérir
220
Modes d'acquisition per universitatem.
Enumération des modes d'acquisition *per universitatem*
221
DES HEREDITES OU SUCCESSIONS.
Notions générales et divisions
222
I. Délation de l'hérédité.
Notions historiques
223
Succession testamentaire.
Notions générales sur le testament
224
Formes du testament
225
Capacité de tester
226
Institution d'héritier réduite à sa forme la plus simple
227
Modalités de l'institution d'héritier
228
Pluralité des institutions et institutions *ex re certa*
229
Substitutions
230
Causes d'inefficacité des testaments
231
Succession ab intestat.
Notion générale de la succession *ab intestat*
232
Succession d'une personne devenue *sui juris sans affranchissement ni émancipation.*
Premier système: Système du droit civil ancien ou des XII Tables.
Diverses classes d'héritiers
233
Critique du système successoral *ab intestat* des XII Tables
234
Deuxième système: Système prétorien ou des Bonorum possessiones.
Idée générale et histoire du système prétorien
235
Division des *bonorum possessiones en bonorum possessiones* testamentaires et *ab intestat*
236
Divers ordres de *bonorum possessores ab intestat*
237
Troisième système: Epoque impériale, sénatusconsultes et constitutions impériales.
Sénatusconsultes Tertullien et Orphitien; constitutions impériales
238
Quatrième système: Novelles 118 et 127 de Justinien.
Système des Novelles 118, 127
239
Succession d'une personne affranchie ou émancipée
240
Successions ab intestat irrégulières.
240
Succession contraire au testament.
Restrictions à la liberté de tester, établies en faveur de certains successibles ab intestat.
Notions générales
241
Restrictions relatives à la forme.
De l'exhérédation des *heredes sui* et des *postumes sui,* en droit civil
242
De l'exhérédation en droit prétorien
243
Restrictions relatives au fond.

Idée générale. Notion de la *querela inofficiosi testamenti*
244
Conditions requises pour le succès de la *querela*
245
Caractères et effets de la *querela*
246
Droit de Justinien en matière d'exhérédation
247
Légitimes extraordinaires
247 *bis.*
II. Acquisition de l'hérédité.
Division
248
Acquisition de l'hereditas.
Diverses classes d'héritiers
249
Adition et répudiation par l'héritier externe
250
Effets de l'acquisition
251
Bénéfices d'abstention, *de bonorum separatio,* d'inventaire
252
Bénéfice de séparation des patrimoines
253
Acquisition de la bonorum possessio.
Comment s'acquiert la *bonorum possessio. Bonorum possessiones decretales et edictales*
254
Effets de la *bonorum possessio*
255
Collatio honorum emancipati, Collatio dotis. Collatio sous Justinien
256
III. Défaut d'acquisition de l'hérédité.
Causes du défaut d'acquisition de *l'hereditas* et de la *bonorum possessio*
257
Effets du défaut d'acquisition de *l'hereditas* et de la *bonorum possessio.* Théorie de l'accroissement
258
Théorie de l'accroissement, sous les lois caducaires
259
Destinées des lois caducaires et accroissement à l'époque de Justinien
260
IV. Acquisitions à titre particulier se rattachant à l'hérédité.
Notion générale
261
Des legs.
Notion et divisions
262
I. Eléments du legs.
Forme des legs
263
Sénatusconsulte Néronien. Disparition des formules de legs et droit de Justinien
264
Personnes figurant dans le legs
265
Choses pouvant faire l'objet du legs
266
Modalités des legs
267
II. De l'acquisition du legs.
Théorie du *dies cedens*
268
III. Du défaut d'acquisition du legs.
Causes du défaut d'acquisition. Causes contemporaines de la disposition
269
Causes postérieures
270
Exagération du nombre ou de la quotité des legs
271
Effets du défaut d'acquisition. Droit d'accroissement
272
Des fidéicommis.
Notions générales
273
Développement historique
274
Règles générales applicables aux fidéicommis d'hérédité et aux fidéicommis particuliers
275
Règles spéciales aux fidéicommis d'hérédité
276
Règles spéciales aux fidéicommis particuliers
277
Autres modes de disposition mortis causa.
Donation *mortis causa* et *mortis causa capio*
277 *bis.*
Des codicilles.
278
Législation spéciale aux militaires en matière successorale.
279
Autres modes d'acquisition *per universitatem.*
280
REPERTOIRE ALPHABETIQUE.
A
Acceptilatio, (**122**)
Accessio possessionum, (**190**)
Accession, (**200** et suiv.)
Accouchement, (**44**)
Accroissement (dans les institutions d'héritier), (**258** et suiv.)
Accroissement (dans les legs), (**272**)
Acquisition *per extraneam personam,* (**220**)
Acquisition *per universitatem,* (**221**) **280**)
Acta publica, (**100**)
Actes (rendant la condition meilleure ou pire), (**120**)
Actio confessoria, (**203**)
Actio subsidiaria, (**129**) **144**)
Action *ad exhibendum,* (**201**)
Action *communi dividundo,* (**198**)
Action confessoire (V. *Actio confessoria).*
Action *de peculio,* (**77**)
Action *de rationibus distrahendis,* (**128**) **144**)
Action *de sepulcro violato,* (**164**)
Action *de tigno juncto,* (**201**)
Action en revendication, (**165**)
Action *familiae herciscundae,* (**198**)
Action *familiae herciscundae,* (**263**)
Action *familiae herciscundae,* (**266**)
Action *finiumregundorum,* (**198**)

Action *in personam,* (**151**)
Action *in rem,* (**151**)
Action *negotiorum gestorum contraria utilis,* (**144**)
Action *negotiorum gestorum direc ta utilis,* (**144**)
Action paulienne, (**68**)
Action *rei uxoriae,* (**90**)
Action *tutelae contraria,* (**128**)
Action *tutelae directa,* (**128**)
Actor, (**150**)
Actus legitimi, (**175**)
Addictio, (**100**) **178**)
Adition d'hérédité, (**120**) **122**) **132**) **250**)
Adjudicatio, (**198**) **208**) **213**) **263**)
Administration du curateur, (**142**)
Administration du tuteur, (**118**) **123**) **124**)
Adoptio (définition), (**99**)
Adoptio (effets), (**101**)
Adoptio (formes), (**100**)
Adoptio (validité), (**102**)
Adoptio imperio magistratus, (**100**)
Adoptio minus plena, (**101**)
Adoptio per populum, (**100**)
Adoptio plena, (**101**)
Adoptio testamentaria, (**99**)
Adoption, (**87**) **99** et suiv.) **146**)
Adrogatio (définition), (**99**)
Adrogatio (effets), (**101**) **280**)
Adrogatio (formes), (**100**)
Adrogatio (validité), (**102**),
Adscripticius, (**50**)
Adultère, (**89**)
Adultère, (**97**)
Aerarii, (**57**)
Aes, (**176**)
Aes rude, (**176**)
Aes signatum, (**176**)
Affinitas (V. Alliance).
Affranchis citoyens, (**69**) **70**)
Affranchis (condition des), (**57**) **64**) **69**)
Affranchis *latini juniani* (V. *Latini juniani*).
Affranchissement, (**49**)
Affranchissement, (**61**)
Affranchissement *censu,* (**62**)
Affranchissement *in fraudem creditorum,* (**68**) **70**)
Affranchissement *in fraudem patroni,* (**68**)
Affranchissement *in sacrosanctis ecclesiis,* (**70**)
Affranchissement (modalités), (**63**)
Affranchissement (modes solennels), (**62**) **66**)
Affranchissement (modes solennels), (**70**)
Affranchissement (modes non solennels), (**67**)
Affranchissement (restrictions légales), (**68**)
Affranchissement (révocation pour ingratitude), (**45**)
Affranchissement testamentaire direct, (**62**)
Affranchissement testamentaire par fidéicommis, (**62**)
Affranchissement *testamento,* (**62**) **63**)
Affranchissement (validité de l'), (**62**)
Affranchissement *vindicta,* (**62**) **132**)
Africanus, (**23**)
Ager colonicus, (**161**)
Ager coloniis municipiisve fruendus datus, (**161**)
Ager colono datus, (**162**)
Ager compascuus, (**161**)
Ager datus adsignatus viritim, (**161**)
Ager de publico redditus, (**161**)
Ager privatus, (**161**)
Ager privatus ex jure peregrino, (**162**)
Ager privatus optimo jure, (**161**)
Ager privatus vectigalisque, (**162**)
Ager publicus, (**161**)
Ager publicus, (**166**)
Ager quaestorius, (**162**)
Ager romanus, (**161**)
Ager stipendiariis datus, (**162**)
Agere, (**13**)
Agnation, (**52**) **87**) **91**) **101**) **105**) **135**) **148**) (**233**)
Agnats (V. Agnation).
Agri arcifinii, (**201**)
Agri limitati, (**201**)
Agri occupatorii, (**161**)
Album judicum, (**54** *bis*)
Album praetoris, (**14**)
Alliance, (**87**)
Animus domini, (**167**) **180** et suiv.)
Apertura tabularum testamenti, (**250**) **268**) **270**)
Aqua et igni accipere, (**80**)
Aqua profluens, (**164**)
Aquae et ignis interdictio, (**54**)
Aquilius Gallus, (**13**)
Arrhes, (**82**)
Assertor libertatis, (**62**)
Atticus, (**48**)
Auctoritas senatus, (**19**)
Auctoritas tutoris, (**88**)
Auctoritas tutoris, (**118**) **119**) **120**) **121**) **122**) **123**) **132**) **142**)

B

Barbares, (**39**) **45**) **50**) **55**) **60**)
Basiliques, (**38**)
Bellum justum, (**45**) **55**) **173**)
Bénéfice de compétence, (**54** *bis*) **89**)
Bénéfice d'inventaire, (**252**)
Beneficium principale, (**54** *bis*)
Beneficium principale, (**69**)
Biens, (**151**)
Bona, (**151**)
Bona adventitia (V. *Peculium adventitium*).
Bona caduca, (**164**)
Bona caduca, (**259**)
Bona damnatorum, (**164**)
Bona materna, (**77**)
Bona paterna avitaque, (**135**)
Bona vacantia, (**164**)
Bona vacantia, (**240**)
Bonorum addictio libertatum servandar. causa, (**280**)
Bonorum distractio, (**54** *bis*)
Bonorum possessio (acquisition), (**254**)

Bonorum possessio (effets), (**255**)
Bonorum possessio contra tabulas, (**243**)
Bonorum possessio dimidiae partis, (**240**)
Bonorum possessio ex edicto carboniano, (**254**)
Bonorum possessio secundum nuncupationem, (**236**)
Bonorum possessio secundum tabulas, (**225**) **227**) **231**) **236**)
Bonorum possessio tum quem ex familia, (**240**)
Bonorum possessio unde cognati, (**98**) **237**) **240**)
Bonorum possessio unde cognatimanumissoris, (**240**)
Bonorum possessio unde decem personae, (**240**)
Bonorum possessio unde legitimi, (**237**) **238**) **240**)
Bonorum possessio unde liberi, (**237**) **240**)
Bonorum possessio unde patronus, patrona, etc., (**240**)
Bonorum possessio unde vir et uxor, (**237**) **240**)
Bonorum possessiones ab intestat, (**236**) **237**)
Bonorum possessiones cum re, (**255**)
Bonorum possessiones decretales, (**254**)
Bonorum possessiones edictales, (**254**)
Bonorum possessiones (notion et histoire), (**235**)
Bonorum possessiones sine re, (**255**)
Bonorum possessiones testamentaires, (**236**)
Bonorum possessiones testamentaires, (**236**)
Bonorum separatio, (**252**)
Bonorum venditio, (**54** *bis*) **68**) **152**) **280**)
Breviarium Alarici, (**39**)
Brutus, (**13**)

C

Caducorum vindicatio, (**259**)
Capacité d'acquérir, (**220**)
Capacité d'aliéner, (**219**)
Capacité de l'institué, (**227**)
Capacité de tester, (**226**)
Capitatio humana, (**50**)
Capitis deminutio, (**91**) **145** et suiv.)
Capitis deminutio (effets), (**147**) **148**)
Capitis deminutio maxima, (**146**) **147**) **148**)
Capitis deminutio media, (**146**) **147**) **148**)
Capitis deminutio minima, (**146**)
Capitis deminutio minima, (**148**)
Capito (Ateius), (**23**)
Captivité, (**45**)
Caput (sive status), (**145**)
Castrati, (**83**)
Cato, (**13**) **269**)
Causa liberalis, (**62**)
Causa perpetua, (**205**)
Causae probatio, (**69**) **97**) **103**)
Cautio legatorum, (**267**)
Cautio usufructuaria, (**212**)
Caution mucienne, (**267**)
Cavere, (**13**)
Célibat, (**92**) **96**) **257**) **259**)
Celsus (Juventius), (**23**)
Censitus, (**50**)
Centuriae praerogativae, (**9**)
Choses hors du commerce, (**163**)
Cicéron, (**13**) **48**) **133**) **210**) **215**) **235**) **244**)
Circumscriptio adolescentium, (**137**)
Citoyen (acquisition de la qualité de), (**53**)
Citoyens (différentes classes), (**54** *bis*)
Citoyen (extension de la qualité de), (**60**)
Citoyen (perte de la qualité de), (**54**)
Citoyen (privilèges du), (**52**)
Cives minuto jure, (**54**) *bis*)
Cives minuto jure, (**57**)
Cives minuto jure, (**64**)
Cives optimo jure, (**57**)
Civis (notion du), (**51**)
Civitas sine suffragio, (**57**)
Civitates foederatae, (**58**)
Civitates peregrinae, (**59**)
Clarissimi (et non clarissimi), (**54** *bis*) **115**)
Clause codicillaire, (**278**)
Cnaeus Flavius, (**13**)
Code de Justinien, (**35**)
Code Théodosien, (**30**) **39**)
Codex, (**29**)
Codex repetitae praelectionis (V. Code de Justinien).
Codex vetus (de Justinien), (**32**)
Codicilles, (**278**)
Coelibes, (**94**) **257**)
Coemptio, (**79**)
Coemptionator, (**106**)
Cognation, (**91**) **101**) **105**) **114**) **148**)
Cognomen, (**64**) **101**)
Collatio bonorum emancipati, (**256**)
Collatio (dans le droit de Justinien), (**256**)
Collatio dotis, (**256**)
Collatio (legum mosaïcar. et roman.), (**29**)
Collèges funéraires, (**149**) **150**)
Collegia, (**149**) **150**)
Collegia tenuiorum, (**149**)
Colonat, (**26**) **50**)
Colonies latines, (**58**) **59**)
Colonies romaines, (**57**) **58**) **59**)
Colonus, (**50**)
Comédiens, (**86**)
Comitia centuriata, (**100**)
Comitia curiata, (**100**)
Comitia tributa, (**10**) **100**)
Commixtio, (**201**)
Communio, (**198**)
Concilia plebis, (**10**)
Concours de deux causes lucratives, (**270**)
Concubina, (**97**)
Concubinat, (**97**)
Concubinat, (**103**)
Condamnation *ad bestias,* (**45**)
Condamnation *ad metallum,* (**45**)
Conditio, (**63**)
Confarreatio, (**79**) **95**)
Confédération latine, (**56**) **58**)
Confessio in jure, (**13**) **62**) **178**)
Confiscation, (**89**) **280**)
Confusio, (**201**)

Confusion, (**209**)
Consanguinei, (**233**) **238**)
Consecratio, (**164**)
Consensus curatoris, (**141**) **142**)
Consensus (nudus), (**80**)
Consilium (en cas d'affranchissement), (**68**)
Consilium principis, (**25**)
Consolidation, (**214**)
Constantinople, (**115**)
Constitut possessoire, (**181**)
Constitutio generalis, (**29**)
Constitutio personalis, (**29**)
Constitutio principis, (**20**)
Constitutions impériales, (**20**)
Consuetudo (longa, inveterata), (**7**) **8**)
Consultatio veteris jurisconsulti, (**29**)
Continuatio possessionis, (**190**)
Contubernalis, (**46**)
Contubernium, (**46**) **97**)
Conventio in manum (V. *Manus*).
Copropriété, (**155**)
Copropriété de famille, (**73**)
Corpora, (**149**)
Corpus (possessionis), (**167**) **180**)
Corpus juris, (**11**)
Corpus juris civilis, (**31**)
Coutume, (**8**) **27**)
Créance d'aliments, (**148**)
Cretio, (**250**)
Crimen expilatae hereditatis, (**193**)
Crimen suspecti curatoris, (**143**) **144**)
Crimen suspecti tutoris, (**128**)
Cura furiosi (V. Curatelle des fous).
Cura prodigi (V. Curatelle des prodigues).
Curatelle, (**108**) **134** et suiv.)
Curatelle déférée par le magistrat, (**135**)
Curatelle des fous, (**135**)
Curatelle des mineurs de vingt-cinq ans, (**136** et suiv.)
Curatelle des muets, (**135**)
Curatelle des prodigues, (**135**)
Curatelle des pupilles, (**140**)
Curatelle des sourds, (**135**)
Curatelle (effets), (**141** et suiv.)
Curatelle (fin), (**143**)
Curateur (fonctions), (**142**)
Curateurs permanents, (**139**)
Curiales (V. Décurion).

D

Decemviri, (**11**)
Decreta (des empereurs), (**20**)
Décurion, (**60**)
Décurion, (**103**)
Dedititii, (**60**)
Dedititii (Affranchis), (**60**) **68**) **69**) **70**)
Deductio in domum, (**80**)
Deductio servitutis, (**208**)
Délits privés, (**3**)
Derelictio, (**183**) **188**)
Détention, (**167**) **170**)
Detestatio sacrorum, (**100**)
Dies, (**63**)
Dies cedens (des legs), (**268**)
Dies fasti, (**13**)
Dies incertus in testamento, (**228**)
Dies nefasti, (**13**)
Dies veniens (des legs), (**268**)
Diffareatio, (**95**)
Digeste, (**33**)
Dispensator, (**47**)
Divorce, (**95** et suiv.)
Divortium bona gratia, (**96**)
Doli capacitas, (**119**)
Dominium (V. *Dominium ex jure quiritium*).
Dominium ex jure quiritium (V. Propriété), (**52**) **155**) **161**) **162**) **217**)
Dominium (nudum), (**155**) **211**) **217**)
Domus, (**161**)
Donation *mortis causa,* (**277** *bis*)
Dosithée, (**67**)
Dot, (**90**)
Droit classique, (**16**)
Droit coutumier, (**12**)
Droit criminel, (**3**)
Droits de famille, (**147**) **148**) **150**) **151**)
Droit de la mère, (**71**)
Droit d'habitation, (**216**)
Droit d'usage, (**216**)
Droit des gens, (**3**)
Droit (Histoire du), (**2**)
Droit (Histoire externe), (**6**)
Droit (Histoire interne), (**6**)
Droit honoraire, (**14**)
Droit international, (**3**)
Droit international romain, (**4**)
Droit naturel, (**2**)
Droit (Origine et définition), (**1**)
Droit positif, (**2**)
Droit prétorien, (**14**)
Droit privé, (**3**)
Droit privé romain, (**5**)
Droit public, (**3**)
Droit public romain, (**4**)
Droit romain (Enseignement du), (**5**),
Droits pécuniaires, (**147**) **148**) **150**)
Droits personnels, (**151**)
Droits réels, (**151**) **153** et suiv.)
Droits réels du droit civil, (**154** et suiv.)
Droits réels du droit prétorien, (**217** et suiv.)
Droit (Science du), (**2**)

E

Edicta (des empereurs), (**20**)
Edictum, (**14**)
Edictum perpetuum, (**14**)
Edictum perpetuum, (**21**)
Edictum provinciale, (**14**)
Edictum repentinum, (**14**)

Edictum tralatitium, (**14**)
Ediles curules, (**14**)
Edit *de conjungendis,* (**237**)
Edits des magistrats (**12**), **13**) **21**)
Emancipation, (**105**) **237**)
Emancipation, (**256**)
Emancipation Anastasienne, (**105**)
Emancipation *(contracta fiducia),* (**105**)
Emphytéose, (**218**)
Epistola, (**20**)
Epistola principis. - V. *Oratioprincipis* .
Epitome Gaii, (**24**)
Equites, (**54** *bis*)
Ereptorium, (**280**)
Erroris causae probatio, (**60**) **85**) **86**) **97**) **103**)
Esclavage, (**43** et suiv.)
Esclavage (Cessation de l'), (**49**)
Esclave (Comment on devient), (**44**) **45**)
Esclaves (Condition des), (**46**) **47**) **48**)
Etat (personne morale), (**149**)
Evèque, (**104**)
Exhérédation (dans le droit de Justinien), (**247**)
Exhérédation ou omission des *sui* (Droit civil), (**242**)
Exhérédation ou omission des *sui* (Droit prétorien), (**243**)
Existimatio, (**146**)
Exposition des enfants, (**76**)

F

Factio testamenti, (**112**)
Factio testamenti, (**226**)
Factio testamenti, (**227**)
Factio testamenti, (**265**)
Familia, (**72**) **91**) **155**) **222**) **225**) 373.
Familiae emptor, (**225**)
Familiaris, (**47**)
Famille (Evolution de la notion de), (**71**)
Famille patriarcale, (**71**) **91**)
Famulus, (**47**)
Far (V. *Confarreatio*).
Fas (opposé à *jus*), (**15**)
Festuca, (**62**)
Fiançailles, (**82**)
Fidéicommis, (**273** et suiv.)
Fidéicommis d'hérédité, (**276**)
Fidéicommis (Histoire des), (**274**)
Fidéicommis particulier, (**277**)
Fidéicommis (règles générales), (**275**)
Fidéicommis tacite, (**260**)
Fiducie (V. *Pactum fiduciae)*, (**100**) **105**) **106**)
Filiation (preuve), (**93**)
Filiafamilias, (**73**) **79**) **88**) **95**) **100**) **107**) **242**)
Filiusfamilias (**73** et suiv.), **88**) **100**) **104**)
Filiusfamilias (**105**) **107**)
Filius primo gradu, (**242**)
Fisc (Attribution des parts caduques), (**259**)
Fisc (Succession au profit du), (**240**)
Flamine de Jupiter, (**104**)
Florentinus, (**43**)
Flumina (perennia, torrentia), (**164**)
Foederati, (**60**)
Foedus aequum, (**56**) **58**)
Foedus iniquum, (**56**) **58**)
Fonds italiques, (**161**) **162**)
Fonds provinciaux, (**162**) **191**) **194**) **208**) **217**)
Formalisme, (**7**)
Foyer domestique, (**71**)
Fragmenta Vaticana, (**29**)
Fruits, (**199**) **212**)
Fruits civils, (**212**)
Fruits naturels, (**212**)
Furiosi, (**119**) **135**) **141**) **142**)

G

Gaius, (**24**)
Galates, (**74**)
Gens, (**92**) **101**) **135**) **155**) **161**) **223**) **225**) **233**) **240**)
Gens Cornelia, (**92**)
Gentes, (**15**) **52**) **92**) **100**) **225**)
Gentiles (V. *Gens*).
Gestio tutoris (V. Administration du tuteur).
Glossateurs (Ecole des), (**39**)
Gregorianus, (**29**)
Grossesse, (**44**) **93**)

H

Hasta, (**62**) **173**) **246**)
Heredes domestici, (**233**)
Heredes extranei (V. *Heredes voluntarii*).
Heredes legitimi, (**223**) **232**) **237**) **238**)
Heredes necessarii, (**68**) **249**) **251**) **252**)
Heredes sui et necessarii, (**233**) **242**) **249**) **251**) **252**)
Heredes voluntarii, (**249**) **252**)
Hereditas (hérédité en droit civil), (**222**) **239**) **255**)
Hérédité (acquisition), (**248** et suiv.)
Hérédité (défaut d'acquisition), (**257** et suiv.)
Hérédité (délation), (**233** et suiv.)
Heredium, (**161**)
Heres suus (V. *Heredes sui et necessarii)*, (**90**) **91**) **233**) **256**)
Hérédité jacente, (**249**)
Hermogenianus, (**29**)
Herus, (**222**)
Honestiores, (**54** *bis*)
Honor, (**60**)
Hospes, (**56**)
Hospitium privatum, (**56**)
Hospitium publicum, (**56**)
Hostis, (**55**)
Humanistes (Ecole des), (**39**)
Humiliores, (**54** *bis*) **128**)
Hypothèque (des mineurs de vingt-cinq ans), (**144**)
Hypothèque (du pupille), (**129**)

I

Ignominia, (**57**) **146**)
Illustres, (**80**)
Immeubles, (**159**)
Immunitas, (**162**)
Imperium, (**9**)
Impuberes (V. Puberté).

Impubères (V. Puberté), (**108**) **109** et suiv.)
In bonis habere, (**67**) **69**) **155**) **158**) **184**) **186**) **217**) **235**) **276**)
In jure cessio, (**13**) **132**) **178** et suiv.) **208**) **213**)
In jure cessio hereditatis, (**280**)
In jure cessio (de la tutelle légitime), (**131**)
Incensus, (**45**)
Inceste, (**87**) **97**)
Indivision (V. Copropriété).
Infamie, (**57**) **86**) **94**) **128**) **137**) **146**) **252**)
Infantes, (**119**) **120**)
Infantia (V. *Infantes*).
Infantiae proximi, (**119**)
Ingénus, (**61**)
Ingenuus (in servitute), (**62**)
Inquilinus, (**50**)
Insani (V. *Mente capti*).
Institutes (de Gaius), (**24**) **34**)
Institutes (de Justinien), (**5**) **34**)
Institution *cum cretione* , (V. *Cretio*).
Institution d'héritier, (**224**) **227**)
Institution d'héritier (modalités), (**228**)
Institution *ex re certa,* (**229**)
Instrumentum dotale, (**80**) **103**)
Instrumentum dotis, (**80**)
Interdiction (V. Curatelle des prodigues).
Interdit *de liberis exhibendis,* (**89**) **95**)
Interdit *de superficie,* (**218**)
Interdit *de uxore exhibenda,* (**89**)
Interdit *ne vis fiat ei qui in possessionem missus est,* (**254**)
Interdits possessoires, (**166**)
Interdits quasi possessoires, (**171**)
Interdit *quorum bonorum,* (**235**) **254**) **255**)
Interpretatio, (**13**) **20**) **27**) **73**) **114**) **116**)
Intervalles lucides, (**141**)
Intestabilis, (**146**)
Invecta illataque, (**50**)
Inventaire (des biens du pupille), (**127**)
Italie, (**58**) **161**) **162**)
Iteratio, (**69**)

J

Javolenus, (**23**)
Judices, (**13**)
Judices privati, (**14**)
Judicium imperio continens, (**198**) **208**)
Judicium legitimum, (**198**) **208**)
Juger (Jugera), (**161**)
Jura, (**157**)
Jura gentilitatis (V. *Gens, Gentes)* .
Jura in bonis, (**64**)
Jura patronatus, (**64**) **147**)
Jurisdictio, (**14**)
Jurisdictio voluntaria, (**62**)
Jurisperiti, (**13**)
Jurisprudentes, (**13**)
Jurisprudentia, (**13**)
Jus, (**7**) **27**)
Jus abstinendi, (**252**)
Jus abutendi, (**154**) **211**) **215**)
Jus accrescendi (V. Accroissement).
Jus adcrescendi ad certam portionem, (**242**) **243**)
Jus antiquum in caducis, (**259**) **272**)
Jus aureorum annulorum, (**69**)
Jus caduca vindicandi, (**98**) **259**)
Jus capiendi ex testamento, (**69**) **257**) **270**) **279**)
Jus civile, (**7**) **16**) **45**) **52**) **53**) **109**) **155**) **172**) **175**)) **192**)
Jus commercii, (**52**) **54** *bis*) **56**) **57**) **58**) **59**) **69**) **172**) **175**) **176**) **178**) **192**)
Jus commune, (**54** *bis*)
Jus connubii, (**52**) **53**) **54** *bis*) **56**) **57**) **58**) **59**) **60**) **64**) **69**) **84**) **85**) **86**) **87**) **97**)
Jus deliberandi, (**250**) **252**)
Jus edicendi, (**21**)
Jus emphyteuticum, (**218**)
Jus fetiale, (**55**)
Jus fruendi, (**154**) **212**)
Jus Gentium, (**6**) **15**) **16**) **26**) **43**) **44**) **45**) **53**) **54**) **59**) **65**) **76**) **97**) **98**) **109**) **172**) **173**)
Jus honorarium, (**14**) **21**)
Jus honorum, (**52**) **64**) **73**)
Jus in agro vectigali, (**218**)
Jus italicum, (**162**)
Jus latii, (**58**)
Jus latii coloniarii, (**58**) **60**)
Jus liberorum, (**98**) **133**) **238**) **240**)
Jus militare, (**54** *bis)* **279**)
Jus naturale, (**16**)
Jus non scriptum, (**8**) **17**)
Jus paganorum, (**279**)
Jus postliminii, (**49**) **94**) **104**) **105**) **146**) **226**)
Jus quiritium (V. *Dominium ex jure quiritium*), (**7**) **52**)
Jus scriptum, (**8**) **18**)
Jus sepulcri, (**164**)
Jus strictum, (**6**) **7**) **15**) **62**) **73**) **88**) **233**)
Jus suffragii, (**52**) **57**) **73**)
Jus utendi, (**154**) **212**) **216**)
Jus vitae ac necis, (**73**) **76**)
Justa causa adrogationis, (**102**)
Justa causa manumissionis, (**68**)
Justa causa traditionis, (**182**) **183**)
Justa causa usucapionis, (**187**) **188**) **193**)
Juste titre putatif, (**188**)

L

Labeo (Marcus Antistius), (**23**) **278**)
Laeti, (**60**)
Latifundia, (**50**) **161**)
Latini coloniarii, (**58**) **67**) (
Latini juniani, (58) **60**) **67**) **69**) **70**) **240**) **257**)
Latini veteres, (**58**)
Latins, (**58**)
Latium (majus), (**60**)
Latium (minus), (**60**)
Laudatio funebris de Turia, (**131**)
Legare, (**222**) **225**)
Legatum debiti, (**266**)
Leges, (**27**) **29**) **97**)
Leges caducariae, (V. *Lois Julia caducaria, Papia Poppaea*), (**54** *bis*) **257**) **259**) **260**) **272**) **277**) **277** *bis*)
Leges novae, (**257**)
Legis actio, (**52**) **178**)

Legis actiones, (**14**) **122**) **132**) **178**) **235**)
Législation (Etudes de), (**2**)
Legitima aetas, (**137**)
Légitimation, (**98**) **103**)
Légitimation (par mariage subséquent), (**103**)
Légitimation (par oblation à la curie), (**103**)
Légitimation (par rescrit du prince), (**103**)
Légitime (V. Quarte légitime), (**247**)
Légitimes extraordinaires, (**247** *bis*)
Legs de choses de genre, (**266**)
Legs de choses incorporelles, (**266**)
Legs de corps certains, (**266**)
Legs de la chose d'autrui, (**266**)
Legs de libération, (**266**)
Legs (Défaut d'acquisition des), (**269** et suiv.)
Legs d'option, (**266**)
Legs d'une servitude, (**266**)
Legs (Forme des), (**263**)
Legs (Modalités des), (**267**)
Legs (Notion du), (**262**)
Legs partiaire, (**266**)
Legs per damnationem, (**62**) **263**) **272**)
Legs per praeceptionem, (**263**)
Legs *per vindicationem,* (**112**) **263**) **272**)
Legs (Révocation du), (**270**)
Legs *sinendimodo,* (**263**)
Lex, (**7**) **9**) **10**)
Lex centuriata, (**9**) **10**)
Lex curiata, (**9**) **102**)
Lex romana Burgundionum, (**39**)
Lex romana Wisigothorum, (**39**)
Libellus repudii, (**96**)
Liber, (**73**) **237**)
Liberi justi, (**91**) **93**)
Liberi naturales, (**98**) **102**) **103**)
Liberi non justi, (**98**) **103**)
Libertas (major), (**69**)
Libertas (minor), (**69**)
Libertas (pessima), (**69**)
Libertinus, (**61**)
Libertus, (**61**)
Libertus orcinus, (**62**) **66**)
Libripens, (**175**) **176**)
Litis contestatio, (**190**) **195**) **199**) (**199**)
Loca publica, (**162**)
Locus religiosus, (**164**)
Loi *AElia Sentia,* (**67**) **68**) **69**) **70**) **107**) 176.
Loi *Atilia,* (**115**) **127**) 202.
Loi *Atinia,* (**191**)
Loi Canuleia, (**54** *bis*) **86**) **93**)
Loi *Cornelia,* (**14**)
Loi *Cornelia de falsis*, (**105**) **226**)
Loi *Falcidia,* (**271**) **277**) **277** *bis*)
Loi *Fufia Caninia,* (**68**) **70**) **107**) **271**)
Loi *Furia testamentaria,* (**271**) **277** *bis*)
Loi *Hortensia,* (**10**)
Loi *Julia* (V. *Loi Plautia Papiria*), (**58**)
Loi *Julia caducaria,* (**54** *bis*) **69**) **86**) **88**) **90**) **97**) **133**) **240**) **257**) **259**) **260**) **272**) **277**) **277** *bis*)
Loi *Julia de adulteriis,* (**89**) **96**) **97**)
Loi *Julia de maritandis ordinibus,* (**257**)
Loi *Julia de fundo dotali,* (**90**) **159**)
Loi *Julia de vi,* (**191**)
Loi *Julia de vicesima hereditatum,* (**250**) **277** *bis*)
Loi *Julia et Titia,* (**115**) **127**)
Loi *Julia municipalis,* (**57**) **137**) **146**)
Loi *Junia Norbana,* (**67**) **69**) **257**)
Loi *Junia Velleia,* (**242**)
Loi *Licinia,* (**161**)
Loi *Minicia,* (**53**) **98**)
Loi *Papia Poppaea,* (**69**) **86**) **88**) **90**) **94**) **97**) **133**) **240**) **257**) **259**) **260**) **272**) **277**) **277** *bis*)
Loi *Petronia,* (**48**)
Loi *Plaetoria,* (**137**) **138**)
Loi *Plautia,* (**191**)
Loi *Plautia Papiria,* (**58**)
Loi *Rubria de Gallia cisalpina,* (**57**)
Loi *Visellia,* (**69**)
Loi *Voconia,* (**227**) **233**) **266**) **271**) **277** *bis*)
Loi des citations, (**24**) **28**)
Loi de la colonie J*ulia Genetiva,* (**57**)
Loi des Douze Tables, (**11**)
Loi de *Malaga,* (**57**)
Loi de *Salpensa,* (**57**)
Lois agraires; (**161**)
Lois caducaires (V. Loi *Julia* et Loi *Papia Poppaea et Leges caducariae*).
Libertas fideicommissaria, (**62**)
Lugere maritum, (**94**)

M

Magister, (**150**)
Magistrats municipaux, (**115**) **129**) **144**) **150**)
Manilius, (**13**)
Mancipatio, (**79**) **100**) **107**) **122**) **132**) **158**) **175** et suiv.) **208**) **213**) **225**)
Mancipatio familiae, (**225**)
Mancipia, (**43**)
Mancipium, (**72**) **73**) **76**) **79**) **105**) **107**)
Mancipium, (**146**)
Mancipium fiduciae causa, (**107**)
Mandata (principis), (**20**) **54** *bis*) **86**)
Manumissio, (**61**) **122**)
Manumissor, (**105**) **131**) **240**)
Manumissor extraneus, **117**) (**240**)
Manus, (**72**) **79**) **88**) **90**) **95**) **97**) **146**) **280**)
Manus fiduciae causa, (**106**)
Manus matrimonii causa, (**106**)
Mariage (célébration du), (**80**)
Mariage (conditions de validité), (**81**)
Mariage (consentement des époux), (**82**)
Mariage (consentement des personnes ayant la puissance), (**88**)
Mariage (dissolution), (**94** et suiv.)
Mariage (effets), (**89** et suiv.)
Mariage (histoire du), (**79**)
Mariage (incapacités de contracter), (**84**) **85**) **86**) **87**)
Mariage (notion), (**78**)
Mariage (preuve), (**80**)
Mariage du droit des gens, (**94**) **97**) **148**)
Mariage sans *manus,* (**79**) **80**) **89**)

Materfamilias, (**72**) **79**)
Matrimi, (**79**)
Matrimonium dispar, (**53**)
Matrimonium sine connubio (V. Mariage du droit des gens).
Matrona honesta, (**89**) **97**)
Mente capti, (**135**) **141**) **142**)
Merces, (**50**)
Meubles, (**159**)
Milites et pagani, (**54** *bis*)
Mineurs de vingt-cinq ans, (**137**) **142**)
Mineurs de vingt-cinq ans (capacité), (**141**)
Missilia, (**183**)
Missio causaria, (**279**)
Missio honesta, (**54** *bis*) **279**)
Missio ignominiosa, (**279**)
Modestin, (**25**)
Mores majorum, (**16**)
Mortis causa capio, (**277** *bis*)
Multa, (**176**)
Municipes, (**57**)
Municipium (municipe), (**57**) **58**) **59**) **149**) **150**)
Munus publicum, (**109**) **114**)

N

Nemo partim testatus, (**223**) **224**) **246**) **279**)
Nepos, (**73**) **88**) **100**) **101**) **105**) **146**) **242**)
Neptis, (**88**)
Neratius Priscus, (**23**)
Nerva, (**23**)
Nobiles (**54** *bis*)
Nobilitas, (**54** *bis*)
Nomen gentilitium, (**64**) **101**)
Nomen latinum, (**58**)
Non citoyens, (**55**)
Non civis, (**51**)
Novelles de Justinien, (**36**)
Novelles de Théodose, (**39**)
Noverca, (**87**)
Noxalis deditio, (**76**) **(107)**)
Nuncupare (V. *Nuncupatio*).
Nuncupatio, (**225**)
Nuptiae confarreatae, (**79**)
Nuptiae justae, (**44**) **46**) **52**) **53**) **54** *bis*) **78**) **97**) **99**) **101**) **148**)
Nuptiae nefariae seu incestae, (**98**)

O

Obsequium, (**64**)
Occupatio, (**161**) **173**) **208**) **213**)
Occupatio bellica, (**173**)
Officium (devoir moral), (**109**)
Officium (du magistrat), (**21**)
Officium (fonction publique), (**86**)
Officium pietatis, (**244**)
Omission des *sui,* (**242** et suiv.)
Operae, (**64**)
Operae fabriles, (**64**)
Operae officiales, (**64**)
Operae servorum aut animalis, (**216**)
Oratio principis, (**19**)
Orbi (V. *Orbitas*).
Orbitas, (**97**) **101**) **257**)
Ordo (curie des villes), (**103**) **137**)
Ordo equester, (**54** *bis*)
Ordo senatorius, (**54** *bis*)
Originarius, (**50**)

P

Pactes adjoints à la mancipation, (**177**)
Pactes adjoints à l'*injure cessio,* (**178**)
Pactum fiduciae (V. Fiducie), (**177**) **178**)
Papianus, (**39**)
Papinien, (**25**)
Papirius Justus, (**29**)
Pandectes (V. Digeste).
Parenté, (**87**)
Parenté civile (V. Agnation).
Parenté (Degrés de), (**87**)
Parenté en ligne collatérale, (**87**)
Parenté en ligne directe, (**87**)
Parenté naturelle (V. Cognation).
Parenté par les femmes (V. Droit de la mère).
Parenté par les mâles, (**71**)
Pascua publica, (**161**)
Paterfamilias (V. *Pater*).
Pater, (**71**) **72**) **77**) **88**) **91**) **95**) **96**) **100**) **102**) **104**) **107**) **112**) **113**) **131**) **152**) **223**) **230**) **233**) **241**) **242**)
Patrice, (**104**)
Patriciens, (**13**) **54** *bis*) **79**) **86**) **92**) **97**) **99**)
Patrimi, (**79**)
Patrimoine, (**152**)
Patrons et clients, (**54** *bis*)
Patronus, (**61**)
Paul, (**25**)
Peculatus, (**176**)
Pécule des enfants de famille, (**77**)
Pécule de l'esclave, (**47**)
Peculium (V. Pécule).
Peculium adventitium, (**77**)
Peculium castrense, (**54** *bis*) **77**)
Peculium profectitium, (**77**)
Peculium quasi castrense, (**77**)
Pecunia, (**155**) **176**)
Pegasus, (**23**)
Pellex, (**97**)
Perduelles, (**55**)
Peregrinus, (**55**)
Pérégrins, (**56**) **59**) **74**) **217**)
Permissio jura condendi, (**22**) **28**)
Persona turpis, (**244**) **246**)
Personae incertae, (**227**)
Personne, (**42**)
Personnes *alieni juris,* (**72**) **108**)
Personnes juridiques (V. Personnes morales).
Personnes morales, (**149**)
Personnes physiques, (**42**) **149**)
Personnes *sui juris,* (**72**) **108**)
Petitio hereditatis fideicommissaria, (**276**)
Petitio hereditatis possessoria, (**255**)
Pétition d'hérédité, (**235**) **246**) **247**) **255**)

Pignoris capio, (**127**)
Plébéiens, (**54** *bis*) **79**) **86**) **92**) **97**) **99**)
Plébiscite, (**10**)
Plebs, (**10**) **100**)
Pline le Jeune, (**48**)
Poena, (**76**)
P*omponius Sextus,* (**23**)
Pontifes (Collège des), (**13**) **100**)
Populus, (**9**) **10**) **100**) **149**)
Possessio (corporalis seu naturalis), (**167**)
Possessio injusta, (**168**)
Possessio (justa seu civilis), (**167**)
Possession (acquisition), (**168**)
Possession (conservation et perte), (**169**)
Possession de bonne foi, (**189**) **193**) **199**)
Possession (effets), (**170**)
Possession (Eléments de la), (**167**)
Possession (notion), (**165**)
Possessiones, (**161**) **166**)
Possessor (justus), (**167**)
Postumes, (**227**)
Postumes *sui* (diverses catégories), (**242**)
Postumes *sui* (exhérédation et omission), (**242**)
Potestas, (**72**)
Potestas dominica, (**47**)
Potestas patria, (**72**) **97**)
Praedia rustica, (**206**)
Praedia rustica vel suburbana, (**191**)
Praedia (rustica vel suburbana des mineurs de vingt-cinq ans), (**141**)
Praedia (rustica vel suburbana des pupilles), (**124**)
Praedia stipendiaria, (**162**)
Praedia tributaria, (**162**)
Praedia urbana, (**206**)
Praedo, (**166**)
Praefectus aerarii, (**93**)
Praefectus praetorio, (**25**)
Praefectus Urbi, (**54** *bis*) **115**)
Praelegatum, (**265**)
Praelegatum dotis, (**266**)
Praemia patrum, (**97**) **259**)
Praescriptio fori, (**54** *bis*)
Praenomen, (**64**) **92**)
Praeses, (**115**)
Praescriptio longi temporis, (**194**)
Praescriptio longi temporis (effets), (**195**)
Praescriptio longissimi temporis, (**197**)
Praetor fideicommissarius, (**274**)
Praetor peregrinus, (**14**) **16**)
Praetor tutelaris, (**115**)
Praetor urbanus, (**14**) **115**)
Préfectures, (**58**)
Préteur, (**14**)
Privigna, (**87**)
Privignus, (**87**)
Privilège du double lien, (**239**)
Privilèges des militaires en matière successorale, (**279**)
Privilegium (des personnes en curatelle), (**144**)
Privilegium (du pupille), (**129**)
Privilegium militum, (**54** *bis*)
Pro herede gestio, (**250**)
Procédure formulaire, (**14**)
Procès fictif, (**178**)
Proconsuls, (**14**)
Proculiens, (**23**) **83**) **112**) **199**) **242**) **263**)
Proculus, (**23**)
Promptuarium (d'Harmenoupolos), (**38**)
Propréteurs, (**14**)
Prodigues, (**135**)
Prodigues (capacité), (**141**)
Profanatio, (**164**)
Proprietas, (**162**) **217**)
Propriété, (**154** et suiv.)
Propriété (acquisition *lege*), (**199**)
Propriété (caractères du droit de), (**155**)
Propriété collective, (**155**) **161**)
Propriété individuelle, (**155**)
Propriété (modes d'acquisition), (**172** et suiv.)
Propriété (modes d'acquisition dérivés), (**172**)
Propriété (modes d'acquisition du droit civil), (**172**)
Propriété (modes d'acquisition du droit des gens), (**172**)
Propriété (modes d'acquisition non volontaires), (**172**)
Propriété (modes d'acquisition originaires), (**172**)
Propriété (modes d'acquisition *peruniversitatem*), (**172**) **221**)
Propriété (modes d'acquisition volontaires), (**172**)
Propriété (Notion du droit de), (**154**)
Propriété (perte du droit), (**202**)
Protection possessoire (fondement), (**166**)
Provinces, (**14**) **16**) **54** *bis*) **57**) **58**) **59**) **60**) **62**) **68**) **86**) **100**) **111**) **115**) **128**) **162**) **274**)
Proximus agnatus, (**233**)
Pubères (V. Puberté).
Pubertas (plena), (**102**)
Pubertati proximi, (**119**) **120**)
Puberté, (**83**)
Puissance paternelle, (**72**) **73**)
Puissance paternelle (caractères), (**73**)
Puissance paternelle (effets), (**74**) **76**)
Puissance paternelle (extinction), (**104** et suiv.)
Puissance paternelle (sources), (**78** et suiv.)
Pupille (capacité), (**119**) **120**)
Pupille (garanties contre le tuteur), (**126** et suiv.)
Pupillus Pupilla, (**109**)

Q

Quarta Divi Pii (V. Quarte Antonine).
Quarte Antonine, (**102**) **247** *bis*)
Quarte du conjoint pauvre, (**247** *bis*)
Quarte Falcidie, (**245**) **271**) **279**)
Quarte légitime, (**245**)
Quarte Pégasienne, (**276**) **279**)
Quasi possessio, (**171**)
Quasi possessio longi temporis, (**208**)
Quasi traditio, (**208**) **213**)
Quasi usufruit, (**215**)
Querela inofficiosi testamenti, (**244** et suiv.) **279**)
Questeurs, (**14**)

R

Reciperatio, (**56**)
Recuperatores, (**68**)
Régime dotal, (**90**)
Régime matrimonial romain, (**90**)
Règle catonienne, (**269**)
Regulae Ulpiani, (**25**)
Rei vindicatio, (**165**)
Relegatio in insulam, (**89**)
Religiosus (locus), (**47**)
Remancipatio, (**105**)
Remedium ex Novella CXV, (**247**)
Répudiation (V. Divorce).
Répudiation de l'hérédité, (**250**)
Repudium, (**96**)
Res communes, (**164**)
Res corporales, (**157**)
Res divini juris, (**164**)
Res extra patrimonium, (**156**) **163**)
Res furtivae, (**191**)
Res in patrimonio, (**156**)
Res incorporales, (**157**) **179**)
Res mancipi, (**46**) **132**) **158**) **159**) **161**) **162**) **179**) **207**)
Res nec mancipi, (**158**) **159**) **179**) **207**)
Res nullius, (**163**) **173**) **249**)
Res religiosae, (**164**)
Res publicae, (**164**)
Res sacrae, (**164**)
Res sanctae, (**164**)
Res universitatis, (**164**)
Res vi possessae, (**191**)
Rescriptum (principale), (**20**) **100**) **102**) **103**) **105**)
Respondere, (**13**)
Respondere (publice), (**22**)
Responsa prudentium, (**12**) **13**) **17**) **22**)
Respublica, (**149**)
Restitutio in integrum, (**129**) **137**) **138**) **141**)
Restitutio natalium, (**69**)
Reverentia, (**64**) **91**) **98**)
Rogationes, (**100**)
Rome, (**14**) **16**) *bis*) **62**) **68**) **69**) **93**) **100**) **102**) **115**) **128**) **274**)

S

Sabiniens, (**23**) **83**) **112**) **199**) **242**) **263**)
Sabinus (Massurius), (**23**)
Sacra gentilitia, (**92**)
Sacra privata, (**52**) **78**) **79**) **100**) **101**) **106**) **164**) **193**) **222**) **225**) **251**) **266**)
Sacra publica, (**52**)
Saltus, (**50**)
Saltus Burunitanus, (**50**)
Saltus hiberni et aestivi, (**169**)
Salvius Julianus, (**21**) **23**)
Satisdatio (du curateur), (**144**)
Satisdatio rem pupilli salvam fore, (**113**) **127**)
Scoevola (Publius Mucius), (**13**)
Scoevola (Quintus Mucius), (**13**) **267**)
Scholae, (**23**)
Scribere, (**13**)
Scriptura, (**161**)
Second mariage, (**94**)
Sectae (V. *Scholae*).
Semel heres semper heres, (**224**) **228**) **251**) **252**)
Sénateurs, (**54** *bis*) **69**) **86**)
Sénatusconsultes, (**19**)
Senatusconsultum Claudianum, (**45**) **280**)
Senatusconsultum Largianum, (**240**)
Senatusconsultum Neronianum, (**264**)
Senatusconsultum Orphitianum, (**238**)
Senatusconsultum Pegasianum, (**69**) **260**) **274**) **276**)
Senatusconsultum Rubrianum, (**49**) **66**)
Senatusconsultum Tertullianum, (**238**)
Senatusconsultum Trebellianum, (**276**)
Sénèque, (**48**)
Sententiae receptae (Pauli), (**25**)
Separatio bonorum, (**253**)
Séparation des patrimoines (V. *Separatio bonorum*).
Sepulcra familiaria, (**164**)
Sepulcra gentilitia, (**92**)
Sepulcra hereditaria, (**164**)
Servitudes (caractères généraux), (**204**)
Servitudes (extinction), (**209**)
Servitudes (modes de constitution), (**208**)
Servitudes (notion et divisions), (**203**)
Servitudes personnelles, (**210**)
Servitudes prédiales, (**205** et suiv.)
Servitudes prédiales rurales, (**206**) **207**)
Servitudes prédiales urbaines, (**206**) **207**)
Servus (in libertate), (**62**) **67**)
Servitus (justa), (**62**)
Servus publicus, (**102**)
Servus populi romani, (**47**)
Servus terrae, (**50**)
Servi poenae, (**45**)
Servius Sulpicius, (**13**)
Sextus Aelius, (**13**)
Socer, (**87**)
Societates, (**149**)
Societates argentifodinarum, (**149**)
Societates aurifodinarum, (**149**)
Societates publicanorum, (**149**)
Societates salinarum, (**149**)
Société (Contrat de), (**147**) **148**)
Socii, (**58**)
Socii nominis latini, (**58**)
Socrus, (**87**)
Sodalitia, (**149**)
Spadones, (**83**)
Spécification, (**199**)
Sponsalia, Sponsalitia (V. Fiançailles).
Sponsus, Sponsa (V. Fiançailles).
Spurii, (**98**) **103**)
Statuliber, (**63**)
Status, (**145**) **146**)
Status familiae, (**146**)
Status libertatis, (**145**)
Stipendium, (**162**)
Stipulationes emptae et venditae hereditatis, (**276**)

Stipulationes partis et pro parte, (**266**) **276**)
Stuprum, (**89**) **97**)
Subscriptio, (**20**)
Substitution fidéicommissaire, (**275**)
Substitution pupillaire, (**230**)
Substitution quasi pupillaire, (**230**)
Substitution vulgaire, (**230**)
Substitution vulgaire réciproque, (**260**)
Successio, (**222**)
Succession ab intestat, (**223**)
Succession *ab intestat* d'après les Novelles **239**)
Succession *ab intestat* de l'émancipé, (**240**
Succession *ab intestat* des affranchis, (**240**)
Succession *ab intestat* d'une personne non affranchie ni émancipée, (**233** et suiv.)
Successions *ab intestat* irrégulières, (**240**)
Succession *ab intestat* (Ouverture de la), (**232**)
Succession contraire au testament, (**242**) **243**)
Successorium edictum, (**236**)
Superficie, (**218**)
Supplicatio, (**20**)
Syndicus, (**150**)

T

Table d'Héraclée (V. Loi *Julia municipalis*).
Tabulae honestae missionis, (**54**)
Tabulae nuptiales, (**80**)
Tabulae testamenti, (**225**)
Tabularii publici, (**93**) **252**)
Temples des dieux, (**149**) **150**)
Testament, (**132**) **223**) **225**)
Testament *calatis comitiis,* (**225**)
Testament *destitutum,* (**231**)
Testament (Formes du), (**225**)
Testament *in procinctu,* (**225**)
Testament *injustum,* (**231**) **242**)
Testament *inofficiosum,* (**244**)
Testament *irritum,* (**147**) **226**) **231**)
Testament (notion générale), (**224**)
Testament nuncupatif, (**225**)
Testament *per aes et libram,* (**225**)
Testament prétorien, (**225**)
Testament *ruptum,* (**231**) **242**)
Testament *tripartite,* (**225**)
Tiberius Coruncanius, (**13**)
Toga virilis, (**83**)
Traditio in incertam personam, (**183**)
Traditio nuda, (**180**)
Tradition, (**158**) **180** et suiv.) **208**) **213**)
Tradition *brevi manu,* (**181**)
Tradition feinte, (**181**)
Tradition *longa manu,* (**181**)
Tradition symbolique, (**181**)
Transitio ad maritum, (**80**)
Transitio ad plebem, (**99**)
Translatio legati, (**270**)
Translatio servitutis, (**208**)
Trebatius Testa, (**13**) **278**)
Trésor, (**199**)
Tribonien, (**32 33**)
Tribunal de famille, (**89**) **237**)
Tribuns du peuple, (**115**)
Tributarius, (**50**)
Tributum, (**162**)
Tributum capitis, (**162**)
Trinoctio abesse, (**79**)
Tripertita, (**13**)
Turbatio sanguinis, (**94**)
Tutelle, (**108** et suiv.)
Tutelle déférée aux *Gentiles,* (**111**) **114**) **131**)
Tutelle déférée par le magistrat, (**115**) **131**)
Tutelle des agnats, (**111**) **114**) **131**)
Tutelle des femmes pubères, (**130** et suiv.)
Tutelle des femmes pubères (délation), (**131**)
Tutelle des femmes pubères (effets), (**132**)
Tutelle des femmes pubères (fin), (**133**)
Tutelle (excuses), (**125**)
Tutelle des impubères (définition et caractère), (**109**)
Tutelle des impubères (délation), (**110** et suiv.)
Tutelle des impubères (effets), (**118** et suiv.)
Tutelle des impubères (fin), (**125**)
Tutelle des impubères affranchis, (**116**)
Tutelle des impubères émancipés, (**117**)
Tutelle fiduciaire, (**117**)
Tutelle légitime (V. Tutelle des agnats).
Tutelle testamentaire, (**111**) **112**) **131**)
Tutelle testamentaire irrégulière, (**113**)
Tuteur datif (V. *Tutores dativi*).
Tuteur des femmes pubères, (**88**)
Tuteur (mariage prohibé avec l'expupille), (**87**)
Tuteur (Pouvoirs du), (**121** et suiv.) **132**)
Tutor, (**109**)
Tutor Atilianus, (**115**)
Tutor (auctor in rem suam), (**122**)
Tutor certae causae, (**115**) **122**)
Tutor legitimus, (**114**) **117**) **131**)
Tutor optivus, (**131**)
Tutoris datio, (**112**) **115**)
Tutoris optio, (**131**) **133**)
Tutores dativi, (**115**)

U

Ulpien, (**25**)
Universitas, (**149**)
Usucapio libertatis, (**209**)
Usucapio pro herede, (**193**) **234**) **235**) **249**)
Usucapion, (**185** et suiv.) **208**) **213**)
Usucapion (cas d'application), (**186**)
Usucapion (conditions requises), (**187** et suiv.)
Usucapion (effets et caractères), (**192**)
Usucapion extraordinaire, (**197**)
Usucapion *pro emptore,* (**189**)
Usucapion transformée, (**196**)
Usufruits (Charges), (**212**)
Usufruit (Constitution de l'), (**213**)
Usufruit (Extinction de l'), (**147**) **148**) **214**)
Usufruit (Notion), (**211**)
Usufruitier (Droits de l'), (**212**)

Usureceptio, (**193**)
Usureceptio ex praediatura, (**193**)
Usurpatio, (**190**)
Usus (en cas de *manus*), (**79**)
Uxor, (**79**) **80**) **87**) **97**)

V

Vaenia aetatis, (**141**) **143**)
Vectigal, (**161**) **218**)
Vente de l'hérédité, (**280**)
Verna, (**47**)
Vestale, (**104**) **133**)
Veterani, (**60**)
Villicus, (**47**)
Vindicta, (**62**) **68**)
Vitricus, (**87**)
Vulgo conceptus, (**53**) **87**) **98**)
Vulgo quaesitus (V. *Vulgo conceptus*).

FIN DU REPERTOIRE ALPHABETIQUE.