BnF Gallica

# Institutes de Justinien / traduites et expliquées par L. Étienne,...

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

{BnF Gallica

. Institutes de Justinien / traduites et expliquées par L. Étienne,.... 1845.

**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
**utilisation.commerciale@bnf.fr**.

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

37750

# INSTITUTES

DE

# JUSTINIEN

TRADUITES ET EXPLIQUÉES.

Aix. — Imprimerie de Nicot et Pardigon. — 1845.

# INSTITUTES

DE

# JUSTINIEN

TRADUITES ET EXPLIQUÉES,

BIBLIOTHÈQUE ROYALE
I

**Par L. ÉTIENNE,**

Avocat à la Cour Royale,

**Professeur de Droit Romain à la Faculté de Droit d'Aix.**

**TOME PREMIER.**

PARIS,
COTILLON, LIBRAIRE, RUE DES GRÈS, 16,
près l'École de Droit.

AIX,
PARDIGON, LIBRAIRE,
rue du Grand-Boulevard, 5.

1845.

# AVERTISSEMENT.

## A MONSIEUR

# ROSSI,

## PAIR DE FRANCE, MEMBRE DE L'INSTITUT,

**Membre du Conseil Royal de l'Instruction Publique,**

*Officier de la Légion d'Honneur,*

Doyen et Professeur de la Faculté de droit

**de Paris.**

Témoignage de reconnaissance
et de respect,

**ÉTIENNE.**

# AVERTISSEMENT.

---

En livrant à la jeunesse de nos écoles un nouvel ouvrage sur les Institutes de Justinien, je n'ai pas la prétention d'avoir fait beaucoup avancer la science. J'ai travaillé pour les élèves qui suivent mes cours ; si d'autres trouvent mon travail utile, je serai flatté de leurs suffrages et amplement récompensé de mes efforts.

Mon but est seulement d'exposer clairement les principes élémentaires du droit romain. Je me suis surtout attaché à mettre en relief ceux de ces principes qui présentent de l'intérêt pour notre législation française. C'est, en effet, par le rapprochement du droit romain avec le droit français, que le premier peut reprendre l'autorité qui, il faut l'avouer, semble lui échapper. Ainsi, dans le premier livre, j'ai eu le soin d'indiquer les règles de capacité pour les esclaves, les fils de famille, les pères de famille impubères, pubères, mineurs ou majeurs de vingt–cinq ans; dans le second livre, j'ai insisté sur les modes d'acquérir la propriété, sur les servitudes personnelles et prédiales, sur l'usucapion et les donations, sur la capacité de donner et de recevoir dans les testaments. Dans le troisième livre, après avoir esquissé rapidement les ordres de succession ab intestat, je m'étends sur la matière des obligations un peu plus qu'on ne l'a fait; parce que c'est à cette partie de la législation romaine que le droit français a le plus emprunté. Enfin, dans le quatrième livre, je me hâte de résumer les deux premiers systèmes de

procédure romaine, pour donner des développements sur le système en vigueur encore sous Justinien, dans la pensée que c'est de ce système que le droit français peut retirer le plus de profit.

J'ai travaillé pour les jeunes élèves et même encore pour ceux qui, aspirant au doctorat, sentent le besoin d'études plus fortes. Pour les premiers, j'ai traduit le texte ; j'ai signalé par des astérisques, les endroits qui doivent arrêter leur attention, et j'y renvoie, dans les questions que j'ai placées à la fin de chaque matière distincte: pour les seconds, j'ai ajouté des théories, des appendices et d'assez longues notes.

Si mes lecteurs trouvent que j'ai allégé une tâche que des préventions leur font envisager souvent comme difficile à accomplir, j'aurai recueilli tout le fruit que j'espère de mon entreprise.

Aix, le 2 mars 1845.

**ÉTIENNE.**

# INTRODUCTION HISTORIQUE (1).

* — Le droit romain, en général, est l'ensemble de tous les principes juridiques qui ont régi le peuple Romain à toutes les époques ; dans le jeune âge, dans l'adolescence, dans l'âge viril et au déclin de la vie.

La première commence au berceau de Rome et finit à la loi des XII Tables, en 300 : la seconde comprend le temps qui s'est écoulé depuis la loi des XII tables jusqu'à Cicéron, en 650 : la troisième, depuis Cicéron jusqu'à Alexandre Sévère, en 200 de notre ère ; et la quatrième, depuis Alexandre Sévère jusqu'à Justinien, en 550.

## PREMIÈRE ÉPOQUE.

### Depuis la fondation de Rome jusqu'à la loi des XII Tables, de 1 à 300.

#### § 1er. *Sources du droit sous les Rois.*

Rome, composée à son origine d'une agglomération de peuplades diverses, n'avait alors ni une législation proprement dite, ni des principes uniformes, soit dans l'ordre public, soit dans l'ordre privé. Cette société fortuite, née de besoins réciproques et de la nécessité de réunir des forces isolées, avait pour noyau des hommes appartenant à une organisation politique antérieure fortement constituée, appelés *patriciens :* les autres s'étaient groupés pêle-mêle autour d'eux sous le nom de *plébéiens.*

---

(1) L'histoire du droit romain, par M. Giraud, membre de l'Institut, professeur honoraire de la faculté de droit d'Aix, et inspecteur général des écoles de droit, est la seule bonne à consulter, pour ceux qui ne savent pas l'allemand. A Paris, chez Videcoq.

Les membres de cet Etat se divisèrent donc dès le principe d'une manière bien tranchée : d'un côté étaient les hommes d'intelligence, fiers de leur origine, organisés en familles compactes réunies par une idée commune, celle de la domination, et dévoués à leurs institutions traditionnelles tant religieuses que profanes. De l'autre côté se trouvaient des individus en grand nombre, sans autre lien entre eux et avec les patriciens que l'instinct de la conservation et le désir de se rattacher à quelque chose de stable et de fort.

Les *patriciens* formèrent une espèce de noblesse héréditaire ; à ceux-ci le pouvoir, le gouvernement de l'Etat, l'exercice des droits politiques et le partage des terres publiques (*ager publicus*). Les *plébéiens* étaient la bourgeoisie libre ; ils versaient leur sang sur les champs de bataille et supportaient toutes les charges ; mais la patrie ne leur ouvrait pas ses entrailles, les traitait en marâtre : la vie publique leur était fermée : ils étaient exclus des comices, du pontificat, de la magistrature, des propriétés de l'Etat et des familles politiques (*gentes*). Ils ne pouvaient prendre part à la chose publique qu'indirectement, en se faisant les *clients* d'un *patricien* qui, sous ce rapport, était leur *patron*.

La forme du gouvernement était une monarchie tempérée: un roi nommé à vie en était le chef. A ses côtés, pour le seconder, et peut-être le contrôler, était le Sénat, composé de patriciens seulement, dont chacun représentait une *gens*. En effet, les patriciens étaient divisés en deux tribus d'abord, chaque tribu en dix curies, chaque curie en dix *gentes* (1) ; de telle sorte que le Sénat comptait deux cents sénateurs. Plus tard une troisième tribu vint s'adjoindre aux

---

(1) Niebuhr, trad. t. 2, p. 19. Le chef de chaque *gens* s'appelait *décurion*.

deux tribus antérieures, et augmenter le Sénat de cent membres qui, parce qu'ils étaient arrivés les derniers, prirent le nom de *patres minores* (1).

Outre l'assemblée du Sénat, dans laquelle on délibérait sur les affaires de haute administration ou religieuses, tous les citoyens romains, c'est-à-dire, tous les patriciens, se réunissaient dans des comices dits par *Curies*, pour faire des lois: elles s'appellent *leges curiatæ et centuriatæ*. Là ils votaient par *Gens*, sur la proposition du Roi (2), en sa qualité de souverain magistrat.

Alors les plébéiens ne pouvaient participer à la chose publique, quoique dans leur sein se trouvassent des hommes riches, des personnages importants sortis des cités voisines. Servius Tullius vint leur donner le rang et les droits auxquels il était juste de les admettre. Pour atteindre ce but il imagina une nouvelle organisation de l'Etat, il créa un cadre dans lequel pussent entrer et les patriciens et les plébéiens indifféremment, chacun suivant sa fortune.

Il divisa tout le peuple romain en cinq classes. Dans la première figuraient ceux qui avaient cent mille as; dans la seconde, ceux qui en avaient soixante-quinze; dans la troisième, ceux qui en avaient cinquante; dans la quatrième, ceux qui en avaient vingt-cinq; et, dans la cinquième, ceux qui, ayant quelque chose, avaient moins de vingt-cinq mille as.

---

(1) Les trois tribus se nommaient: *Ramnenses*, *Tatienses* et *Luceres*.

(2) *Proposer une loi* s'exprimait par *ferre legem*, la faire adopter se disait *legem perferre*. Les lois rendues sous les rois s'appellent *leges regiæ*; Tit. Liv. XL, 29. La collection de ces lois prit le nom de *jus civile Papirianum*, ou *lex Papiria*, parce qu'elle fut faite par Sextus ou Publicius Papirius, souverain pontife, sous le règne de Tarquin-le-Superbe. L. 2. § 2. D. 1. 2. Voyez, dans Hoffmann, Histoire par. III, 9, et dans Terrasson, Histoire de la Jurispr. rom. quelques fragments d'auteurs de cette collection.

Chaque classe était divisée en centuries : dans la première il y en avait un tel nombre que, réunies aux dix-huit centuries de chevaliers placées en dehors des cinq classes, elles formaient la majorité (1).

Dès lors les comices par centuries constituèrent l'assemblée nationale et remplacèrent, sous ce rapport, les comices par curies : ceux-ci subsistèrent toujours, mais avec un autre caractère ; pour les choses religieuses et les intérêts purement patriciens.

## § 2.

### *Sources du droit au commencement de la république.*

Après l'expulsion des rois, en 244, une république remplaça l'ancienne monarchie, et la plus haute magistrature, ainsi que le pouvoir, furent confiés à deux consuls, élus pour un an, parmi les patriciens. Il paraît que cette révolution fut surtout l'œuvre de l'aristocratie orgueilleuse qui, s'apercevant du penchant des rois pour les intérêts plébéiens, voulut secouer leur joug, et reprendre dans l'Etat une prépondérance près de lui échapper. En effet, les plébéiens furent alors exclus de la participation au gouvernement et de l'administration de l'Etat; et les patriciens, par l'influence de leur fortune et la puissance de leur concert, faisaient tourner au profit de leurs vues ambitieuses les décisions des comices par centuries. Mais la *plebs*, la plus considérable par le nombre, et la plus forte par les armes comme par le droit, ne put longtemps supporter les vexations de ses usurpateurs : dès lors s'organisa un dualisme violent où les opprimés montrèrent d'autant plus d'opiniâ-

---

(1) Voy. Cic. de repub. II. 12. p. 109, note 2. Ed. de Paris, 1823. apud Renouard.

treté et de courage que les prétentions contraires étaient plus exagérées : dès 260 furent créés, parmi les plébeiens, des tribuns chargés de défendre leurs droits contre les patriciens : leur personne était sacrée et inviolable (*sacrosancti*) (1).

Les tribuns eurent d'abord seulement le droit d'arrêter par leur *veto* (*intercedere*) les décisions des consuls et du Sénat : bientôt ils proposèrent aux plébeiens, dans les comices par tribus, des projets qui, lorsqu'ils étaient adoptés, prenaient le nom de *plébiscites*. Les plébeiens obtinrent aussi deux magistrats, appelés *Ediles*, chargés de la police et des marchés, ainsi que de la surveillance de certains édifices publics et des archives (2). Dans l'époque suivante ils allèrent plus loin ; ils partagèrent le consulat, l'édilité curule, la dictature, la censure, la préture et le pontificat.

## § 5.

### *Les XII Tables.*

La lutte entre les deux éléments de la société romaine, l'immobilité et le mouvement, fut arrêtée en 300, par un traité de paix, dans lequel on établit une égalité légale entre les patriciens et les plébéiens, on fixa des limites au pouvoir judiciaire administré par les consuls, et l'on régla la procédure à suivre dans les affaires contentieuses. A la même occasion furent constatées les divers principes du droit privé ; et l'uniformité dans la législation prit la place de la diversité des anciennes coutumes de chaque peuplade. Cette charte des droits de tous, dans l'ordre privé et dans

---

(1) Tit. Liv. II, 32, 33, III, 55.

(2) Les *Ediles curules* furent créés plus tard, parmi les patriciens. L. 2. § 20 et 21. D. 1. 2.

l'ordre public surtout, s'appela loi des XII tables. On la désigna aussi sous le nom de *lex decemviralis,* parce qu'elle fut rédigée par des décemvirs choisis à cet effet, et consignée sur douze tablettes, exposées publiquement aux *rostra* afin que les citoyens eussent à en exécuter la teneur. Elle acquit une grande autorité dès l'origine, et jusqu'au siècle de Justinien, entourée du plus grand respect, elle fut la base du droit public et du droit privé des Romains (1). Lors du sac de Rome par les Gaulois (2), les XII tables furent renversées; il fallut ensuite en rechercher les débris pour en réunir le texte complet (3). D'après un passage de Cicéron (4), il paraît qu'elles furent réduites en fusion par la foudre, vers l'an 685. Ce nouveau malheur fut réparé; car, du temps de Diodore, elles étaient en très bon état: et enfin, à ce que nous apprend Saint–Cyprien (5), on les voyait exposées au *Forum* au troisième siècle de l'ère chrétienne.

Quoiqu'il en soit, nous n'en avons plus aujourd'hui que quelques fragments, recueillis par Godefroy (6) dans les Pandectes, dans Ulpien et Festus, *de verborum significatione.* Les fragments du Vatican et les commentaires de Gaius ont beaucoup contribué à perfectionner le travail de

---

(1) On a cru que les décemvirs avaient puisé les dispositions de cette loi dans la législation de la Grèce, où ils auraient envoyé une ambassade pour consulter la législation de ce pays. Mais cet envoi en ambassade est maintenant regardé comme une fable. On ne sait si cette loi fut gravée sur bois, sur ébène ou sur airain. Voy. Zimmern, t. 1. § 31.

(2) An 368 de Rome.

(3) Tit. Liv. VI. 1.

(4) In Cat. III, 8.

(5) Epist. II., 4.

(6) Jacq. Godefroy, *quatuor fontes jur. civ.*, Genev., 1653.

Godefroy : Haubold et Dirksen ont porté encore plus loin que le précédent la restitution du texte de la loi des XII Tables (1).

# DEUXIÈME ÉPOQUE.

## Depuis la loi des XII Tables jusqu'à Ciceron : de 308 à 630.

### § 4.

Après la loi des douze tables, les sources du droit se divisent en *droit écrit* et *droit non écrit*.

**I.** *Droit écrit.* — Il se compose des lois, plébiscites et sénatus-consultes (2).

* — 1° *Loi.* — La loi était un décret rendu par tout le peuple romain réuni dans les comices par centuries, sur la proposition d'un magistrat supérieur.

Pour avoir force exécutoire, ce décret devait en outre obtenir la sanction des comices par curies ou du Sénat: mais plus tard, en vertu d'une loi proposée par Publicius, cette sanction ne fut plus nécessaire (3).

** — 2° *Plébiscites.* — Le plébiscite était un décret vôté

---

(1) Le travail de Dirksen a été enrichi de notes et de paraphrases, par Zell. Voy. histoire du droit romain de M. Giraud, p. 467-503 : là se trouve le meilleur texte de la loi des XII tables. Il a été adopté par M. Blondeau, t. 2, p. 61 – 76.

(2) Remarquez que l'on entendait par *droit écrit* ce qui est ainsi défini par les théoriciens, savoir : le droit résultant de décisions précises rendues et promulguées, conformément à la constitution, par un pouvoir établi à cet effet. Dans ce sens, les édits des préteurs, publiés dans le but d'introduire peu à peu des modifications ou des adoucissements au droit civil primitif, rentrent dans le *droit non écrit*. Or, lorsque, au titre 2. § 3 du livre 1er nous définirons le *droit écrit*, nous admettrons une idée plus extensive; mais cela tient à des changements dans le pouvoir législatif.

(3) Gaius, I. 2. Ins. I. 2. § 4. Il dut en être ainsi à plus forte raison pour les lois, puisque depuis Publicius les plébiscites avaient force de loi.

par les seuls plébéiens, dans les comices par tribus, sur la proposition d'un magistrat plébéien, c'est-à-dire, d'un tribun.

* — Dans le principe, une telle décision ne pouvait être obligatoire que pour ceux qui y avaient pris part, les plébéiens : mais d'abord en 305 les consuls Horatius et Valérius firent passer une loi qui décida que les plébiscites obligeraient aussi les patriciens. Une telle décision devait nécessairement rencontrer une grande résistance dans l'orgueil de ces derniers ; aussi, en 416, le consul Publicius fit-il renouveler et confirmer la loi de 305. Et enfin, cette confirmation n'ayant point encore suffi, le dictateur Hortentius fit décréter une troisième fois que les plébiscites auraient force de loi pour tous les citoyens romains (1).

** — 3° *Sénatusconsulte.* — Le Sénatusconsulte était un décret rendu par le sénat seul (2).

Dans l'origine il n'obligeait que les patriciens : mais il est probable que, lorsque ces derniers furent contraints d'admettre la force légale pour les plébiscites, ils obtinrent en retour que les plébéiens seraient soumis aux décisions du Sénat (3). Toutefois celles-ci purent toujours être paralisées par le *veto* des tribuns (4).

§ 5.

II. *Droit non écrit.* — Le droit non écrit se compose du droit coutumier proprement dit, des édits des magistrats et de la doctrine des jurisconsultes.

*** — 1° *Droit coutumier.* — Le droit coutumier proprement

(1) Gaius, I. 3. Inst. I. 2. § 4.

(2) Gaius, 1. 4. Inst. I. 2. § 5.

(3) Théoph. paraphr. ad Inst. I. 2. § 5.

(4) Une décision du Sénat paralysée par un *veto* ne s'appelait que *senatus auctoritas*. Cic. ad Div. VIII. 8. Tit. Liv. IV. 50. 56. 57. Aul. Gell. XIV. 7.

dit était le résultat des mœurs et des usages transmis par les ancêtres (*mores majorum*) et de l'autorité des choses jugées, comme on dirait chez nous de la jurisprudence des arrêts.

2° *Édits des magistrats.* —Le droit qui s'était introduit peu à peu à côté du droit civil pour le modifier, le corriger ou l'augmenter (1), provenait des édits des préteurs et des édiles ; ce qui s'appelait le *droit honoraire* (émané de ceux *qui honores gerebant*). Nous avons à traiter spécialement des édits des préteurs, d'une part, et des édits des édiles, d'autre part.

* *A.* — L'édit du préteur était un programme que publiait le préteur dès son entrée en fonctions, pour faire connaître la manière dont il administrerait la justice pendant l'année de sa magistrature.

Dans les commencements, l'administration de la justice appartenait aux rois; après ceux-ci aux consuls. Mais en 387, lorsque les plébéiens obtinrent que l'un des deux consuls serait pris dans leur sein, les patriciens détachèrent du consulat la juridiction, pour en investir un magistrat particulier choisi parmi eux : ce magistrat prit le nom de préteur, nom que portaient quelquefois les consuls eux-mêmes, comme exerçant la haute juridiction. En 418 ce nouveau magistrat put être choisi également parmi les plébéiens (2). Il ne pouvait exercer la juridiction qu'entre citoyens romains : mais, les étrangers affluant à Rome, et la nécessité de juger les contestations qui s'élevaient entre eux et les Romains s'étant fait vivement sentir, on créa, en 508, un préteur qu'on appela pérégrin, pour le distin-

---

(1) L. 7. § 1. D. 1. 1.

(2) Tit. Liv. VI. 42. VII. 1. VIII, 15.

guer du précédent qui, dès–lors, prit la dénomination de préteur urbain (1).

Dans les municipes d'Italie, les magistrats municipaux exerçaient la juridiction, le préteur de Rome ne pouvant prêter son ministère aux contestations du territoire qui se trouvait au delà de la banlieue. Outre les municipes, il y avait, en Italie, des *préfectures*, ainsi appelées parce qu'elles étaient des cités régies par un magistrat envoyé de Rome, et qui s'appelait *præfectus juridicundo* (2), Dans les provinces, des préteurs étaient chargés des pouvoirs administratif et judiciaire.

Le préteur pérégrin de Rome dut nécessairement admettre, pour ses justiciables, des principes empruntés au droit des gens, le droit civil n'étant applicable qu'aux citoyens romains. Le préteur urbain imita bientôt cet emprunt pour des rapports nouveaux qui se manifestaient : et d'ailleurs, Rome ayant étendu sa domination sur toute l'Italie, l'ancien droit national ne pouvait plus suffire. Il s'organisa donc peu à peu un droit général naturel appelé *jus gentium*, qui finit par modifier profondément le droit ancien. Les préteurs contribuèrent le plus à cette transformation par les édits qu'ils avaient le soin de publier en entrant en charge, pour se mettre par là à l'abri du reproche d'arbitraire, et pour parer aux inconvénients du *veto* des tribuns. Ceux–ci, en effet, si cette publication avait été omise, auraient pu tout à coup, par leur intervention ( *intercessio* ), arrêter les essais tentés pour modifier le droit civil.

Dans leurs édits, ils n'établissaient pas toujours des principes nouveaux; mais ils indiquaient les règles de droit

---

(1) L. 2. § 28. D. 1. 2. Théoph. ad Inst. I. 2. § 7.
(2) Voy. Zimmern traduit, p. 14 et 15.

que la coutume avait consacrées. Toutefois, le plus souvent ils comblaient les lacunes du droit ancien fait pour Rome au berceau : s'ils trouvaient des principes tombés en désuétude ou devenus impraticables, ils leur substituaient d'autres principes plus appropriés à la société en progrès. Ils adoucissaient l'apreté de l'ancien droit, soit par des *exceptions* ou des *prescriptions*, soit par des *restitutions en entier*, soit en transformant les faits pour pouvoir ensuite les faire tomber sous l'application du droit civil (*fictions*)(1).

* — L'édit publié par le préteur lors de son entrée en fonctions, pour tout le temps de sa magistrature, s'appelait *edictum*, ou *edictum annuum*, ou *edictum jurisdictionis peretuæ causâ propositum*, ou enfin *edictum perpetuum* (2). On donnait le nom d'*edictum provinciale* à l'édit publié pour l'administration de la justice par les proconsuls et les préteurs des provinces.

Chaque préteur pouvait publier un édit nouveau (*edictum novum*); mais le plus souvent il adoptait, en tout ou en partie, l'édit de son prédécesseur. L'édit ainsi conservé, avec plus ou moins de modifications, prenait le nom de *edictum tralatitium*.

B. — Il n'y eut d'abord que des édiles plébéiens ; plus tard on en élut parmi les patriciens (en 388), qu'on appela édiles curules. Ceux-ci avaient aussi le droit de publier,

---

(1) Gaius IV. 34. 57. 116. 117. 119. Zimmern traduit, p. 140, 152, 277, 311.

(2) L'édit perpétuel s'appelait ainsi parce qu'il devait avoir de la durée: *édit annuel* aurait le même sens. Les *edicta repentina* sont quelquefois opposés, par les auteurs, à l'édit perpétuel : mais c'est à tort; car ils étaient tout à fait étrangers à l'édit ou programme publié : c'étaient des décrets rendus par le magistrat, dans des cas particuliers, et non destinés à la publicité. Tels étaient les *edicta peremptoria* des L. L. 68. 70. D. 5. 1.

dès leur entrée en fonctions, des édits qui, à proprement parler, étaient des règlements de police.

3° *Doctrine des jurisconsultes.* — Lorsque le droit des Romains eut reçu une base stable par la loi décemvirale, lorsqu'il fut augmenté et modifié par les édits des magistrats, le champ des interprétations fut ouvert et cultivé par les jurisconsultes : leurs lumières devinrent nécessaires pour en faire l'application aux cas divers qui se présentaient sans cesse, et pour régler les formules nécessaires à la marche de la procédure. Elles se manifestaient et dans les consultations qu'ils donnaient (*responsa*), et dans les débats judiciaires où ils figuraient pour les parties (*disputatio fori*), et dans les actes soit contentieux, soit de juridiction gracieuse, pour lesquels ils traçaient les formalités requises. Ces doctrines introduites par les jurisconsultes se nommaient *auctoritas prudentum*, *sententiæ receptæ*, ou *jus civile* (1).

A cette époque, la science juridique commençait à éclore; elle ne pouvait produire des ouvrages bien importants. Les patriciens, qui en avaient le monopole, avaient d'ailleurs intérêt à tenir cette science le plus possible cachée aux plébéiens : eux seuls avaient une connaissance exacte des formules d'actions (*legis actiones*) et du calendrier judiciaire (*dies fasti et nefasti*) (2). Mais un certain Cn. Flavius, secrétaire du jurisconsulte Appius Claudius, déroba à celui-

---

(1) L'expression *jus civile* a quatre significations. On entend par là:
1° droit positif d'un état en général ;
2° Droit positif des Romains, par opposition au *jus gentium* ;
3° Tout le droit romain, à l'exclusion du droit honoraire; par conséquent les lois, les plébiscites, les sénatus-consultes, l'autorité des prudents et les constitutions impériales ;
4° L'autorité des prudents et la *disputatio fori*.

(2) *Dies fasti*, jours où il était permis de rendre la justice; *dies ne-*

ci (en 449) un recueil d'actions de la loi rangées dans un certain ordre, et le publia : on l'appela *droit Flavien* : il publia également le calendrier judiciaire. Depuis lors les plébéiens se livrèrent avec ardeur à l'étude du droit. Tiberius Coruncanius, le premier plébéien qui obtint le pontificat (en 452), enseigna publiquement les principes du droit roma .

Le droit se perfectionnant de jour en jour, des rapports juridiques nouveaux se produisant entre les citoyens, de nouvelles formules devinrent nécessaires ; un nouveau formulaire fut rédigé, en 552, par Sextius Ælius Catus, et reçut, du nom de son auteur, la qualification de *Jus Ælianum* (1). Un ouvrage scientifique proprement dit parut vers le même temps, composé par Marcus Porcius Caton, sous le nom de *Commentarii juris*. Le fils de celui-ci, ayant le même nom, se distingua aussi comme jurisconsulte. Pomponius nous apprend (2) que les fondements des travaux faits sur le droit civil furent posés par Publius Mucius Scœvola, Marcus Junius Brutus et Manilius, à qui on attribue les actions maniliennes ou formules du contrat d'achat. Furent aussi célèbres comme jurisconsultes: Lucius Crassus, frère de Publius Mucius Scævola; Quintus Mucius Scævola,

---

*fasti,* jours où il était défendu de vaquer aux affaires ; *dies intercisi*, ceux dont une partie seulement pouvait être consacrée à l'administration de la justice.

*Do, dico, addico,* indiquaient les trois principales fonctions du préteur: les jours néfastes furent appelés par Ovide (Fast. I, 47) les jours où les trois mots précédents sont en repos ; et les jours fastes, ceux où ils étaient prononcés :

Ille nefastus erit per quem *tria verba* silentur :

Fastus erit per quem lege licebit agi.

(1) Le même publia aussi un abrégé du droit civil, appelé *Tripertita*. L. 2. § 38. D. 1. 2.

(2) L. 2. § 38. et 39. D. 1. 2.

surnommé l'Augure, fils de Publius Mucius; enfin l'auteur des actions hostiliennes, qui étaient probablement des formules de testament (1).

# TROISIÈME ÉPOQUE.

## Depuis Cicéron jusqu'à Alexandre Sévère, de 650 de Rome à 258 de l'ère chrétienne.

### § 6.

*Changements apportés à la constitution.*

Les terres publiques n'avaient été partagées qu'entre les patriciens; les plébéiens voulaient en avoir leur part. De là la proposition des lois agraires, auxquelles on a voulu donner, à tort, le sens que les plébéiens prétendaient au partage des propriétés privées, pour que les pauvres pussent s'enrichir aux dépnns des riches.

Tous les habitants de l'Italie, exclus des droits de cité romaine, aspiraient à les conquérir.

Enfin l'aristocratie tendait à recouvrer la prépondérance contre laquelle avait si longtemps lutté la démocratie ; le Sénat et l'ordre des chevaliers voulaient se placer à la tête des affaire publiques.

D'un autre côté la démocratie était énervée par la corruption des mœurs, le mépris pour la religion, le peu d'égard pour les institutions anciennes. De ce conflit entre une démocratie en décadence et les intérêts de caste, naquit un relachement général qui amena la chute de la république et la domination des hommes ambitieux. Aussi César Octave,

---

(1) Cic. de orat. I. 57. Voy. plus de détails dans M. Giraud, l. c. p. 191 -- 202.

surnommé Auguste, profita-t-il de sa victoire à Actium sur Antoine ( en 727 ), pour se mettre à la tête de l'empire romain avec le titre de *princeps reipublicæ*: il réunit sur sa tête tous les pouvoirs , l'*imperium* et la *juridictio* des anciens magistrats supérieurs. Bientôt cette dignité de *princeps reipublicæ* dégénéra en un dur despotisme ; le pouvoir législatif lui-même fut envahi, et, sous le nom d'empereur , Auguste usurpa le droit de décreter des lois , qui prirent le nom de constitutions impériales.

Les sources du droit, dans cette époque, furent les plébiscites, les sénatus-consultes, les constitutions impériales, les édits des préteurs et les réponses des prudens.

## § 7.

### 1° *Plébiscites et Sénatus-consultes.*

Dans cette période, il n'y eut plus guères de lois proprement dites. On y rencontre des plébiscites en grand nombre au commencement ([1]): ils présentent surtout de l'importance pour le droit privé. Lorsque l'empire succèda à la république, les plébiscites eux-mêmes devinrent extrêmement rares et laissèrent le pouvoir législatif aux sénatus-consultes et aux constitutions impériales.

Quant aux sénatus-consultes, ils devinrent une source très abondante pour le droit privé, avec d'autant plus de raison que les lois et les plébiscites étaient abandonnés, et que l'empereur avait sur le Sénat une influence inévitable. Les sénatus-consultes prirent alors le nom du consul qui les proposait, ou de l'empereur qui les provoquait par

---

([1]) C'est de ce temps que datent la table d'Héraclée, la loi *Galliæ, cisalpinæ*, les lois *Juliæ, Ælia Sentia, Fusia Caninia, Junia Norbana, Junia Velleia , et Papia Poppæa.*

lettre (*per epistolam*) ou de bouche (*ad orationem principis*), ou de la personne qui y donnait lieu (1).

§ 8.

2° *Constitutions impériales.*

L'empereur réunissait sur sa tête tous les pouvoirs des anciens magistrats supérieurs, et il les réunissait même, non point pour une année, mais pour toute la durée de son règne. Il était donc tout naturel qu'il rendît des décrets, ordonnances ou règlements, en vertu des charges qu'il exerçait. Mais pour s'arroger ce droit, il pouvait en outre s'appuyer sur la puissance souveraine dont l'avait investi le peuple au moment même où il avait pris possession de l'empire.

Ses décisions furent appelées *placita* ou *constitutiones principum* (2).

D'un autre côté, l'empereur, en sa qualité de magistrat supérieur, jugeait en dernier ressort les contestations qui lui étaient déférées; et, pour expédier les affaires nombreuses qui affluaient à son tribunal, il s'entourait d'un conseil de hauts fonctionnaires et de jurisconsultes. Ce conseil s'appelait *auditorium principis* (3).

---

(1) Le sénatus-consulte macédonien prit son nom d'un certain *Macedo* qui tua son père pour contenter ses créanciers. Théoph. ad Inst. IV. 7. § 7.

(2) Le consentement donné par le peuple à ce que l'empereur prit possession du souverain pouvoir, prenait le nom de *lex regia*. L. 1. pr. D. 1. 4. Gaius, I. 5. Cic. de repub. I. 13. 17. 18. 21.

(3) On appelait *consistorium* le lieu où se réunissaient les conseillers de l'empereur pour s'occuper des affaires administratives. Il ne faut donc pas le confondre avec *l'auditorium principis*, dans lequel se traitaient les affaires privées. Ce dernier prenait aussi le nom de *sacrum auditorium*. Voy. Zimmern traduit, p. 58.

— Là on statuait par des jugements appelés *decreta*, où l'on rendait des décisions sur les questions soumises à titre de consultation, lesquelles décisions prenaient le nom de rescrits : on donnait aussi ce nom aux instructions adressées à des magistrats ou à des fonctionnaires (1).

## § 9.

### 3° *Edits des préteurs.*

A Rome les préteurs et les édiles, dans les provinces les proconsuls et les propréteurs (2), continuèrent à publier un édit lors de leur entrée en fonctions. Mais certains d'entre eux s'étant permis de s'en écarter pendant leur administration, Cornetius, tribun du peuple, fit décider par un plébiscite, en 687, que les magistrats observeraient religieusement les dispositions de leurs édits pendant tout le temps de leur magistrature (3).

Les divers édits, publiés successivement par les magistrats, furent l'objet de travaux littéraires et de l'enseignement juridique. Ce n'était pas une tâche facile que de porter la lumière au milieu de ce cahos de règles nombreuses, incohérentes, modifiées, changées, augmentées, dans des temps et des circonstances diverses; de signaler celles qui étaient surannées, de réunir avec ordre celles qui avaient du rapport, et de classer le tout en doctrine. Servilius Sulpicius, lié d'amitié avec Cicéron, avait essayé de faire un recueil de droit prétorien; Ofilius, ami de César, et dis-

---

(1) Ces décrets et rescrits étaient publiés par des journaux, ( *acta diurna.* ) Voy. Plin. Ep. VI. 14.

(2) Voy. Zimmern. traduit, p. 10, 13.

(3) *Ut prætores ex edictis suis perpetuis jus dicerent.* Dio Cass. XXVI. 23.

ciple de Servius Sulpicius, fit dans ce genre un ouvrage beaucoup plus complet (1).

Mais ce travail, tout important qu'il était, était privé du caractère d'autorité publique; il ne pouvait se recommander que par le respect qu'inspire une œuvre d'intelligence et de raisonnement. D'ailleurs la science marchait à grands pas, à cette époque; des circonstances nouvelles ajoutaient de nouveaux rapports aux anciens; il fallut donc retoucher à l'ouvrage d'Ofilius ; et l'homme qui sembla le plus capable d'une telle entreprise fut Salvius Julianus. Jurisconsulte consommé, devenu préteur sous Adrien, il joignait au travail de l'homme instruit l'expérience du magistrat (2). Du reste, soutenu de l'autorité d'Adrien, il pouvait corriger, retrancher et ajouter. Il ne conserva des anciens édits que ce qui était en usage de son temps : il y ajouta ce que son siècle réclamait : son travail fut rangé et divisé par ordre de matières (3). Enfin Adrien attacha expressément à ce recueil la force légale, en le confirmant par un sénatus-consulte ( en 131 ). Depuis lors, l'édit fut conservé, du moins en substance, et devint la principale matière de l'enseignement. Il fut commenté d'abord par Julien lui-même, et ensuite par plusieurs autres jurisconsultes , entre lesquels se distingue Ulpien (4).

§ 10.

*4° Réponses des Prudents.*

* — De tout temps, les jurisconsultes de Rome avaient

---

(1) L. 2. § 44. D. 1. 2.

(2) C'est de lui que nous tenons cette belle maxime: « *et si alterum pedem in tumulo haberem*, non pigeret *aliquid addicere.* » L. 20. D. 40. 5.

(3) L. 10. C. 4. 5.

(4) Le recueil le plus complet de l'édit est celui de Wieling, Francf.

interprété la loi : leurs interprétations n'avaient, par elles-mêmes, aucune autorité : seulement les mœurs et les usages pouvaient les consacrer ; mais alors elles se confondaient avec le droit coutumier, le droit non écrit. Or, c'est d'un droit écrit qu'il s'agit dans notre paragraphe. Voici donc comme la chose doit être entendue.

Auguste accorda à quelques jurisconsultes le droit de faire autorité par leurs consultations, et cette autorité, plus forte qu'auparavant, avait droit à l'obéissance. Les *réponses* de ces jurisconsultes privilégiés devinrent donc un droit écrit ayant force de loi (*legis vicem obtinet*), puisque l'empereur leur accordait un pouvoir législatif. En établissant ce privilége, Auguste ne priva pas les autres jurisconsultes de cette autorité qu'entraîne avec elle la science, et qui s'impose peu à peu à l'intelligence. Adrien, en permettant à tous les jurisconsultes sans distinction de répondre sur le droit, ne fit que donner une force légale à leurs avis au cas où tous seraient unanimes (1).

## § 11.

### *Des Jurisconsultes.*

A cette époque, et surtout depuis Adrien, la science eut

---

1778. Il se trouve dans Otto, III; dans Meermann, III. p. 235. et dans Hoffmann, II. P. 1. p. 305.

(1) Cette manière d'envisager les deux constitutions, celle d'Auguste et celle d'Adrien, nous semble rendre l'idée de Pomponius, L. 25. § 35, 37 et 47. D. 1. 2. et l'idée de Gaius, I. 7. Cette circonstance que la généralité des jurisconsultes ne peut être unanime sur une question, ne nous empêche pas d'admettre cette explication : car il est certains points de droit sur lesquels tout le monde est d'accord; ce n'est qu'à ces points qu'Adrien a pu vouloir imprimer le caractère de loi (*legis vicem obtinet*). Quant aux autres points, on conçoit que les juges aient pu se mettre à l'abri de toute responsabilité en obtenant l'avis d'un jurisconsulte ou de plusieurs.

un éclat qui ne se rencontre plus dans l'histoire. La philosophie lui prêtait son foyer de lumières, et la littérature la richesse de son style. Tout contribuait à l'élever au-dessus des autres connaissances humaines. Le despotisme avait consommé l'établissement de son empire; le *forum* ne retentissait plus de cette éloquence nerveuse qu'inspire la liberté; les sentiments nobles étaient refoulés par la crainte du maître; les affaires publiques ne permettaient plus ces grands mouvements qui, du temps de Cicéron et avant lui, entraînaient les esprits et dominaient les masses. Tout ce que Rome avait encore de génie se réfugia donc dans la science du droit, et on vit paraître la brillante série des *jurisconsultes classiques*. Ils écrivirent, sur la loi des XII Tables et sur l'édit, des commentaires remarquables, où l'élégance des expressions relevait la profondeur des idées. Leurs écrits, où la pratique trouvait un guide sûr, furent entourés d'une si grande considération, que les décisions des tribunaux se réglaient sur leurs oracles. Ils servirent, dans la suite, à la composition des Pandectes de Justinien.

Les plus célèbres jurisconsultes de cette période, avant Auguste, sont : Quintus Mucius Scævola, Aquilius Gallus, M. Tullius Cicéron, Servius Sulpicius Rufus, Alfenus Varus, Ofilius, Trebatius Testa, Cascellius, Tuberon, Ælius Gallus et Granius Flaccus.

Depuis Auguste, les jurisconsultes se divisèrent en écoles ou sectes. Celles-ci étaient probablement des établissements d'instruction subdivisés en bureaux ( *stationes* ), lesquels étaient destinés à donner des consultations. Ces écoles, dont deux surtout étaient signalées par leur antagonisme, avaient des chefs célèbres divisés de principes et de doctrines, qui partageaient la science en deux camps.

On nomme les jurisconsultes suivants comme étant les fondateurs et les partisans des deux écoles rivales :

| *Les Proculéiens.* | *Les Sabiniens.* |
|---|---|
| Antistius Labéon, | Massurius Sabinus (d'où le nom de Sabiniens), |
| Nerva (ayeul de l'empereur du même nom), | Gaius Cassius Longinus (de là aussi le nom de Cassiens), |
| Proculus (d'où les partisans de cette école prirent le nom de *Proculéiens*), | Cœlius Sabinus, |
| Pegasus, | Javolenus Priscus, |
| Juventius Celsus, | Æburnus Valens, |
| Neratius Priscus, | Salvius Julianus. |
| Atejus Capiton. | |

Depuis Adrien, la distinction entre les écoles ne fut plus aussi tranchée; il se forma alors la secte des Eclectiques, qui apparaissent toujours en tout, après une époque de grand travail et d'énergiques efforts. Les plus remarquables des jurisconsultes après Adrien sont : Taruntenus Paternus, Mauricianus, Papirius Justus, Terentius Clemens, Volusius Mæcianus, Æmilius Macer, Callistratus, Triphoninus, Ulpius Marcellus, Sextus Cæcilius Africanus, Ælius Marcianus, Pomponius (1), Cervidius Scævola et surtout Gaius(2),

(1) Il est l'auteur d'un *Enchiridium juris*, dont une partie figure aux Pandectes, L. 2. D. 1. 2.

(2) L'ouvrage le plus important de Gaius est celui intitulé *Commentarii*, parce qu'il a servi de type aux Institutes de Justinien. Cet ouvrage fut découvert en 1815 par Niebuhr dans un palimpseste de la bibliothèque de Vérone. Il en a paru plusieurs éditions en France et en Allemagne; la plus correcte est celle de MM. Blondeau et Bonjean. MM. Domenget et Pellat viennent d'en donner chacun une traduction. M. Pellat nous promet un commentaire de Gaius, que nous attendons avec la plus grande impatience.

Æmilius Papinianus (1), Domitius Ulpianus (2), Julius Paulus (3) et Modestinus (4). En seconde ligne on rencontre Tertullianus, Rutilius Maximus, Licinius Rufinus, deux ou trois Saturnini, Arrius Menander, Furius Anthianus et Florentinus.

# QUATRIÈME ÉPOQUE.

**Depuis Alexandre Sévère jusqu'à Justinien : de 235 à 550 de l'ère chrétienne.**

## § 12

*Changements dans la constitution de l'empire romain.*

L'empire romain ne pouvait longtemps conserver sa grandeur sous le despotisme impérial. L'esprit national s'était éteint depuis qu'un seul homme avait habitué le

---

(1) Nous n'avons de lui que les passages qui figurent dans les Pandectes, dans les fragments du Vatican et dans la *Collectio legum mosaïcarum et romanarum*.

(2) On a aussi beaucoup puisé dans ses écrits pour la rédaction des Pandectes. Nous avons encore de lui ce que l'on appelle les *Fragments d'Ulpien*, qui se trouvent dans l'*Ecloga* et dans le recueil de MM. Blondeau et Bonjean.

(3) Les *Sententiæ receptæ* sont l'ouvrage le plus précieux qui nous soit parvenu de Paul. Elles se trouvent aussi dans l'*Ecloga* et dans le recueil de MM. Blondeau et Bonjean. On lui attribue également le *Fragmentum veteris jurisconsulti*, que l'on rencontre dans les mêmes recueils.

(4) Un fragment de ses *Regularum*, lib. III, *de bonis libertorum*, se trouve dans le droit Antéjustinien de Berlin, t. I. p. 345. Son ouvrage le plus important est intitulé : *de Excusationibus tutorum et curatorum*.

Outre les ouvrages anciens, dont nous venons de parler, le Bréviaire d'Alaric et la *Collatio legum mosaïcarum*, ainsi que les fragments des Pandectes, nous avons encore quelques travaux sans nom d'auteur :

1° *Fragmentum regularum veteris jurisconsulti, de juris speciebus et manumissionibus.*

2° *Fragmentum veteris Jurisconsulti de jure fisci.* Il a été trouvé

citoyen à abdiquer ses droits. L'empereur ne fondait plus sa puissance que sur ses armées ; et la milice prétorienne, qui en était la partie la plus importante, lui donnait ou lui retirait à son gré son appui. Le despotisme militaire succéda au despotisme impérial.

Cet état précaire de la constitution fut encore aggravé par l'invasion des peuples de la Germanie. Dioclétien, en leur résistant, donna bien de l'éclat, par sa valeur et ses victoires, au temps de son règne : mais en divisant l'empire, il créa une cause nouvelle de dissolution. D'ailleurs, en transportant le siége de l'empire dans l'ancienne Byzance, qui de son nom s'appela Constantinople, Constantin fit perdre à l'état romain sa physionomie ancienne, le prestige de ses glorieuses traditions et jusqu'à l'attachement pour les lieux où sa puissance était éclose, avait grandi, avait dominé le monde.

D'un autre côté le Christianisme était monté sur le trône: or, le Christianisme s'annonçait comme devant régénérer l'humanité tout entière, dont il regardait tous les membres comme des frères : sa mission était de renverser toutes les institutions de l'antiquité dans l'ordre religieux, et par conséquent dans l'ordre social.

Enfin la langue grecque eut en Orient la prépondérance.

Toutes ces causes réunies durent exercer une influence immense sur les principes du droit romain (1).

---

depuis peu à Vérone, avec Gaius. Voyez le recueil de MM. Blondeau et Bonjean.

3° Le fragment publié sous le titre de : *Fragmentum græcum de obligationum causis et solutionibus, imprimis de stipulatione Aquiliana, ab Ang. Maio nuper in lucem protractum iterum ed. et brevibus ann. illustr. Haubold, Lips.* 1817.

(1) Voy. l'ouvrage de M. Troplong, *De l'influence du Christianisme sur le droit civil des Romains.*

L'empire fut de nouveau partagé entre les fils de Constantin, puis encore entre les fils de Théodose ; Arcade eut l'Orient et Honorius l'Occident.

Ces divisions et ces partages avaient eu pour but de résister plus facilement à l'invasion des barbares. Cependant Alaric, roi des Wisigoths, envahit l'Italie au commencement du cinquième siècle. Les Alains, les Vandales et les Suèves, après avoir traversé les Gaules, s'emparèrent des Espagnes et passèrent en Afrique : les Francs, les Bourguignons et les Ostrogoths s'établirent dans les Gaules, dans l'Helvétie et sur les rives du Rhin. La grande Bretagne fut conquise par les Saxons, et Attila, en 450, ébranla jusque dans ses fondements l'empire d'Occident ; Odoacre le détruisit pour toujours, en 476. L'empire d'Orient, resté seul, se maintint en se débilitant sans cesse jusqu'en 1453, époque à laquelle les Turcs s'en rendirent maîtres.

Dans cette période, il est évident que les constitutions impériales prirent la place des anciens monuments de législation. Depuis long-temps il n'y avait plus de lois ni de plébiscites, et le sénat ne pouvait plus prétendre à participer au pouvoir législatif.

Les constitutions concernant le droit privé étaient en petit nombre : la plupart avaient trait à l'administration des provinces, à la conduite du gouvernement et aux finances. Voici comme on les distinguait :

* — Les décisions des empereurs prenaient le nom générique de constitutions. On appelait du nom spécial d'*édits*, celles que rendait l'empereur dans un intérêt général et pour l'avenir.

** — Les *décrets* statuaient sur des intérêts particuliers et à l'occasion de faits qui s'étaient déjà produits. Par eux

on décidait un litige. *Decretum* vient de *decernere*, qui signifie examiner à fond.

* — Les *rescrits* ou *epistolæ* étaient des décisions prises par l'empereur sur des questions particulières, à l'occasion desquelles il avait été consulté, soit par des magistrats, soit par des juges : mais ici les faits n'étaient point appréciés par lui ; si les questions qu'on soumettait à son examen étaient relatives à un litige, il fixait le principe qui devait servir de règle pour le terminer. Les *rescrits* étaient aussi des réponses à des requêtes présentées à l'empereur, par exemple, pour une abrogation, pour une faveur à obtenir, pour adoucir une peine ou pour l'aggraver.

L'empereur exerçait encore sa puissance par des *mandata* ou prescriptions qu'il adressait aux gouverneurs des provinces, ou autres fonctionnaires publics, pour les diriger dans leur conduite.

Les édits étaient toujours généraux, puisqu'ils statuaient dans l'intérêt commun. Mais les *rescrits* et les *décrets* étaient ou généraux ou spéciaux. Quoique les décrets fussent des jugements, et sous ce rapport, spéciaux, l'empereur pouvait décider qu'ils feraient loi dans les causes semblables qui se présenteraient ensuite. Quant aux rescrits, ils pouvaient également être généraux, puisqu'ils étaient quelquefois destinés à interpréter ou modifier les lois.

## § 13

*État des sources du droit au commencement du cinquième siècle.*

La loi des XII Tables était encore la base de la doctrine juridique ; les anciennes lois, les anciens plébiscites, les édits des magistrats, les constitutions impériales et les coutumes non écrites étaient toujours consultés en théorie.

Mais, en pratique, les seules sources auxquelles on recourait étaient les écrits des jurisconsultes classiques et les constitutions impériales.

Toutefois les écrits des jurisconsultes, d'une part, étaient très nombreux; les citations qu'on en faisait dans les tribunaux étaient souvent contradictoires et supposaient, dans les magistrats appelés à juger, des connaissances trop vastes; d'autre part, les constitutions impériales étaient aussi en grand nombre, et leur publication ayant eu lieu isolément, il n'était pas facile de les connaître et de les posséder en entier. Voici comment on para à ce double inconvénient.

1° Constantin détermina les écrits des anciens jurisconsultes auxquels il serait permis d'emprunter des opinions pour les invoquer devant les tribunaux (1). Cent ans plus tard, en 416, Théodose II publia pour l'Orient une constitution, appelée *Loi de citation*, qui devint aussi obligatoire en Occident sous Valentinien III (2). Cette constitution accordait force de loi aux écrits de Papinien, de Paul, de Gaius, d'Ulpien et de Modestin, ainsi qu'à ceux des jurisconsultes antérieurs commentés par eux, en retranchant toute autorité aux notes d'Ulpien et de Paul sur Papinien, conformément à ce qu'avait déjà décidé Constantin. Lorsque, sur une question, ces jurisconsultes privilégiés avaient des opinions différentes, on devait se décider d'après la majorité, et, s'il y

---

(1) D'après la L. 1. C. Th. 9. 43. nous apprenons que Constantin ne voulait pas qu'on eût égard aux notes d'Ulpien et de Paul sur Papinien, tandis que les sentences de Paul avaient obtenu une grande autorité, ainsi que nous le voyons dans la *Consultatio veteris Jti*, § 7. Voyez aussi les deux constitutions de Constantin que M. Clossius, a découvertes dans la bibliothèque Ambroisienne de Milan. Tub. 1824. p. 35.

(2) V. L. un C. Th. 1. 4.

avait partage entre eux, l'opinion de Papinien devait être suivie : et si enfin la question n'avait point été prévue par lui, le juge vidait le partage.

2° La nécessité de réunir toutes les constitutions en un seul recueil se faisait sentir depuis longtemps. Grégoire et Hermogéne entreprirent ce travail difficile, vers le milieu du IVe siécle. Le code Grégorien comprit les constitutions impériales depuis Adrien jusqu'à Constantin, et le code Hermogénien probablement celles de Dioclétien et de Maximien. Il ne nous reste de ces deux codes que de rares fragments (1).

Le *Code Théodosien* fut rédigé, d'après les ordres de Théodose le jeune, par plusieurs jurisconsultes, à la tête desquels se trouvait Antiochus, ex-consul et ex-préfet du prétoire, C'est un recueil d'édits des empereurs et de quelques rescrits. Il fut publié en 438 comme code destiné à régir l'empire d'Orient. Théodose l'adressa aussitôt à son gendre Valentinien III, qui le rendit obligatoire pour l'Occident.

Ce code renferme les constitutions impériales postérieures à Constantin. Il se compose de seize livres subdivisés en un nombre inégal de titres, et embrasse toutes les parties de la légistation romaine. Les livres 2, 3, 4, et 5 sont cependant les seuls qui soient consacrés au droit civil ; les autres traitent du droit pénal, de la police, des affaires militaires et des affaires ecclésiastiques.

Quoique le *Code Théodosien* soit d'une grande importance et d'une grande utilité, puisqu'il contient des traces de l'antiquité plus pures que le droit de Justinien, il est

---

(1) Voy. Schulting. p. 683, et l'édition de Berlin du *jus civile antejustinianeum*. Conf. Haubold, Inst. lit. p. 259.

cependant demeuré long-temps négligé. L'original de ce code avait même disparu à cause des *abrégés* qui en avaient été faits après la conquête des Barbares. Il ne fut exhumé de l'oubli que peu à peu, et aujourd'hui nous ne le possédons pas encore tout entier. Il n'est pas complet depuis le premier livre jusqu'au cinquième, et le commencement du sixième (1). Ce dernier, moins le premier titre et quelques constitutions du second titre, fut découvert par Cujas, dans des manuscrits qu'il s'était procurés. Etienne Charpin, chanoine de Lyon, lui fournit les livres sept et huit tout entiers, Pierre Pithou le titre neuf du livre quatre, et Cujas découvrit lui-même plusieurs constitutions éparses. Ce grand jurisconsulte, qui avait senti toute l'importance du *code Théodosien*, après avoir réuni tous les éléments dont nous venons de parler, publia, en 1566 (2), le texte le plus complet qu'on eût alors de ce code, et, en y ajoutant d'autres fragments du droit romain ancien, il fit oublier la collection de Sichard, qui aujourd'hui n'est recherchée qu'à cause du *Bréviaire d'Alaric*.

Au commencement du XVII^e^ siècle, deux des plus illustres héritiers scientifiques de Cujas voulurent entreprendre une révision du code Théodosien : l'un fut Annibal Fabrot, qui occupa à Aix la chaire de droit romain; l'autre fut Jacques Godefroy, jeune savant de la faculté d'Heidelberg. Le généreux Fabrot, esprit supérieur et par conséquent placé au-dessus des petites considérations d'amour propre, céda le pas au savant d'Heidelberg (3).

---

(1) Ces cinq premiers livres ne nous sont connus que par des extraits insérés dans le *Bréviaire d'Alaric*: ce fut Sichard qui les publia en 1528.

(2) A Lyon, *in-fol.* Cette édition a été réimprimée à Paris et à Genève, en 1586, à Paris *in-fol.*, à Genève *in-4°*, puis à Lyon en 1593 *in-4°*.

(3) Voyez M. Giraud. l. c. p. 384 et 385.

Après trente ans de veilles, J. Godefroy termina son commentaire du code Théodosien en 1652, sans en avoir pu voir la publication, qui eut lieu seulement en 1665, à Lyon, en six volumes in-folio, par les soins de Merville. Plus tard, cette édition, retouchée et accompagnée de variantes et d'additions par Jean-Daniel Ritter, parut à Leipzig, en 1736-1745, en 6 vol. in-f°. La plus récente édition du code Théodosien se trouve dans le *jus civile antejustinianeum* de Berlin, 1815, tom. 1. pag. 275-786, tom. 2, pag. 787. 1215. Depuis cette époque, plusieurs constitutions des cinq premiers livres ont été découvertes par Clossius dans la bibliothèque Ambroisienne de Milan, et par Amédée Peyron dans la bibliothèque de Turin (1).

Lorsque le *Code Théodosien* fut achevé, Théodose II et Valentinien III et, après eux, leurs successeurs publièrent d'autres constitutions qui prirent le nom de *Novelles*. Elles ont été ensuite insérées dans les éditions du *Code Théodosien*.

Quant aux jurisconsultes, ils ne produisirent pas de travaux de leur propre fond : ils se contentèrent de faire des recueils de constitutions impériales et de compiler les écrits de leurs devanciers : il ne nous est parvenu d'eux, outre les codes Hermogénien et Grégorien et les extraits des ouvrages d'Hermogène, d'Aurelius Arcadius Charisius et de Julius Aquila, que les fragments suivants, dont les auteurs sont inconnus.

1° Les fragments du Vatican, découverts par Ang. Maii, et publiés en 1823. Ils se composent de passages de juris-

---

(1) Celles qui ont été découvertes par Amédée Peyron renfermaient beaucoup de fragments des cinq premiers livres. Voyez, pour le dernier état du Code Théodosien, C. P. Ch. Venck. Lips. 1825, 8°.

consultes de l'époque antérieure et de constitutions impériales.

2° *Notitia Dignitatum Orientis et Occidentis*, espèce d'almanach impérial contenant une description de tout le territoire du double empire et des diverses fonctions publiques au milieu du 5e siècle.

3° *Mosaïcarum et Romanarum legum Collatio*, composée probablement sous Théodose II. Elle est appelée dans le moyen-âge *Lex Dei* ou *Lex romana*, ou *Pariator legum Mosaïcarum et Romanarum*. Cet ouvrage est de peu de valeur: il a pour objet d'établir une comparaison entre les lois de Rome et celles de Moïse, et de démontrer que les premières découlent des secondes. C'est du droit comparé de fort mauvais aloi. Il a été retrouvé à Lyon dans la *Bibliotheca Mandubiorum*, et publié par Pithou en 1573. Plus tard deux autres manuscrits de ce recueil ont encore été découverts, l'un à Vercelli par Blume, et l'autre à Vienne par Panzirol (1).

4° *Consultatio veteris jurisconsulti*, contenant des opinions d'un jurisconsulte inconnu, vivant probablement après la publication du *Bréviaire d'Alaric*. Cet ouvrage fut publié pour la première fois par Cujas, en 1577.

## § 14.

Les recueils de constitutions impériales ne pouvaient être que d'une utilité passagère. En Occident surtout le besoin se fit sentir de travailler à d'autres codes législatifs. Les Romains vaincus par les peuples allemands ne furent point exterminés; leur organisation sociale d'ailleurs offrait aux Barbares du nord un modèle ignoré dans leur patrie, qu'ils

(1) Voyez Thémis, t. V. pag. 119.

devaient plutôt imiter que détruire. Les Romains vaincus, mêlés sur le sol envahi avec leurs vainqueurs, conservèrent leur législation distincte. Il fallut donc travailler à des codes de lois romaines en même temps qu'on s'occupait à faire pour les Barbares des codes de lois barbares appropriées à leur nouvelle destinée. Mais nous n'avons à parler ici que des nouveaux recueils de lois romaines.

Trois peuples principaux s'étaient emparés de l'empire d'Occident : les Ostrogoths, les Wisigoths et les Bourguignons.

1° La loi des Ostrogoths fut appelée *Edit de Théodoric*. Il fut publié à Rome en 500, et devint obligatoire, dans cette partie de l'empire, tant pour les Ostrogoths que pour les Romains. Il est spécialement puisé dans le *Code Théodosien*, dans les *Novelles* postérieures à ce code et dans les *sententiæ receptæ* de Paul.

2° Des jurisconsultes, ayant à leur tête Goiarich, comte du Palais, composèrent, par les ordres d'Alaric II, roi des Wisigoths, un recueil de droit appelé *Bréviaire d'Alaric*. Il fut tiré des Codes Grégorien, Hermogénien et Théodosien, de quelques novelles postérieures, ainsi que de Gaius, de Paul et de Papinien. Il fut publié à Aire en Gascogne, en l'année 506. On lui donna aussi le nom de *Breviarium Aniani*, à cause d'Anian, référendaire d'Alaric, qui, en cette qualité, apposait sa signature à tous les exemplaires adressés aux *Comites*, afin d'en garantir l'authenticité.

Le texte de cette compilation est souvent accompagné d'une paraphrase *(interpretatio)*, écrite en mauvais latin. Elle est citée dans le moyen-âge sous les titres de *Corpus Theodosianum*, *Lex Theodosiana*, *Liber legum*, *Lex romana*. Nous lui sommes redevables des fragments qui nous sont parvenus des Codes Grégorien et Hermogénien, de ceux

des cinq premiers livres du Code Théodosien, et de nombreux passages de Gaius, de Paul et de Papinien (1).

Le Bréviaire d'Alaric n'obligeait que les romains.

3° Le code des Bourguignons ne fut également rédigé que pour les Romains, sous le nom de *Lex Romana*, ou de *Papiniani liber responsorum*, ou de *Papiniani responsum* (2). Il est tiré en grande partie des vraies sources du droit romain (3).

## § 15.

### *Destinée du droit romain en Orient. — Justinien.*

Pendant son long règne de trente ans, Justinien, grand par les armes, voulut acquérir un autre titre de grandeur plus durable et plus glorieux. Il s'occupa du soin de donner à ses peuples une législation uniforme. Il trouva des jurisconsultes disposés à seconder ses vues et capables de les réaliser (4). Le corps de droit qui fut le résultat des travaux auxquels il fit procéder, a traversé les âges avec la même autorité toujours, et en répandant partout les

---

(1) Plusieurs passages du Bréviaire d'Alaric, inconnus jusqu'alors, ont été découverts par Gust. Hænel, dans des *Codex* de Paris et d'Orléans. Lips. 1822.

La meilleure édition de ce recueil, avant cette découverte, est celle de Jean Sichard, Bâle, 1528 *in-fol.*

(2) Il se trouve dans Schulting, p. 827, et dans l'édit. de Berlin du *jus civile antej.*

(3) Le titre de *Papiniani responsum* lui a été donné par Cujas à la suite d'une erreur que reconnut plus tard ce grand jurisconsulte. En effet, ayant trouvé la loi romaine des Bourguignons après le *Bréviaire d'Alaric*, et celui-ci se terminant par un passage de Papinien, il regarda la loi des Bourguignons comme une continuation de ce passage, dont l'intitulé de *Papiniani liber responsorum* aurait été le titre. Dans sa seconde édition de 1586 cette erreur fut rectifiée.

(4) Les plus remarquables sont Tribonien, Théophile, Dorothée, Thalelæus, Etienne, Anatole et Cratinus. Const. Tanta de conf. Dig. § 9.

bienfaits de la civilisation et les richesses de la doctrine des beaux siècles de Rome.

Les recueils de Justinien sont au nombre de six :

1° *L'ancien Code*. Il contenait un choix des meilleures constitutions publiées dans les temps antérieurs, avec des retranchements et des additions que nécessitait le siècle. Il fut rédigé par une commission de jurisconsultes, vers la fin de l'année 528, à la tête de laquelle était Jean, ex-questeur du palais : Tribonien en faisait partie. En quatorze mois la tâche fut accomplie. Il était divisé en douze livres, et Justinien, en le confirmant, abrogea l'usage des anciens codes de rescrits et d'édits. Cette compilation ne nous est point parvenue.

2° Les *Pandectes*. En 530 le même empereur chargea Tribonien, alors questeur du palais, avec seize autres jurisconsultes, de tirer des écrits des jurisconsultes anciens les passages les plus importants et de les réunir par matières, livres et titres, afin d'en composer un corps de doctrine. Ils pouvaient choisir dans tous les ouvrages indifféremment, sans observer par conséquent la *loi de citation* de Valentinien III. Ils avaient le droit de faire les retranchements et les additions qui leur paraîtraient convenables ; mais ils devaient éviter les contradictions. Les modifications et additions s'appellent *Emblemata Triboniani*.

Trente-neuf jurisconsultes furent consultés et l'ouvrage fut terminé en trois ans. Chaque extrait, appelé *fragment* ou *loi*, porte le nom de son auteur et l'indication du livre auquel il a été emprunté. Cette compilation fut divisée en cinquante livres, presque chaque livre en plusieurs titres, chaque titre en *fragments* ou *lois*, et presque chaque fragment en un *principium* et un ou plusieurs paragraphes. On lui donna le

nom de *Digesta* (1) ou de *Pandectæ* (2) *juris enucleati ex omni veteri jure collecti.*

Comme ce recueil était spécialement destiné à la pratique, dans chaque titre on suivit l'ordre de l'édit. Voici comment sont rangés les divers fragments : en première ligne figurent les extraits sur le *jus civile*, dont faisaient partie les *libri ad Sabinum* ; en seconde ligne, les extraits sur l'édit du préteur, surtout d'Ulpien *ad edictum* ; en troisième ligne enfin, les extraits d'écrits pratiques sur des cas particuliers, notamment des extraits des *réponses* de Papinien et des *questions* de Paul. Tous les titres ne contiennent pas toutefois ces trois sortes de matières, et l'ordre des fragments a souvent subi des exceptions (3).

Les Pandectes furent publiées le 16 décembre 533, et commencèrent à avoir force de loi le 30 du même mois. Justinien, en les confirmant, proscrivit l'usage de tout autre écrit juridique, et même défendit de commenter son œuvre (4) : il permit seulement d'en faire des traductions grecques mot pour mot ( κατα ποδα ), et d'indiquer les concordances avec les rubriques ( παρατιτλα ) (5).

On citait anciennement ainsi : D. *de jure dotium*, L. *profectitia*, § *si pater* (6) : ou bien L. *profectitia*, § *si pater*, D.

---

(1) *Digerere in partes*, parce que l'ouvrage reçut une division plus générale en sept parties.

(2) De παν et de δεχομαι, parce que ce recueil comprenait tout ce qui pouvait être utile pour l'application. C'était un répertoire général de la doctrine des auteurs, de même que le *Code* était un répertoire général des constitutions impériales encore en vigueur.

(3) Voyez Thémis, t. 3. p. 278.

(4) Napoléon, apprenant que l'on commentait son code, disait : *Ils vont me le gâter*.

(5) Const. *Tanta*, 2. C. 1. 17. Const. *Dedit*, 3. C. 1. 17.

(6) Ce qui signifie Digeste, titre *de jure dotium*, la loi ou le fragment commençant par le mot *profectitia*, et le § commençant par *si pater*.

*de jure dotium*: ou encore, en indiquant le n° de la loi et du §, L. *profectitia 5*, § *si pater 6*, D. *de jure dotium*: ou bien enfin, en écrivant seulement le n° de la loi et du fragment, L. 5. § 6. D. *de jure dotium.* Quelquefois au lieu de L. on met Fr., qui est plus exact, parce qu'en effet les extraits des jurisconsultes sont des fragments et non des lois.

Pour plus de clarté, à la manière précédente de citer on ajoute les n^os^ du livre et du titre, ainsi:

Fr. 5. § 6. D. *de jure dotium* ( 23. 3 ).

Si l'on veut indiquer le *principium* du fragment, on écrit:

Fr. 5. pr. D. *de jure dotium* ( 23. 3. ),

On supprime aussi l'intitulé du titre et l'on écrit:

Fr. 5. pr. D. 23. 3., ou bien l'on indique ainsi: D. 23. 3. fr. 5. § 6., ou plus en abrégé: D. 23. 3. 5. § 6.; ou enfin D. 23. 3. 5. 6.

Les livres 30, 31 et 32 des Pandectes ne sont pas divisés en titres: tous les trois contiennent la matière des legs et des fidéicommis: pour les distinguer en les citant, l'on écrit:

Fr. 108. § 3. D. *de legatis* I. ou D. 30.

Fr. 76. § 1. D. *de legatis* II. ou D. 31.

Fr. 36. D, *de legatis* III. ou D. 32.

3° Les *cinquante décisions.* Lorsqu'on composa les Pandectes on rencontra des opinions controversées sur lesquelles on ne prit point de parti. Justinien les trancha par des décisions particulières; ces décisions, au nombre de 34 avant le commencement des Pandectes, s'élevèrent ensuite

---

De sorte qu'on n'indiquait pas le livre ni le n° du titre, ni celui de la loi ou du fragment, ni celui du §.—Digeste se rend par une abréviation, D., ou bien ff. qui est une altération de π, lettre grecque commençant le mot πανδεκται.

jusqu'à 50. Ces cinquante décisions mises à part entrèrent plus tard dans le nouveau Code dont nous allons bientôt nous occuper. Voici à quels signes on peut les distinguer :

A. — Elles ont pour titre: *Justinianus Juliano* ou *Joanni* P. P.

B. — Elles se terminent ainsi : *Lampadio et Oreste coss.* 530 ou 531 , ou *anno primo* ou *secundo post consul. Lampadii et Orestis.*

C. — Elles renferment la décision d'une question controversée.

4° Les *Institutes* (1) sont un recueil abrégé des principes de droit devant servir de texte à l'enseignement. Tribonien, Théophile et Dorothée furent chargés de ce travail. Elles ne sont qu'une nouvelle rédaction des Institutes de Gaius, dans laquelle on fit entrer quelques passages d'autres jurisconsultes classiques , et de nombreuses modifications exigées par la pratique du siècle de Justinien.

Les Institutes furent publiées le 21 novembre 533, et furent revêtues d'une autorité légale, avec les Pandectes , le 30 décembre de la même année (2). Théophile, l'un des rédacteurs, en fit un commentaire connu sous le nom de *Paraphrase*. Elles sont divisées en quatre livres, dont chacun contient plusieurs titres : la plupart des titres sont divisés en un *principium* et plusieurs §§.

Autrefois on citait les Institutes ainsi :

§ *Fratris vero*, J. *de nuptiis.*

aujourd'hui les modes de citation usités sont :

---

(1) On pense bien que nous n'établirons aucune controverse sur la question de savoir si cet ouvrage est du genre féminin, et doit s'appeler *Institutes*, ou s'il est du genre masculin et prend le nom de *Instituts*. Nous n'aimons pas les innovations qui ne présentent absolument aucune utilité.

(2) Voyez Const. *Tanta* et Const. *Dedit*, ll, cc.

§ 3. J. *de nuptiis.*

§ 3. J. 1. 10.

§ 3. J. *de nuptiis* (1. 10).

J. 1. 10. §. 3.

5° Le *Nouveau Code*. L'ancien Code, dont nous avons parlé plus haut, et par lequel Justinien avait commencé son grand travail de législation, n'était plus de nature à satisfaire les exigences récentes. Un grand nombre de contestations postérieures avaient modifié, changé et perfectionné le droit contenu dans les Pandectes. D'ailleurs les cinquante décisions devaient trouver leur place. Il fallut donc reviser l'ancien Code, en faire un nouveau qui contint les constitutions publiées depuis 529 et les cinquante décisions. Justinien chargea de ce nouveau travail Tribonien, avec Dorothée, Menna, Constantin et Jean, en leur recommandant de le coordonner avec les Pandectes et les Institutes. La nouvelle édition du Code (*repetita prælectio*) fut confirmée le 16 novembre 534, et l'ancien fut abrogé (1).

Le code nouveau (*repetitæ prælectionis*) ne renferme guère que des rescrits depuis Adrien jusqu'à Constantin : depuis ce dernier jusqu'à Justinien, les constitutions qu'il contient sont des édits ou lois proprement dites. Il se divise en douze livres, dont chacun est subdivisé en titres, sous lesquels se trouvent rangées les constitutions d'après l'ordre chronologique, la plupart morcelées. En tête de chaque constitution figurent le nom de l'empereur de qui elle émane et celui de la personne à qui elle est adressée : la date se trouve à la fin; quelques-unes cependant n'en ont point. On cite le Code comme les Pandectes; on nomme chaque extrait *Lex*, mais mieux *constitution* : on cite ainsi :

---

(1) Const. *Cordi nobis* de emend. C. Just.

L. 22. C. *mandati vel contra*,

Ou bien Const. 22. C. 4. 35.

Ou bien Const. 22. C. *mandati vel contra* ( 4. 35 ).

6° Les *Novelles*. Pendant les longues années du règne de Justinien, qui suivirent la publication du nouveau Code, de 534 à 559, cet empereur publia encore un grand nombre de constitutions dans lesquelles souvent il apportait des changements notables à sa propre législation. Elles sont écrites en grec et en latin, en style ampoulé : on les nomme νεαραι διαταξεις, *novellæ constitutiones* ou Novelles.

Ces Novelles ne furent pas mises en recueil par Justinien ; mais, après sa mort, on réunit 168 novelles grecques, dont 154 seulement appartenaient à Justinien, les autres à ses successeurs. A une époque postérieure, les glossateurs en firent neuf collations renfermant en tout 97 Novelles. Chaque collation est divisée en plusieurs titres, dont chacun est une Novelle; la huitième seule forme deux titres, le second et le troisième de la deuxième collation. Les glossateurs ne firent donc que 98 titres; et pour cette raison ces titres s'appelèrent *extravagantes* ou *novellæ extraordinariæ*. Les nouvelles collections contiennent les 168 Novelles.

Après Justinien, Julien, antécesseur à Constantinople, fit un extrait latin de 125 Novelles, vers l'année 570. Il est qualifié *Epitome novellarum* ou *Liber novellarum*. Il a obtenu beaucoup d'autorité surtout en Occident. Il parut aussi une version complète des Novelles, faite par des auteurs inconnus. Elle fut appelée plus tard *Corpus authenticum* (1) par les glossateurs, afin de la distinguer de l'*Epitome novellarum*, indiqué aussi sous le nom de *Epitome Juliani*. Elle

---

(1) De là le nom de *Anthentiques*.

est rangée en neuf collations, et se nomme *versio vulgata*.

D'après la manière des glossateurs, pour citer les Novelles on écrivait *Auth.*, ensuite la rubrique du titre sous lequel se trouvait la Novelle dans la collation (1), puis les mots qui commençaient le paragraphe, ou plutôt le chapitre de la Novelle: et la citation se terminait par l'indication du n° de la collation, et souvent de celui du titre, ainsi :

Auth. *de hered. ab intest.* § *si quis.* coll. 9. tit. 1.

Cette manière de citer a été abandonnée. Les Novelles, dans toutes les éditions, à partir de celle de Contius, ayant été rangées en une seule série de chiffres, on les cite par n° sans s'occuper de la collation. Le passage ci-dessus se cite de la manière suivante :

Nov. 118. C. 1.

Il ne sera pas inutile d'indiquer ici les meilleures éditions des recueils de Justinien. Le manuscrit des Pandectes le plus ancien, le plus complet et le plus célèbre, est celui de Florence : on le suppose écrit au 7e siècle, à Constantinople. Il fut apporté à Pise et y est resté jusqu'en 1406, époque à laquelle il passa à Florence ( Voyez Thémis III, p. 278 ). Les Torelli père et fils le livrèrent pour la première fois à l'impression en 1553. La plus récente collation du texte florentin est celle de Brencmann en 1709 : on la trouve dans les notes du *Corpus juris* de Gœthingue de 1776. Une autre édition des Pandectes fut faite conformément au texte adopté par les glossateurs; elle s'appelle *vulgate*. On appelle édition mixte celle qui fut le résultat d'une collation entre les versions florentine et vulgate : la plus remarquable est celle de Haloander, Nuremberg 1539, 3 vol. in-4°. Les meilleures éditions modernes des Pandectes sont

---

(1) Mais non les mots qui commençaient la *Novelle*.

celles de Beck, Leipzig, 3 vol. in–8°, et des frères Kriegel, in–8°, 2 vol. Leipzig, 1833.

Quant aux Institutes, l'édition *princeps* a été imprimée par Pierre Schoyffer de Gernsheim, à Mayence, en 1468, in–fol. Celle de Cujas, de 1585, a été reproduite dans l'*Ecloga juris* des rédacteurs de la Thémis, et dans le recueil de MM. Blondeau et Bonjean, 1838, chez Videcoq, à Paris.

L'édition moderne la plus précieuse est celle de M. Schrader, in–4°, Berlin 1833. Elle a été faite sur la collation de quarante manuscrits et sur la comparaison des seize meilleures éditions. Nous en avons scrupuleusement suivi le texte dans cet ouvrage.

## DESTINÉE ULTÉRIEURE DU DROIT ROMAIN.

### § 16.

#### 1° En Orient.

*Versions grecques des recueils de Justinien. — Les Basiliques. — Les* Novellæ Leonis. *Constantin Harmenopule.*

Les recueils de droit de Justinien avaient été rédigés en latin ; or, à Bizance et dans tout le territoire de l'Orient, la langue grecque était la dominante. Il fallut donc les traduire dans cet idiôme. Mais les traductions qui furent faites, quoique n'ayant pas de caractère légal, et, quoique souvent elles ne fussent pas fidèles, furent bientôt exclusivement consultées par les hommes de pratique. A ces recueils inexacts on joignit, avec plus ou moins d'intelligence, des constitutions des successeurs de Justinien. Le tout fut enfin défiguré et surchargé par des commentaires nombreux qui n'étaient signalés, pour la plupart, que par l'ignorance de leurs auteurs. De là la science du droit fut compliquée à un tel point, l'usage des recueils de Justi–

nien devint tellement difficile que, trois cents ans après leur rédaction, on fut dans la nécessité de faire un nouveau corps de droit applicable.

L'empereur Basilius Macedo posa les bases de ce travail, en 876 : il fit composer un abrégé des droits romain et grec, appelé προχειρον των νομων, qui fut divisé en quarante livres. Les versions grecques et les commentaires des livres de Justinien furent la source à laquelle il fut puisé : on forma un tout de chaque compilation de Justinien, de ses diverses constitutions détachées et de celles des empereurs qui l'avaient suivi. Basilius Macedo étant mort en 886, avant l'accomplissement de son travail, il fut mené à fin par son fils Léon-le-Philosophe, qui le publia sous le nom de *Basiliques* (1). Cet ouvrage était divisé en soixante livres (2) classés par matières et par titres. Constantin Porphyrogenète en fit faire une nouvelle édition (*Basilica repetitæ prælectionis*) après l'an 945. L'empereur Léon, de 887 à 893, publia de nouvelles constitutions, dont le but était de modifier plu-

---

(1) Ce nom vient, soit de ce que Léon voulut honorer son père (Βασιλευς), soit de ce qu'on appelait les constitutions impériales Βασιλικαι Διαταξεις.

(2) D'après l'opinion la plus généralement admise, trente-six livres seulement des Basiliques furent complétés, (voyez cependant Heimbach, *Manuale Basilicorum*, p. 325) sept livres parurent incomplets, et Fabrot suppléa au surplus au moyen de la *Synopsis* qu'on trouve dans l'édition de Leunclavius, de 1575. L'édition de Fabrot est en 7 vol. in fol. Paris 1647, avec traduction latine et des scholies. Reitz colligea les livres 49, 50, 51 et 52 sur un manuscrit de la bibliothèque royale de Paris, et les publia pour la première fois avec des variantes et des notes. (Voy, Thes. de Meermann, t. V. p. 1-104). C. Witte a fait paraître, en 1826, Vratisl. le titre entier *de div. reg. puris antiq.* Enfin Heimbach a commencé, en 1833, une nouvelle édition des Basiliques, qui se publie à Leipzig, in-4°, avec ce titre : *Basilicorum libr. LX. Post Annibalis Fabroti curas ope Codd. Mss. a Gust. Ern.*

sieurs dispositions du droit de Justinien. Il en fit un recueil, en grec, lequel renfermait cent treize novelles (1). Plus tard ces novelles furent traduites en latin par Agilée.

Constantin Harmenopulus, mort à Constantinople en 1382, fit plusieurs travaux sur le droit romain grec et sur les Basiliques. Son manuel du droit romain grec, divisé en dix livres, s'appelle προχειρον των νομων (2).

§ 17.

**2° En Occident.**

*Sort du droit romain en Italie, avant les glossateurs.*

*Le* Brachylogus.

Lorsqu'en 535 Justinien eut expulsé d'Italie les Ostrogoths pour y rétablir sa domination, il imposa aux écoles et aux tribunaux ses ouvrage juridiques, par la *sanctio pragmatica*

---

*Heimbachio aliisque collatorum integriores cum scholiis edidit, editos denuo recensuit, deperditos restituit, translationem latinam et adnotationem criticam adjecit Dr. Car. Guill. Ern. Heimbach.* Il en a déjà paru trois vol. et le commencement du quatrième.— M. Zachariæ de Lingenthal a découvert dans la bibliothèque du patriarche de Jérusalem un Ms. palimpseste, qui contient les livres XV—XVIII avec des scholies très étendues ; nous les possédions déjà d'après le Ms. de Paris 1352, mais beaucoup moins complets. M. Zachariæ s'occupe en ce moment de l'impression de ces livres dans le même format que l'édition de M. Heimbach. Voyez plus de détails dans le remarquable ouvrage de M. Mortreuil, intitulé: *Histoire du droit Byzantin*, 2e vol., Paris, chez Thorel.

(1) Elles ont paru en grec dans l'édition de Scrimger, Paris, 1558. — C. A. Beck, de novellis Leonis liber singularis, edid. C. J. Zepernick. Halæ, 1779, in-8°. —Elles se trouvent, dans les deux langues, dans l'édition de Contius, Lyon, 1571. Voyez aussi Edm. Bonefidius, Jus orientale. Paris, 1573, et Leunclavius, Jus græco-romanum. Francf. 1596.

(2) Théodoric Adamée en donna la première édition à Paris, en 1540. Mais la meilleure édition est celle de Reitz, en 1780, avec une traduction latine. Elle se trouve dans les suppléments de Meermann, Thes. jur. civ. p. 1436. Voyez Thémis, 1. p. 201.

qui se trouve dans l'addition au *Corpus juris* (1). Depuis cette époque le droit romain régit l'Italie et s'y maintint malgré toutes les révolutions et même l'envahissement des Lombards et des Francs. Toutefois les Pandectes y obtinrent une moindre autorité que le Code, et surtout que les Novelles d'un usage postérieur à celui de l'*Epitome Juliani*. Sous les Francs, le Bréviaire d'Alaric y fut adopté avec des changements.

Vers l'an 1100, dans la Lombardie, parut le *Brachylogus* ou *Corpus legum*, ouvrage contenant un abrégé du droit romain. Il avait principalement pour base les Institutes : le Code et les Novelles y sont beaucoup négligées. Voilà le seul ouvrage juridique de cette époque de ténèbres : le nom de son auteur n'a pu pénétrer jusqu'à nous.

## § 18.

### *Sort du droit romain en Italie du temps des glossateurs.*

Dans le douzième siècle se ralluma en Italie l'amour de la science, avec une ardeur d'autant plus grande, que son essor avait été longtemps comprimé. L'école de Bologne se plaça à la tête du mouvement scientifique et mit en honneur l'étude du droit romain. Le premier qui enseigna le droit à Bologne fut Pepo; vint après lui Irnérius ou Werner, qui éclipsa la gloire de son prédécesseur. Il fit, sur les livres de Justinien, des remarques critiques et explicatives du texte, que l'on appela *gloses*. D'abord les gloses étaient écrites dans les interlignes ; ensuite on les mit en marge. Ses disciples, fidèles à la même méthode, prirent le nom de glossateurs. Les principaux d'entre eux sont : *Bulgarus*, mort en 1166 ; *Martinus Gosia*, mort en 1167 ;

---

(1) Édit. de Gœtt. 3. p. 669.

*Hugo de Porta Ravennate*, mort en 1168 ; Jacques, mort en 1178. Ces quatre étaient les élèves d'*Irnerius*. *Placentinus* (+ 1192) et *Pillius* étaient disciples de *Martinus Gosia*. *Joannes Bassianus* et *Albericus de Porta Ravennate* (+ 1195) étaient disciples de *Bulgarus* ; *Azo* l'était de *Bassianus* (+ 1220). Viennent ensuite *Hugolinus Præsbyteri* et *Jacobus Balduinus* (+ 1235). Accurse était disciple d'*Azo* (+ 1260) et *Odofredus* de *Balduinus* et de *Hugolinus* : cet *Odofredus* était l'adversaire d'Accurse (+ 1265). Ce fut par Accurse que la science fut le plus enrichie. Il rassembla les travaux épars de ses prédécesseurs, y mêla et ajouta ses propres remarques et composa la *Glossa ordinaria*.

Les glossateurs firent sur le Code de Justinien un autre travail : ils intercalèrent dans les constitutions des extraits des novelles, qui indiquaient les modifications faites dans la suite à ces constitutions. Ces extraits furent appelés *Authentiques*. Pour les citer, on écrit d'abord *Auth.*; puis on met le commencement de l'extrait ou *Authentique*, et enfin la rubrique du titre sous lequel ces extraits se trouvent.

*Auth. Et non observata* C *de testamentis.*

ou bien

*Auth. Et non observata* C. 6. 23.

Les Institutes furent aussi enrichies d'*Authentiques*, pour signaler les changements que les novelles avaient introduits sur certains points.

## § 19.

### *Sort du droit romain en France, avant et après les glossateurs.*

### Petri exceptiones.

Du temps de Justinien, dans l'empire des Francs maîtres de la Gaule, les Romains étaient régis par le Bréviaire d'Alaric et le Code Théodosien. L'usage du droit romain fut

donc admis en France comme il le fut en Italie pendant le moyen âge. On présume que Lanfranc, qui mourut archevêque de Cantorbéry dans le milieu du XI^e^ siècle, avait enseigné le droit romain en France, lorsqu'il était à la tête de l'abbaye du Bec en Normandie. Ce qui est incontestable, c'est que, bien avant les glossateurs, l'on eut en France recours aux compilations de Justinien : car il existe un travail dont la rédaction doit se placer dans la seconde moitié du XI^e^ siècle, et qui est intitulé : *Petri exceptiones* (pour *excerptiones*) *legum romanarum*. L'auteur de cet ouvrage habitait probablement Valence (1). C'est un exposé systématique du droit, divisé en quatre livres. Il a été puisé dans les Institutes, les Pandectes, le Code et les Novelles d'après l'*Epitome Juliani*.

La France reçut, du mouvement scientifique en Italie, une impulsion sans égale. Aux écoles, devant les tribunaux, le droit romain fut accueilli avec la plus grande faveur. A cette époque de renovation fut probablement composé un livre appelé *Ulpianus de edendo* (2), abrégé de la procédure, tiré des compilations de Justinien. L'auteur en est inconnu.

Placentinus, l'un des glossateurs célèbres, enseigna le droit à Montpellier. Saint Louis fit traduire les recueils de Justinien, et Pierre de Fontaines, vers 1253, fit une comparaison du droit coutumier avec le droit romain (3).

L'enseignement du droit romain fut prohibé en 1220 par le

---

(1) Voyez cet ouvrage à la suite du T. 2. allemand, édit. de l'histoire du Moyen Age, par M. de Savigny. Il y en a plusieurs manuscrits à la bibliothèque du roi, à Paris.

(2) Ainsi appelé du texte qui commence cet ouvrage.

(3) Son ouvrage a pour titre: *le conseil que Pierre de Fontaines donna à son ami*. Il a été imprimé par Ducange, à la suite de Joinville, Paris, 1668, in-fol.

pape Honorius III, parce qu'il pensait que l'étude de ce droit nuisait à celle du droit canonique; mais cette prohibition, toute flatteuse pour une science qui savait inspirer une telle ardeur, resta inefficace, quoiqu'on eût eu le soin de la renouveler par l'ordonnance de Blois, de 1579 (1).

Nous sommes au XVI^e^ siècle si illustré par les jurisconsultes français. Leur éclat a rejailli jusque de nos jours, sous les auspices de la Thémis. Mais l'Allemagne aujourd'hui nous dépasse pour le droit romain, par la multiplicité des recherches et des travaux, par le zèle infatigable de ses professeurs et des jurisconsultes, et par l'intelligente sollicitude de ses gouvernements.

## CHRONOLOGIE DE L'HISTOIRE DU DROIT ROMAIN.

| JURISPRUDENCE. | ÉVÉNEMENTS POLITIQUES. | AN DE R. |
|---|---|---|
| *1^re^ Période, jusqu'aux XII Tables.* 305. | | |
| Commencement des lois royales... | Romulus, 1^er^ roi, fondateur de R. | |
| Droit papirien — Papirius (C. ou S. ou D.)..... | ..... | 1 |
| | Les rois sont chassés de Rome.... | 244 |
| Lois sacrées..... | Tribuns du peuple et les édiles... | 260 |
| Les XII tables. — La loi Valeria Horatia de plebisc..... | Les décemvirs perdent leur autorité..... | 305 |
| *2^e^ Période, depuis les XII Tables jusqu'au temps de Cicéron.* 659. | | |
| Edit du préteur et des édiles..... | Les plébéiens peuvent devenir consuls..... | 387 |
| Droit Flavien (Cn. Flavius)..... | Les plébéiens l'emportent sur les patriciens..... | 450 |
| L. Hortensia de plebiscitis..... | ..... | 468 |
| Edit du préteur Pérégrin..... | L'Italie est subjuguée..... | 488 |
| Edits provinciaux..... | Quatre préteurs sont établis..... | 527 |
| Droit Élien (Sex. Aelius)..... | 1^re^ guerre de Macédoine, 554... | 552 |
| S. C. de Bacchanalibus (1^er^ senatc. connu)..... | ..... | 568 |
| L. Licinia Mucia, sur le droit de cité..... | ..... Question du droit de cité..... | 659 |

(1) Cette défense fut positivement levée par l'édit de 1679, rendu par Louis XIV, relativement aux études de droit.

*3e Période, depuis 659 jusqu'à Alexandre Sévère. 222 après J.-C.*

| | | |
|---|---|---|
| Table d'Héraclée de 664 à 674. . . | L. Corn. Sylla, dictateur perpétuel. | 673 |
| Loi de Gallia Cisalpina aprés 710. . | Droit de cité donné à la Gaule transpadane. . . . . | 705 |
| Loi royale. — Commencement des constitutions. . . . . | L'empire est prorogé à Octave pour 10 ans. . . . . | 727 |
| Auguste établit que les jurisconsultes répondront *de jure* d'après son autorité. . . . . | . . . . . | |
| | . . . . . | |
| | Le fisc est séparé du trésor public. | E. C. |
| Commencement des *responsa signata*. . . . . | . . . . . | |
| | Tibère. . . . . | 14 |
| S. C. Pégasien sur les fidéicommis. | Dernier lustre. . . . . | 74 |
| Les princes, pour leurs constitutions, délibèrent avec le consistoire. . . . . | . . . . . | |
| | . . . . . | |
| | Adrien. . . . . | 117 |
| Edit perpétuel composé par Salvius Julianus. . . . . | . . . . . | |
| | On crée un avocat du fisc. . . . | 131 |
| Adrien ordonne que les réponses des prudents aient force de loi, lorsqu'elles sont unanimes, et, dans le cas contraire, il permet au juge de choisir. . . . . | . . . . . | |
| | . . . . . | |
| | . . . . . | |
| | . . . . . | |
| | . . . . . | |
| Les senatusconsultes finissent. . . | Alexandre Sévère. . . . . | 222 |

*4e Période, depuis 222 jusqu'à la mort de Justinien. 565.*

| | | |
|---|---|---|
| Edits des préfets du prétoire commencent. . . . . | . . . . . | |
| | Maximin. . . . . | 235 |
| Code Grégorien. . . . . | Constantin-le-Grand avec ses collègues. . . . . | 306 |
| Ici commencent les C. mises dans le Code Théodosien. . . . . | L'usage de l'indiction introduit par Constantin. . . . . | 312 |
| Edit de Milan en faveur du Christianisme. . . . . | Constantin et Licinius seuls maîtres. . . . . | 314 |
| Code Hermogénien (en Occident). | Valentinien Ier (en Occident). . . | 367 |
| Ecole de Constantinople établie par Théodose II. . . . . | Valentinien III (Occ.), Théodose II Or.). . . . . | 425 |
| Code Théodosien. — Novelles de Théodose II. . . . . | Concile d'Ephèse (431). — Les Vandales (429). . . . . | 438 |
| Edit de Théodoric, roi des Ostrogoths. . . . . | . . . . . | |
| | Les Ostrogoths en Italie (493). . | 500 |
| L. romana Visigothorum (bréviaire d'Alaric). . . . . | . . . . . | |
| | Alaric II, roi des Visigoths. . . | 506 |
| L. romana Burgundionum (Papiani responsa). . . . . | . . . . . | |
| | Justin Ier (en Orient). . . . . | 518 |
| Justinien confirme l'ancien Code. . | Justinien (527). . . . . | 529 |
| Justinien charge dix-sept jurisconsultes de travailler au Digeste, qui est publié en décembre ainsi que les Institutes. . . . . | . . . . . | |
| | . . . . . | |
| | . . . . . | |
| | . . . . . | |
| Le Code *repetitæ prælectionis*, auquel avaient travaillé cinq jurisconsultes, est confirmé. . . . . | . . . . . | 533 |
| | Les Vandales sont défaits en Afrique par Bélisaire. . . . . | 534 |
| Novelles de Justinien. — Edicta tredecim. . . . . | La langue latine n'est plus en usage au Forum. . . . . | 535 |
| | Justinien meurt. . . . . | 565 |

*Jurisprudence du moyen âge, jusqu'en 1345.*

| | | |
|---|---|---|
| L'autorité du droit romain continue en Occident, en Italie surtout, ainsi que dans les Gaules et l'Espagne. | | |
| *Epitome Novellarum Justiniani* (par Julianus) | | 570 |
| Version vulgate des Novelles (liber authenticorum) | | |
| *Corpus finium regundorum* (dans l'Italie grecque. | Fin de l'Exarchat. | 732 |
| *Ecole de Ravenne avant celle de Bologne.* | | |
| *Glossæ nomicæ* de divers auteurs. | | |
| Prochiron inédit de Basilius Macedo. | Basilius Macedo, emp. d'Or. (867). | 876 |
| Nomocanon de Photius. | | |
| 1re édition des Basiliques achevée par Léon-le-Sage. | Léon-le-Sage, emp. d'Or. (886). | 883<br>887 |
| *Ecloga* de Léon, après l'an 910. | | |
| Livre d'Eustathius sur les diverses prescriptions. | Constantin VIII, en 913. | |
| 2me édition des Basiliques, par Constantin VIII. | après | 944 |
| *Basilicorum synopsis* | | |
| *Petri exceptiones* (dans le pays de Valence) | | 1050 |
| *Brachylogus* (dans la Lombardie). | | 1100 |
| L'académie de Bologne devient célèbre surtout à cause d'Irnérius, dont les principaux disciples sont Vacarius, Bulgarus, Martinus, Hugo de Porta, etc. | | 1120 |
| *Glossa ante-Accursiana.* | Lothaire II, empereur. | 1125 |
| Dès lors le droit de Justinien est adopté dans toute l'Europe | | |
| *Consuetudines feudorum.* | Frédéric II, empereur. | 1218 |
| Les *authenticæ Fridericorum* ajoutées au Code | | 1220 |
| Ecole d'Accurse. | Etablissements de li bon roy Loys. | 1270 |
| Prochiron de Constantin Harmenopulus. | | 1345 |

*Lois, Plébiscites et Sénatusconsultes.*


LL. Sacratæ. . . . . 260
L. Des XII Tables, et la L. Valeria Horatia, sur les plébiscites. . . . . 305
L. Canuleia, sur le mariage entre patriciens et plébéiens. . . . . 309
L. Petilia Papiria, sur le *nexus* pour cause de dettes. . . . . 428
L. Hortensia, sur les plébiscites. — L. Aquilia, sur le dommage causé. 468
L. Silia, sur la *condictio pecuniæ certæ*. . . . . 510
L. Calpurnia, sur la *condictio* de toute autre *certa res*. . . . . 520
L. Æbutia, qui abolit en partie la procédure des actions de la loi. . . .
L. Cincia, sur les donations. . . . . 550
L. Atinia, de l'usucapion des choses furtives. . . . . 557
L. Attilia, des tuteurs datifs. . . . . »

Sc. des bacchanales. — L. Plætoria, des mineurs de xxv ans..... 568
L. Furia, sur les testaments..... 571
L. Voconia, sur les testaments..... 585
L. Mamilia, pour la limite des champs (on la place aussi en 515).... 589
L. Calpurnia, contre la concussion..... 605
L. Remmia, contre les *calumniatores*..... 608
L. Sempronia judiciaria..... 632
L. Maria, de ambitu..... 635
L. Thoria, L. Agraire..... 647
L. Servilia prima judiciaria..... 648
L. Luctatia de vi. L. Apuleia majestatis. L. Apuleia de sponsu..... 652
L. Servilia secunda judiciaria — L. Servilia contre la concussion.... 654
L. Licinia mucia, de civitate. — L. Furia de sponsu. — L. Publilia de sponsu..... 659
L. Livia judiciaria..... 663
L. Julia, qui accorde le droit de cité aux alliés..... 664
L. Plautia de vi. — L. Plautia de civitate. — L. Fabia..... 665
L.L. Corneliæ : 1ª judiciaria ; 2ª de sicariis et injuriis ; 3ª de falsis.. 673
L. Cornelia sur les *sponsores* et la *pecunia credita*. — Table d'Héraclée.
L. Aurelia judiciaria..... 684
L. Hortensia, de nundinis..... 685
L. Cornelia, sur les édits des préteurs..... 687
L. Julia repetundarum..... 695
L L. Pompeiæ, 1ª judiciaria ; 2ª de parricidis..... 699
L. Rhodia, de jactu..... .....
L. de Gallia Cisalpina..... 705
L. Julia judiciaria. — L. Julia de ære alieno..... 708
L. Falcidia de legatis..... 714
L. Scribonia, sur l'usucapion des servitudes..... 720
L. Julia et Titia, sur les tuteurs datifs des provinces..... 723
L. Regia, sur les pouvoirs de l'empereur. Époque de la première. . 727
L. Julia Judiciaria..... 729
L. Mensia de natis ex alterutro peregrino..... 735
L. Julia de adulteriis. — De maritandis ordinibus non perlata..... 737
SCC. Sex de aquæductibus..... 743
L. Quinctia de aquæductibus..... 745
L. Julia de ambitu. — Majestatis. — De vi publica. — De vi privata. — De peculatu. — De Sacrilegis et de residuis..... 746

E. C.

L. Ælia sentia, sur les affranchissements. — L. Julia de maritandis..... 757 — 4
L. Julia de vicesima hereditatum. — De annona..... 759 — 6
L. Fusia Caninia, sur les affranchissements..... 761 — 8
L. Papia Poppæa..... 762 — 9
L. Julia velleia testamentaria. — Sc. Silanianum. — L. Petronia de servis..... 763 — 10
Sc. Libonianum de falso..... 769 — 16
L. Junia Norbana..... 772 — 19
L. Visellia de juribus libertinorum..... 777 — 24
Sc. Licinnianum de falsis..... 780 — 27
Sc. Persicianum ad L. Papiam Poppæam..... 787 — 34
Sc. Largianum, sur la succession dans les biens des Latins Juniens..... 795 — 42
Sc. Claudianum, sur la tutelle légitime des femmes..... 797 — 44
Sc. Velleianum, sur les engagements des femmes pour autrui. — Sc. sur l'assignation des affranchis..... 799 — 46
Sc. Claudianum ad L. Cinciam. — Sc. Macedonianum..... 800 — 47

Sc. Claudianum, sur les mariages de l'oncle paternel avec sa nièce. 802 — 49
Sc. Claudianum, sur les débauches d'une ingénue avec des esclaves — sur ceux qui se laissent vendre pour participer au prix. 805 — 52
Scc. Volusiana tria : 1° de ædificiis negotiationis causa non diruendis ; 2° de pignorum capione ; 3° ad L. Juliam de vi privata. 809 — 56
Sc. Pisonianum ou Neronianum ad Sc. Silanianum. . . . . 810 — 57
Sc. Neronianum, de l'appel au sénat. . . . . 813 — 60
Sc. Turpillianum. — Sc. Calvisianum ad L. Papp. Popp. . . - 814 — 61
Sc. Trebellianum, sur les hérédités fideicommissaires. . . . . 815 — 62
Sc. Memmianum, de simulatis adoptionibus. . . . . 816 — 63
Scc. Neroniana ad L. Corneliam de falsis. — Sc. Neronianum de forma legatorum. . . . . 817 — 64
Sc. de imperio Vespasiani. . . . . 823 — 70
Sc. Pegasianum de fideicommissariis hereditatibus ad L. Papp. Popp..
— Sc. Pegasianum ad L. Æliam Sentiam. . . . . 827 — 74
Sc. Plantianum, sur les fidéicommis tacites. . . . . 829 — 76
Sc. Plantianum de subjiciendo adgnoscendoque partu . . . . .
Sc. ne quis ob idem crimen pluribus legibus reus fieret. . . . 832 — 79
Sc. Junianum, sur les collusions dans les causes relatives à la liberté. . . . . 837 — 84
Scc. sur les libertés fidéicommissaires. — Articuleianum, Rubrianum, Dasumianum. — Ad L. Cinciam. . . . . 854 — 101
Sc., de l'action contre les magistrats. — Scc. sur la preuve de la cause ; des institutions et legs captatoires. . . . . 867 — 114
Sc. Acilianum de ædificiis negotiationis causa non diruendis. . 875 — 122
Sc. Apronianum, des hérédités laissées aux cités par fidéicommis. 876 — 123
Sc. Juventianum, sur les accessions et les fruits d'une hérédité. 882 — 129
Scc. différens, sur les affranchissements, des questions d'état, l'abolition de l'usucapion *pro herede* ; la force de la preuve de la cause dans les testaments ; les legs faits à des cités ; les fidéicommis laissés à un pérégrin ou à une personne incertaine. 884 — 131
Sc. Tertullianum, sur la succession de la mère. . . . . 911 — 158
Sc. Sabinianum, sur les adoptions *ex tribus maribus*. — Sc. de satisdatione tutorum. . . . . 914 — 161
Scc. sur l'hypothèque tacite accordée à ceux qui ont prêté de l'argent pour rétablir des édifices ; sur les aliments assurés par testament ; sur la question d'état. . . . . 922 — 169
Sc. Orfitianum, sur la succession des enfants dans les biens de leur mère. — Scc., sur les mariages des sénateurs *ad L. Jul. et Pap. Pop.* — Sur l'empêchement de mariage entre une pupille et son tuteur ou le fils de celui-ci. . . . . 931 — 178
Sc Juncianum, sur la liberté fideicommissaire de l'esclave d'autrui. 935 — 182
Scc., sur le testament imparfait et sur celui dans lequel on aurait institué le prince *litis causa*. . . . . 946 — 193
Sc. sur la prohibition d'aliéner, sans un décret, les biens de ceux qui sont en tutelle ou en curatelle. . . . . 948 — 195
Sc., sur la confirmation des donations entre mari et femme. . . 959 — 206

# INSTITUTES

DE

# JUSTINIEN

TRADUITES ET EXPLIQUÉES.

# PROŒMIUM.

IN NOMINE DOMINI NOSTRI JESU CHRISTI,

Imperator Cæsar Flavius Justinianus, Alamannicus, Gothicus, Francicus, Germanicus, Anticus, Alanicus, Vandalicus, Africanus, pius, felix, inclutus, victor ac triumphator, semper Augustus, cupidæ legum juventuti.

Imperatoriam majestatem non solum armis decoratam, sed etiam legibus oportet esse armatam, ut utrumque tempus, et bellorum et pacis, recte possit gubernari, et princeps romanus victor existat non solum in hostilibus prœliis, sed etiam per legitimos tramites calumniantium iniquitates expellens, et fiat tam juris religiosissimus, quam victis hostibus triumphator.

1. Quorum utramque viam cum summis vigiliis et summa providentia, annuente Deo, perfecimus. Et bellicos quidem sudores nostros barbaricæ gentes sub juga nostra deductæ cognoscunt; et tam Africa, quam aliæ innumerosæ provinciæ post tanta temporum spatia nostris victoriis, a cœlesti numine præstitis, iterum dicioni romanæ nostroque additæ imperio protestantur. Omnes vero populi legibus tam a nobis promulgatis quam compositis reguntur.

2. Et cum sacratissimas constitutiones antea confusas in luculentam ereximus consonantiam, tunc nostram extendimus curam et ad immensa prudentiæ veteris volumina, et opus desperatum, quasi per medium profundum euntes, cœlesti favore jam adimplevimus.

3. Cumque hoc Deo propitio peractum est, Triboniano, viro magnifico, magistro et ex-quæstore sacri palatii nostri, necnon Theophilo et Dorotheo, viris illustribus, antecessoribus (quorum omnium sollertiam et legum scientiam et circa nostras jussiones fidem jam ex multis rerum argumentis accepimus) convocatis specialiter mandavimus, ut nostra auctoritate nostrisque suasionibus componant institutiones: ut liceat vobis prima legum cunabula non ab antiquis fabulis discere, sed ab imperiali splendore appetere, et tam aures quam animæ vestræ nihil inutile nihilque perperam positum, sed quod in ipsis rerum obtinet argumentis, accipiant; et quod in priore tempore vix post quadriennium prioribus contingebat, ut tunc constitutiones imperatorias legerent, hoc vos a primordio ingrediamini,

digni tanto honore tantaque reperti felicitate, ut et initium vobis et finis legum eruditionis à voce principali procedat.

4. Igitur post libros quinquaginta Digestorum seu Pandectarum, in quos omne jus antiquum collatum est (quos per eumdem virum excelsum Tribonianum necnon ceteros viros illustres et facundissimos confecimus), in hos quatuor libros easdem institutiones partiri jussimus, ut sint totius legitimæ scientiæ prima elementa.

5. In quibus breviter expositum est et quod antea obtinebat, et quod postea desuetudine inumbratum, ab imperiali remedio illuminatum est.

6. Quas ex omnibus antiquorum institutionibus, et præcipue ex commentariis Caii nostri tam Institutionum, quam rerum cotidianarum, aliisque multis commentariis compositas, cum tres prædicti viri prudentes nobis obtulerunt, et legimus, et cognovimus, et plenissimum nostrarum constitutionum robur eis accommodavimus.

7. Summa itaque ope et alacri studio has leges nostras accipite, et vosmetipsos sic eruditos ostendite, ut spes vos pulcherrima foveat, toto legitimo opere perfecto, posse etiam nostram rempublicam in partibus ejus vobis credendis gubernare.

D. CP. XI calend. decembris, D. JUSTINIANO PP. A. III Cons.

# INSTITUTES

DE

# JUSTINIEN.

## LIVRE PREMIER.

### TITULUS I.

DE JUSTITIA ET JURE.

**Pr.** Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuens.

### TITRE I.

DE LA JUSTICE ET DU DROIT.

**Pr.** La justice est la volonté ferme et durable de faire droit à chacun.

Vouloir c'est agir intérieurement ; mais notre vouloir nous porte à agir extérieurement, à produire des *actes*. Lorsque cette faculté de notre âme est tellement ferme qu'elle nous fait produire le même *acte* fréquemment et avec persévérance, elle nous fait contracter une habitude; louable, si les *actes* sont conformes à la morale, et alors c'est une vertu; blamable, s'ils y sont contraires, et alors c'est un vice.

La vertu est donc une habitude d'actes louables, et cette habitude suppose une volonté ferme et durable.

La morale nous porte à remplir des *devoirs* et des *obligations*. Les *devoirs* se distinguent des *obligations* en ce que l'accomplissement des premiers n'est que conseillé, tandis qu'on est astreint aux dernières. Ainsi c'est un *devoir* pour l'homme qui le peut de secourir les malheureux : il y a *obligation* pour celui qui a fait une promesse, avec une cause, de la réaliser.

La vertu dont le but est de s'acquitter des obligations est la *justice*.

* La *justice* peut donc être définie : la volonté ferme et durable (1),

(1) Nous ne disons pas *perpétuelle*, parce qu'après avoir été dominé par la justice pendant un temps assez long, on peut ensuite avoir le malheur de perdre l'habitude d'obéir à ses inspirations.

se manifestant par des actes, de rendre à chacun ce qui lui appartient.

Les actes humains ne sont louables que parce qu'ils sont conformes à des principes de morale empreints dans la nature humaine, et appropriés à la vie sociale : la justice humaine n'est qu'une conformité aux principes éternels, un emprunt fait à la justice impérissable. Cette lumière divine impartie à l'homme pour ses besoins moraux, constitue les principes premiers de ce qu'on appelle *droit* (*jus*).

* Le *droit* est donc l'ensemble des principes qui servent de règle aux actes humains; ce qui y est conforme s'appelle *juste;* ce qui y est contraire est qualifié d'*injuste*.

C'est, par conséquent, de cette lumière qui éclaire tout homme venant en ce monde que jaillissent les principes du droit. C'est en ce sens que le jurisconsulte Ulpien (1) nous apprend que le mot *droit, juste* (*jus*), vient de la justice (*justitia*).

Ce *jus* prend, dans la science, le nom d'*objectif* ; c'est le droit considéré comme objet de nos actes, comme règle de notre conduite (2). Mais de même qu'on appelle *droit* l'ensemble des principes qui obligent tous les hommes, de même on appelle *droit* le pouvoir qu'a quelqu'un d'exiger d'un autre quelque chose, parce qu'il puise ce pouvoir dans le droit objectif. En effet, si le droit objectif sanctionne une obligation contractée envers moi, j'ai contre mon débiteur un droit qui est le corrélatif de son obligation. Ce droit (*jus*) s'appelle *subjectif*, comme qui dirait une parcelle de la règle générale qui se trouve, par l'application, spéciale à moi, qui m'appartient (3).

§ I Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia.

§ I. La jurisprudence est d'abord la connaissance des choses divines et humaines, et surtout la science du juste et de l'injuste.

Lorsque les hommes ne formaient d'autre société que celle de la famille, les principes du droit étaient simples comme cette société. C'était le chef de la famille qui en était l'oracle, en préconisait l'existence, et en faisait l'application. Les enfants s'en rapportaient facilement aux

---

Or, cette nuit morale n'anéantit pas le jour qui l'a précédée. C'est de la même manière qu'on appelait *perpetuum* l'édit que le Préteur publiait pour toute la durée de ses fonctions, qui cependant n'étaient que annales.

(1) L. 1. p. § 1. D. 1. 1.

(2) Par le même motif on appelle *jus* tout monument de législation, toute décision d'un magistrat. L. 9 D. 1. 3. L. 11, D. 1. 1. Auct. ad Herenn. II, 13. Au mot *jus* on ajoute plusieurs qualifications. Ainsi l'on dit : le droit naturel, le droit des gens, le droit divin, le droit civil, le droit public, le droit privé, etc.

(3) Le mot *jus* a encore d'autres significations. L'on dit, *ipsum jus, ipso jure*, pour distinguer le droit civil ancien du droit postérieur et du droit nouveau : *jus* est opppsé à *factum* dans les actions *in jus* et les actions *in factum*. Du temps de Justinien quelquefois le mot *jus* est employé par opposition aux lois ou aux constitutions. *In jure* signifie aussi *devant le préteur* par opposition à ce qui se passe devant le *judex*.

interprétations et aux décisions de leur chef. Quand plusieurs familles constituèrent des tribus, les règles de droit ne furent pas encore bien compliquées : le chef de la tribu et les vieillards en étaient les organes.

Mais, quand les nations se furent formées, quand surtout l'empire romain se fut organisé dans de vastes proportions, la nouveauté des rapports entre les hommes, leur multiplicité et leur complication ne permirent plus d'écouter immédiatement et purement les principes primitifs. Ceux-ci étaient simples, il fallait en tirer des conséquences nombreuses, les classer avec méthode, les coordonner entre elles. Alors la science du droit devint indispensable ; car c'est la science qui raisonne, qui classe et qui coordonne.

C'est ce que les Romains nommaient *Jurisprudence*.

La jurisprudence est donc la science du droit.

Toute science est fille de la philosophie entendue dans le sens antique. La philosophie, en effet, comprenait tout le champ du raisonnement humain; elle embrassait les sciences physiques, morales et religieuses, en un mot, les choses divines et humaines. La science morale ou juridique supposait donc d'abord une connaissance plus ou moins profonde des choses divines et humaines ( *notitia* ); mais ensuite la connaissance parfaite du juste et de l'injuste ( *justi atque injusti* SCIENTIA ).

Le mot *jurisprudence*, en droit français, a une toute autre signification; il indique la connaissance des arrêts, ou décisions des cours royales et de la cour de cassation. Or, cette connaissance des arrêts, loin d'être une science, est subversive de toute science, si on veut la prendre comme règle suprême; car elle ne tend à rien moins qu'à étouffer l'esprit sous le poids des autorités. Elle est, sans doute, excellente à consulter pour se rendre compte des diverses manières dont l'esprit humain peut comprendre la loi; mais elle ne peut constater que cela ; la science est ailleurs.

§ II. His generaliter cognitis, et incipientibus nobis exponere jura populi romani : ita maxime videntur posse tradi commodissime, si primo levi ac simplici, post deinde diligentissima atque exactissima interpretatione singula tradantur. Alioqui, si statim ab initio rudem adhuc et infirmum animum studiosi multitudine ac varietate rerum oneraverimus : duorum alterum aut desertorem studiorum efficiemus, aut cum magno labore ejus, sæpe etiam cum diffidentia, quæ plerumque juvenes avertit, serius ad id perducemus, ad quod

§ II. Ces idées générales étant émises, nous qui voulons initier les commençants à la science juridique du droit romain, nous avons pensé les conduire par une voie simple et d'un accès facile, pour ensuite les faire aboutir peu à peu à un examen plus approfondi et plus détaillé. Car si, dès le début, et alors que leur esprit est étranger à tous principes et peu affermi, nous les surchargions de connaissances trop variées et trop compliquées, il arriverait de deux choses l'une : ou nous les dégoûterions de l'étude, parce qu'en leur donnant

leviore via ductus, sine magno labore, et sine ulla diffidentia maturius perduci potuisset.

plus de peine nous leur inspirerions peu de goût pour le droit; ou nous les contraindrions à des efforts pénibles qui ralentiraient leur marche : or il vaut mieux les amener au même but plus agréablement et avec plus de célérité.

§ III. Juris præcepta sunt hæc : honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere.

§ 3. Les préceptes du droit consistent à vivre honnêtement, à ne nuire à personne et à attribuer à chacun ce qui lui appartient.

* Les préceptes sont des principes généraux servant de base aux règles du droit. *Honeste vivere* a trait à la dignité morale de l'individu. De ce principe découlent les lois qui protègent les bonnes mœurs et répriment les atteintes qui leur sont portées (1). *Neminem lædere* c'est respecter les autres hommes, en tant que personnes, ou reconnaître leurs droits originels (2). *Suum cuique tribuere* c'est reconnaître tous les droits acquis de nos semblables (3).

§ IV. Hujus studii duæ sunt positiones, publicum et privatum. Publicum jus est, quod statum rei romanæ spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet. Dicendum est igitur de jure privato; quod tripertitum est. Collectum est enim ex naturalibus præceptis, aut gentium, aut civilibus.

§ 4. Le droit se divise en droit public et en droit privé, On entend par droit public celui qui règle les rapports de l'état romain avec les citoyens; et par droit privé celui qui règle les rapports des citoyens entre eux. Nous ne nous occuperons que du droit privé, lequel se compose de préceptes du droit naturel, de préceptes du droit des gens et de préceptes du droit civil.

** La science du droit est destinée à régler les rapports des hommes vivant en société. Mais les hommes ont des rapports d'individu à individu, ils en ont aussi de citoyen à universalité des citoyens. Le droit qui règle les premiers s'appelle *droit privé* : le nom de *droit public* est donné au droit qui règle les derniers.

Les Institutes n'ont pour objet que le droit privé, et celui-là seul sera examiné.

*** Or, le droit privé d'un peuple quelconque ne se forme qu'à la longue: il ne peut non plus dériver uniquement de la source primitive, des

---

(1) C'est de ce principe que résulte la nullité des contrats qui ont pour but un acte immoral, et la *condictio ob turpem causam*. Voy. Traité de droit romain, par M. de Savigny (Guenoux), t. I. p. 402 et 403.

(2) Un acte de violence porte atteinte à un droit originel.

(3) Tels sont les droits relatifs aux biens, au mariage, à la puissance parternelle. Voyez M. de Savigny, l. c.

principes simples de la morale. Certaines de ses règles sont empruntées aux législations d'autres peuples plus anciens par la civilisation. Enfin on trouve dans le droit privé d'un peuple un cachet particulier qu'il ne doit qu'à lui-même, aux circonstances de sa constitution spéciale.

Le droit privé des Romains est donc le résultat des principes du droit naturel, du droit universel appelé *droit des gens*, et du droit propre à la cité, c'est-à-dire, du *droit civil*.

## TITULUS II.

### DE JURE NATURALI ET GENTIUM ET CIVILI.

Pr. Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit. Nam jus istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quæ in cœlo, quæ in terra, quæ in mari nascuntur. Hinc descendit maris atque feminæ conjugatio, quam nos matrimonium appellamus; hinc liberorum procreatio et educatio. Videmus etenim cetera quoque animalia istius juris peritia censeri.

## TITRE II.

### DU DROIT NATUREL, DU DROIT DES GENS ET DU DROIT CIVIL.

Pr. On entend par droit naturel celui que la nature a inspiré à tous les animaux. Ce droit, en effet, n'est pas spécial à la race humaine; il exerce son empire sur les habitants de l'air, de la terre et des eaux. C'est lui qui commande l'approche du mâle et de la femelle (le mariage pour les hommes), la reproduction de l'être et son éducation. Tous les animaux, en effet, obeissent à cette loi.

Le droit, tel qu'il a été défini dans le titre précédent, est l'ensemble des règles sur lesquelles nous devons conformer nos actes, si nous voulons qu'ils soient méritoires. Le droit, ainsi entendu, suppose l'usage d'une liberté réfléchie; car si l'on évite le mal, si l'on se détermine au bien, par l'effet de la fatalité, il n'y a plus de mérite. Le droit ne commande, ne défend, que parce qu'on peut obéir; or, l'obéissance suppose le choix, et le mérite d'avoir rempli les obligations qui nous sont imposées envers nos semblables. Si donc les animaux se rapprochent pour perpétuer leur espèce, s'ils nourrissent les petits qui sont le fruit de ce rapprochement, ils ne suivent pas les règles d'un droit proprement dit, mais l'instinct. C'est à tort, par conséquent, que notre texte définit le droit naturel, celui qui est commun à tous les êtres animés. Du reste, cette définition est encore inexacte sous un autre point de vue; car des êtres inanimés, tels que des arbres ou des plantes, se rapprochent aussi, à leur manière, pour perpétuer leur espèce.

Cependant les règles, d'après lesquelles est dirigée la nature entière, sont des règles, quoique l'on ne conçoive pas qu'elles puissent être violées. Leur ensemble forme un *droit*. On dit même assez souvent les *lois* de la nature. Dieu lui-même est soumis aux lois de son essence. C'est dans ce sens que Montesquieu dit: « Les lois, dans la signification « la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature

« des choses; et dans ce sens tous les êtres ont leurs lois; la divinité a « ses lois, le monde matériel a ses lois, les intelligences supérieures à « l'homme ont leurs lois, les bêtes ont leurs lois, l'hommea ses lois (1).»

En effet, les règles de morale sont, comme les lois de la nature, invariables : ce n'est que notre volonté qui varie. Nous pouvons mériter ou démériter : nous pouvons être inconstants dans nos actes, mais ces règles sont constamment les mêmes : et c'est cette immutabilité qui fait ressortir nos variations. Sous ce rapport l'homme a donc un droit naturel commun avec les autres êtres, et surtout les êtres animés.

D'ailleurs cette définition du droit naturel est empruntée aux philosophes qui, pour la formuler, se sont reportés au berceau du monde, à l'époque où les hommes, vivant plus près de la bête, lui appliquaient quelques-unes des règles de l'humanité.

Au reste, les Romains comprenaient, aussi bien que nous pouvons le faire, la distance énorme qui sépare du droit humain les règles auxquelles sont soumis les animaux: car cette définition du droit naturel ne se retrouve qu'une seconde fois dans les recueils du droit romain, à la L. 1, § 3, D. 1. 1. et Cicéron, Fin. III, 20, dit : «*homini nihil juris esse cum bestiis.*» Partout ailleurs on entend par droit naturel le droit commun à tous les hommes.

§ I. Jus autem civile, vel gentium ita dividitur: Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur : nam quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium civitatis est, vocaturque jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peræque custoditur, vocaturque jus gentium, *quo jure omnes gentes utuntur*. Et populus itaque romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utitur. Quæ singula qualia sunt, suis locis proponemus.

§ 1. Voici ce qu'il faut penser du droit civil et du droit des gens. Tous les peuples qui sont régis par des lois et des coutumes le sont par des principes qui leur sont propres, et par d'autres principes qui leur sont communs avec tous les membres de l'humanité. Ceux qui leur sont propres s'appellent droit spécial à la cité, *droit civil;* ceux qui leur sont communs avec les hommes s'appellent *droit des gens*, parce que toutes les nations le reconnaissent. Le peuple romain admet donc aussi des principes spéciaux à la cité romaine, et des principes communs à tous. Nous traiterons des uns et des autres dans l'occasion.

Tout droit étant basé sur les préceptes dont il a été question au titre précédent, a son fondement dans les principes que la divinité a empreints dans nos cœurs : ces principes, base de tout droit, sont ce que

(1) *Esprit des lois*, liv. 1. ch. 1.

nous appelons de nos jours le *droit naturel*. Les jurisconsultes romains leur donnaient déjà la même qualification.

*Ils entendaient par droit naturel, le droit que la nature impose, non aux animaux, mais aux hommes seulement.

**Comme ce droit est inhérent à la nature humaine, il se retrouve nécessairement chez tous les hommes et dans toutes les sociétés : de là vient qu'ils lui donnaient également la qualification de droit des gens, c'est-à-dire, droit commun à toute l'humanité, qui se retrouve chez toutes les nations, *jus gentium* (1). Le droit des gens, ainsi entendu, prenait le nom spécial de *droit des gens primaire*; celui-là se confondait avec le *droit naturel*.

***Il y avait un autre droit des gens, appelé *secondaire*, qui différait beaucoup du précédent. Tous les peuples avaient admis des principes qui se trouvaient aussi partout comme ceux du droit de la nature : ils les avaient admis comme conséquence plus ou moins éloignée des principes premiers, et comme l'expression d'une utilité ou d'une nécessité sociale comprise plus ou moins bien : il en était parmi eux que les Romains eux-mêmes considéraient comme contraires à la nature; telle était la servitude. Ces principes s'appelaient aussi *droit des gens*, parce qu'ils s'étaient établis universellement chez tous les peuples.

****Mais quoique tous les peuples fussent régis par des principes communs rangés, soit dans le droit des gens primaire, soit dans le droit des gens secondaire, il était impossible que chacun d'eux ne fût pas, en outre, sous l'empire des principes spéciaux à sa cité : les mœurs d'un peuple, sa constitution, sa position sur le globe devaient lui donner une manière d'être particulière qui entrainait un droit caractéristique. Ce droit qui caractérisait la cité s'appelait *droit civil*. Il était public ou privé.

§ II. Sed jus quidem civile ex unaquaque civitate appellatur, veluti Atheniensium. Nam si quis velit Solonis vel Draconis leges appellare jus civile Atheniensium, non erraverit. Sic enim et jus, quo populus romanus utitur, jus civile Romanorum appellamus; vel jus Quiritium, quo Quirites utuntur : Romani enim a Quirino Quirites appellantur. Sed quotiens non addimus, cujus sit civitatis, nostrum jus significamus : sicuti cum poëtam dicimus, non addimus

§ 2. Le droit civil prend, en outre, le nom de la cité qu'il régit : ainsi on dit le droit civil des Athéniens. En effet, en donnant aux lois de Solon ou de Dracon la qualification de droit civil des Athéniens, on rend hommage à la verité. Par le même motif, le droit spécial à la cité romaine s'appelle droit civil des Romains, ou droit des Quirites : car les Romains ont été appelés Quirites de Quirinus. Si l'on parle du droit civil sans autre qualification, on entend, chez

(1) *Droit des gens*, à notre époque, signifie le droit qui règle les rapports des nations entre elles : c'est le droit international. On voit qu'on n'attribuait pas le même sens à cette dénomination en droit romain.

nomen, subauditur apud Græcos egregius Homerus, apud nos Virgilius. Jus autem gentium omni humano generi commune est. Nam usu exigente et humanis necessitatibus, gentes humanæ quædam sibi constituerunt. Bella etenim orta sunt, et captivitates secutæ et servitutes, quæ sunt juri naturali contraria : jure enim naturali ab initio omnes homines liberi nascebantur. Ex hoc jure gentium et omnes pæne contractus introducti sunt, ut emptio, venditio, locatio, conductio, societas, depositum, mutuum, et alii innumerabiles.

nous, notre droit civil, de la même manière qu'en disant le poète, chez les Grecs on indique Homère, et, chez nous, Virgile. Quant au droit des gens, il est commun à tous les hommes; car il s'est partout établi par suite de nécessités qui se sont rencontrées chez tous les peuples. Partout, en effet, des guerres se sont allumées; la captivité et l'esclavage en ont été la conséquence, quoiqu'ils soient contraires à la loi naturelle, puisque, dès le principe, tous les hommes naissent libres. A ce même droit des gens ont été empruntés presque tous les contrats, la vente, le louage, la société, le dépôt, le prêt de consommation et beaucoup d'autres.

Le droit civil étant le droit propre à une cité, doit en prendre le nom pour se distinguer de tout autre droit civil : ainsi les lois de Solon ou de Dracon, législateurs d'Athènes, s'appellent droit des Athéniens : le droit spécial à Rome est nommé droit romain, ou droit des Quirites, du nom de Quirinus donné à Romulus lorsque, d'après la fable, celui-ci fut placé dans les cieux, ou plutôt de Cures, ville des Sabins qui, ayant à leur tête Tatius, furent incorporés aux Romains et en devinrent peut-être le noyau principal (1). Lorsque, dans les livres des jurisconsultes romains, on rencontre l'expression *jus civile* sans autre qualification, elle désigne le droit romain, de même que, dans la littérature grecque, *le poète* signifie Homère, et dans la littérature latine, Virgile.

Quelquefois l'expression *jus quiritium* ne comprend pas même tout le droit civil particulier aux Romains, mais seulement la partie de ce droit qui se réfère à ce que le droit romain avait de plus rigoureux, et notamment à la propriété appelée quiritaire (2)

Le droit des gens secondaire a régi chez les Romains presque tous les contrats : c'est de lui que découlent la vente, le louage, la société, le dépôt, le prêt de consommation et beaucoup d'autres ; de telle sorte que les seuls contrats que l'on puisse attribuer au droit romain pur, sont la stipulation et le contrat littéral.

---

(1) Niebuhr, hist. rom. trad. de M. Golbéry, t 1. p. 406 et suiv. Ovid. fast. II, 479.

(2) Droit civil signifie 1. le droit qui régit la cité romaine, composé du droit naturel et des principes particuliers à cette cité ; 2. tout droit autre que le droit public ou le droit criminel ; 3. tout droit autre que le droit prétorien; 4. le droit introduit par l'autorité des jurisconsultes, *jure civili receptum est*. L. 24 D. 35. 1.

§ III. Constat autem jus nostrum aut ex scripto, aut ex non scripto : ut apud Græcos, τῶν νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δὲ ἄγραφοι. Scriptum jus est lex, plebiscita, senatusconsulta, principum placita, magistratuum edicta, responsa prudentium.

§ 3. * Notre droit se divise en droit écrit et en droit non écrit. Le droit écrit comprend la loi, les plébiscites, le senatusconsulte, les constitutions impériales, les édits des magistrats et les réponses des prudents.

Le droit qu'un peuple n'a pas reçu immédiatement de la nature, mais qu'il en a tiré comme conséquence plus ou moins rigoureuse, s'appelle *droit positif*. Est donc droit positif du peuple romain et le droit des gens qui le régit, et son droit spécial ou civil.

** Le droit spécial se présente sous deux formes chez les Romains. Il s'y est introduit, en partie, du consentement tacite de l'universalité des citoyens, sans époque fixe et sans une promulgation formelle. C'est ce qu'on appelle *droit non écrit*; il en sera question au § 9.

*** Le reste du droit s'y est présenté comme résultat de décisions prises formellement par une autorité qui en avait le pouvoir: ces monuments du droit ont donc une date certaine, ont été formulés d'une manière précise. C'est ce qu'on appelle *droit écrit*.

§ IV. Lex est, quod populus romanus, senatorio magistratu interrogante, veluti consule, constituebat. Plebiscitum est, quod plebs plebeio magistratu interrogante, veluti tribuno, constituebat. Plebs autem a populo eo differt, quo species a genere. Nam appellatione populi universi cives significantur, connumeratis etiam patriciis et senatoribus; plebis autem appellatione, sine patriciis et senatoribus, ceteri cives significantur. Sed et plebiscita lege Hortensia lata non minus valere, quam leges cœperunt.

§ 4. La loi était la décision prise par le peuple romain, sur la proposition d'un magistrat sénateur, par exemple, un consul. Le plébiscite était la décision prise par la plèbe, sur la proposition d'un magistrat plébéien, par exemple, un tribun. Or, la plèbe diffère du peuple comme l'espèce du genre. Car, par peuple, on entend la réunion de tous les citoyens romains, y compris les patriciens et même les sénateurs; et, par plèbe, on entend les citoyens autres que les patriciens et les sénateurs. Les plébiscites obtinrent force de loi en vertu de la loi Hortensia.

§ V. Senatusconsultum est, quod senatus jubet atque constituit. Nam cum auctus est populus romanus in eum modum, ut difficile sit in unum eum convocari legis sanciendæ causa: æquum visum est, senatum vice populi consuli.

§ 5. Le senatus consulte est ce que le sénat ordonne et décrète. En effet, le peuple romain s'étant accru à un tel point qu'il était devenu difficile de le réunir dans les comices pour faire des lois, on admit qu'on pouvait provoquer du sénat des décisions qui remplaçassent celles du peuple lui-même.

Du temps de Gaius, il y avait déjà longtemps que les sénatus-consultes avaient force de loi. S'il ajoute *quamvis fuit quæsitum* (1), il ne veut pas dire qu'il y eût doute à ce sujet, mais seulement sur la question de savoir si le sénatus-consulte ne remplaçait pas exactement la loi ou s'il n'était pas respecté seulement en vertu de l'autorité que l'usage avait bien voulu lui attribuer, comme il en attribuait aux antécédents judiciaires et aux opinions des jurisconsultes universellement admises. De sorte que le doute n'aurait eu de rapport qu'à l'appréciation théorique : car, dans la pratique, le sénatus-consulte était aussi obligatoire que l'ancienne *Lex* (2).

§ 6. Sed et quod principi placuit, legis habet vigorem : cum lege regia, quæ de imperio ejus lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem concessit. Quodcumque igitur imperator per epistolam constituit, vel cognoscens decrevit, vel edicto præcepit, legem esse constat : hæ sunt, quæ constitutiones appellantur. Plane ex his quædam sunt personales, quæ nec ad exemplum trahuntur, quoniam non hoc princeps vult : nam quod alicui ob merita indulsit, vel si cui pœnam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non egreditur. Aliæ autem, cum generales sunt, omnes procul dubio tenent.

§ 6. On doit aussi attribuer force de loi aux décisions de l'empereur, puisque, par l'effet de la loi *regia*, en vertu de laquelle il a été élevé à l'empire, le peuple l'a investi de ses pouvoirs et de son autorité. En conséquence, tout ce qu'il prescrit, soit par lettre, soit par décret, soit par édit, équivaut incontestablement à une loi, c'est ce qu'on appelle constitutions. Parmi les constitutions il en est cependant qui sont personnelles, et dont l'application est restreinte, parce que l'empereur l'a voulu. En effet, les libéralités qu'il accorde pour des services rendus, les peines qu'il inflige à certaines personnes, la faveur qu'il accorde dans des cas exceptionnels, doivent rester dans leur spécialité. Quant aux autres constitutions, qui s'adressent à la généralité des citoyens, elles obligent, sans aucun doute, tous les sujets de l'empire.

Les membres d'une cité, considérés comme un seul être moral, s'appellent *souverain* : le *souverain* a seul le pouvoir de rendre des décisions obligatoires pour tous. Ce *souverain* peut agir lui-même dans les comices, par exemple, en faisant une *lex* proprement dite ; il peut consentir à ce que les décisions d'une partie du peuple aient force de loi; tels sont les plébiscites et les sénatus-consultes : enfin il peut consentir à être représenté par un seul homme, le prince, chez les Romains, l'empereur. La puissance impériale avait une autorité législative qu'elle empruntait à la souveraineté nationale (3). Il paraît même que, du moins dans le

(1) I. 4.
(2) Voy. Zimmern, t. 1. § 22.
(3) Nous ne disons pas : à la souveraineté du peuple : car celui-ci n'est qu'une collection

principe, tout empereur, à son avènement, était investi des pouvoirs du souverain par une décision expresse, appelée loi *regia* (1). Voyez plus haut, p. 24 et 25, comment on distingue les constitutions.

§ VII. Prætorum quoque edicta non modicam juris obtinent auctoritatem. Hæc etiam jus honorarium solemus appellare, quod, qui honorem gerunt, id est, magistratus, auctoritatem huic juri dederunt. Proponebant et ædiles curules edictum de quibusdam casibus, quod edictum juris honorarii portio est.

§ 7. Les édits des préteurs jouissent aussi d'une grande autorité. On est dans l'habitude de les appeler droit honoraire, parce qu'ils empruntent cette autorité des magistrats desquels ils émanent, de personnes investies d'honneurs. Les édiles curules publiaient aussi des édits sur certaines matières : ces édits faisaient partie du droit honoraire.

§ VIII. Responsa prudentium sunt sententiæ et opiniones eorum, quibus permissum erat jura condere. Nam antiquitus institutum erat, ut essent, qui jura publice interpretarentur, quibus a Cæsare jus respondendi datum est, qui jurisconsulti appellabantur : quorum omnium sententiæ et opiniones eam auctoritatem tenebant, ut judici recedere a responso eorum non liceret, ut est constitutum.

§ 8. Les réponses des prudents sont les décisions et les opinions de ceux à qui il a été accordé de statuer sur le droit. Autrefois, en effet, une constitution avait voulu qu'il y eût des citoyens qui interprétassent publiquement les divers droits, et César les avait autorisés à répondre à des consultations : ces citoyens furent appelés, à cause de cela, jurisconsultes. Lorsqu'ils étaient unanimes sur une question, leurs décisions et leurs opinions avaient une telle force, qu'il n'était pas permis au juge de s'en écarter. Ainsi l'a voulu une constitution postérieure à la précédente.

§ IX. Ex non scripto jus venit quod usus comprobavit. Nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur.

§ 9. On appelle droit non écrit celui que l'usage a introduit. En effet, les coutumes d'un peuple, approuvées par le consentement de ceux qui s'en servent, imitent la loi.

---

d'individus dont chacun se regarderait à tort comme un souverain; tandis que nous attribuons la souveraineté nationale à un être moral, composé à la vérité d'individus, mais desquels chacun n'est absolument rien.

(1) L. 1 p. D. 1. 4. Elle était, sans doute, appelée *regia* à l'imitation de la loi qui autrefois investissait les rois de leur puissance, quoiqu'elle ne leur conférât pas le pouvoir législatif. Cet investissement du prince n'avait cependant pas pour effet de dépouiller le souverain de tout pouvoir législatif : celui-ci ne faisait que communiquer ses pouvoirs; l'empereur avait le droit de statuer *vice populi*. V. M. Ducaurroy, Inst. expl. t. 1. n° 18. Voy. aussi Gaius I. 5. On renouvelait cette loi à chaque règne nouveau. Voyez M. Giraud, *Introduction*, p. 225. Plus tard, elle ne fut plus renouvelée expressément, et le peuple fut enfin dépouillé de toute puissance législative. L. fin. pr. C. 1. 14. Præf. D. 5. § 21. *in fin.*

La définition du droit non écrit a été donnée plus haut p. 62.

§ X. Et non ineleganter in duas species jus civile distributum videtur. Nam origo ejus ab institutis duarum civitatium, Athenarum scilicet et Lacedœmonis, fluxisse videtur. In his enim civitatibus ita agi solitum erat ut Lacedæmonii quidem magis ea, quæ pro legibus observarent, memoriæ mandarent; Athenienses vero ea, quæ in legibus scripta reprehendissent, custodirent.

§ 10. C'est avec raison que le droit civil se divise en droit écrit et en droit non écrit, puisqu'il semble tirer son origine d'Athènes et de Lacédémone. Or, chez les Lacédémoniens, on était dans l'usage de ne confier qu'à la mémoire les dispositions légales, tandis qu'à Athènes on les constatait par écrit.

Le droit civil des Romains a surtout sa base dans la loi des XII tables; voyez ci-dessus p. 62.

Quoiqu'il en soit, Justinien a tort de dire que le droit se divise en droit non écrit, parce que Lacédémone ne confiait ses lois qu'à la mémoire, et en droit écrit, parce que Athènes les consignait en caractères durables. Car le droit écrit peut ne pas être écrit, et réciproquement. Voyez ci-dessus la définition de ces deux droits, p. 62.

§ XI. Sed naturalia quidem jura, quæ apud omnes gentes peræque servantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent; ea vero quæ ipsa sibi quæque civitas constituit, sæpe mutari solent, vel tacito consensu populi, vel alia postea lege lata.

§ 11. Le droit naturel qui se retrouve chez tous les peuples, comme une émanation de la divinité, est inaltérable et immuable; mais le droit civil peut éprouver des changements, soit par la désuétude, soit par une loi expresse.

Il est clair que le droit naturel étant inhérent à la nature humaine, étant un rayon du soleil de justice, est immuable comme son foyer. Mais le droit positif, étant l'œuvre de l'homme, peut être modifié, ou abrogé par lui.

§ XII. Omne autem jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones. Prius de personis videamus. Nam parum est jus nosse, si personæ, quarum causa statutum est, ignorantur.

§ 12. * Toutes les espèces de droits qui nous régissent s'appliquent aux personnes, aux choses et aux actions. Parlons d'abord des personnes : car à quoi servirait de connaître le droit si l'on ne s'occupait pas des personnes pour lesquelles il a été établi.

## Questions sur les notions préliminaires.

*Qu'est-ce que le droit? pag.* 55 **. — *Qu'est-ce que le droit romain? pag.* 1 *. — *Qu'est-ce que la justice? pag* 55 *. — *La jurisprudence?* 56 *. — *Quels sont les préceptes du droit?* 57 *.—*Comment se divise le droit quant*

*aux rapports qu'il règle?* 57 **. — *De quelles sources découle le droit romain?* 57 ***. — *Qu'est-ce que le droit naturel?* 60 *. — *Qu'est-ce que le droit des gens primaire?* ib**. — *Le droit des gens secondaire?* ib. ***. *Le droit civil?* ib. ****. — *Comment se divise le droit quant à la forme sous — laquelle il apparait?* 62 ** .— *Qu'est- ce que le droit non écrit?* ib. — *Qu'est-ce que le droit écrit?* ib. ***. — *Comment se divise le droit écrit?* 7 *et* 62 *. — *Qu'est-ce que la loi?* 7*. — *Le plébiscite?* ib. **. — *Le senatusconsulte?* 8 **. — *La constiution?* 2*. — *Combien y en avait-il de sortes?* ib. * *et* ** *et* 25 *. — *Quand les plébiscites et les senatusconsultes eurent-ils force de loi?* 8* *et* **. — *Qu'est-ce que le droit honoraire?* 9. — *Qu'est-ce que l'édit du préteur?* 9*. — *Qu'entend-on par édit perpétuel?* 11*. — *Qu'est-ce que l'*edictum repentinum? 11, *note* 2. — *Qu'étaient les réponses des prudents?* 18 *. — *A quoi s'applique le droit?* 65. *.

## TITULUS III.

### DE JURE PERSONARUM.

Pr. Summa itaque divisio de jure personarum hæc est : quod omnes homines aut liberi sunt, aut servi.

## TITRE III.

### DU DROIT DES PERSONNES.

Pr. La plus grande division des personnes est celle en hommes libres et en esclaves.

L'homme ne peut vivre en société sans se trouver dans des rapports plus ou moins étroits, soit avec l'ensemble de la société à laquelle il appartient, soit individuellement avec les autres membres de cette société. Les rapports de la première espèce le soumettent à des obligations et réciproquement lui donnent des droits; ces droits et ces obligations lui font jouer un rôle politique. Les rapports de la seconde espèce le soumettent à respecter les droits privés de ses semblables, et réciproquement l'autorisent à faire respecter ses droits privés. Ces droits et ces obligations lui font jouer un rôle privé. Nous n'avons pas à nous occuper du premier rôle, puisque les Institutes n'ont pour objet que les rapports privés.

* Un homme qui a des droits et à qui des obligations sont imposées, est ce qu'on appelle une personne.

D'après le pur droit naturel il n'y a pas d'esclave. Le droit des gens, qui a institué l'esclavage, n'a pu supprimer les droits que l'homme tient de la nature. L'esclave a donc une *capacité* naturelle (1); il est donc une personne dans ce sens. Mais cette *capacité*, purement naturelle, n'était comptée pour rien chez les Romains et chez les peuples qui étaient en rapport avec eux. Aussi le droit romain ne s'occupe-t-il pas de cette capacité; il ne reconnaît de capacité juridique qu'aux hommes libres (2).

(1) Frag. Vat. § 55.

(2) Il reste, dans le droit romain, des traces de la capacité naturelle de l'esclave, qu'il est bon de signaler ici.

1° Quant aux créances, le motif pour lequel il ne pouvait en avoir était que, la propriété de sa

Si donc l'esclave est considéré ici comme personne, ce n'est qu'en passant, et même seulement parce que souvent les expressions *homme* et *personne* sont prises comme étant synonymes. Dans le sens juridique, on n'appelle *personne* que l'homme libre, parce qu'à lui seul compètent des droits et sont imposées des obligations.

§ I. Et libertas quidem est, ex qua etiam liberi vocantur, naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi si quid aut vi aut jure prohibetur.

§ 1. La liberté est la faculté, que nous tenons de la nature, de faire tout ce que nous voulons, pourvu que ce ne soit contraire ni aux impossibilités physiques, ni aux impossibilités juridiques.

La liberté n'est pas un droit concédé à l'homme par ses semblables, c'est un attribut qui est inséparable de sa nature, car il n'agit que parce qu'il veut, il ne veut que parce qu'il a choisi, que parce qu'il a exercé sa liberté. Or, une société ne se forme que pour procurer aux hommes la garantie de leurs actes et les régler de manière à conserver l'harmonie entre tous.

La liberté est donc une faculté naturelle, *facultas naturalis*, mais cette liberté est naturellement restreinte dans la sphère de la puissance humaine : l'homme ne peut vouloir que ce qu'il peut, à moins que son cerveau ne soit dérangé, et alors il ne voudrait réellement pas, il ne serait pas libre.

La liberté de l'homme est, comme on l'aperçoit facilement, limitée par les impossibilités physiques, *nisi si quid aut vi prohibetur*.

---

personne appartenant à son maître, rien ne pouvait appartenir à lui-même. Cela s'applique aussi bien aux créances civiles qu'aux créances naturelles. Mais dans les cas où l'on ne pouvait supposer qu'il dût acquérir une créance à son maître, il l'acquérait à lui-même *naturaliter* ( L. 7. § 18. D. 2. 14.). Par conséquent en faisant promettre son maître, il devenait son créancier naturel. De même lorsqu'il était *derelictus*, il devenait créancier naturel de tous ceux qui s'obligeaient envers lui, sauf à faire gagner ces créances au maître qui s'en emparait ensuite comme d'une chose *nullius*.

2° Quant aux dettes, il pouvait en contracter, soit envers son maître, soit envers les tiers. Mais tous ceux qui avaient traité avec lui pendant son esclavage n'avaient pu compter sur un patrimoine pour l'exécution de son obligation : donc l'obligation contractée par l'esclave continuait à être naturelle après son affranchissement. L'obligation résultant d'un délit pouvait donner lieu à une poursuite juridique contre lui, lorsqu'il était devenu libre; car la créance qui naissait de là n'était pas l'effet de l'intention du créancier ; on ne pouvait pas dire qu'il n'avait pu compter, en devenant créancier, que sur le patrimoine du maître; et d'ailleurs *noxa caput sequitur*. Si l'esclave avait commis un vol, on le poursuivait par l'action *furti* après son affranchissement; mais on n'avait pas contre lui la condiction furtive, attendu que celle-ci n'était fondée que sur la possession de la chose sans cause. Le maître n'avait pas d'action contre son esclave devenu libre, par suite d'un délit ; parce qu'il avait eu d'autres moyens de le punir. Un créancier aurait pu avoir une action pour une obligation contractée pendant l'esclavage, contre un affranchi, si en traitant avec lui il avait pu compter sur une chose étrangère au patrimoine du maître, par exemple, pour un dépôt ( L. 21. D. 16. 3 ). De même si une affaire, commencée pendant la durée de l'esclavage, était continuée depuis l'affranchissement, il y avait action contre l'affranchi pour les faits qui s'étaient passés même pendant l'esclavage, s'ils étaient de nature à ce qu'on ne pût pas les séparer des faits accomplis depuis la liberté acquise ( L. 17. D. 3. 5. ). Voyez M. de Savigny, l. c. t. 2. p. 403-411.

Mais elle est en outre limitée par les impossibilités juridiques, *aut jure.* En effet, si l'homme s'est mis dans une société pour obtenir la garantie de ses droits, la protection de cette société contre les empiétements d'un autre homme qui serait doué de plus force et serait tenté d'exercer des violences, il est juste que lui-même se soumette à la loi sociale, qu'il respecte par conséquent les prescriptions juridiques qui ont été édictées dans l'intérêt de tous.

* La liberté est donc *la faculté que nous tenons de la nature de faire tout ce que nous voulons, pourvu que ce ne soit contraire ni aux impossibilités physiques ni aux impossibilités juridiques.*

§ II. Servitus autem est constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur.

§ 2. L'esclavage est une institution du droit des gens, d'après laquelle un homme devient la chose d'un autre, contrairement au vœu de la nature.

L'esclavage, à la différence de la liberté que nous tenons de la nature, est d'invention purement humaine, c'est un empiètement tyrannique de l'homme sur la personne de son semblable, malgré les cris de la nature. Cet empiètement tyrannique se rencontrait dans toutes les cités anciennes, chez tous les peuples en rapport avec les Romains. Il s'était érigé en droit, et par conséquent faisait partie de ce qu'on appelle le droit des gens secondaire.

** D'après ces explications, l'esclavage peut être défini : *une institution du droit de gens, d'après laquelle un homme devient la chose d'un autre, contrairement au vœu de la nature.*

§ III. Servi autem ex eo appellati sunt, quod imperatores captivos vendere jubent, ac per hoc servare, nec occidere solent. Qui etiam mancipia dicti sunt, quod ab hostibus manu capiuntur.

§ 3. Les esclaves ont eu le nom de *servi*, parce que les empereurs, en ordonnant de vendre les captifs, empêchent qu'ils ne soient tués, et par là les font *conserver*. On les appelle aussi *mancipia*, parce qu'ils sont pris par les ennemis au moyen de la main.

Quand nous faisons des prisonniers, nous n'avons pas le droit de les tuer ; les principes de notre droit international s'opposeraient à une telle barbarie. Mais les anciens n'avaient pas des idées bien raisonnables sur les lois de l'humanité ; ils pensaient que si l'on ne tuait pas les prisonniers, c'était une faveur qu'on leur faisait; tandis que c'était par pur égoïsme, afin d'en tirer tout le profit dont ils étaient susceptibles. Justinien, empereur si Chrétien en apparence, confirme donc par son autorité la barbarie de l'ancien monde, et répète que les esclaves étaient appelés *servi* parce qu'on les conservait, *ac per hoc servare.*

*** Mais il nous semble que pour trouver l'étymologie du mot *servus*, au lieu de recourir à des idées que l'humanité réprouve, il était plus simple de dire que *servus* venait de *servire.*

On donnait aussi aux esclaves le nom de *mancipia*, parce qu'ordinairement l'esclavage provenait de la captivité, et parce que les captifs tombaient sous la main, c'est-à-dire, sous la puissance des vainqueurs.

§ IV. Servi autem aut nascuntur, aut fiunt. Nascuntur ex ancillis nostris. Fiunt aut jure gentium, id est, ex captivitate; aut jure civili, cum homo liber major viginti annis ad pretium participandum sese venumdari passus est.

§ 4. On naît esclave ou on le devient. On naît esclave, lorsqu'on naît d'une femme esclave. On le devient, soit par le droit des gens, c'est-à-dire par la captivité; soit en vertu du droit civil, par exemple, lorsqu'un majeur de vingt ans s'est laissé vendre pour partager le prix.

Tous les hommes sont libres, en règle générale; l'esclavage est une exception. La manière originaire de devenir esclave était la captivité; puis les enfants nés d'une esclave suivaient la condition de leur mère et tombaient sous la puissance du même maître; ainsi s'exploitait l'homme par l'homme. La différence entre l'homme libre et l'esclave consistait donc en ce que le premier ne pouvait être que limité dans les actes auxquels il voulait se livrer, agir librement était pour lui la règle; tandis que ce n'était que par exception, par concession, que l'esclave pouvait suivre sa volonté.

Quoique l'esclavage fût du droit des gens, le droit civil l'avait admis comme un fait, et avait même déterminé certains moyens par lesquels on pouvait l'encourir.

* Il n'y avait qu'un seul esclavage, mais il y avait deux manières de devenir esclave : par le droit des gens et par le droit civil.

** En vertu du droit des gens, on devenait esclave par la captivité; on l'était par la naissance, lorsqu'on devait le jour à une femme esclave. Toutefois il suffisait que la mère eût été libre à une époque quelconque de la gestation, ou lors de la naissance, pour que l'enfant né d'elle naquit libre, et cela par une opinion admise par Martien et confirmée par Justinien (1). Peu importait la condition du père quant à l'enfant né d'une mère esclave; car l'enfant ne suit la condition du père que l'orsqu'il est le fruit d'un mariage légitime.

*** On devenait aussi esclave d'après le droit civil, savoir : 1° lorsqu'un homme libre, majeur de vingt ans, se laissait vendre pour partager le prix de la vente. Voici comment on peut comprendre l'hypothèse du texte : on ne pouvait perdre la liberté par son consentement, puisque la liberté ne pouvait être aliénée, n'était point dans le commerce. Mais on pouvait se laisser vendre par un compère; et, après le payement du prix dont on s'était fait donner une partie, réclamer la

(1) Voyez au titre suivant.

liberté comme n'ayant pu être aliénée. Or cette fraude entraînait une peine consistant dans l'esclavage même dont on avait emprunté l'apparence; elle était infligée au coupable majeur de vingt ans, lorsque l'acheteur était de bonne foi et avait payé le prix; 2° quand quelqu'un était condamné à mourir, il devenait esclave par le fait même de la condamnation, à la différence du principe admis chez nous pour la mort civile qui, dans tous les cas, ne peut être encourue que par l'exécution. La condamnation aux mines à perpétuité amenait le même résultat (1). Mais comme ces condamnés n'avaient d'autre maître que la peine même qui leur était infligée, on les appelait esclaves de la peine. Si un affranchi se montrait ingrat envers le patron qui lui avait accordé la liberté par sa seule volonté (2), son patron pouvait le faire rentrer sous sa puissance dominicale par l'effet d'une condamnation.

Autrefois il y avait encore d'autres moyens du droit civil de devenir esclave, mais qui avaient cessé d'être en usage du temps de Justinien : 1° lorsqu'on s'était soustrait à l'inscription sur les tablettes du cens (3); 2° si l'on avait commis un vol manifeste (4); 3° lorqu'étant débiteur et condamné on se laissait vendre *trans Tiberim* par son créancier; 4° lorsqu'une femme avait eu un commerce illicite avec l'esclave d'autrui, malgré la défense de ce dernier. C'était le Sc. Claudien qui avait créé cette peine (5); elle fut supprimée par Justinien. Les trois autres causes d'esclavage avaient été supprimées longtemps avant cet empereur.

§ V. In servorum condicione nulla differentia est. In liberis multæ differentiæ sunt : aut enim ingenui sunt, aut libertini.

§ 5. Tous les esclaves ont la même condition. Mais il n'en est pas de même des hommes libres : ils sont ingénus ou affranchis.

* De quelque manière qu'on devienne esclave, on est soumis au même sort et à la même puissance; il n'y a donc qu'une seule condition parmi les esclaves. Leur manière d'être n'était pas même un *status*.

** Les hommes libres ont des droits plus ou moins étendus, selon qu'ils sont ingénus ou affranchis.

## APPENDICE.

Une personne, dans le sens le plus général, est un homme. Dans le sens juridique, c'est un être capable de droits activement et passivement.

---

(1) Dans sa nov. 22. C. 8. Justinien déclare qu'un tel condamné restera libre en subissant sa peine.

(2) Si l'affranchissement avait eu lieu pour exécuter un fidéicommis, il n'en était pas de même.

(3) Cic. pro Cæcina, c. 34.

(4) L. des XII Tables.

(5) Inst. 3. 12. § 1.

Il y a deux sortes de personnes dans le sens juridique, savoir : 1° la personne physique, comme un homme libre; 2° la personne morale ou être moral, comme une commune, une cité, une hérédité. Un homme peut représenter deux personnes, c'est-à-dire réunir sur sa tête l'ensemble de droits et d'obligations de plusieurs personnes qui restent distinctes; tel est un héritier bénéficiaire, tel est le tuteur, sous certains rapports (1).

Les hommes ont deux aspects sous lesquels ils peuvent être envisagés; ils sont membres de l'espèce humaine et membres d'une société.

1° Comme membres de l'espèce humaine, ils diffèrent par l'âge, par le sexe, par l'intégrité ou la défectuosité de leurs facultés corporelles ou intellectuelles; et, suivant ces différences, leurs droits sont plus ou moin étendus. Ainsi l'impubère, le pubère, le mineur de XXV ans, le majeur de XXV ans, n'ont point la même capacité : ainsi la femme n'a point les mêmes prérogatives que l'homme, la femme mariée la même indépendance que la femme non mariée : ainsi les castrats ne peuvent adopter; ainsi les fous ne peuvent tester, s'obliger.

2° Comme membres d'une société, les hommes ont un *status*, un état, ou n'en ont point.

On appelle état (*status*) une capacité juridique; le mot *caput* exprime la même idée. Cette capacité peut exister dans les rapports avec tout le corps social, ou dans les rapports de famille; de là deux sortes d'états, le public et le privé : 1° l'état public se subdivise; on est libre ou citoyen romain; 2° dans l'ordre privé, on est chef de famille ou enfant de famille.

On peut être libre sans être citoyen, mais on ne peut être citoyen sans être libre, et l'on ne peut avoir les droits attachés à la qualité de chef ou d'enfant de famille sans être citoyen; et, réciproquement, tout citoyen est chef ou enfant de famille; seulement la femme *sui juris*, affranchie de toute puissance, est à la fois le principe et la fin de sa famille, *caput et finis*.

Un citoyen romain réunit sur sa tête trois états (*status*), ou plutôt son état se compose de trois éléments : il est libre, membre de la cité et membre d'une famille (*libertas*, *civitas*, *familia*).

Il y a quelques autres positions auxquelles sont attachés des droits spéciaux, et que l'on n'appelle cependant pas états, parce que ces droits ne changent rien à la capacité juridique (2). Ces positions particulières ont trait à l'*Existimatio*, à la *Religio* et à l'*Ordo*.

*Ordo*. — Les dignités de pontife ou de senateur ne constituent pas un état; celui qui en est déchu n'est pas *capite minutus*.

*Religio*. — L'antiquité n'avait pas compris que le plus ou moins d'aptitude aux droits civils dépendit de la profession de telle ou telle religion; celui qui avait une autre religion était d'une autre race, telle était la seule consé-

---

(1) Inst. 2. 18. § 4.

(2) Sous le rapport privé, du moins: on avait toujours la même capacité de droit attachée à la qualité de citoyen: l'infamie avait pour résultat la perte de tous les droits politiques, le droit de cité étant réservé: l'*infame* devenait *ærarius*, il perdait son droit de suffrage et d'éligibilité : il conservait donc sa capacité juridique sous le rapport privé ( M. de Savigny, l. c. t. 2. p. 199 ). Ainsi celui dont les biens étaient vendus en masse n'encourait pas la mort civile, dans le sens qu'on attacherait à ce mot en droit français.

quence qu'on admettait. L'idée d'une religion universelle et nationale appartient au temps où le Christianisme devint dominant.

Déjà, du temps d'Auguste, les Juifs vivaient à Rome avec la qualité de citoyens romains, et plus tard les villes de Judée obtinrent comme les autres le droit de cité romaine. Par conséquent la *judaïca superstitio* était tolérée dans l'empire romain comme toute autre *superstitio*, tout autre culte non romain; le Christianisme lui-même était placé sur la même ligne. Un rescrit de Sévère et de Caracalla (1) décida expressément que les Juifs seraient aptes aux *honores*. La foi des Chrétiens n'était considérée que comme une apostasie, une insurrection contre les lois, et par conséquent un crime. Les persécutions auxquelles furent en butte les Chrétiens et même les Juifs partaient donc d'un tout autre principe que de celui qui était le fondement de l'aptitude aux droits civils et politiques. Ce ne fut que quand le Christianisme devint dominant que la condition de nationalité, pour les droits civils ou politiques, fut transformée en une question de religion. Ce ne fut pas l'effet du Christianisme, mais de l'Église; car avec le Christianisme l'Église aussi était montée sur le trône. Le parti de la cour était le parti catholique, était hétérodoxe ou hérétique tout Chrétien qui croyait devoir professer une autre foi. Dès lors la religion eut une grande influence sur les droits civils. Cependant un hérétique conservait son *status;* déchu de certains droits civils, il n'était pas *capite minutus*.

*Existimatio.* — On entend par là l'ensemble des qualités que les mœurs et les lois ont déterminées comme constituant l'homme honorable. Elle est évidemment inconciliable avec la dégradation de la qualité de citoyen ou d'homme libre; mais, en perdant sa qualité de membre de telle famille, on peut ne subir aucune atteinte dans son *existimatio*.

Sans la perdre entièrement, le citoyen peut la voir décroître. La plus grande altération qu'elle puisse subir résulte de *l'infamie*, qui est encourue par des faits criminels auxquels ont attaché cet effet ou les édits des préteurs, ou d'autres monuments de législation. Les infâmes ne peuvent être témoins, ni être admis aux charges publiques, ni figurer en justice pour d'autres (2).

L'altération moins grande de l'*existimatio* s'appelle *nota* ou *infamia facti* : elle n'a pas été déterminée par des dispositions ayant force de loi, mais par l'opinion publique; elle est encourue par une vie déréglée.

L'*existimatio* s'accroît par les honneurs et la dignité; la femme, en se mariant, se trouve rehaussée de toute la dignité de son mari (3).

Les hommes libres qui se trouvaient dans l'empire romain étaient ou citoyens romains, ou latins, ou peregrins, ou *incolæ*.

Le citoyen romain *optimo jure* jouissait de la plénitude des droits politiques et civils. Ses droits politques étaient le *jus suffragii* et le *jus honorum*; ses droits civils consistaient surtout dans le *jus connubii* et le *jus commercii*. Étaient essentiels pour être citoyen romain, tous les droits privés ou civils; mais il pouvait se faire que l'on fût citoyen quoiqu'on fût privé des droits

---

(1) L. 3. § 3. D. 50. 2.
(2) L. 3. pr. § 5. D. 22. 5.—L. 1. § 8. D. 3. 1.—L. 4. 8. D. 48. 2.
(3) L. 9. C. 10. 39.

politiques, et alors on était citoyen *non optimo jure* (1). Il suffisait en effet, pour cela, qu'on jouît des droits civils par opposition aux droits des gens (2).

On était citoyen non-seulement dans Rome, mais dans toute l'Italie, et dans les provinces il y avait des citoyens bien longtemps avant l'époque où la cité romaine fût communiquée à tous les sujets de l'empire. Les villes d'Italie avaient un sénat dont les membres s'appelaient Décurions; et dans les provinces il y avait quelques villes jouissant des mêmes prérogatives. Ces villes s'appelaient *Municipes*.

Dans l'Italie il y avait des villes qui, quoique ayant tous les avantages des *municipes*, se nommaient cependant *préfectures*. On nommait ainsi celles qui au lieu d'être gouvernées par les *duumvirs*, magistrats nommés par le municipe lui-même, l'étaient par un magistrat envoyé de Rome, appelé *Préfet*. Parmi les préfectures il y avait des villes qu'on appelait *colonies*, parce qu'elles se composaient de Latins que Rome y avait transplantés (3). Ces habitants s'appelaient Latins coloniaires; ils jouissaient du *jus commercii*, mais n'étaient qu'aptes au *jus connubii*; ils pouvaient obtenir la faveur de ce dernier droit, mais ils ne l'avaient pas sans concession. Les Latins coloniaires n'étaient donc pas des citoyens romains. On mit sur la même ligne les Latins Juniens, dont il sera parlé au titre 5. Caracalla a supprimé la différence entre les Latins et les citoyens romains de son temps, mais il n'a rien statué pour l'avenir. Ce fut Justinien qui prit à ce sujet un parti définitif et radical. Quant aux habitants du *Latium* et à tous ceux qui avaient le *jus italicum* (habitants de l'Italie et des villes municipales des provinces), les lois *Julia* et *Plautia* leur avaient conféré depuis Auguste la qualité de citoyens romains (4).

Il nous reste à parler des Pérégrins et des *Incolæ*.

*Pérégrins.* — On appelait Pérégrin, un étranger qui se trouvait momentanément dans l'étendue de l'empire romain ou à Rome, car celui-ci s'appellait *Advena*, mais le sujet de l'empire exclu de tous droits civils constituant l'apanage caractéristique du citoyen romain. Le citoyen romain avait, outre les droits politiques, le droit de *connubium* et de *commercium*. Le Latin coloniaire ou junien n'avait que le *jus commercii*, et le *jus connubii* par exception seulement. Le Pérégrin pouvait avoir le *jus commercii* et même le *jus connubii*, par l'effet d'une faveur spéciale. Il ne pouvait donc, en général, invoquer à son profit que les principes du *jus gentium*. Cependant on se relâcha peu à peu, à son égard, de la rigueur primitive; on ne lui refusa plus que ce qui constituait essentiellement le citoyen romain; on lui permit en conséquence d'ester en justice; et un préteur particulier fut

---

(1) Trekell, I. 4. p. 98-111 et p. 134 et suiv. Savig. hist. du d. rom. dans le moy. âg. t. 1. chap. 2.

(2) L. 17. § 1. D. 48. 19. L. 15. pr. D. 48. 22.

(3) Voy. Zimmern, t. 1. § 125. Il paraît que Rome pouvait aussi conférer à une ville non latine les droits des latins coloniaires. Il n'y avait de colonies latines hors d'Italie que par exception. Du temps de la république il y avait des colonies de citoyens romains et des colonies de latins, Gaius I. 131. D'après Gaius I. 79, il y avait d'autres Latins que les coloniaires, et qui étaient pérégrins jadis. Voy. Chrestomathie de M. Blondeau, p. 24.

(4) Zimmern, t. 1 § 128. Savigny pense que la constitution de Caracalla n'avait trait qu'aux individus, et que les communautés restèrent latines. Voy. l. c. t. 1. chap. 2. Voyez aussi M. Blondeau, l. c. p. 30.

établi pour régler les procès entre pérégrins ou entre pérégrins et citoyens romains. Les Pérégrins participèrent comme les Latins aux avantages des décisions de Caracalla et de Justinien.

*Incolæ.* — *L'incola* était celui qui avait établi son domicile à perpétuité dans une cité autre que la sienne. Celui qui, étant citoyen romain, avait établi un domicile dans une cité autre que la sienne, s'appelait aussi *Incola* quant à cette cité nouvelle (1). S'il n'était pas citoyen romain, il prenait le nom de *Peregrinus* quant à son origine, et d'*Incola* quant à son domicile perpétuel. Il y avait des *Peregrini* déditices, c'étaient ceux qui s'étaient rendus au peuple romain sur le champ de bataille, après s'être révoltés contre lui (2). Ils n'étaient pas esclaves, mais il n'y avait qu'une faible nuance entr'eux et ces derniers : c'était la *pessima conditio*. Certains affranchis leur furent assimilés, ainsi que nous le verrons dans le titre suivant. Ils n'avaient pas même le droit de figurer dans un testament comme témoins, à plus forte raison comme légataires ; ils n'avaient aucun moyen d'aspirer à la condition de citoyens ou de latins.

En résumé, les sujets de l'empire romain se divisaient : 1° en citoyens romains; 2° en non citoyens. Parmi les premiers les uns l'étaient *summo jure*, les autres non *summo jure*.

Dans les citoyens figuraient les ingénus et les affranchis citoyens.

Dans les non citoyens se trouvaient : 1° les Latins coloniaires; 2° les Latins Juniens; 3° les Pérégrins; 4° les Pérégrins déditices. Le nom d'*Incola* est étranger à cette subdivision, puisqu'on pouvait l'être quoique citoyen ; on le devenait par un domicile perpétuel dans une cité autre que celle à laquelle on appartenait par son origine.

La division des citoyens romains en sénateurs, patriciens, plébéiens, cliens, *nexi* et *addicti*, appartient au droit politique et à l'histoire des premiers temps de Rome. Il sera question des *nexi* et des *addicti* lorsque nous exposerons le système des actions de la loi.

Quant aux esclaves, quoiqu'ils eussent tous la même condition, les uns étaient appelés *coloni*, parce qu'ils étaient attachés à la culture; d'autres portaient le nom d'*atrienses*, de *dispensatores*, *medici*, etc. Ceux qui étaient nés chez leurs maîtres avaient nom *vernæ*. Les *ordinarii* étaient ceux qui étaient chargés d'une administration : ceux-ci pouvaient avoir dans leur pécule d'autres esclaves appelés *vicarii*, parce qu'ils remplaçaient les ordinaires. Ceux qui remplissaient les fonctions de tabellion étaient les plus avantagés (3).

## TITULUS IV.

### DE INGENUIS.

Pr. Ingenuus est, qui statim, ut

## TITRE IV.

### DES INGENUS.

Pr. On appelle ingénu celui qui est

---

(1) Cic. pro Arch. c. 4. Velleius Paterc. II. 16. 17. Tit Liv. LXXIV, 56. Sueton. Aug. 6. 40.

(2) L. 29 D. 50. 1. Cic. de off. I. 34.

(3) Ils avaient le droit de tester pour moitié de leur pécule, comme esclaves publics. Ulp. frag. 20. 16. Il y avait aussi les *statuliberi*, c'est-à-dire, ceux qui étaient affranchis sous condition.

natus est, liber est; sive ex duobus ingenuis matrimonio editus, sive ex libertinis, sive ex altero libertino, altero ingenuo. Sed etsi quis ex matre libera nascatur, patre servo, ingenuus nihilominus nascitur; quemadmodum qui ex matre libera et incerto patre natus est, quoniam vulgo conceptus est. Sufficit autem liberam fuisse matrem eo tempore, quo nascitur, licet ancilla conceperit. Et ex contrario, si libera conceperit, deinde ancilla facta pariat, placuit, eum, qui nascitur, liberum nasci, quia non debet calamitas matris ei nocere, qui in utero est. Ex his et illud quæsitum est, si ancilla prægnans manumissa sit, deinde ancilla postea facta pepererit, liberum an servum pariat? Et Marcellus probat, liberum nasci : sufficit enim ei, qui in ventre est, liberam matrem vel medio tempore habuisse. Quod et verum est.

resté libre depuis sa naissance, qu'il soit né en légitime mariage, de deux ingénus, ou de deux affranchis, ou de deux époux dont l'un serait affranchi et l'autre ingénu. Celui qui est né d'une mère libre et d'un père esclave est également ingénu : il en est de même de l'homme né d'une mère libre et d'un père incertain. Or il suffit que la mère ait été libre à l'époque de l'accouchement ; peu importe qu'elle ait été esclave à l'époque de la conception. Il sera encore ingénu si sa mère, esclave au moment de l'accouchement, était libre au moment de la conception, parce que le malheur d'une mère ne doit pas retomber sur l'enfant qu'elle porte dans son sein. On s'est posé la question de savoir si l'on doit considérer comme naissant libre celui dont la mère, affranchie pendant la gestation, est redevenue esclave et l'est encore au moment de l'accouchement. Marcellus était pour l'affirmative, car il suffit que la mère ait été libre à une époque quelconque de la gestation.

On appelle ingénu celui qui a toujours été libre. On pouvait être ingénu citoyen romain ou ingénu pérégrin (1), suivant qu'à la qualité de libre était jointe ou non la qualité de citoyen. Pour avoir toujours été libre, il fallait l'avoir été dès sa naissance; or peu importait pour cela que l'on fût né ou non en légitime mariage; car, dans le dernier cas, il n'y avait aucune difficulté (2). L'homme né hors mariage suivait toujours la condition de sa mère; on n'avait pas égard, dans cette hypothèse, à la condition du père; si sa mère était libre, il naissait ingénu; s'il naissait d'une citoyenne romaine, il était lui-même citoyen romain.

Ordinairement, lorsqu'on règle le sort d'un enfant sur la condition de la mère, on se reporte à la naissance, parce que c'est l'accouchement qui est le principal acte de la maternité; et d'ailleurs l'enfant jusque là

---

(1) Le fils d'un affranchi latin junien était ingénu latin junien, le fils d'un affranchi deditice, ingénu déditice et le fils d'un pérégrin, ingénu pérégrin.

(2) Dans ce cas il faut bien supposer que les parents étaient libres; car il n'y avait pas de légitime mariage possible entre un homme libre et une esclave, ou à l'inverse, ou entre deux esclaves. L'enfant né en légitime mariage suivait la condition du père, par conséquent la condition que celui-ci avait au moment de la conception; car par là surtout se révélait le père.

est, pour ainsi dire, partie intégrante de la mère; il devrait donc suivre les vicissitudes de sa condition jusqu'à la naissance. Mais, par faveur pour la liberté, l'enfant était considéré comme naissant libre, et par suite ingénu, si sa mère avait été libre à une époque quelconque de la gestation. Marcellus, Marcien et Paul (1) ont adopté cette opinion plus favorable; mais Gaius (2) et Ulpien s'en tenaient à la rigueur des principes. Justinien s'est rangé à l'opinion de Marcellus.

§ 1. Cum autem ingenuus aliquis natus sit, non officit illi in servitute fuisse, et postea manumissum esse. Sæpissime enim constitutum est, natalibus non officere manumissionem.

§ 1. Un ingénu ne perd pas sa qualité pour s'être trouvé soumis au traitement d'un esclave et en avoir ensuite été délivré. En effet, il a souvent été décidé qu'un affranchissement ne peut, par lui seul, faire perdre les avantages attachés à l'ingénuité.

* Pour être ingénu, il ne suffit pas d'être né libre, il faut encore ne pas avoir cessé de l'être; celui qui né libre est tombé dans l'esclavage réellement, a perdu son ingénuité pour toujours; si plus tard il sort de cet esclavage réel, il sera affranchi. Et cependant le texte prête à une autre interprétation. Mais l'équivoque disparaîtra si l'on ne confond pas *in servitute esse* avec *servum esse*. En effet, on peut être libre et ne pas cesser de l'être quoiqu'on se trouve traité comme esclave par suite d'un événement qui n'a pu entraîner l'esclavage. Si l'on sort de cette position, on ne sort pas d'esclavage; on ne fait que reconquérir l'*exercice* d'une liberté qui n'avait pas réellement disparu; on n'est donc pas affranchi. Des exemples feront mieux sentir cette vérité. Un enfant est pris par des pirates ou des brigands : cet enlèvement ne peut entraîner la captivité, car le droit des gens ne reconnaissait pas comme esclave un tel prisonnier; ici il n'en était pas comme d'un prisonnier pris par l'ennemi. Cet enfant pouvait donc se trouver traité en esclave sans l'être. Donnons un autre exemple qui se rencontrait plus souvent chez les Romains. Lorsqu'un père de famille vendait son fils par la mancipation, le fils se trouvait bien déchu d'état, mais entre les mains de l'acheteur il était *in mancipio* seulement; il n'était pas esclave, il était *in servitute*. Or il ne pouvait sortir du *mancipium* que par un affranchissement, et cependant il restait ingénu. De même le débiteur condamné, qui avait été *addictus* à son créancier, n'était que *in servitute* tant qu'il n'était pas vendu *trans Tiberim*.

## TITULUS V.

### DE LIBERTINIS.

Pr. Libertini sunt, qui ex justa ser-

## TITRE V.

### DES AFFRANCHIS.

Pr. Sont affranchis ceux qui sor-

(1) Sent. II. 24. § 1. 2 et 3.
(2) Com. I. 89.

vitute manumissi sunt. Manumissio autem est datio libertatis. Nam quamdiu quis in servitute est, manui et potestati suppositus est, et manumissus liberatur potestate. Quæ res a jure gentium originem sumpsit ; utpote cum jure naturali omnes liberi nascerentur, nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita. Sed postea quam jure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionis. Et cum uno naturali nomine homines appellarentur, jure gentium tria genera hominum esse cœperunt, liberi, et his contrarium servi, et tertium genus libertini, qui desierant esse servi.

tent d'un véritable esclavage. Or l'affranchissement est la dation de la liberté. En effet, un esclave est soumis à la puissance d'un maître, et, quand il lui échappe, il est libéré de sa puissance. Tout cela vient du droit des gens ; car, d'après le droit purement naturel, tous les hommes naissent libres : l'affranchissement n'existerait pas si l'esclavage n'avait pas été établi. L'esclavage ayant été l'effet du droit des gens, le bénéfice de l'affranchissement en fut la conséquence. De telle sorte que, d'après le droit naturel tous les hommes étant égaux, le droit des gens les classa en trois catégories, savoir : hommes libres, esclaves et affranchis.

* D'après ce qui vient d'être dit à la fin du titre précédent, l'affranchi est celui qui est sorti d'un véritable esclavage (*ex justa servitute*). On se sert, pour exprimer cette sortie de l'esclavage, de l'expression *manumittere*, afin de faire entendre que l'affranchi échappe à une puissance (*manus*) qu'on appelle ici *dominicale*, pour la distinguer de toute autre puissance : car on pouvait sortir de la puissance paternelle sans être de la catégorie des affranchis. Le mot *manumissio* est l'expression générique pour exprimer toutes sortes d'affranchissements.

Le droit naturel non-seulement ne reconnaît pas l'esclavage, mais encore le réprouve ; à ses yeux tout homme naît avec la liberté et reste toujours libre : mais le droit des gens secondaire l'a introduit d'une manière assez générale ; dès-lors il y a eu des esclaves et des hommes libres ; et comme l'affranchissement a été également introduit pour faire cesser cette condition contre nature, on a vu les hommes divisés en hommes libres et en esclaves ; les premiers se subdivisent en ingénus et en affranchis, d'où une subdivision tripartite en ingénus, affranchis et esclaves.

§ I. Multis autem modis manumissio procedit : aut enim ex sacris constitutionibus in sacrosanctis ecclesiis, aut vindicta, aut inter amicos, aut per epistolam, aut per testamentum, aut aliam quamlibet ultimam voluntatem. Sed et aliis multis modis libertas servo competere potest, qui tam

§ 1. L'affranchissement peut avoir lieu de plusieurs manières. En effet, il se fait ou dans les églises, en vertu des constitutions, ou par la vindicte, ou entre amis, ou par lettre, ou par testament, ou tout autre acte de dernière volonté. Il y a encore d'autres modes de conférer la liberté, intro-

ex veteribus, quam nostris constitutionibus introducti sunt.

§ 2. Servi vero a dominis semper manumitti solent : adeo, ut vel in transitu manumittantur, veluti cum prætor aut proconsul aut præses in balneum vel in theatrum eat.

duits soit par les constitutions anciennes, soit par les nôtres.

§ 2. Les esclaves peuvent être affranchis par leurs maîtres en tout temps; car il suffit que ceux-ci manifestent leur volonté à ce sujet devant le préteur, ou le proconsul, ou le président de la province, lorsqu'il passe pour aller au bain ou au théâtre.

* L'affranchissement avait lieu de plusieurs manières 1° ; par des modes solennels ; 2° par des modes du droit des gens.

** I. Les modes solennels étaient : 1° le cens ; 2° le testament ; 3° la vindicte.

*** 1° Le recensement du peuple romain se faisait tous les cinq ans ; cette période s'appelait un lustre. Lors du recensement, le maître se présentait avec son esclave devant le censeur, lui déclarait sa volonté d'affranchir cet esclave, et le censeur, l'inscrivant sur les tablettes, déclarait qu'il était libre (1). Toutefois il paraît que la liberté ne résultait pas immédiatement de cette inscription faite par le censeur, qu'elle n'était définitivement acquise qu'après l'expiration du lustre qui suivait l'inscription ; et que, pendant ce temps, il était facultatif au maître de revenir sur sa déclaration (2). Sous l'empire, le cens tomba en désuétude ; depuis Vespasien il n'y eut pas de recensement jusqu'à Décius qui fit le dernier. Au cens succéda, sous Constantin, un autre mode qui figure dans notre texte. D'après ce mode nouveau, l'affranchissement avait lieu dans une église, devant l'évêque et en présence du peuple. Cet affranchissement se pratiquait encore dans le moyen âge (3).

2° Lorsqu'un testateur donnait la liberté à son esclave, en employant dans son testament cette expression : *liber esto ;* la liberté compétait immédiatement et directement à cet esclave dès la mort du testateur si l'héritier était investi de l'hérédité forcément, c'est-à-dire s'il était héritier nécessaire ; elle ne lui compétait qu'à l'adition d'hérédité, si l'héritier était volontaire (4).

Nous disons qu'il fallait pour cela que la liberté fût donnée à l'esclave avec l'expression *liber esto* ou d'autres analogues; alors, en effet, il y avait legs *per vindicationem*, et par conséquent translation immé-

---

(1) Frag. Ulp. I. 8.

(2) Cic. d. Orat. I. c. 40. Muhlenbruck ad Ant. Heinecc. h. l.

(3) Cujas rapporte un tel affranchissement consigné sur la pierre au-dessus des portes de la cathédrale d'Orléans. Cuj. Inst. D. Just. *Notæ*.

(4) Voy. les diverses qualités d'héritiers, Liv. 2, Tit. 19. Inst.

diate du droit à la liberté. Un tel legs ne pouvait évidemment s'appliquer qu'à l'esclave du testateur, et il fallait encore qu'il eût été l'esclave du testateur au moment de la confection du testament et *jusqu'à* son décès (1). Il était même nécessaire que le testateur en eût la propriété quiritaire; car cette propriété éminemment romaine pouvait seule être l'objet de la revendication.

Si le testateur n'avait pas conféré immédiatement la liberté à un esclave par son testament, si seulement il avait chargé son héritier de la lui conférer, l'héritier exécutait cette obligation en affranchissant l'esclave lui-même (après l'avoir acheté s'il était à autrui) par le cens ou la vindicte; dans ce cas l'esclave n'était donc pas affranchi par testament, du moins par le testament de celui qui avait voulu que la liberté lui fût conférée; l'esclave affranchi directement s'appelait l'affranchi du défunt (*libertus orcinus*); l'autre était l'affranchi de l'héritier.

3° On affranchit aussi par la vindicte.

Chez les Romains on employa dans l'origine deux moyens principaux d'aliéner, savoir : la mancipation et une revendication simulée. On mancipait en vendant en présence du peuple romain, représenté par cinq citoyens romains, d'après le nombre des cinq classes, avec des paroles solennelles. Là il y avait aussi un porte balance (*libripens*), afin que l'acheteur pût faire peser les lingots d'airain qu'il donnait comme prix de la vente. Mais la mancipation ne pouvait s'appliquer qu'à certaines choses corporelles regardées dans l'origine par les Romains comme les plus précieuses (*res mancipi*) : parmi les choses qui n'ont pas de corps, il n'y avait que les servitudes rurales qui fussent *mancipi*. Or la liberté était bien une chose, mais non corporelle; c'était un droit, une chose incorporelle qui n'était certes pas une servitude rurale. Elle ne pouvait donc pas être concédée par la mancipation.

Mais la *cessio in jure*, la revendication concertée entre deux personnes, pouvait s'appliquer à tout droit qui ne résultait pas d'une obligation, c'est-à-dire à tout *droit réel*; or la liberté était un droit réel, absolu, indépendant de toute obligation. La *cessio in jure* pouvait donc s'y appliquer. Voici comment :

* L'esclave était amené devant le magistrat (2) par une tierce personne, appelée *assertor libertatis* (on ne pouvait se revendiquer soi-

---

(1) Au moment de la confection du testament et du décès du testateur; voyez Gaius II. 196, et dans tout l'intervalle qui s'écoulait entre ces deux époques; car si le testateur l'avait aliéné dans cet intervalle, il était censé avoir révoqué le legs de la liberté. Inst. 2. 14. § 1. 2. 20. § 12.

(2) Ce magistrat était le consul ou le préteur, à Rome; dans les provinces, le proconsul ou président. L. 4. C, 7 1. Tite Live XLI. 9. 11. Ulp. I. 7.

même; la chose litigieuse est toujours distincte du demandeur et du défendeur ) : devant le magistrat se trouvait aussi le maître de l'esclave: alors *l'assertor libertatis* exprimait sa prétention que l'esclave appartenait à la liberté. Si le maître eût nié, le magistrat eût renvoyé devant un juge pour vérifier la prétention du demandeur : mais le maître, qui s'entendait avec le demandeur, gardait le silence, et par conséquent le magistrat adjugeait immédiatement l'esclave à la liberté. Une telle procédure s'appelait *vindicatio* ou *vindicta*, parce que les parties simulaient ordinairement un combat relativement à la chose litigieuse, avec une baguette représentant la lance (1). Mais lorsqu'il y avait concert entre les parties pour arriver à une aliénation constatée par l'adjudication du magistrat, la procédure prenait plus communément le nom de *cessio in jure* (aliénation devant le magistrat).

Lorsqu'on affranchissait par la vindicte, on ne pouvait donner la liberté à terme ou sous condition; car, quand on revendique, on prétend que l'on est propriétaire, et non qu'on le sera dans un délai ou lorsqu'une condition sera réalisée. Mais, par testament, on pouvait affranchir à terme ou sous condition, seulement on ne pouvait pas donner la liberté jusqu'à un certain jour (*ad diem*) (2). Un esclave affranchi jusqu'à un certain jour l'était pour toujours.

Dans les derniers temps, l'affranchissement par la vindicte fut considérablement simplifié; le maître se contentait de déclarer sa volonté devant le magistrat : or il n'était pas nécessaire d'aller le trouver lorsqu'il siégeait sur son tribunal, par conséquent aux jours seulement où il rendait la justice ; il suffisait de lui faire cette déclaration dans un endroit quelconque, même dans la rue, lorsqu'on le rencontrait allant au bain. Tel est le sens du § 2 ci-dessus.

* II. D'après le droit des gens, l'affranchissement avait lieu : 1° *per épistolam*; 2° *inter amicos*; 3° *convivio*; 4° *per nominationem filii*.

1° *Per epistolam*. — Lorsqu'un maître écrivait une lettre à son esclave pour lui annoncer qu'il lui conférait la liberté, il était libre. Dans l'origine, cette manière d'affranchir n'exigeait rien de plus; mais Justinien voulut qu'une telle lettre, pour produire son effet, fût souscrite par cinq témoins (3).

---

(1) Cet affranchissement n'est donc pas dit se faire par la vindicte parce que *Vindicius* était le nom de l'esclave qui révéla la conspiration des fils de Brutus; mais bien parce qu'il avait lieu par les formes de la revendication, lesquelles exigeaient une baguette avec laquelle on montrait l'objet litigieux, ( *indicta* avec un esprit rude ). Le procès sur la liberté s'appelait *causa liberalis*.

(2) L. L. 33. 34. D. 40. 4. Celui qui était affranchi sous condition s'appelait *statuliber*.

(3) Autrefois, aux jours fériés, le magistrat ne pouvait pas même procéder à un affranchissement: mais s'il l'avait fait la liberté était bien acquise. De là vient que plus tard on affranchissait sans difficulté aux jours fériés. Paul II. 25. § 3. L. L. 2. 8. C. 3. 12. et on n'allait trouver le préteur à son tribunal que quand on avait à lui justifier de la cause pour laquelle on voulait affranchir. L. 2. §. 2. D. 38. 15.

2° *Inter amicos*. — On pouvait affranchir en déclarant sa volonté en présence de cinq amis.

3° *Convivio*. — La liberté était aussi la conséquence de ce qu'un maître avait fait asseoir son esclave à sa table. Justinien voulut également qu'à table fussent présents cinq amis (1).

4° *Per nominationem filii*. — Un esclave était aussi affranchi lorsque son maître lui avait donné dans un acte la qualité de fils (2).

Il y avait beaucoup d'autres manières d'arriver à la liberté d'après le droit des gens. Par exemple, si un maître avait donné la bulle et la prétexte à un jeune esclave; s'il avait marié son esclave en la dotant, etc.

§ III. Libertinorum autem status tripertitus antea fuerat. Nam qui manumittebantur, modo majorem et justam libertatem consequebantur, et fiebant cives romani; modo minorem et Latini ex lege Junia Norbana fiebant; modo inferiorem, et fiebant ex lege Ælia Sentia dediticiorum numero. Sed dediticiorum quidem pessima

§ 3. Autrefois il y avait trois sortes d'affranchis : car l'esclave par l'affranchissement obtenait tantôt une liberté parfaite et devenait citoyen romain, tantôt une liberté imparfaite et devenait Latin, d'après la loi *Junia Norbana*, tantôt enfin une liberté moindre encore et devenait Déditice, d'après la loi *Ælia Sentia*.

---

L'affranchissement conférait, en même temps que la liberté, la qualité de citoyen romain, lorsqu'il émanait d'un citoyen romain ayant sur l'esclave la propriété quiritaire, et lorsqu'il se faisait par l'un des trois modes solennels. Pour amener ce résultat, il fallait donc trois conditions : 1. que le maître fut citoyen romain; 2. qu'il eût la propriété quiritaire de l'esclave; 3. qu'il employât l'un des modes solennels.—1. Qu'il fût citoyen romain : en effet, un Latin aurait pu avoir la propriété quiritaire, puisqu'il avait le *jus commercii* : mais il ne pouvait conférer à l'esclave une qualité qu'il n'avait pas. 2. Qu'il eût la propriété quiritaire de l'esclave; voici comme cela peut se comprendre : l'affranchissement n'est au fond que la cession que fait le maître à son esclave de la propriété qu'il a sur lui; s'il n'a sur lui que la propriété bonitaire, il ne peut lui conférer que cette propriété : or, en la lui conférant, il ne peut le rendre citoyen, parce que, pour l'être, il faut avoir la propriété quiritaire de soi-même, avoir la *capacité civile*. Le maître peut avoir sur son esclave les propriétés quiritaire et bonitaire; s'il ne cède à son esclave, en l'affranchissant, que la propriété bonitaire, il ne le rend que Latin, il retient la propriété quiritaire: s'il veut lui céder cette dernière ensuite, il fait un second affranchissement (solennel), et le rend citoyen. Ainsi peut se comprendre l'*iteratio*. La même chose arriverait si un esclave était dans la propriété bonitaire d'un maître, et dans la propriété quiritaire d'un autre maître : le premier, en l'affranchissant, ne pourrait le rendre que Latin; le second, en l'affranchissant encore (*iteratio*), par un mode solennel, le rendrait citoyen. 3. Le cens, ou le testament ou la vindicte (*cessio in jure*) était nécessaire pour transférer à l'esclave la proprété quiritaire de lui-même, le rendre citoyen. Ce résultat s'explique facilement quant à la vindicte (*cessio in jure*) et quant au testament par un legs *per vindicationem*. Quant au cens, on le comprendra également si l'on admet que, dans l'origine, chaque propriété quiritaire figurait dans les tables du cens sous la rubrique de chaque citoyen. Quand un citoyen transférait une propriété quiritaire à un autre, on inscrivait cette mutation de propriété sur les mêmes tables; de sorte que l'on considéra cette inscription elle-même comme un mode de translation de propriété. Sur tout cela voyez Vangerow, dans son opuscule intitulé *Latini Juniani*, p. 75–89, 1833. Marburg, et Leipzig, in 8°. On exige encore une autre condition pour que l'esclave devienne citoyen romain par l'affranchissement, savoir que l'esclave soit apte à acquérir la propriété quiritaire sur lui-même. Or, cette aptitude était refusée 1. à celui qui avait subi des traitements infamants; 2. à l'esclave de moins de trente ans : ces deux conditions avaient été ajoutées par la loi Ælia Sentia.

(1) L. c.

(2) Inst. I. 11. § 12.

condicio jam ex multis temporibus in desuetudinem abiit; Latinorum vero nomen non frequentabatur: ideoque nostra pietas omnia augere, et in meliorem statum reducere desiderans, in duabus constitutionibus hoc emendavit, et in pristinum statum reduxit, quia et a primis urbis Romæ cunabulis una atque simplex libertas competebat, id est eadem, quam habebat manumissor, nisi quod scilicet libertinus sit, qui manumittitur, licet manumissor ingenuus sit. Et dediticios quidem per constitutionem nostram expulimus, quam promulgavimus inter nostras decisiones, per quas, suggerente nobis Triboniano, viro excelso, quæstore, antiqui juris altercationes placavimus; Latinos autem Junianos, et omnem, quæ circa eos fuerat, observantiam, alia constitutione per ejusdem quæstoris suggestionem correximus, quæ inter imperiales radiat sanctiones. Et omnes libertos nullo, nec ætatis manumissi, nec dominii manumissoris, nec in manumissionis modo discrimine habito, sicuti antea observabatur, civitate Romana donavimus; multis additis modis, per quos possit libertas servis, cum civitate romana, quæ sola in præsenti est, præstari.

Cette dernière catégorie d'affranchis, la pire de toutes, a disparu depuis longtemps par désuétude. Quant aux Latins Juniens, ils étaient devenus plus rares: aussi notre humanité nous a porté à augmenter et à améliorer la position des affranchis par deux constitutions; en un mot, à rétablir l'ancien état de choses; en effet, dans les premiers temps de Rome il n'y avait qu'une seule liberté conférée par l'affranchissement, celle du maître; celui-ci ne différait de l'esclave appelé à la liberté qu'en ce qu'il était ingénu et l'esclave, gratifié de la liberté, affranchi. Quant aux Déditices, nous en avons effacé toute trace par notre constitution qui fait partie des décisions que nous avons prises sur l'avis de Tribonien, notre questeur illustre, pour trancher des difficultés de l'ancien droit. En ce qui concerne les Latins Juniens, nous les avons également supprimés ainsi que tout ce qui se rattachait à eux, par une autre constitution suggérée par le même questeur, et qui se distingue au milieu de nos constitutions impériales. De telle sorte que nous avons accordé la qualité de citoyens à tous les affranchis, sans égard ni à l'âge de l'affranchi, ni au genre de propriété du maître, ni au mode employé pour l'affranchissement, ainsi qu'on l'admettait dans l'ancien droit. Et nous avons ajouté plusieurs autres manières d'arriver à la liberté, et aux droits de cité romaine qui maintenant ne peuvent en être séparés.

* Dans l'origine il n'y avait qu'une seule sorte d'affranchis; parce que lorsqu'un esclave n'était pas affranchi par un maître ayant sur lui la propriété quiritaire, et avec l'un des modes solennels, il ne devenait pas libre. Ainsi quand Justinien, simulant de l'admiration pour les temps antiques, vient nous apprendre qu'il veut en ramener dans son siècle l'admirable simplicité, il y a évidemment un malentendu. En effet, dans ces temps reculés, il n'y avait pas de terme moyen entre

l'affranchi citoyen romain et l'esclave. Celui qui n'était affranchi que par l'un des modes du droit des gens n'avait qu'une liberté de fait, révocable au gré du maître; il était *in libertate*, mais il n'était pas libre sous le rapport juridique. Ce fut donc un progrès dans la voie de l'humanité, pour de tels affranchis, de pouvoir se mettre à l'abri du caprice de leur ancien maître, et couvrir de la protection du préteur leur position autrefois précaire; ce fut un progrès de plus pour eux de voir leur liberté assurée par des lois.

Il y eut, vers la fin de la république, trois classes d'affranchis : les citoyens romains, les Latins Juniens et les Déditices.

* 1° Citoyens romains. — Un esclave qui, étant dans le domaine quiritaire de son maître, était affranchi par lui conformément à l'un des trois modes solennels, devenait à la fois et libre et citoyen. Toutefois il faut se rappeler qu'il existait une grande différence entre un tel citoyen et un ingénu.

** 2° Latins Juniens. — Lorsqu'à l'affranchissement manquait une des conditions précédentes, il produisait des effets très-imparfaits. Ainsi si le maître n'avait pas été propriétaire quiritaire, ou si l'étant, il avait eu recours pour affranchir à l'un des modes du droit des gens, l'affranchi était Latin Junien. Cette innovation eut lieu en 772, sous le consulat de L.-C. Scipion et de Cn. Junius Norbanus, en vertu de la loi Junia Norbana, qui assura pour toujours la condition de ces affranchis, lesquels dès-lors prirent le nom de Latins Juniens; de Latins, parce qu'ils obtinrent tous les droits attribués depuis longtemps aux Latins coloniaires; de Juniens, parce qu'ils devaient cette faveur à la loi Junia Norbana. Toutefois, à leur mort, ils redevenaient esclaves comme jadis; tous leurs biens appartenaient à leur patron (1).

*** 3° Déditices. — La loi Ælia Sentia, rendue l'an 757, contenait plusieurs dispositions restrictives de la liberté, dont l'une créait la catégorie des Déditices, c'est-à-dire des affranchis mis sur la ligne des Déditices, dont il a été parlé plus haut, p. 73. D'après cette loi, étaient Déditices tous les affranchis qui pendant leur esclavage avaient été soumis à des traitements ignominieux, quel que fût d'ailleurs le mode, solennel ou non, employé pour leur affranchissement.

L'affranchi de la première classe jouissait de tous les droits attachés à la qualité de citoyen; celui de la seconde avait le droit de figurer dans les actes éminemment romains, spécialement dans la mancipation, et par conséquent dans les testaments, comme *familiæ emptor*, témoin, *libripens* ou porte balance. Mais il ne pouvait tester ni recevoir par testament, à moins qu'ils ne fût devenu citoyen

(1) Inst. 3. 7. § 4. — Gaius 3. 56.

romain dans les cent jours qui suivaient le décès du testateur (1). Les affranchis de la troisième classe n'avaient pas le droit de figurer dans une mancipation, ni dans un testament (2), et jamais ils ne pouvaient aspirer à la qualité de citoyens romains ni même de latins. Il leur était en outre défendu, sous peine d'esclavage irrévocable, de demeurer à Rome ou dans les cent milles de Rome (3).

* L'empereur Justinien le premier fit disparaître les trois catégories d'affranchis d'une manière radicale et pour toujours. Il voulut que tous, sans aucune distinction, fussent citoyens romains. Il supprima de plus toute différence entre les ingénus et les affranchis, en maintenant cependant le droit de patronage.

## APPENDICE.

### *Comment s'acquérait la qualité de citoyen ?*

Elle s'acquérait : 1° par la naissance, lorsqu'on était né de légitime mariage d'un père citoyen; il pouvait arriver en effet que la mère fût latine ou pérégrine, mais que le *jus connubii* lui eût été accordé (4). Mais si une citoyenne romaine épousait un pérégrin, celui-ci ayant obtenu le *jus connubii*, l'enfant né de ce mariage était légitime, mais non citoyen, puisque son père n'était pas citoyen et que l'enfant suivait la condition du père (5). Si le mariage avait eu lieu sans *connubium* entre un pérégrin et une romaine, l'enfant aurait dû suivre la condition de la mère; mais une loi Mensia faisait encore suivre à l'enfant, dans cette hypothèse, la condition du père, afin que l'absence du *connubium* ne procurât pas à l'enfant un plus grand avantage que s'il y avait eu *connubium* entre son père et sa mère.

2° Par un affranchissement, ainsi qu'il a été expliqué plus haut, pag. 78 et suivantes.

3° Par la naturalisation. Les textes s'occupent spécialement de la manière dont les Latins étaient naturalisés; or ils l'étaient : A — par un rescrit de l'empereur (6); B — par la procréation d'un enfant né d'un Latin et d'une Latine ou d'une citoyenne, qui n'avaient pas le *connubium*, mais il fallait pour cela attendre que l'enfant fût âgé d'un an, et alors prouver devant

---

(1) Ulpien XVII. 1.
(2) Gaius I. 25. Ulp. 20. 14.
(3) Gaius I. 26.
(4) Gaius. I. 56 et 57.
(5) Ib. I. 77.
(6) Fr. Ulp. III. 1 et 2. Le droit de conférer la qualité de citoyen appartenait d'abord au roi, puis au peuple. Un plébiscite peut avoir le même effet depuis la loi *Hortensia* ( Gaius I. 3. ), de même qu'un sénatus-consulte ( Gaius I. 26. ). De simples généraux pouvaient conférer cette qualité en vertu de lois qui le permettaient, ou sauf la ratification d'une loi postérieure. Voy. Chrestomathie de M. Blondeau, pag. 15. note 1.

le magistrat qu'en contractant cette union on avait eu l'intention de donner le jour à des enfants, afin de conquérir le droit de cité. Cette preuve étant faite, le père, la mère et l'enfant devenaient citoyens romains (1) (si la mère était citoyenne, l'enfant l'était par naissance et sans aucune autre formalité, conformément à un Sc. d'Adrien (2)). Cette preuve s'appelait *causæ probatio.* — On pouvait aussi arriver à la cité en faisant la preuve de l'erreur, *erroris probatio*, pourvu qu'on eût un enfant; mais ici il n'était pas nécessaire qu'il eût un an. Voici dans quelle circonstance : lorsqu'un Romain avait épousé par erreur une Latine ou une Pérégrine ou même une Déditice la croyant Latine, ou si une citoyenne avait épousé par erreur un Latin ou un Pérégrin ou même un Déditice le croyant citoyen. Cependant le Déditice ou la Déditice ne devenait pas citoyen; la cité n'advenait qu'au père non Déditice et à l'enfant, ou à la mère non Déditice et à l'enfant (3). De même si une Latine épousait par erreur un Pérégrin le croyant Latin, ou si un Latin épousait une Pérégrine la croyant Latine; après la preuve de l'erreur, le père, la mère et l'enfant devenaient citoyens (4). C. *Iteratione.* — Si un majeur de trente ans n'était devenu que Latin par l'affranchissement (5), on pouvait en l'affranchissant encore, mais par un mode solennel, lui conférer la qualité de citoyen (6). De même si l'esclave était dans la puissance d'un maître quiritaire et d'un autre maître bonitaire, ce dernier, en l'affranchissant, ne lui donnait que la propriété bonitaire sur lui-même; la propriété quiritaire sur lui-même ne pouvait lui advenir et le rendre citoyen romain que si le propriétaire quiritaire l'affranchissait par l'un des modes solennels. Alors il y avait *iteratio.* Ce que nous venons de dire s'applique facilement au maître qui a sur l'esclave l'une et l'autre propriété. Ayant affranchi cet esclave par l'un des moyens du droit des gens, il faudra qu'il procède à un affranchissement solennel pour le rendre propriétaire quiritaire de lui-même. D. *Militia.* — D'après la loi Visellia, le Latin qui avait servi à Rome pendant six ans, et, d'après un Sc., pendant trois ans, comme garde (*inter vigiles*), acquérait la cité (7). E — L'acquérait aussi le Latin qui avait construit un vaisseau pouvant contenir au moins dix mille boisseaux de froment, et s'en était servi dans ce but pendant six ans, cela d'après un édit de Claude (8). Il en était de même pour le Latin qui avait construit un vaisseau marchand au moyen duquel il avait procuré à Rome de grands

---

(1) Gaius I. 29. Fr. Ulp. III. 3. D'abord cette naturalisation n'était ouverte qu'aux Latins Juniens qui avaient été affranchis au-dessous de l'âge de trente ans; elle fut permise même à ceux qui avaient été affranchis au-dessus de cet âge, par un Sc. rendu sous le consulat de Pégase et de Pusio. Gaius I. 31.

(2) Gaius I. 67 et 68.

(3) Ibid. I. 69 et 70

(4) Nous verrons, dans le titre suivant, que la loi Ælia Sentia défendit d'affranchir un esclave d'au-dessous de trente ans, autrement que par la *vindicte*, et après avoir fait approuver la cause de son affranchissement.

(5) Fr. Ulp. III. 4.

(6) Ibid. 5.

(7) Ibid. 6.

(8) Sueton. Claud. 18. 19.

avantages (1). F *Ædificio.* — En vertu de la loi Julia, le Latin qui avait dépensé au moins la moitié de son patrimoine à construire un édifice public, devenait citoyen. G. — Le devenait enfin celui qui avait été investi d'une magistrature ou d'une fonction publique à laquelle était attaché ce qu'on appelait *honor* (2).

## TITULUS VI.

### QUI, QUIBUS EX CAUSIS, MANUMITTERE NON POSSUNT.

Pr. Non tamen cuicumque volenti manumittere licet. Nam is, qui in fraudem creditorum manumittit, nihil agit: quia lex Ælia Sentia impedit libertatem.

## TITRE VI.

### QUI NE PEUT AFFRANCHIR ET PAR QUELS MOTIFS.

Pr. Tout maître ne peut pas affranchir son esclave : et d'abord celui qui affranchit en fraude de ses créanciers fait un acte nul; parce que la loi Ælia Sentia empêche dans ce cas la liberté.

* Nous avons annoncé que la loi Ælia Sentia avait été rendue pour restreindre la licence des affranchissements; elle défendait : 1° à un débiteur d'affranchir en fraude de ses créanciers; 2° à un maître de moins de vingt ans d'affranchir un esclave lors même que celui-ci avait plus de trente ans, autrement que par la vindicte et *justa causa probata apud consilium;* 3° à un maître de plus de vingt ans d'affranchir, autrement que par la vindicte et *justa causa probata apud consilium*, un esclave qui n'avait pas trente ans. En outre elle établissait la catégorie des Déditices, dont il a été question au titre précédent. Elle contenait encore plusieurs autres chefs qu'il est inutile de rapporter ici (3).

Notre paragraphe a trait au chef qui vient d'être désigné au n° 1. Il faut examiner quel était l'effet de cette prohibition; au paragraphe trois nous verrons ce que l'on doit entendre par affranchir en fraude de ses créanciers.

** La loi Ælia Sentia défendait d'affranchir en fraude de ses créanciers. L'effet de cette défense était d'empêcher la liberté.

Mais comment comprendre qu'un individu ne soit pas libre dans cette circonstance, et que cependant il le soit si les créanciers fraudés n'attaquent pas l'affranchissement dans le délai de dix années (4)? Comment concevoir que cet individu soit libre en ce qui concerne son maître et

(1) Gaius I. 33.

(2) Gaius I. 96. Voyez encore deux autres manières de devenir citoyen dans Tite Live XLI. 8. et dans Cicer. pro Balbo. 24.

(3) Voyez Heineccius, Antiq. Mühlenbr, p 401-410.

(4) L. 46 § 3. D. 40, 9. L. 1 § 1. D. 40. 7.

ne le soit pas à l'égard des créanciers de celui-ci ? D'un côté il est de principe que la liberté, une fois qu'elle a été acquise, ne peut être révoquée que dans des cas rares et à titre de peine infligée à l'affranchi lui-même ; il faudrait donc admettre que l'esclave affranchi en fraude des créanciers ne devient libre sous aucun rapport ; et cependant il est certain qu'il est libre relativement au patron. D'un autre côté les textes portent que les créanciers fraudés font *rescinder*, *retirer*, *révoquer* la liberté conférée contrairement à la prohibition de la loi Ælia Sentia (1). Serait-il donc vrai que les créanciers ne font ici qu'appliquer la rescision qu'ils ont le droit d'appliquer à toute aliénation faite par leur débiteur en fraude de leurs droits (2) ? Il est plus simple d'admettre qu'un tel esclave était affranchi sous condition ; les créanciers pouvaient invoquer la loi Ælia Sentia pour le faire considérer comme étant resté esclave ; il était exposé à voir résoudre par eux les effets de son affranchissement ; il était donc libre sous la condition contraire à celle dont l'événement pouvait amener la résolution. Or, cette condition n'était pas insérée dans la *cessio in jure* : celle-ci ne manquait son effet conditionnellement que par l'effet de la loi *Ælia Sentia*. Cette condition n'étant pas au pouvoir du maître, il est tout naturel que l'affranchissement ait été considéré comme parfait à son égard.

La loi Ælia Sentia s'appliquait à tout affranchissement quelconque. Un héritier débiteur de legs ou de fidéicommis ne pouvait non plus affranchir, même dans un testament, au préjudice des légataires ou fidéicommissaires (3)..

En vertu d'un Sc. rendu sur la proposition d'Adrien, ce chef de la loi Ælia Sentia a été étendu aux Pérégrins (4). Les affranchissements en fraude des villes ont été spécialement déclarés nuls par le sénat (5), et ceux faits en fraude du fisc ont été prohibés par des constitutions impériales (6). Toutes ces dispositions ont été maintenues sous Justinien.

L'affranchissement en fraude d'un patron par un affranchi était aussi annulé par la loi Ælia Sentia (7) : il n'est resté que peu de traces de cette prohibition dans les compilations de Justinien (8), parce que déjà longtemps avant cet empereur il avait été pris d'autres mesures pour empêcher un affranchi d'épuiser frauduleusement une succession que la loi assurait au patron.

---

(1) L. 5 § 2. D. 41. 9. L. 15. D. 42. 8. L. 45 § 3. D. 49. 14.
(2) Voy. Inst. 4. 6. § 6.
(3) L. 16 § 2. L. 27 pr. D. 40. 9. L. 1. C. 7. 11.
(4) Gaius, I. 47.
(5) L. 11. pr. D. 40. 9.
(6) L. 11 § 1. D. 40. 9. L. 45 § 3. D. 49. 14. L. 2. C. 7. 8.
(7) Gaius I. 37. Ulp. I. 13.
(8) D. 38. 5. L. 9 § ult. D. 40. 12.

§ I. Licet autem domino, qui solvendo non est, testamento servum suum cum libertate heredem instituere, ut fiat liber heresque ei solus et necessarius, si modo nemo alius ex eo testamento heres extiterit, aut quia nemo heres scriptus sit, aut quia is, qui scriptus est, qualibet ex causa heres non extiterit. Idque eadem lege Ælia Sentia provisum est, et recte : valde enim prospiciendum erat, ut egentes homines, quibus alius heres extiturus non esset, vel servum suum necessarium heredem habeant, qui satisfacturus esset creditoribus, aut, hoc eo non faciente, creditores res hereditarias servi nomine vendant, ne injuria defunctus afficiatur.

§ 1. Il est cependant permis à un maître insolvable d'instituer son esclave héritier dans son testament, en lui donnant en même temps la liberté, de telle sorte qu'il devienne libre et seul héritier, même nécessaire ; pourvu toutefois qu'il n'y ait pas d'autre héritier testamentaire, soit parce qu'un autre n'aurait pas été institué dans le testament, soit parce que tout autre, institué dans ce testament, ne serait pas devenu héritier par un motif quelconque. Cette exception a été admise par la loi Ælia Sentia avec raison ; il était, en effet, d'une grande importance que les hommes pauvres, exposés à mourir sans laisser un héritier de leur choix, pussent laisser un héritier nécessaire qui satisfît les créanciers; car, s'il n'y en avait point, les créanciers pouvaient vendre en masse tous les biens de leurs débiteurs et vouer son nom à l'infamie.

* La loi Ælia Sentia n'annullait les affranchissements faits par un débiteur qu'autant qu'il diminuait son patrimoine de manière à ne pas laisser aux ayants droit de quoi les satisfaire, et qu'à ce préjudice causé il joignait une intention frauduleuse. Mais elle lui permettait d'affranchir, même dans l'hypothèse où il aurait été insolvable, un seul esclave par testament, afin de l'investir de l'hérédité ; alors cet héritier était appelé nécessaire, parce qu'il l'était bon gré mal gré et même à son insu. Le débiteur pouvait donc instituer héritier un esclave, en lui donnant la liberté, soit en l'instituant purement et simplement, soit en l'instituant pour le cas où un autre héritier désigné, et non obligé d'être héritier, répudierait l'hérédité pour un motif quelconque. On pourrait au fond soutenir qu'il n'y avait pas dans cette clause une exception à la prohibition, puisque cette dernière supposait une intention frauduleuse, et que cette intention n'existait plus dès que le testateur, en accordant ainsi la liberté à un esclave, ne faisait que se conformer à la loi, dont le vœu était qu'un citoyen ne mourût pas *intestat*, et qu'il laissât après lui un représentant qui pût répondre à l'attaque des créanciers.

La loi Ælia Sentia, en accordant cette faveur au créancier insolvable, remplissait un double but louable : 1° elle offrait aux créanciers la chance d'avoir un héritier qui chercherait à les satisfaire ; 2° elle donnait

à un débiteur insolvable le moyen d'échapper à une vente en masse de tous ses biens, après sa mort, vente qui entraînait toujours l'infamie. C'était l'esclave institué qui payait le prix de son appel à l'hérédité et à la liberté par l'infamie qu'il assumait à la place du testateur (1).

L'esclave ainsi affranchi pouvait avoir moins de trente ans, et son maître n'en avoir pas vingt. Il était évidemment citoyen romain, puisqu'un citoyen pouvait seul être héritier; peu importait même que l'esclave eût été soumis, pendant son esclavage, à des traitements ignominieux et n'eût pu être, en toute autre circonstance, qu'un affranchi déditice (2).

§ II. Idemque juris est, etsi sine libertate servus heres institutus est: quod nostra constitutio non solum in domino, qui solvendo non est, sed generaliter coustituit, nova humanitatis ratione — ut ex ipsa scriptura institutionis etiam libertas ei competere videatur — cum non est versimile, eum, quem heredem sibi elegit, si prætermiserit libertatis dationem, servum remanere voluisse, et neminem sibi heredem fore.

§ 2. Il en est de même lorsqu'on institue son esclave héritier sans lui donner expressément la liberté. Nous faisons ici, en cas d'insolvabilité du maître, une application de notre constitution qui dispose d'une 'manière générale que, pour tout esclave, l'institution d'héritier emportera affranchissement: car il n'est pas vraisemblable (3) qu'on veuille laisser esclave celui qu'on se choisit pour héritier, puisque sans liberté l'institué ne pourrait profiter de l'institution.

§ III. In fraudem autem creditorum manumittere videtur, qui vel jam eo tempore, quo manumittit, solvendo non est, vel qui, datis libertatibus, desiturus est solvendo esse. Prævaluisse tamen videtur, nisi animum quoque fraudandi manumissor habuit, non impediri libertatem, quamvis bona ejus creditoribus non sufficiant: sæpe enim de facultatibus suis amplius, quam in his est, sperant homines. Itaque tunc intellegimus impediri libertatem,

§ 3. On considère comme ayant affranchi en fraude de ses créanciers, celui qui est déjà insolvable avant d'affranchir, ou qui le devient par l'affranchissement. Mais, d'après une opinion qui a prévalu, l'affranchissement n'est annulé qu'autant que l'affranchissant a eu l'intention de frustrer ses créanciers. En effet, il arrive souvent qu'on se fasse illusion sur la valeur de ses biens. En conséquence l'affranchissement ne sera nul qu'autant que se trouveront

---

(1) Cela sera expliqué plus au long, Inst. 3. 12.

(2) Ulp. fr. I. 14.

(3) Dans ses fr. XXII, Ulpien dit que l'institution d'un esclave sera nulle quand le maître ne lui aura pas donné expressément la liberté; de sorte que cette question paraît avoir été controversée entre les jurisconsultes. Mais Justinien l'a définitivement tranchée dans une de ses cinquante décisions. (L. 5. C. 6. 27.)

cum utroque modo fraudantur creditores, id est, et consilio manumittentis, et ipsa re, eo quod bona non suffectura sunt creditoribus.

réunis le préjudice et l'intention frauduleuse.

* Deux conditions sont indispensables pour qu'un débiteur tombe sous la prohibition d'affranchir en fraude des créanciers : 1° qu'il ait tellement diminué par là son patrimoine, qu'il ne lui reste plus de quoi payer toutes ses dettes ; 2° qu'il ait su qu'il rendait son patrimoine insuffisant pour le payement de ses dettes. En résumé, il faut *eventus et consilium*.

Cette opinion avait été attaquée, mais elle était celle de la majorité des jurisconsultes ; c'est pourquoi Justinien dit qu'elle a prévalu.

Quant à l'insolvabilité, ou elle existait avant l'affranchissement, ou elle résultait de l'affranchissement lui-même, peu importait. Il fallait la seconde condition, c'est-à-dire l'intention frauduleuse ; car il arrive souvent qu'un débiteur se fait illusion sur sa position ; qu'il évalue ses biens au delà de leur valeur, et que par conséquent, en les diminuant par des aliénations ou des affranchissements, il s'imagine conserver toujours de quoi payer ses dettes.

Les deux conditions dont il vient d'être parlé étaient exigées pour la nullité de toute aliénation faite en fraude des créanciers. La même règle a été admise dans notre droit civil français pour l'application de l'art. 1167 du Code civil. Du reste, pour la théorie de la rescision des aliénations frauduleuses, voyez plus loin, IV. 6. § 6.

§ IV. Eadem lege Ælia Sentia domino minori viginti annis non aliter manumittere permittitur, quam si vindicta, apud consilium, justa causa manumissionis adprobata fuerit.

§ 4. La même loi Ælia Sentia défendait à un maître mineur de vingt ans d'affranchir autrement que par la vindicte, et après avoir fait approuver par un conseil le motif de l'affranchissement.

** La seconde restriction principale apportée aux affranchissements par la loi Ælia Sentia, consistait à défendre à un Romain âgé de moins de vingt ans d'affranchir autrement que par la vindicte, et après avoir fait agréer par un conseil le motif de l'affranchissement.

*** La troisième restriction principale, apportée aux affranchissements par la loi Ælia Sentia, consistait à empêcher un Romain, même âgé de plus de vingt ans, d'affranchir un esclave de moins de trente ans, sans se soumettre aux conditions précédentes (1).

Ce conseil se composait, à Rome, de cinq sénateurs et de cinq chevaliers romains, présidés par le magistrat (le préteur), et, dans

(1) Gaius 1. 18. Ulp. frag. I. 12 et 13.

les provinces, de vingt *recuperatores* (1), ayant à leur tête le président de la province. A Rome, ce conseil se tenait à certains jours déterminés, appelés *sessions* ou *assises*, et, dans les provinces, le dernier jour de la session appelée *conventus* (2).

Ce mode d'affranchissement était le seul permis dans l'une de ces deux circonstances, parce qu'on n'affranchissait que par la vindicte et qu'il fallait bien que le magistrat veillât à ce que, par des motifs trop légers, on n'exposât pas la société à recevoir dans son sein des membres qui en étaient indignes.

Cet examen des motifs d'affranchissement devant le conseil était aussi indispensable pour le mineur de vingt ans qui aurait voulu affranchir un esclave dans la vue d'en faire un Latin Junien, et par conséquent par le moyen du droit des gens appelé *inter amicos* (Gaius. 1. 41.)

§ V. Justæ autem manumissionis causæ sunt : veluti si quis patrem, aut matrem, aut filium filiamve, aut fratrem sororemve naturales, aut pædagogum, aut nutricem educatoremve, aut alumnum alumnamve, aut collactaneum manumittat, aut servum, procuratoris habendi gratia, aut ancillam, matrimonii causa, dum tamen intra sex menses uxor ducatur, nisi justa causa impediat, et qui manumittitur procuratoris habendi gratia ne minor (3) septem et decem annis manumittatur.

§ 5. Voici les motifs d'affranchissement qu'on pouvait faire valoir devant le conseil. On pouvait lui faire connaître qu'on voulait affranchir son père ou sa mère, son fils ou sa fille, son frère ou sa sœur naturels, son précepteur, sa nourrice ou son nourricier, son nourrisson, son frère ou sa sœur de lait, ou un esclave pour en faire son procureur, pourvu qu'il eût dix-sept ans, ou une esclave pour l'épouser, pourvu qu'on l'épousât dans les six mois (4), si aucun empêchement légitime ne s'y opposait.

---

(1) Les récupérateurs étaient des hommes privés chargés par le magistrat de juger certaines affaires : ici ils procédaient à un acte de la juridiction gracieuse.

(2) Le *conventus* était une session tenue par le président dans les tournées qu'il faisait dans sa province.

(3) Chez les romains *majeur* ou *mineur* tout seul ne déterminait pas un âge fixe comme chez nous ; on disait *majeur* de quatorze ans, de dix-huit ans, de vingt-cinq ans, ou *mineur* de quatorze ans, de dix-huit ans, de vingt-cinq ans. Quelquefois cependant on trouve l'expression *majeur* ou *mineur* sans addition : dans ce cas il s'agit d'un *majeur* ou d'un *mineur* de vingt-cinq ans : un majeur de vingt-cinq ans pouvait très rarement se faire restituer pour cause de lésion ; mais un mineur de vingt-cinq ans le pouvait toujours.

Au dernier jour de la dernière année, on n'est pas au-dessus, mais on n'est pas au-dessous des vingt ans déterminés par la loi Ælia Sentia ; donc on n'est pas compris dans la prohibition. Mais, lorsqu'il s'agit d'une faveur accordée jusqu'à un certain âge, de celle accordée aux mineurs de vingt-cinq ans quant à la rescision de leurs actes pour cause de lésion, ils sont *mineurs* jusques et y compris la dernière heure de la vingt-cinquième année. (L. 3. § 3. D. 4. 4.)

(4) L. 9. § 1. D. 40. 2.

§ VI. Semel autem causa adprobata, sive vera, sive falsa sit, non retractatur.

§ VII. Cum ergo certus modus manumittendi minoribus viginti annis dominis per legem Æliam Sentiam constitutus sit, eveniebat, ut, qui quatuordecim annos ætatis expleverit, licet testamentum facere possit, et in eo heredem sibi instituere legataque relinquere possit, tamen, si adhuc minor sit annis viginti, libertatem servo dare non poterat. Quod non erat ferendum. Si is, cui totorum bonorum in testamento dispositio data erat, uni servo libertatem dare non permittebatur, quare non similiter ei, quemadmodum alias res, ita et servos suos in ultima voluntate disponere, quemadmodum voluerit, permittimus, ut et libertatem eis possit præstare? Sed cum libertas inæstimabilis est, et propter hoc ante vicensimum ætatis annum antiquitas libertatem servo dare prohibebat: ideo nos mediam quodammodo viam eligentes, non aliter minori viginti annis libertatem in testamento dare servo suo concedimus, nisi septimum et decimum annum impleverit, et octavum decimum tetigerit. Cum enim antiquitas hujusmodi ætati et pro aliis postulare concessit, cur non etiam sui judicii stabilitas ita eos adjuvare credatur, ut et ad libertates dandas servis suis possint provenire?

§ 6. Une fois que la cause d'affranchissement avait été approuvée, peu importait qu'elle fût vraie ou fausse, l'approbation était irrévocable.

§ 7. La loi Ælia Sentia ayant limité ainsi, pour les maîtres mineurs de vingt ans, le droit d'affranchir leurs esclaves, il résultait de là que celui qui, à quatorze ans accomplis, pouvait instituer un héritier et faire des legs, ne pouvait disposer de la liberté en faveur de ceux qui étaient sous sa puissance dominicale. Or ce résultat était choquant. En effet, pourquoi celui qui pouvait disposer de tous ses biens par testament, ne pouvait-il pas donner la liberté à un seul de ses esclaves par le même moyen? Cependant la liberté est une chose inestimable, et c'est pour ce motif que les anciens n'avaient pas permis au mineur de vingt ans de la conférer à ses esclaves. Nous adoptons donc un terme moyen, et nous permettons à celui qui a accompli sa dix-septième année de donner par testament la liberté à ses esclaves. L'antiquité permettait en effet aux individus de cet âge de postuler pour autrui; ils avaient donc assez de matûrité d'intelligence pour affranchir leurs esclaves.

* Le mineur de vingt ans pouvait bien, après la puberté, disposer de sa fortune sans déranger l'ordre social; mais affranchir inconsidérément était fort dangereux pour la société tout entière.

Justinien ne prend pas un terme moyen d'une manière arbitraire, car c'était à l'âge de 17 ans qu'une personne pouvait paraître en justice (*postulare*) pour autrui: c'est pour ce motif qne dans le parapraphe cinq de ce titre on a vu que le maître pouvait faire valoir devant le conseil la volonté d'affranchir un esclave pour en faire son procureur, pourvu

que celui-ci eût dix-sept ans accomplis. Plus tard Justinien alla plus loin, il décida qu'une personne pourrait affranchir par testament à l'âge auquel elle peut disposer de tous ses biens dans un tel acte (1).

## TITULUS VII.

### DE LEGE FURIA CANINIA SUBLATA.

Pr. Lege Furia Caninia certus modus constitutus erat in servis testamento manumittendis. Quam, quasi libertatibus impedientem et quodammodo invidam, tollendam esse censuimus, cum satis fuerat inhumanum, vivos quidem licentiam habere, totam suam familiam libertate donare, nisi alia causa impediat libertati, morientibus autem hujusmodi licentiam adimere.

## TITRE VII.

### DE L'ABROGATION DE LA LOI FURIA CANINIA.

Pr. La loi Furia Caninia avait limité le nombre des esclaves que tout citoyen pouvait affranchir par testament. Cette limitation, contraire à la liberté et, pour ainsi dire, odieuse, a été par nous proscrite. Il paraissait, en effet, assez inhumain d'ôter à un maître, au moment de sa mort, un pouvoir illimité d'affranchir qu'on lui avait laissé exercer pendant sa vie, quand il n'existait pas quelque autre empêchement.

* La loi Furia Caninia, rendue l'an de Rome 761, sous le consulat de Furius Camillus et de C. Caninius Gallus, avait voulu apporter un frein à l'orgueil et à la fatuité des mourants qui, pour avoir à leurs funérailles un cortége pompeux d'affranchis coiffés du bonnet de la liberté, disposaient de la liberté par testament d'une manière exagérée. Elle décida que : 1° celui qui aurait moins de trois esclaves pourrait les affranchir tous ; 2° celui qui en aurait trois ou plus, jusqu'à dix, pourrait en affranchir moitié ; 3° celui qui en aurait plus de dix, jusqu'à trente, pourrait en affranchir le tiers ; 4° celui qui en aurait plus de trente, jusqu'à cent, pourrait en affranchir le quart ; 5° celui qui en aurait plus de cent pourrait en affranchir le cinquième et ne pourrait en affranchir plus de cent. — Les esclaves affranchis devaient être spécialement dénommés ; tous ceux qui dépassaient le nombre voulu ne recevaient pas la liberté. Les Romains, très-ingénieux pour frauder la loi, cherchèrent à échapper à cette prohibition ; et pour que ceux qui dépassaient le nombre ne fussent pas exclus, ils écrivaient les noms des affranchis en rond (*in orbem*) (2), de sorte que, comme on ne savait pas quels étaient ceux qui ne devaient pas être affranchis, on était tenté d'accorder la liberté à tous. Mais on avait admis dans la pratique que cette fraude entraînerait la nullité complète des affranchissements testamentaires. Des Sc. avaient prévu plusieurs cas de nullité pour d'autres fraudes à la loi Furia Caninia. Justinien, pour couper

(1) Nov. 119. C. 2.
(2) Gaius I. 46

court à toute difficulté sur l'application de cette loi, ou plutôt pour ouvrir les digues au torrent, à une époque surtout où les idées du Christianisme portaient à conférer la liberté à tous les enfants d'une même origine, abrogea la loi Furia Caninia.

## APPENDICE.

### De la condition des Affranchis.

1° Comment les affranchis devenaient ingénus. — Dans l'origine un affranchi ne pouvait jamais arriver à l'ingénuité, car l'adrogation d'un affranchi ne lui conférait pas l'ingénuité (1); il avait dans la famille de l'adrogeant les droits de succession comme ingénu; mais dans les rapports avec la société il restait affranchi (2). Les empereurs accordèrent le droit d'ingénuité dans une certaine mesure; ainsi ils donnèrent à certains affranchis le droit de porter des anneaux d'or, ce qui était anciennement l'insigne de la dignité de chevalier (3), toutefois en réservant les droits du patron : de sorte que l'affranchi ainsi rendu ingénu : *vivit quasi ingenuus, moritur quasi libertus* (4). Le patron pouvait donc toujours lui succéder *ab intestat*, avoir droit à ses respects et à des aliments. L'empereur Commode voulut même que la faveur de l'ingénuité ne fût accordée aux affranchis que du consentement du patron (5).

On restituait aussi un affranchi dans son ingénuité. On entendait par là le placer entièrement, même à l'égard de son patron, dans la catégorie des ingénus. Nous n'entendons pas parler ici de ceux qui auraient été reconnus ingénus par testament ou par l'effet d'un serment à eux déféré (6), ou par une décision de l'empereur (7); mais de ceux que l'empereur élevait réellement, de son autorité, à la dignité d'ingénu, ce qu'il ne faisait ordinairement que du consentement des patrons (8); par là ceux-ci perdaient tous leurs droits; cependant on leur accordait le droit de succession, lequel fut supprimé par Justinien qui leur conserva le droit au respect et à la révocation de la liberté pour cause d'ingratitude (9). Enfin le même Justinien fit disparaître toute différence entre ingénus et affranchis, d'une manière générale, en faisant la réserve dont nous venons de parler (10).

2° Des devoirs des affranchis à l'égard de leur patron. — Par analogie avec la position des cliens à l'égard de leurs protecteurs appelés patrons, se formèrent de bonne heure les rapports entre les affranchis et leurs anciens

---

(1) Aul. Gell. V. 19.
(2) L. 27. D. 1. 5. L. 32. D. 23. 2.
(3) Plin. H. N. 33. 4. Tac. Hist. I. 13. II. 57. Suet. Galba c. 14. Vitell. c. 12.
(4) L. 3. pr. D. 38. 2.
(5) L. 3. D. 40. 10.
(6) L. 30. § 4. D. 12. 2. L. 8. § 1. D. 4. 2. L. 25. D. 1. 5. Tit. D. 40. 14.
(7) L. 1. D. 40. 11. conf. Plin. ep. X. 71 et 77.
(8) L. 4. 5 pr. D. 40. 11.
(9) L. 3. C. 38. 2.
(10) Nov. 78. C. 2.

maîtres ; les affranchis furent même considérés comme faisant partie de la famille de ces derniers ; de telle sorte que leur succession, lorsqu'ils mouraient sans enfants sous leur puissance, et sans testament, appartenait à leur patron ou à ses enfants; que leur patron devenait leur tuteur légitime (1). En vertu de l'édit des préteurs, le patron avait droit à ce que son affranchi lui rendît des services, lui fît des donations, lui laissât une légitime dans sa succession, pourvût à ses aliments, ne l'assignât pas en justice sans en avoir obtenu préalablement la permission du préteur, et ne le fit condamner que de manière à lui laisser de quoi vivre (2). Si l'affranchi était ingrat, il pouvait être ramené sous le joug de l'esclavage. Les enfants du patron avaient à peu près les mêmes droits que le patron, à la mort de ce dernier; quant aux services à rendre par l'affranchi, ces enfants ne pouvaient y prétendre qu'autant que les services avaient été expressément promis (3).

## Questions sur les personnes dans la société romaine.

*Qu'est-ce qu'une personne? pag.* 66 * — *Qu'est-ce que la liberté?* 68 *. — *L'esclavage?* 68 ****. — *D'où vient le mot* servus? 68 ***. — *Comment devenait-on esclave d'après le droit des gens ?* 69 **. — *Comment d'après le droit civil ?* 69 ***.—*Combien de conditions parmi les esclaves?* 70 *.—*Combien parmi les hommes libres?* 70 **. — *Qu'est-ce qu'un ingénu?* 75 *. — *Qu'est-ce qu'un affranchi?* 77 *. — *De combien de manières avait lieu l'affranchissement?* 78 *. — *Quels étaient les modes solennels d'affranchissements?* 78 **. — *Comment affranchissait-on par le cens? — Par testament?* 78 ***.—*Par la vindicte?* 77 **—*Quels étaient les modes d'affranchissement du droit des gens?* 80 *. — *Combien y avait-il de sortes d'affranchis dans l'origine?* 82 *. — *Comment devenait-on citoyen romain par l'affranchissement?* 83 *. — *Comment Latin Junien?* 83 **. — *Comment Déditice?* 83 ***. — *Quelles étaient les restrictions apportées à la liberté par la loi Ælia Sentia?* 86 *.—*Quel était l'effet de la défense d'affranchir en fraude des créanciers?* 86 **.—*Que fallait-il pour que l'affranchissement fût annulé en vertu de la loi Ælia Sentia ?* 88 *. 90 *.—*Quelle était la seconde restriction apportée par cette loi ?* 90 **.—*Quelle était la troisième?* 90 ***.—*Pourquoi défendait-on au mineur de* 20 *ans d'affranchir par testament?* 92 *. — *Que portait la loi Furia Caninia ?* 93 *.

## TITULUS VIII.

### DE HIS, QUI SUI, VEL ALIENI JURIS SUNT.

Pr. Sequitur de jure personarum alia divisio. Nam quædam personæ sui juris sunt, quædam alieno juri

## TITRE VIII.

### DES PERSONNES INDÉPENDANTES OU DÉPENDANTES.

Pr. Nous avons à nous occuper d'une autre division des personnes. Les unes sont en effet independantes,

(1) Gaius III. 40. 49. Ulp. fr. XXIX. 1. 4. 6. XI. 5. L. 5. D 26. 4, L. 1. pr. L. 3. § 1. D. 1. 17.
(2) L. 7. § 1. D. 37. 15. L. 16. D. 42. 1. Inst. 4. 6. § 38.
(3) L. 12. C. 6. 3. L. 5. C. 6. 6. L. 9. pr. D. 37. 14.

subjectæ sunt; rursus earum, quæ alieno juri subjectæ sunt, aliæ in potestate parentum, aliæ in potestate dominorum sunt. Videamus itaque de his, quæ alieno juri subjectæ sunt: nam si cognoverimus quæ istæ personæ sunt, simul intellegerimus, quæ sui juris sunt. Ac prius dispiciamus de his, quæ in potestate dominorum sunt.

les autres dépendantes. Parmi ces dernières, celles-ci se trouvent sous la puissance paternelle : celles-là se trouvent sous la puissance dominicale. Parlons d'abord de celles qui se trouvent sous une puissance; et, quand nous les connaîtrons, il nous sera bien facile de savoir lesquelles sont indépendantes. Commençons par celles qui sont soumises à la puissance dominicale.

*Justinien aborde une autre division des personnes, en les considérant dans leurs rapports de puissance ou de dépendance les unes à l'égard des autres. Or ici on retrouve une petite société toute organisée dans la grande société romaine; c'est la famille. Le chef de la famille est nécessairement citoyen romain; car il exerce le souverain pouvoir, lequel se compose de la puissance paternelle (*patria potestas*), de la puissance dominicale (*dominica potestas*), puis de deux autres puissances, la puissance maritale, appelée *manus*, la puissance sur un enfant de famille vendu, appelée *mancipium*. La *familia* des Romains comprenait donc : 1° le *paterfamilias*, chef de famille, qu'il eût ou non des enfants; ou bien la *materfamilias*, qui pouvait aussi être chef de famille, mais qui ne pouvait avoir de puissance sur ses enfants, puisque son mari était là pour l'exercer, et puisqu'à la mort de celui-ci tous ses enfants devenaient eux-mêmes chefs de famille : une femme affranchie de toute puissance, était donc *caput et finis suæ familiæ*.

* Le père de famille s'appelait *sui juris*, c'est-à-dire ne dépendant que de son propre droit, ou plutôt indépendant.

** Les enfants ou les petits-enfants du *paterfamilias*, les esclaves, les enfants d'autrui acquis par la mancipation (*in mancipio*) et la femme en puissance de mari (*in manu*), ces quatre sortes de personnes s'appelaient *alieni juris*, parce qu'elles dépendaient du droit, de l'autorité d'autrui.

Un fils de famille qui avait été vendu au moyen de la mancipation était *in mancipio* de son acheteur; il était dans une position analogue à celle d'un esclave; il cessait momentanément d'appartenir à la famille de son père, il était déchu d'état. Il sortait de cet état mitoyen entre la liberté et l'esclavage par un affranchissement, au moyen de la vindicte; et cependant, comme nous l'avons déjà dit, il restait ingénu, il n'était pas relégué dans la catégorie des affranchis.

Une fille de famille qui, se donnant en mariage, se soumettait en outre à la puissance de son mari (1), se trouvait *in manu* de celui-ci;

(1) La femme pouvait contracter de justes noces et conserver son indépendance ou ses rapports

elle cessait d'appartenir à la famille de son père et entrait dans la famille de son mari ; elle était comme la fille de ce dernier ; elle était comme la sœur de ses propres enfants. Sous Justinien la *manus* et le *mancipium* étaient tombés en désuétude depuis longtemps; c'est pourquoi il ne traite plus que de la puissance dominicale et de la puissance paternelle.

§ I. In potestate itaque dominorum sunt servi. Quæ quidem potestas juris gentium est : nam apud omnes peræque gentes animadvertere possumus , dominis in servos vitæ necisque potestatem esse. Et quodcumque per servum acquiritur , id domino acquiritur.

§ 1. Sous la puissance dominicale se trouvent les esclaves. Cette puissance est du droit des gens ; car chez tous les peuples que nous connaissons , le maître a droit de vie et de mort sur ses esclaves , et tout ce que celui-ci acquiert est acquis pour son maître.

* La puissance dominicale s'exerce sur les esclaves : elle est une institution du droit des gens. Chez tous les peuples elle a la même étendue et la même dureté : le maître avait sur son esclave le droit de vie et de mort que , du temps de Gaius déjà , des dispositions avaient modéré d'une manière notable. Le maître n'était pas seulement l'arbitre de la personne de son esclave; il devenait propriétaire de tout ce que acquérait son esclave, ou plutôt l'esclave était comme un organe du maître , celui-ci acquérait par son intermédiaire.

§ II. Sed hoc tempore nullis hominibus, qui sub imperio nostro sunt, licet , sine causa legibus cognita , et supra modum in servos suos sævire. Nam ex constitutione divi Pii Antonini, qui sine causa servum suum occiderit, non minus puniri jubetur, quam qui servum alienum occiderit. Sed et major asperitas dominorum ejusdem principis constitutione coercetur. Nam consultus a quibusdam præsidibus provinciarum de his servis , qui ad ædem sacram , vel ad statuas principum confugiunt , præcepit, ut, si intolerabilis videatur do-

§ 2. Mais aujourd'hui aucun sujet de notre empire ne peut sévir contre ses esclaves outre mesure , sans une cause approuvée par la loi. Car, d'après une constitution d'Antonin-le-Pieux , le maître qui tue son esclave sans une cause légitime est puni comme s'il avait tué l'esclave d'autrui. En vertu de la même constitution, la dureté excessive d'un maître envers son esclave est encore réprimée. En effet , étant consulté par quelques présidents de provinces relativement à des esclaves qui s'étaient réfugiés dans des temples ou près des

---

avec sa famille naturelle; alors elle prenait seulement le nom d'*uxor*. Si elle voulait tomber sous la puissance maritale, il ne lui suffisait pas de contracter mariage : il fallait ou 1. qu'elle fît avec son mari l'offrande, aux dieux, d'un gâteau fait avec du miel et de la farine du plus pur froment; ce qu'on appelle la *confarreatio;* ou 2. qu'elle se vendît à son mari ; ce qu'on appelle *coemptio;* ou 3. qu'elle se laissât usucaper par son mari (*usu*) : or, pour cela, il fallait qu'elle fût possédée par celui-ci pendant un an continu ; et l'on regardait comme une interruption suffisante pour empêcher l'usucapion, l'absence de la femme de la maison conjugale pendant trois nuits de suite (*trinoctium*). Voyez Gaius I. 48 et 49. 109-115.

BIBLIOTHÈQUE ROYALE I

minorum sævitia, cogantur servos bonis condicionibus vendere, ut pretium dominis daretur. Et recte : expedit enim reipublicæ, ne quis rem suam male utatur. Cujus rescripti, ad Ælium Marcianum emissi, verba hæc sunt : *Dominorum quidem potestatem in suos servos illibatam esse oportet, nec cuiquam hominum jus suum detrahi. Sed dominorum interest, ne auxilium contra sævitiam, vel famem, vel intolerabilem injuriam denegetur his, qui juste deprecantur. Ideoque cognosce de querelis eorum, qui ex familia Julii Sabini ad statuam confugerunt; et, si vel durius habitos, quam æquum est, vel infami injuria affectos cognoveris, veniri jube, ita ut in potestatem domini non revertantur. Qui Sabinus, si meæ constitutioni fraudem fecerit, sciet, me admissum severius executurum.*

statues des empereurs, il décida que le maître qui traiterait ses esclaves avec trop de dureté serait contraint de les vendre à de bonnes conditions, de manière à ce qu'il en reçût le prix. Nous l'approuvons, car il est de l'intérêt public que personne ne fasse mauvais usage de sa chose. Voici comment est conçu ce rescrit adressé à Ælius Marcianus: « Il est néces-
» saire que la puissance dominicale
» soit à l'abri de toute atteinte, et
» que les droits de chacun soient
» garantis. Mais il est de l'intérêt des
» maîtres eux-mêmes qu'on protége
» contre eux les esclaves auxquels ils
» font endurer des cruautés, la faim
» et des traitements ignominieux.
» Examinez donc les plaintes des es-
» claves de Julius Sabinus, qui se
» sont réfugiés auprès de notre statue,
» et si vous reconnaissez que celui-ci
» s'est conduit trop durement envers
» eux, qu'il leur a fait subir des châ-
» timents trop honteux, faites-les
» vendre de manière à ce qu'ils ne
» puissent plus retomber sous la puis-
» sance de leur maître. Et que Sabi-
» nus sache bien que, s'il cherchait
» à éluder nos ordres, il n'échappe-
» rait pas aux peines qu'il aurait
» méritées. »

Dans l'origine le pouvoir du maître sur son esclave était sans bornes; mais le rapprochement de l'un et de l'autre, l'habitude d'une vie à-peu-près commune, amena des adoucissements que l'esprit religieux admit comme obligatoires. Les censeurs notaient d'infamie les maîtres trop cruels, et les tribuns interposaient leur autorité contre les supplices auxquels on soumettait injustement les esclaves (1). Mais ces adoucissements aux pouvoirs du maître ne reposaient sur aucune base certaine. Aussi, lorsque la corruption et le luxe eurent envahi toutes les classes de la société, lorsque les maîtres eurent placé leur manière de vivre à une plus grande distance de celle de leurs esclaves, la dureté antique fut rétablie avec de nouveaux raffinements. Auguste fut con-

(1) Denys d'Hal. Frag. ed. Mai. l. 20. c. 2. Quint. decl. 380.

traint de confier au préfet de la ville le soin de protéger les esclaves contre la fureur aveugle de leurs maîtres (1). Les successeurs de cet empereur publièrent des édits et des rescrits à ce sujet (2); une loi Petronia et des senatusconsultes (3) vinrent poser des règles que les maîtres ne purent plus enfreindre impunément. Enfin Antonin-le-Pieux voulut que celui qui tuerait son esclave sans un juste motif, fût puni comme ayant tué l'esclave d'autrui, c'est-à-dire, encourût la peine de mort (4). Il prit d'autres mesures contre les autres actes de cruauté; il ordonna que lorsqu'un maître se livrerait à sa fureur envers son esclave, lequel pour échapper à cette fureur se réfugierait aux statues des Dieux ou des empereurs, celui-ci fût vendu à un autre maître *à de bonnes conditions*, c'est-à-dire, favorables au maître et à l'esclave : au maître, en ce que le prix de la vente devait lui être remis; à l'esclave surtout, en ce qu'il ne devait retourner jamais sous la puissance de ce maître. Ces dispositions d'Antonin-le-Pieux furent prises par un rescrit adressé à Ælius Marcien, président d'une province; la teneur de ce rescrit est rapportée dans notre texte.

Constantin confirma toutes ces dispositions, et ne permit aux maîtres que de fustiger modérément leurs esclaves (5). Justinien conserva cette législation.

Il était de l'intérêt des maîtres eux-mêmes que les empereurs les missent ainsi à l'abri de leur propre fureur, parce qu'un traitement atroce pouvait porter les esclaves au désespoir.

Justinien n'en dit pas davantage sur la puissance dominicale; il ne s'occupe pas des manières dont elle était acquise et perdue, par la raison toute simple qu'il en a été question dans les titres précédents. Il va désormais s'occuper de la puissance paternelle.

## TITULUS IX.

### DE PATRIA POTESTATE.

Pr. In potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex justis nuptiis procreaverimus.

## TITRE IX.

### DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

Pr. Sont sous notre puissance paternelle les enfants que nous avons d'un mariage légitime.

La puissance paternelle est acquise : 1° sur les enfants nés en légitime mariage. Le père de famille exerce sa puissance non-seulement sur ceux qui sont nés de lui, mais encore sur ceux qui naissent des enfants

---

(1) Tacite, Ann. VI. 11.
(2) L. 8. D. 48. 18. Suet. Claud. c. 25. Adrien c. 18. Spartian.
(3) L. 11. § 2. D. 48. 8. La loi Petronia parut en 764.
(4) L. 23. § 9. D. 9. 2. L. 1. § 2. D. 48. 8.
(5) C. 9. 14.

mâles qu'il a en sa puissance ; 2° sur les enfants nés hors mariage et légitimés ensuite; 3° sur les enfants entrés dans la famille par suite de l'adoption.

* En un mot, la puissance paternelle s'acquiert : 1° par de justes noces; 2° par la légitimation; 3° par l'adoption. Ce titre et le suivant traitent des justes noces.

§ I. Nuptiæ autem sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuam consuetudinem vitæ continens.

§ 1. On appelle noces ou mariage l'union de l'homme et de la femme constituant pour tous deux une existence sociale indivisible.

L'expression indivisible présente un autre sens que le mot *indissoluble*; le mariage, en effet, était dissoluble chez les Romains, et les divorces furent très-fréquents sous l'empire.

** Indivisible signifie que la femme, dans les justes noces, participait à la dignité et aux honneurs de son mari (1), à la différence de la femme unie à l'homme par d'autres liens, que l'on nommait *concubinat*. Car, dans le concubinat, la femme conservait la position qu'elle avait eue auparavant; elle n'était pas élevée à la hauteur de son mari; telle est encore de nos jours, chez certains peuples, la femme dans le mariage appelé *de la main gauche*. Le *concubinat* était le mariage du droit des gens; *nuptiæ* ou *matrimonium* le mariage civil des Romains; dans ce dernier, le mari exerçait la puissance paternelle sur ses enfants, ceux-ci suivaient sa condition; dans le *concubinat*, au contraire, les enfants suivaient la condition de la mère (2).

§ II. Jus autem potestatis, quod in liberos habemus, proprium est civium romanorum : nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus.

§ 2. La puissance que nous exerçons sur nos enfants est propre aux citoyens romains; car nous ne la retrouvons nulle part chez les autres peuples.

La puissance paternelle, telle qu'elle était organisée à Rome, était propre à la cité romaine; elle ne se rencontrait pas ailleurs, si ce n'est chez les Galates, ainsi que nous l'apprend Gaius (3). Elle donnait au père : 1° le droit de vie et de mort sur ses enfants, droit que les mœurs firent bientôt tomber en désuétude; 2° le droit de les vendre par la mancipation, ce qui constituait sur eux une puissance *sui generis* au

(1) Cic. off. 1. 17. Tit. Liv. I. 9. 14. Tacit. Hist. III. 34. Plutarq. Brutus. 13.

(2) Si le *jus connubii* avait été accordé à un Latin ou à un Pérégrin, son mariage était *justum*; mais il n'exerçait aucune puissance paternelle, quoique ses enfants suivissent sa condition. Pour exercer la puissance paternelle il fallait être citoyen romain.

(3) I. 55.

profit de l'acheteur, appelée *mancipium* ; 3° le droit d'acquérir tout par eux comme par des esclaves.

§ III. Qui igitur ex te et uxore tua nascitur, in tua potestate est. Item qui ex filio tuo et uxore ejus nascitur, id est nepos tuus et neptis, æque in tua sunt potestate, et pronepos et proneptis, et deinceps cæteri. Qui tamen ex filia tua nascitur, in tua potestate non est, sed in patris ejus.

§ 3. Ainsi l'enfant né de vous et de votre femme est sous votre puissance ; celui qui naît de votre fils et de sa femme, c'est-à-dire, votre petit-fils ou votre petite-fille, est également sous votre puissance ; il en est de même de votre arrière-petit-fils et de votre arrière-petite-fille et d'autres descendants, pourvu qu'ils descendent par mâles ; car l'enfant de votre fille n'est pas sous votre puissance, mais sous la puissance de son père.

Comme nous l'avons dit ci-dessus, le père avait la puissance paternelle sur tous ses enfants et sur les enfants de ses enfants mâles, les enfants de ses filles tombant sous la puissance des maris de celles-ci.

## TITULUS X.

### DE NUPTIIS.

Pr. Justas autem nuptias inter se cives romani contrahunt, qui secundum præcepta legum coeunt, masculi quidem puberes, feminæ autem viripotentes, sive patresfamilias sint, sive filiifamilias, dum tamen filiifamilias et consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt. Nam hoc fieri debere, et civilis et naturalis ratio suadet, in tantum, ut jussum parentis præcedere debeat. Unde quæsitum est, an furiosi filia nubere, aut furiosi filius uxorem ducere possit ? Cumque super filio variabatur, nostra processit decisio, qua permissum est, ad exemplum filiæ furiosi filium quoque posse, et sine patris interventu, matrimonium sibi copulare secundum datum ex constitutione modum.

## TITRE X.

### DES NOCES.

Pr. Contractent un mariage légitime les citoyens romains qui s'unissent en se conformant aux lois, pourvu qu'ils soient pubères, peu importe qu'ils soient pères ou fils de famille ; toutefois, pour qu'un fils de famille puisse contracter mariage, il faut qu'il ait le consentement de ceux sous la puissance desquels il se trouve, et ce d'après le droit naturel comme d'après le droit civil ; et même ce consentement doit précéder le mariage. D'après cela, on s'est demandé si la fille ou le fils d'un fou pouvait se marier ; le doute existait surtout pour le fils ; mais nous lui avons permis aussi de contracter mariage sans l'intervention de son père, sous la condition qu'il se conformerait aux dispositions de notre constitution.

* Les conditions nécessaires pour le mariage romain étaient : 1° le *jus connubii* ; 2° le consentement des parties ; 3° le consentement des chefs de famille sous la puissance desquels elles se trouvaient ou de-

vaient se trouver ; 4° la puberté ; 5° l'absence de parenté ou d'alliance entre les conjoints ; 6° l'absence d'un autre mariage ou d'un concubinat.

* 1° Le *jus connubii* était le droit de contracter un mariage romain : or, n'avaient ce droit que les citoyens romains ; il pouvait être obtenu par les Latins coloniaires et les Latins Juniens, et même par les Pérégrins (1). *Connubium* ne veut pas dire mariage ; mais *jus connubii* signifie le droit de se marier légitimement.

** 2° Le consentement des parties suffit pour le mariage, sans aucune tradition. En effet, à l'appui de cette opinion, qui est celle de M. Ducaurroy (2) et de tous les jurisconsultes, excepté de M. Ortolan, nous ne citerons que la loi 66, D. 24. 1. Les donations entre époux étaient prohibées en droit romain ; dans cette loi on se demande ce qui arrivera de la donation faite par Seia à Sempronius avant la *deductio in domum* et la signature de l'acte dotal : on répond que la décision doit dépendre de la question de savoir si le consentement était déjà donné pour le mariage, ou non ; si le consentement était déjà donné, il y avait mariage avant la *deductio*, donc la donation était nulle, quoique faite avant la *deductio*. Or M. Ortolan dit que c'était la *deductio* qui constituait la tradition. Donc la tradition n'était pas nécessaire pour le mariage. Quant aux textes que ce professeur cite à l'appui de son opinion, il est bien facile de les expliquer, comme le fait M. Ducaurroy, en disant que la *deductio in domum*, l'introduction de la femme dans la maison de son mari, était bien nécessaire pour parfaire les céremonies qui ordinairement accompagnaient le mariage, mais non pour constituer le contrat de mariage lui-même (3).

Le consentement des époux devait être libre ; il devait être donné avec conscience de l'acte important auquel on procédait ; par conséquent un fou était incapable de contracter mariage. Si le consentement avait été donné par crainte révérentielle seulement, le mariage n'était pas moins valable ; s'il avait été arraché par une violence proprement dite, le mariage existait comme contrat ; car il y avait consentement ; toutefois il était rescindable comme toute autre obligation entachée du même vice.

*** 3° Le consentement des ascendants sous la puissance desquels se

---

(1) Autrefois le peuple accordait ce droit par une loi. (Tit. Liv. XXXVIII. 36. XLIII. 3.) Il fut accordé ensuite par les empereurs.

(2) L. c. n. 408.

(3) Du reste, M. Ortolan, dans sa note 2 de la page 195, T. 1. 3e ed., semble commettre une grave erreur. Il dit : « *Quand la tradition avait été faite par la mancipation*, etc.» Or il est certain que la tradition ne se faisait pas par la mancipation ; car pour faire la tradition, il faut transmettre la possession : et précisément la mancipation ne donnait pas la possession. Voyez Gaius, II. 204. IV. 131. Vat. fr. § 313. et notre traduction de Zimmern p. 125.

trouvaient ou devaient se trouver les parties ou leurs enfants, était aussi nécessaire. Les époux ne pouvaient se trouver jamais sous la puissance de leurs ascendantes, les mâles seuls pouvant exercer une puissance sur des enfants.

* Le consentement était nécessaire pour deux motifs : le premier, parce qu'un enfant mâle, s'il avait des enfants pendant son mariage, devait les faire tomber sous la puissance de son père ou de son grand-père, chef de famille ; or ils ne devaient pas pouvoir y tomber sans le consentement de ce chef : donc si le futur époux était avec son père sous la puissance de l'ayeul paternel, il lui fallait le consentement des deux : de l'ayeul, puisqu'il était actuellement sous sa puissance : du père, puisqu'à la mort de l'ayeul il devait retomber avec ses enfants sous la puissance du père.

Comme le fils émancipé était libéré de toute puissance, il pouvait se marier sans le consentement de son père ou de son ayeul ; cependant les empereurs Valens, Valentinien, Honorius et Théodose voulurent qu'une fille émancipée, mineure de vingt-cinq ans, obtînt le consentement de son père, et, quand elle n'avait plus de père, le consentement de sa mère ou de ses proches (1). Dès-lors s'introduisit, comme motif du consentement à obtenir des ascendants, une considération nouvelle, celle tirée du respect envers es ascendants ; motif qui a passé dans notre code civil.

Ce consentement devait précéder le mariage ; aussi l'appelait-on *jussus ;* il était indispensable quel que fût l'âge du futur époux ; mais il pouvait être tacite (2).

Un fils adoptif, se trouvant sous la puissance de son père adoptif et devant y faire tomber ses enfants, avait besoin de son consentement pour se marier ; mais non de celui de son père naturel, de la puissance duquel il se trouvait affranchi.

** Le second motif de la nécessité du consentement des ascendants était qu'un enfant de famille ne pouvait, sans le consentement du chef, établir des rapports nouveaux qui pussent relâcher les liens de la puissance paternelle : or, une fille de famille, quoique devant rester dans sa famille en se mariant, quoique devant ne faire tomber que sous la puissance de son mari ou du père de celui-ci les enfants qu'elle mettrait au monde, relâchait cependant considérablement, par son mariage, les liens de dépendance dans lesquels elle se trouvait à l'égard de son père ou de ses ascendants paternels. Si elle était sous la puissance de son ayeul paternel, et si elle y était avec son père, elle n'avait besoin que

---

(1) LL. 18 et 20. C. 5. 4.
(2) LL. 2 et 3. C. 5. 4.

du consentement de son ayeul. — Ce motif était bien plus puissant lorsque la fille devait passer *in manum mariti*; car alors elle devait cesser de faire partie de la famille de son père naturel.

Les deux motifs de la nécessité du consentement se réunissaient pour le fils; un seul existait pour la fille. Si donc l'ayeul, dont le consentement était nécessaire pour le mariage, était dans l'impossibilité de le donner, par exemple s'il était fou, Marc Aurèle permettait à la fille du fou de se marier sans le consentement de celui-ci; ce ne fut que par Justinien que cette dispense du consentement fut étendue au fils d'un dément; car il y avait plus de difficulté pour celui-ci, ses enfants devant tomber sous la puissance du père en démence. Justinien voulut que l'un et l'autre, dans ce cas, prissent cependant l'avis du préfet de la ville, ou du gouverneur de la province, ou de l'évêque, tant sur la personne du futur conjoint que sur la dot et la donation à cause des noces, et ce, en présence du curateur et des parents les plus proches du père (1).

En dehors de la décision de Marc-Aurèle, les jurisconsultes avaient admis que si le père de famille était captif ou avait disparu depuis trois ans, les enfants de l'un ou de l'autre sexe pourraient contracter un mariage, pourvu qu'il fût sortable et qu'on pût raisonnablement penser que le père ne l'eût pas désapprouvé (2).

Si le père refusait à tort de marier ses enfants, il pouvait y être forcé par les présidents des provinces; ainsi le veut une constitution de Sévère et d'Antonin (3).

Le mariage contracté sans le consentement du père de famille était tellement nul, que cette nullité ne pouvait être couverte par une ratification; le consentement donné après coup n'avait d'autre effet que de rendre le mariage valable pour l'avenir (*jussus parentum præcedere debeat*).

* 4° La puberté était indispensable pour le mariage; la femme était pubère à douze ans accomplis, et l'homme à quatorze. Deux motifs amenaient cette nécessité : d'abord on ne pouvait remplir le but du mariage avant la puberté; ensuite c'était à cet âge seulement qu'on pouvait contracter des obligations; or le mariage était le contrat le plus important. Avant cet âge le mariage contracté eût été nul; mais il serait devenu valable à partir de la puberté (4).

§ I. Ergo non omnes nobis uxores ducere licet. Nam quarundam nup-

§ 1. Il ne nous est donc pas permis d'épouser toutes sortes de femmes.

(1) L. 25. C. 5. 4.
(2) LL. 9, § 1. 10. § 1. 11. D. 23. 2.
(3) L. 19. D. 22. 2.
(4) L. 4. D. 23. 2.

tiis abstinendum est. Inter eas enim personas, quæ parentum liberorumve locum inter se obtinent, nuptiæ contrahi non possunt, veluti inter patrem et filiam, vel avum et neptem, vel matrem et filium, vel aviam et nepotem, et usque ad infinitum. Et si tales personæ inter se coierint, nefarias atque incestas nuptias contraxisse dicuntur. Et hæc adeo ita sunt, ut, quamvis per adoptionem parentum liberorumve loco sibi esse cœperint, non possint inter se matrimonio jungi in tantum, ut etiam dissoluta adoptione idem juris maneat : itaque eam, quæ tibi per adoptionem filia aut neptis esse cœperit, non poteris uxorem ducere, quamvis eam emancipaveris.

En effet, le mariage est défendu entre personnes dont l'une tient lieu d'ascendant et l'autre de descendant ; entre un père et une fille, entre un ayeul et une petite-fille, entre une mère et un fils, entre une ayeule et un petit-fils, et à l'infini en ligne directe. De telles unions seraient criminelles et incestueuses. Ce principe est observé si religieusement qu'un père adoptif ne pourrait épouser sa fille adoptive, même après l'avoir émancipée.

§ II. Inter eas quoque personas, quæ ex transverso gradu cognationis junguntur, est quædam similis observatio, sed non tanta. Sane enim inter fratrem et sororem nuptiæ prohibitæ sunt, sive ab eodem patre eademque matre nati fuerint, sive ex alterutro eorum. Sed si qua per adoptionem soror tibi esse cœperit : quamdiu quidem constat adoptio, sane inter te et eam nuptiæ consistere non possunt ; cum vero per emancipationem adoptio dissoluta sit, poteris eam uxorem ducere ; sed et si tu emancipatus fueris, nihil est impedimento nuptiis. Et ideo constat : si quis generum adoptare velit, debere eum ante filiam suam emancipare ; et si quis velit nurum adoptare, debere eum ante filium emancipare.

§ 2. Entre les personnes qui sont parentes en ligne collatérale, il y a aussi un empêchement au mariage, mais il ne va pas si loin. Le mariage ne peut avoir lieu entre un frère et une sœur; qu'ils soient nés du même père et de la même mère, ou bien de l'un des deux seulement, peu importe. Vous ne pourriez même épouser votre sœur adoptive, mais seulement tant qu'elle reste sous la même puissance paternelle ; car vous pouvez l'épouser si elle en sort par l'émancipation, de même que si elle y reste et que vous en sortiez par l'émancipation. Aussi est-il constant que lorsque quelqu'un veut adopter son gendre, il doit commencer par émanciper sa fille ; de même il doit commencer par émanciper son fils, s'il veut adopter sa bru.

§ III. Fratris vel sororis filiam uxorem ducere non licet. Sed nec neptem fratris vel sororis ducere quis potest, quamvis quarto gradu sint : cujus enim filiam uxorem ducere non licet, ejus neque neptem per-

§ 3. On ne peut également épouser la fille ou la petite-fille de son frère ou de sa sœur ; peu importe que la petite-fille soit au quatrième degré ; car la même raison qui empêche d'épouser la fille empêche d'épouser la

mittitur. Ejus vero mulieris, quam pater tuus adoptavit, filiam non videris impediri uxorem ducere, quia neque naturali, neque civili jure tibi conjungitur.

petite-fille. Toutefois rien ne vous défend de vous unir par le mariage à la fille de votre sœur adoptive, parce que vous ne tenez à elle par aucun lien, soit du droit civil, soit du droit naturel.

§ IV. Duorum autem fratrum vel sororum liberi, vel fratris et sororis, jungi possunt.

§ 4. Quant aux enfants de frères, aux enfants de sœurs, et aux enfants de frères et de sœurs, ils peuvent se marier entr'eux.

§ V. Item amitam, licet adoptivam, uxorem ducere non licet, item materteram, quia parentum loco habentur. Qua ratione verum est, magnam quoque amitam et materteram magnam prohiberi uxorem ducere.

§ 5. Il ne vous est pas non plus permis d'épouser votre tante paternelle, quoique adoptive, ni votre tante maternelle, parce que l'une ou l'autre vous tient lieu d'ascendante. Par le même motif le mariage ne peut vous être permis avec votre grand'tante paternelle ou maternelle.

*5° La cinquième condition pour contracter mariage était l'absence de parenté ou d'alliance entre les époux, au dégré prohibé par la loi.

Nous parlerons des empêchements résultant de l'alliance sur le paragraphe suivant. Nous allons nous occuper de la parenté.

** C'est le rapport qui existe entre deux personnes descendant l'une de l'autre ou du même auteur commun : dans le premier cas, il y a parenté en ligne directe; dans le second, en ligne collatérale.

*** En ligne directe, pour compter les degrés, il faut supposer une échelle simple; tous les échelons descendent les uns des autres; le second échelon sera au premier degré du précédent, parce qu'il y a une seule distance, une seule génération; le troisième échelon sera au second, parce que de lui au précédent il y a deux distances, deux générations; ainsi de suite. Le fils est donc au premier degré de son père, le petit-fils au second degré de son ayeul, l'arrière-petit-fils au troisième degré de son bisayeul.

**** Pour bien comprendre la parenté en ligne collatérale, il faut supposer une échelle double, c'est-à-dire, deux échelles réunies dans leur partie supérieure par un échelon commun. Cet échelon est l'auteur commun de tous les échelons de chaque échelle. Si on le compare tout seul avec les échelons d'une échelle, il y aura parenté en ligne directe; mais si l'on compare entr'eux les échelons subséquents d'une échelle avec les échelons subséquents de l'autre échelle, il y aura parenté en ligne collatérale. Le second échelon d'une échelle est le frère du second échelon de l'autre; ils sont entr'eux au second degré, parce

qu'il y a une distance du second échelon à l'auteur commun, et une autre distance en redescendant de cet auteur commun au second échelon de l'autre échelle. Les enfants de chaque frère sont placés respectivement sur le troisième échelon de chaque échelle; il y a quatre distances qui les séparent, ils sont au quatrième degré. Les enfants d'un frère ne sont qu'à trois distances de leur oncle, ils sont parents de ce dernier au troisième degré.

On descend d'un même père ou d'une même mère; on peut donc être parent paternel ou maternel en ligne directe et en ligne collatérale.

* Les premiers parents sont ceux que fait la nature, c'est la parenté naturelle; tous ces parents entr'eux se nomment cognats.

Mais, chez les Romains, il pouvait y avoir une parenté fictive, purement civile, résultant de la puissance paternelle acquise sur des enfants que la nature n'avait pas donnés au chef de famille, ou du moins qui n'étaient pas nés sous sa puissance. Un chef de famille pouvait faire tomber sous sa puissance un enfant qui n'y était pas, soit que celui-ci fût lié au chef de famille par le sang, soit qu'il ne se rattachât à lui par aucun lien naturel. Ainsi, par la légitimation, un père acquérait la puissance paternelle sur un enfant né de ses œuvres; par l'adoption qu'il faisait de l'enfant de son fils émancipé, conçu depuis l'émancipation de ce dernier, il soumettait à sa puissance paternelle un enfant qui n'y était pas soumis, et qui cependant se rattachait à lui par les liens de la nature.

** Il en était de même, à plus forte raison, d'un enfant à qui il avait donné le jour dans un mariage légitime. Dans ces hypothèses les liens civils de la puissance paternelle étaient réunis aux liens purement naturels : il y avait ce qu'on appelle parenté mixte.

*** Si un chef de famille adoptait l'enfant d'autrui, il acquérait sur lui la puissance paternelle ; mais il ne pouvait faire mentir la nature et former entre lui et son enfant adoptif un lien du sang. La parenté qui s'établissait par là était donc purement civile.

Les enfants placés sous la même puissance paternelle, ou qui devraient s'y trouver si le chef de famille vivait toujours, étaient agnats entr'eux. Dans le cas de parenté mixte, les agnats étaient en même temps cognats; dans le cas de parenté purement civile, ils ne pouvaient être que agnats, à moins que le chef de famille n'eût adopté le parent maternel d'un de ses descendants. Car la cognation s'étendait aux parents maternels comme aux parents paternels, tandis que l'agnation suppose toujours une parenté paternelle.

Cela posé, voyons quelles sont les règles des prohibitions de mariage pour cause de parenté.

* Première règle. — Le mariage est prohibé, *en ligne directe*, jusqu'à l'infini.

Un chef de famille ne peut épouser une fille ou une petite-fille même adoptive, parce que, par l'adoption, il en est devenu l'ascendant aux yeux du droit civil. Il ne peut même l'épouser après l'avoir émancipée, parce que, lorsqu'elle était dans les liens de l'adoption, il était chargé de son éducation, et qu'il aurait eu trop de penchant à abuser de son influence alors, s'il avait pu concevoir l'espérance de l'épouser un jour. La prohibition s'étend à tous les parents, cognats ou agnats, en ligne directe.

** Deuxième règle. — Le mariage est prohibé, en ligne collatérale, entre deux parents dont l'un touche immédiatement à l'auteur commun.

Peu importent les distances ou générations qui séparent l'un de l'autre ; le nombre des degrés n'y fait rien : toute la question est de savoir si l'un des futurs n'est pas placé au premier degré de l'auteur commun. Ainsi une arrière-petite-nièce ne pourra épouser le frère de son bisayeul, quoiqu'elle ne soit sa parente qu'au cinquième degré, parce que le frère de son bisayeul touche immédiatement à l'auteur commun, le trisayeul. Un cousin et une cousine peuvent se marier, parce que ni l'un ni l'autre ne touchent immédiatement à l'auteur commun. Cette prohibition s'étend aussi à tout parent cognat ou agnat, naturel ou civil. Cependant je puis épouser celle qui a été ma sœur seulement adoptive, pourvu qu'elle ait été émancipée ; mais si ma sœur adoptive était en même temps ma sœur utérine, je ne pourrais l'épouser après l'émancipation, parce que, quoiqu'elle ne soit plus ma sœur aux yeux du droit purement civil, elle l'est toujours aux yeux du droit naturel; or, sous ce dernier rapport, nous touchons tous deux à l'auteur commun, à notre mère. Je ne puis donc épouser ma tante paternelle (*amita*), même adoptive et émancipée ensuite, ni ma tante maternelle (*matertera*), parce qu'elles touchent à l'auteur commun : l'une à mon ayeul paternel, l'autre à mon ayeul maternel : il en est de même de ma grand'tante paternelle ou de ma grand'tante maternelle, par la même raison.

Quant à la parenté purement civile, en ligne directe, il est tellement défendu aux époux d'être réunis sous la même puissance paternelle, que si un père voulait adopter son gendre, il devrait préalablement émanciper sa fille ; et que, s'il voulait adopter sa bru, il devrait commencer par émanciper son fils.

§ VI. Affinitatis quoque veneratione quarundam nuptiis abstinere necesse est. Ut ecce privignam aut nurum uxorem ducere non licet, quia utræ-

§ 6. Certains mariages sont aussi prohibés pour cause d'affinité. Ainsi vous ne pouvez épouser la fille que votre femme a eue d'un mariage an-

que filiæ loco sunt. Quod scilicet ita accipi debeat, si fuit nurus aut privigna; nam si adhuc nurus est, id est, si adhuc nupta est filio tuo, alia ratione uxorem eam ducere non possis, quia eadem duobus nupta esse non potest; item si adhuc privigna tua est, id est, si mater ejus tibi nupta est, ideo eam uxorem ducere non poteris, quia duas uxores eodem tempore habere non licet.

térieur, ni votre bru, parce que vous leur tenez lieu de père. Or, il est bien entendu que nous supposons que votre mariage avec la mère de la première, ou le mariage de votre bru, se trouve dissous, sans quoi il y aurait un autre motif d'empêchement, savoir, l'existence d'un précédent mariage.

§ VII. Socrum quoque et novercam prohibitum est uxorem ducere, quia matris loco sunt. Quod et ipsum dissoluta demum affinitate procedit: alioqui, si adhuc noverca est, id est, si adhuc patri tuo nupta est, communi jure impeditur tibi nubere, quia eadem duobus nupta esse non potest; item si adhuc socrus est, id est, si adhuc filia ejus tibi nupta est, ideo impediuntur nuptiæ, quia duas uxores habere non possis.

§ 8. Il vous est défendu d'épouser la mère de votre femme ou votre marâtre, parce que l'une ou l'autre vous tient lieu de mère. Il faut encore supposer ici que votre belle-mère ou votre marâtre n'est plus dans le lien d'un mariage; car, si elle y est encore, elle ne peut être en même temps votre épouse, par un second motif.

§ VIII. Mariti tamen filius ex alia uxore et uxoris filia ex alio marito, vel contra, matrimonium recte contrahunt, licet habeant fratrem sororemve ex matrimonio postea contracto natos.

§ 8. Mais le mariage est permis entre le fils d'une femme d'un premier lit et la fille d'une femme d'un second lit, quoiqu'il naisse de ce dernier lit des enfants qui deviennent frères ou sœurs de l'un et de l'autre.

§ IX. Si uxor tua post divortium ex alio filiam procreaverit, hæc non est quidem privigna: sed Julianus hujusmodi nuptiis abstinere debere ait; nam nec sponsam filii nurum esse, nec patris sponsam novercam esse, rectius tamen et jure facturos eos, qui hujusmodi nuptiis se abstinuerint.

§ 9. Si votre femme, après avoir divorcé d'avec vous, donne le jour à une fille d'un second mari, cette fille n'est pas votre *privigna* (née avant votre mariage avec sa mère); et cependant il ne convient pas que vous l'épousiez, d'après l'avis de Julien. Il ne convient pas non plus qu'un père épouse la fiancée de son fils, quoiqu'elle ne soit pas sa bru, ni qu'un fils épouse la fiancée de son père, quoiqu'elle ne soit pas sa marâtre.

* Sont *alliés* les parents d'un époux avec l'autre époux. Telle est la définition donnée par tous les auteurs, anciens et modernes. M. Ducaurroy seul regarde comme alliés, non-seulement les parents d'un

époux avec l'autre époux, mais encore les parents des époux entr'eux (1). Il a été porté à cette innovation par la L. 4. § 6. D. 38 10., dans laquelle le frère d'un beau-frère s'appelle δαήρ, la sœur d'un beau-frère, γαλῶς, les femmes de deux frères, *janitrices* ou ἐινατερες. Mais d'abord ces dénominations sont empruntées à la poésie; ensuite elles ne servent à rien pour le droit, puisqu'elles n'amènent aucun résultat: de sorte qu'on peut dire: *cui bono ?*

Or l'alliance n'était un empêchement au mariage qu'en ligne directe à l'infini, c'est-à-dire entre moi et ma bru (*nurus*), entre moi et la mère de ma femme (*socrus*), entre moi et ma marâtre (*noverca*), entre ma fille et le second mari de ma femme (parâtre, *vitricus*), entre moi et la fille que ma femme a eue d'un précédent mariage (*privigna*), entre ma femme et le fils que j'ai eu d'un précédent mariage (*privignus*), entre ma femme et son gendre (*gener*), entre ma femme et mon père (*socer*).

En ligne collatérale l'alliance n'était pas un empêchement au mariage; ainsi l'on pouvait, après la mort de sa femme, épouser la sœur de celle-ci sans aucune difficulté. Mais Constantin défendit les mariages entre beau-frère et belle-sœur (2). Cette prohibition fut renouvelée par Valentinien, Théodose et Arcadius (3). Elle a passé dans notre Code civil, art. 162; seulement elle peut être levée par le Roi, de même que la prohibition de mariage entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu (163, 164).

Etait ma *privigna* (*prius nata*), la fille qui était née de ma femme avant le mariage de celle-ci avec moi; le droit prohibait expressément mon mariage avec elle; mais les convenances ne permettaient pas plus que j'épousasse la fille que ma femme avait eue depuis qu'elle avait divorcé d'avec moi, quoiqu'elle fût née *post*, depuis mon mariage avec sa mère. Le jurisconsulte Julien avait proclamé cette règle. De même les convenances s'opposaient à ce que j'épousasse la fiancée de mon père, qui n'avait jamais été sa femme, ou qu'il épousât ma fiancée.

* 6° Une femme, déjà engagée dans les liens d'un mariage ou d'un concubinat ne pouvait contracter un mariage nouveau. La polygamie était défendue en droit romain. Aussi Justinien fait-il remarquer que le droit commun s'opposait au mariage d'un beau-père avec une bru encore engagée dans les liens d'un mariage avec le fils de celui-ci, et réciproquement.

Non-seulement l'existence d'un mariage légitime, mais encore celle

---

(1) L. c. n. 144.
(2) Cod. Th. L. 2. de incest. nupt.
(3) L. 5. C. 5. 5.

d'un mariage du droit des gens, d'un concubinat, était un empêchement à un mariage légitime (1). On ne pouvait même avoir plusieurs concubines à la fois (2); et un fils ne pouvait épouser celle qui avait été la concubine de son père (3).

§ X. Illud certum est, serviles quoque cognationes impedimento esse nuptiis, si forte pater et filia, aut frater et soror manumissi fuerint.

§ 10. Il est certain que les cognations serviles sont un empêchement au mariage, entre le père et la fille, le frère et la sœur, lorsqu'ils ont été affranchis.

* Les esclaves ne pouvaient contracter ni un mariage légitime, ni même un mariage du droit des gens (concubinat): l'union charnelle qui pouvait exister entr'eux s'appelait *contubernium*. Mais il était toujours bien facile de reconnaître la mère des enfants nés en esclavage, et le père lui-même pouvait être certain. Quand ils parvenaient à la liberté et à la cité, ils pouvaient contracter de justes noces; mais la parenté du sang qui avait existé entre eux pendant leur esclavage (parenté servile), tenant à la nature même, les suivait pendant leur liberté: les prohibitions résultant de leur parenté naturelle étaient celles que nous avons déterminées dans les deux règles ci-dessus.

Cette parenté servile, qui était un obstacle au mariage, ne produisait aucun autre effet civil; ainsi elle ne donnait pas lieu au droit de succession (4).

L'affinité entre anciens esclaves était aussi un empêchement au mariage, en ligne directe.

§ XI. Sunt et aliæ personæ, quæ propter diversas rationes nuptias contrahere prohibentur, quas in libris Digestorum seu Pandectarum ex veteri jure collectorum enumerari permisimus.

§ 11. Le mariage est défendu entre d'autres personnes par d'autres motifs qui se trouvent énumérés au Digeste.

** Jadis les plébéiens, n'étant pas véritablement membres de la cité romaine, n'avaient pas le droit de contracter un mariage légitime avec les patriciens. La loi Canuleia (5) fit cesser cette prohibition. Il n'y avait pas non plus de *jus connubii* entre les ingénus et les affranchis; mais il fut accordé par la loi Papia Poppæa (6), excepté pour les sénateurs et leurs descendants (7); et il ne resta plus défendu aux autres

(1) C. 5. 26.
(2) Nov. 18. c. 4.
(3) L. 4. c. 5. 4.
(4) Inst. III. 6. § 10.
(5) L'an 309 de Rome.
(6) L'an 762 de Rome.
(7) Ulp, fr. 13. I.

ingénus d'épouser des femmes peu honorables par leurs mœurs ou leur profession. Un Sc. du temps de Marc-Aurèle défendit à une femme d'épouser le tuteur ou le curateur qu'elle avait eu, ni son fils ou petit-fils, à moins que le père de cette femme ne le lui eût destiné. Cette prohibition existait tant que la femme n'avait pas vingt-six ans, parce que, jusqu'alors, elle pouvait revenir sur les comptes de tutelle ou de curatelle. Il y avait aussi empêchement de mariage entre un fonctionnaire public, ou son fils, et une femme de la province dans laquelle ce fonctionnaire se trouvait en exercice.

§. **XII.** Si adversus ea, quæ diximus, aliqui coierint, nec vir, nec uxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligetur. Itaque ii, qui ex eo coitu nascuntur, in potestate patris non sunt: sed tales sunt, quantum ad patriam potestatem pertinet, quales sunt ii, quos mater vulgo concepit. Nam nec hi patrem habere intelleguntur, cum his etiam incertus est: unde solent filii spurii appellari, vel a græca voce, quasi σποράδην concepti, vel quasi sine patre filii. Sequitur ergo, ut, et dissoluto tali coitu, nec dotis exactioni locus sit. Qui autem prohibitas nuptias coeunt, et alias pœnas patiuntur, quæ sacris constitutionibus continentur.

§ 12. Si un mariage a été contracté contrairement aux prohibitions ci-dessus, il n'y aura ni mari, ni épouse, ni noces, ni mariage, ni dot. Les enfants qui naîtront d'une semblable union ne tomberont pas sous la puissance paternelle; sous le rapport de cette puissance, ils seront comme des bâtards. Ceux-ci en effet ne tombent pas sous une puissance paternelle, puisque leur père est incertain; aussi les appelle-t-on *spurii*, du mot grec σποράδην (çà et là, comme de la semence), comme qui dirait des fils sans père. A la dissolution d'une telle union, il n'y aura donc pas lieu à l'action en restitution de la dot. Ceux qui auront transgressé nos prohibitions encourront, en outre, les peines prévues par nos constitutions.

* La violation des prohibitions ci-dessus indiquées entraînait diverses conséquences :

1° Toute violation de ces prohibitions avait pour conséquence la nullité du mariage; d'où résultait que la femme n'était pas *uxor*, que le mari n'exerçait ni la puissance paternelle sur ses enfants, ni la puissance maritale sur sa femme, si au mariage s'était jointe l'une des formalités voulues pour la constitution de la *manus*; d'où résultait encore que la constitution de dot était comme non avenue; que la femme n'avait aucune action pour sa restitution, et aucune garantie civile pour la recouvrer; et que la donation pour cause de noces, faite par le mari à sa femme, ne produisait aucun effet.

2° Si les noces étaient entachées de bigamie ou d'inceste, si par conséquent l'un des époux était engagé dans les liens d'un autre mariage légitime ou d'un concubinat; si les époux étaient parents ou

alliés au degré prohibé, des peines sévères étaient, en outre, infligées.

Ainsi on appelait *stuprum* tout commerce illicite ou contraire aux mœurs, que ce commerce fût l'effet de la violence ou non, qu'il eût lieu entre un homme marié et une femme libre ou réciproquement ; qu'il eût lieu entre parents au degré prohibé, en mariage ou hors mariage. Le commerce entre une personne mariée et une personne libre, ou entre deux personnes mariées chacune à autrui, s'appelait adultère, et le commerce entre deux personnes parentes ou alliées au degré prohibé, prenait le nom d'inceste. Le *stuprum* sans violence était puni de la confiscation d'une moitié des biens, ou d'une peine corporelle, avec rélégation ; la mort était la peine du *stuprum* avec violence, de l'adultère, de la polygamie ou de l'inceste (1).

Tout enfant né d'un commerce illicite ou d'un mariage entaché de bigamie ou d'inceste, était *spurius*, enfant sans père certain, le fruit du vulgaire. Cette idée se rendait par ces deux lettres SP., employées par abréviation par les jurisconsultes. Si l'on suppose que ces deux lettres s'écrivent S. P., elles signifieront *sine patre*; si l'on suppose qu'elles s'écrivent SP., elles signifieront *spurius*; et cette dernière dénomination viendrait du grec σποράδην (*passim*, çà et là).

## APPENDICE.

Le mariage civil se formait par le seul consentement des parties, de même que le concubinat, mariage du droit des gens ; de sorte que souvent on ne pouvait distinguer la première union de la seconde que par la manière dont la femme était traitée par son mari aux yeux de la société (2). Mais, lorsque la femme était ingénue et honnête, elle était considérée comme *uxor*, à moins qu'on eût attesté par un acte formel qu'on n'entendait contracter avec elle qu'un concubinat (3). Un gouverneur de province ne pouvait contracter qu'un concubinat avec une femme de sa province, pendant l'exercice de ses fonctions.

Les conventions des époux, quant aux biens, étaient quelquefois rédigées dans un acte appelé *instrumentum dotale*; quand cette rédaction avait lieu, il était indubitable que le mariage auquel il se référait était légitime et non un concubinat. Or l'*instrumentum dotale* était indispensable lorsque les conjoints étaient des personnes illustres (4), ou lorsqu'ils voulaient légitimer des enfants par mariage subséquent (5).

---

(1) Inst. 4. 18. § 4 et 8.

(2) L. 4. D. 25. 7. Paul. Sent. 2. 20. Il est assez curieux que M. Ortolan dise la même chose, à la page 216 de son 1er tome, et que cependant il soutienne que la tradition était nécessaire pour le mariage.

(3) LL. 3. 49. § 4. D. 22. 1. L. 3. D. 25. 7.

(4) Nov. 74. c. 4. conf. Nov. 32. c. 18.

(5) Voy. le § suivant.

Dans l'*instrumentum dotale*, la dot était constituée et sa restitution stipulée; la donation pour cause de noces faite par le mari à sa femme y figurait aussi. Mais cette constitution de dot et ces conventions pouvaient avoir lieu indépendamment de l'acte matrimonial. Nous parlerons de la constitution de dot et de la donation pour cause de noces au second livre des Institutes, tit. 7 et 8.

La dissolution du mariage résultait de la mort de l'un des époux, de la perte de la liberté et du divorce.

Le divorce fut admis de tout temps chez les Romains, quoique le premier exemple en ait été donné, l'an 520, par Sp. Carvilius Ruga, que les censeurs forcèrent à répudier sa femme pour cause de stérilité (1). Pour faire un divorce (*divortium facere*), il suffisait que l'un des époux (2) en manifestât la volonté à l'autre (*repudium mittere*); et cela sans distinguer si le mariage était libre ou s'il était accompagné de la *manus*; seulement, dans cette dernière hypothèse, il fallait dissoudre non-seulement le mariage, mais encore la *manus*, par les moyens contraires à ceux qui l'avaient produite, par conséquent soit par la *diffareatio*, soit par une remancipation, soit par une *usureceptio* (3).

Quand l'un des époux était sous la puissance d'un père, celui-ci pouvait de son propre chef provoquer le divorce. Depuis Marc-Aurèle, une telle provocation de la part du père ne fut plus permise que pour des motifs graves (4).

Encore sous Justinien le divorce pouvait résulter du seul consentement. Les constitutions des empereurs chrétiens n'ont fait que prévoir les causes de divorce, en menaçant d'une peine le divorce qui ne serait pas fondé sur une de ces causes.

Ce fut Auguste qui le premier soumit le divorce à des formalités; car la L. Julia punissant l'adultère, il fallait bien qu'on pût s'assurer si une personne, accusée d'adultère, était encore ou n'était plus dans les liens du mariage; or il voulut que le divorce fût annoncé, par un époux à l'autre, par l'intermédiaire d'un affranchi ou d'un ascendant, en présence de sept témoins pubères et citoyens romains (5).

La loi Julia et Papia défendait à une affranchie, mariée à son patron ou au fils de son patron, de lui envoyer le *repudium*; il fallait, pour le divorce, dans ce cas, le consentement du mari (6).

Quoique l'un des époux ait pu de tout temps renoncer au mariage par un *repudium*, il ne faut pas croire cependant que certaines conséquences fâcheuses n'eussent pas été attachées à la légèreté ou au caprice d'un époux. Jadis déjà les causes du divorce devaient être appréciées par les censeurs ou le magistrat (7). D'après le droit des Pandectes, à l'exception du cas

---

(1) Denys. 2. Val. Max. 2. c. 10. Aul. Gell. 4. c. 3.

(2) La femme, aussi bien que le mari, pouvait envoyer un *repudium*, même sans motif. L. 14. C. 5. 4. L. 2. C. 8. 39. L. 134. D. 45. 1.

(3) Heinecc. Antiq. Mühl. p. 132. M. Blondeau, Chrest. p. 80. not. arg. Gaius. II. 59. 60 et 61.

(4) L. 5. C. 5. 17. L. 1. § ult. D. 43. 30.

(5) L. 9. D. 24. 2. L. 43. D. 48. 5. Juven. Sat. VI. 146.

(6) Heinecc. ad leg. Just. et Pap. II. 12. L. ult. D. 24. 2. L. 45. § 5 D. 23. 2. L. un. § 1. D. 38. 11.

(7) Mais il n'y avait besoin d'aucune décision judiciaire pour le divorce.

d'un crime commis par l'un des époux contre l'autre, il y avait peu de causes de divorces déterminées par des règles, la corruption des mœurs, au commencement de l'empire, étant si profonde que les femmes comptaient leurs années par leurs divorces. Toutefois une folie permanente, la stérilité, furent bientôt considérées comme des motifs raisonnables de divorce; dans le cas de motif raisonnable, le divorce était dit se faire *bona gratia*; le divorce put toujours se faire, à plus forte raison, par le mutuel consentement. De telle sorte qu'on put distinguer trois sortes de divorce : 1° le *repudium*, divorce provoqué par l'un des époux, sans cause plausible; 2° le *divortium bona gratia* (1), fondé sur un motif plausible et provoqué par l'une des parties; 3° le divorce *communi consensu*.

Depuis Constantin on s'occupa de déterminer les causes hors desquelles le divorce pouvait bien avoir lieu, mais entraînait des peines. Il fallut donc, pour éviter ces peines, adresser un *libellus repudii*, dans lequel les causes fussent énumérées. D'après une constitution de Dioclétien, le *libellus repudii* dissolvait le mariage, même quand l'époux auquel il était adressé en ignorait le contenu (2). Ce fut Théodose II qui exigea de nouveau que ce *libellus* fût parvenu à l'autre époux (3). Cette décision passa dans la compilation de Justinien (4), et naturellement ne fut pas applicable au divorce *communi consensu*. Du reste Justinien prohiba cette dernière espèce de divorce, excepté pour le cas où les deux époux voulaient se retirer dans un cloître ou faire vœu de chasteté (5): mais Justin, son successeur, leva cette prohibition (6).

§ XIII. Aliquando autem evenit, ut liberi, qui statim ut nati sunt in potestate parentum non fiant, postea autem rediganlur in potestatem. Qualis est is, qui, dum naturalis fuerat, postea curiæ datus, potestati patris subjicitur. Nec non is, qui, a muliere libera procreatus, cujus matrimonium minime legibus interdictum fuerat, sed ad quam pater consuetudinem habuerat, postea ex nostra constitutione, dotalibus instrumentis compositis, in potestate patris efficitur : quod, et alii ex eodem matrimonio si fuerint procreati, similiter nostra constitutio præbuit.

§ 13. Quelquefois il arrive que des enfants, qui ne se trouvent pas sous la puissance paternelle au moment de leur naissance, y tombent plus tard. Tel est un enfant naturel qu'un père offre à la curie; tel est aussi celui qui, né d'une femme non mariée, mais avec laquelle le mariage était permis, est ensuite légitimé par le mariage subséquent de sa mère avec son père, en vertu de notre constitution qui exige pour ce cas la rédaction de l'acte de mariage (*instrumentum dotale*). Notre constitution admet cette légitimation lors même qu'il naîtrait ensuite des enfants de ce mariage subséquent.

(1) L. 60. § 1. L. 62. pr. D. 24. 1.
(2) L. 6. C. 5. 17.
(3) Nov. Theod. 17. Nov. 18. ed. Ber. p. 1244.
(4) L. 8. C. 5. 17.
(5) Nov. 117. c. 10.
(6) Nov. 140.

* La seconde manière d'acquérir la puissance paternelle est la légitimation.

** La légitimation est un acte par lequel un père fait tomber sous sa puissance paternelle des enfants qui n'y avaient jamais été, et auxquels il avait donné le jour.

Un père qui adopte les enfants d'autrui, fait aussi tomber sous la puissance paternelle des enfants qui n'y ont jamais été, mais que la nature ne lui avait pas donnés.

Un père qui adopte des fils, sortis de sa puissance par l'effet de l'émancipation, fait tomber sous sa puissance des enfants qui avaient déjà été sous cette puissance. Quant aux petits-enfants adoptés, le jour ne leur avait pas été donné immédiatement par l'adoptant.

On ne légitime pas les petits-enfants; mais les enfants seulement. Si j'ai un fils ayant lui-même des enfants non légitimes, par la légitimation mon fils tombera sous ma puissance; mais ses enfants n'y tomberont point.

*** Avant Justinien, on ne pouvait légitimer que de deux manières, savoir : 1° l'oblation à la curie; et 2° le mariage subséquent.

Depuis Justinien, et par des principes adoptés dans les Novelles, on peut aussi légitimer : 3° par rescrit du prince.

**** 1° La *Curie* était un sénat de ville municipale : on appelait ville municipale une ville à laquelle il avait été permis de s'administrer elle-même et de jouir du droit de cité romaine. Les membres de la curie s'appelaient décurions; à leur tête étaient deux ou quatre magistrats municipaux, appelés *duumvirs* ou *quatuorvirs*. Dans l'origine, des honneurs et des charges étaient l'apanage des décurions. Mais dans le bas empire, lorsque la capitale pressurait la province, les décurions ne furent plus que des victimes du despotisme, responsables de tous les impôts que ne payaient point les contribuables, et exposés à toutes les vexations d'une centralisation rapace et insatiable. Tous fuyaient des fonctions qui n'entraînaient après elles qu'un supplice de chaque jour. On chercha par tous les moyens à remplir les rangs des décurions qui se dégarnissaient sans cesse : de là la dignité de décurion pour les bâtards, qu'un père affrontait pour son fils, afin de recevoir pour lui en échange le bénéfice de la légitimité. On pouvait aussi légitimer une fille bâtarde en la mariant à un décurion.

Théodose et Valentinien, en 442 de notre ère, établirent les premiers cette légitimation. L'enfant naturel offert à la curie acquérait des droits de succession, même *ab intestat*, comme s'il était légitime (1). Justinien confirma ce mode de légitimation et le permit même à ceux qui

(1) L. 4. C. 5. 27.

avaient déjà des enfants légitimes (1). L'enfant ainsi légitimé n'acquérait cependant de droit de succession qu'à l'égard de son père. Du reste, cette légitimation ne pouvait être faite malgré les enfants, de même que la légitimation par mariage subséquent.

* 2° La légitimation par mariage subséquent avait lieu lorsqu'un homme, ayant des enfants nés d'un concubinat, transformait celui-ci en mariage légitime avec la mère de ses enfants. Elle fut introduite par Constantin, en 335. Zénon, en 476, voulut que cette légitimation ne pût s'appliquer qu'aux enfants naturels déjà existants au moment de la promulgation de sa constitution : mais Justinien la rétablit même pour l'avenir (2).

** Trois conditions étaient nécessaires pour ce mode de légitimation: 1° Il fallait qu'au moment de la conception des enfants, le mariage eût pu être permis avec la mère : par conséquent si un gouverneur de province avait contracté un concubinat dans la province de son gouvernement, et si, pendant l'exercice de ses fonctions, des enfants avaient été conçus, il ne pouvait les légitimer par le mariage subséquent; 2° il fallait dresser un acte matrimonial (*instrumentum dotale*), afin de constater plus clairement la volonté de transformer le concubinat en mariage légitime; mais il n'était pas nécessaire que les noms des enfants, que l'on voulait légitimer, figurassent dans cet acte; 3° les enfants devaient ratifier cette légitimation ; le refus de quelques-uns d'entr'eux ne nuisait point à ceux qui consentaient à ratifier (3).

La leçon de notre texte, telle que la donne Schrader ( *Quod, et alii ex eodem matrimonio si fuerint procreati, similiter nostra constitutio præbuit* ) , est facile à expliquer : elle signifie que l'on peut légitimer par mariage subséquent les enfants naturels que l'on a eus auparavant, quand même le mariage que l'on contracte donnerait ensuite naissance à des enfants légitimes proprement dits. Tel est aussi le sens qu'attache Cujas à notre texte, en admettant la même leçon. En effet, ainsi que nous le verrons, le § 2 du titre 1er du 3e livre des Institutes doit se lire avec la même signification, et la L. 10. C. 5. 27. vient complètement appuyer cette interprétation (4).

---

(1) L. 9. § 3. C. 5. 27.

(2) L. 10. C. 5. 27.

(3) L. 11. D. 1. 6. Nov. 89. c. 11.

(4) La leçon vulgaire porte: *Quod et aliis liberis, qui ex eodem matrimonio fuerint procreati, similiter nostra constitutio præbuit.* : ce qui signifierait que Justinien aurait voulu conférer la légitimation, non-seulement aux enfants nés avant le mariage, mais encore à ceux nés du mariage lui-même. M. Ducaurroy, l. c. n. 166, trouve extraordinaire que Justinien ait la prétention de conférer la légitimité à des enfants qui n'en ont pas besoin, puisque le mariage les légitime. Pour échapper à l'absurdité du texte ainsi admis, il suppose que l'empereur a seulement voulu légitimer les enfants conçus avant et nés pendant le mariage : mais M. Ortolan (l. c. t. 1. p. 219.) ne peut se rendre, et avec raison, à une semblable interprétation, qui, d'une part, supposerait que Justinien a pensé à un cas assez peu ordinaire, et, d'autre part, serait encore inexacte dans cette hypothèse, puisqu'il est bien rare

Pour légitimer les enfants par mariage subséquent, peu importait que la concubine, leur mère, fut ingénue ou affranchie (1). Dans la Novelle 78. c. 4., Justinien alla encore plus loin; un maître, sans enfants légitimes, qui avait eu des enfants de son esclave, pouvait, après l'avoir affranchie, l'épouser et légitimer ainsi les enfants qu'il en avait eus : dans cette dernière hypothèse, Justinien déroge au principe qui exige, pour la légitimation par mariage subséquent, que le père eût pu épouser la mère au moment de la conception.

* 3° Dans sa Novelle 74, Justinien établit le mode de légitimation par rescrit. Un père, qui n'avait aucun enfant légitime, et auquel il était impossible d'épouser la mère de ses enfants naturels, s'adressait à l'empereur qui, dans un rescrit, conférait à ceux-ci le bénéfice de la légitimation (2). Les enfants naturels eux-mêmes pouvaient obtenir cette faveur par un rescrit de l'empereur, si leur père, ne les ayant point légitimés de son vivant, avait cependant témoigné, dans son testament, le désir qu'ils parvinssent à la légitimation (3).

Anastase avait permis de légitimer les enfants naturels par l'adoption: mais Justin supprima ce mode de légitimation; ce qui fut confirmé par Justinien (4).

## TITULUS XI.

### DE ADOPTIONIBUS.

Pr. Non solum tamen naturales liberi, secundum ea, quæ diximus, in potestate nostra sunt, verum etiam hi, quos adoptamus.

## TITRE XI.

### DES ADOPTIONS.

Pr. Nous avons sous notre puissance non-seulement les enfants qui nous doivent l'existence, ainsi que nous l'avons dit, mais encore ceux que nous avons adoptés.

Les modes d'acquisition de la puissance paternelle, dont il a été parlé dans le titre précédent, sont relatifs à des enfants que la nature a donnés à celui qui exerce cette puissance, puisqu'il s'agit d'enfants obtenus d'un mariage légitime, ou d'enfants purement naturels légitimés ensuite. Le troisième mode d'acquisition suppose ordinairement, au con-

---

qu'il naisse, pendant le mariage, plusieurs enfants (*et aliis liberis*) qui auraient été conçus avant le mariage. A notre tour, nous ne pouvons concevoir que M. Ortolan, après avoir fait cette critique, laisse le texte *tel qu'il est* dans la vulgate; car il était tout à fait inutile que Justinien légitimât des enfants nés et conçus pendant le mariage, tous les principes antérieurs exigeant cette légitimation. N'est-il pas plus rationnel de corriger le texte, en présence surtout de la L. 10. C. 5. 27. qui légitime les enfants antérieurs au mariage, soit qu'il naisse des enfants pendant le mariage, soit qu'il n'en naisse pas du tout, soit que les enfants nés pendant le mariage viennent à mourir?

(1) Nov. 18. c. 11.
(2) Nov. 74. c. 2.
(3) Nov. 74. c. 2. § 4. Nov. 89. c. 10.
(4) LL. 6 et 7. C. 5. 27.

traire, qu'un chef de famille acquiert cette puissance sur des enfants non sortis de son sang. Ce mode s'appelle adoption.

* L'adoption peut être définie : un acte solennel par l'effet duquel un chef de famille fait entrer sous sa puissance un autre chef de famille ou l'enfant d'une autre famille.

** S'il y fait entrer une autre chef de famille, cet acte solennel prend le nom particulier d'*adrogation*.

*** S'il y fait entrer l'enfant d'une autre famille, cet acte prend le nom spécial d'*adoption*.

Trois conditions sont essentielles pour toute adoption, savoir : 1° que l'adoptant soit chef de famille et par conséquent citoyen romain ; 2° que l'adopté soit père de famille lui-même, ou fils d'une autre famille, par conséquent aussi citoyen romain; 3° que l'autorité du souverain ou du magistrat intervienne dans l'acte.

§ I. Adoptio autem duobus modis fit, aut principali rescripto, aut imperio magistratus. Imperatoris auctoritate adoptare quis potest eos easve, qui quæve sui juris sunt. Quæ species adoptionis dicitur arrogatio. Imperio magistratus adoptare licet eos easve, qui quæve in potestate parentum sunt, sive primum gradum liberorum obtineant, qualis est filius, filia, sive inferiorem, qualis est nepos, neptis, pronepos, proneptis.

§ 1. L'adoption se faisait de deux manières : ou par un rescrit du prince, ou par l'autorité du magistrat. Par l'autorité du prince, on adoptait des chefs de famille, et alors il y avait adrogation ; par l'autorité du magistrat, des enfants qui se trouvaient sous la puissance d'autrui, étaient adoptés comme fils ou filles, ou bien comme petits-fils ou petites-filles, arrières-petits-fils ou arrières-petite-filles.

**** L'acte solennel nécessaire pour l'adrogation était une loi (1). Il fallait, en effet, que le peuple consentît à ce qu'il disparût de la société une maison tout entière pour aller se confondre dans une autre. Gaius et Ulpien parlent de la nécessité de cette loi pour le temps où ils vivaient, ce qui ne peut s'expliquer, à une époque où l'empereur et le sénat absorbaient tout le pouvoir législatif, qu'en supposant qu'on ne recourait alors qu'à un simulacre d'assemblée du peuple. Mais bientôt le rescrit de l'empereur remplaça la loi pour l'adrogation : aussi Justinien ne mentionne-t-il plus que le *principale rescriptum*.

***** L'adoption se faisait par une revendication simulée, appelée *cessio in jure*. Le père, qui voulait adopter, se présentait devant le magistrat (le préteur à Rome, le président dans les provinces), avec le chef de

(1) On appelait cet acte *adrogation* parce qu'une *rogatio* (interrogation) avait lieu, même de trois manières. On demandait à l'adrogant s'il voulait adroger, à l'adrogé s'il y consentait, et au peuple si telle était sa volonté. Du reste, on disait *rogare legem* pour proposer une loi à la délibération du législateur.

la famille à laquelle appartenait l'enfant adoptif, et cet enfant lui-même, objet de la revendication. Le père adoptif prétendait que cet enfant était sous sa puissance paternelle; le père de l'enfant gardant le silence et l'enfant lui-même ne faisant aucune résistance, le magistrat adjugeait ce dernier au père adoptif : c'était donc cette adjudication qui produisait l'adoption, qui faisait passer un enfant d'une famille dans une autre (1). Cette revendication simulée avait toujours lieu entre deux chefs de famille. Si, dans une famille, le chef avait sous sa puissance un fils et un petit-fils né de celui-ci, lorsqu'il était question de l'adoption du petit-fils, ce n'était pas le père qui devait figurer dans la *cessio in jure*, mais le grand-père; et réciproquement, s'il s'agissait de faire passer un enfant dans une autre famille comme petit-fils, fils d'un fils de cette famille, c'était le chef de celle-ci, et non son fils auquel était attribué le fils adoptif, qui devait consentir.

Mais, avant de procéder à la dation en adoption, à la *cessio in jure*, le père de l'enfant devait remplir d'autres formalités préliminaires, nécessaires pour épuiser sa puissance paternelle. Or, voici comment s'y prenait un père pour épuiser sa puissance paternelle sur son fils. Il le mancipait (vendait par les formes de la mancipation), avec des paroles solennelles, à un acheteur (*emptor*), en présence de cinq citoyens romains, représentant les cinq classes du peuple romain. Là aussi était un porte balance, parce que l'acheteur devait faire peser les lingots d'airain qu'il donnait comme prix de l'achat (2). L'effet de cette mancipation était de faire cesser la puissance paternelle et de lui faire succéder une autre puissance appelée *mancipium*, laquelle appartenait à l'acheteur. Celui-ci devait faire cesser le *mancipium* par un affranchissement devant le préteur, comme s'il s'était agi de l'affranchissement d'un esclave par la vindicte. Quand il s'agissait d'un fils, la puissance paternelle ne cessait réellement point par une seule mancipation, elle ne faisait que sommeiller pendant le *mancipium* constitué pour la première ou la seconde fois, puisque la loi des XII Tables exigeait trois mancipations pour l'épuisement de la puissance paternelle, quant à un fils.

Lorsque l'acheteur avait affranchi du *mancipium* le fils qui lui avait été mancipé une première fois, celui-ci retombait de plein droit sous

---

(1) C'était par le même mode qu'on affranchissait un esclave par la vindicte, qu'on émancipait un enfant de la puissance paternelle; seulement, dans ces deux cas, au lieu d'un père adoptif qui venait prétendre que l'enfant lui appartenait, c'était un *assertor libertatis* qui prétendait que l'homme litigieux appartenait à la liberté. C'était aussi de la même manière que les droits réels étaient transférés d'un propriétaire qui y consentait à un acquéreur qui voulait en être investi.

(2) L'acheteur ne faisait que toucher d'un petit lingot un des plateaux de la balance, parce que la mancipation ne conservait plus son ancienne réalité. Le tout même n'était que fictif pour la mancipation du fils, dans notre hypothèse.

la puissance paternelle. Le père procédait donc, avec le même acheteur ou un autre, à une seconde mancipation, qui avait lieu comme la première fois ; l'acheteur procédait, aussi comme la première fois, à un second affranchissement du *mancipium*, et le fils retombait encore de plein droit sous la puissance paternelle. Puis le père mancipait une troisième fois son fils au même acheteur ou à un autre ; le fils se retrouvait pour la troisième fois *in mancipio* : mais là il fallait s'arrêter ; la puissance paternelle était épuisée : *si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto :* dès-lors le fils ne pouvait plus retomber sous la puissance paternelle, il était *in mancipio ;* s'il était affranchi purement et simplement par l'acheteur, il devenait *sui juris*, il était émancipé : si l'acheteur l'émancipait ainsi lui-même, il devenait le patron de l'émancipé. Le père ordinairement voulait devenir le patron de son fils émancipé : pour cela il fallait qu'il l'affranchît du *mancipium* ; et comment l'affranchir, puisque ce fils se trouvait *in mancipio* du troisième acheteur ? — Lors de la troisième mancipation le père convenait avec l'acheteur que celui-ci le lui remanciperait (1) ; par l'effet de la remancipation faite par l'acheteur, le père, qui avait perdu pour toujours la puissance paternelle, reconquérait une autre puissance, le *mancipium*; puis il affranchissait lui-même son fils par la *cessio in jure ;* par conséquent il devenait le patron de son fils émancipé.

Si, au lieu de vouloir émanciper son fils, le père ne l'avait vendu trois fois que pour arriver à la dation en adoption, celui qui avait ce fils comme *mancipium*, le tiers-acheteur ou bien le père à qui l'acheteur avait remancipé ce fils, se présentait devant le préteur et le laissait revendiquer par le père adoptif. En vertu de l'adjudication faite par le magistrat, ce dernier acquérait sur l'adopté la puissance paternelle (2).

De cet exposé il est facile de remarquer : 1° que pour arriver à l'adoption ou à l'émancipation d'un fils, le père de famille commençait par faire trois mancipations afin d'épuiser sa puissance paternelle ; 2° qu'après l'épuisement de cette puissance on pouvait procéder indifféremment ou à l'émancipation ou à l'adoption ; que, pour l'un ou l'autre cas, il y avait une revendication simulée devant le magistrat (*cessio in jure*) ; que, dans la première hypothèse, c'était un *assertor*

---

(1) Cette convention s'appelait pacte de fiducie.

(2) Comment pouvait-il se faire que celui qui avait le fils *in mancipio* pour la troisième fois, fils sur lequel la puissance paternelle était épuisée, pût, en ne disant rien, faire passer sur la tête du père adoptif une puissance paternelle qui n'existait plus ? On ne peut concevoir ce résultat qu'en supposant que la troisième mancipation qui avait été faite, l'avait été avec l'intention de donner en adoption, et par conséquent de retenir la puissance paternelle jusqu'à ce que cet effet fût prodnit. Quoique la mancipation ne pût pas être conditionnelle, il faut bien cependant penser que cette intention constituait une réserve suffisante pour faire passer la puissance paternelle au père adoptif lors de la *cessio in jure*.

*libertatis*, comme dans l'affranchissement d'un esclave, qui prétendait que le fils était *sui juris* ; que, dans la seconde hypothèse, c'était le père adoptif qui revendiquait le fils comme sien.

Donc ce n'étaient pas les trois mancipations qui constituaient l'adoption, mais bien la *cessio in jure*.

Lorsque, au lieu d'un fils, il s'agissait d'une fille ou d'un petit-fils, on ne faisait qu'une seule mancipation ; puis on passait soit à l'adoption, soit à l'émancipation.

Voyez, sur toute cette matière, Gaius I. 119-128. 134-138. 98-107.

A ces formes imaginaires des mancipations et de la *cessio in jure*, employées pour l'adoption ou l'émancipation, on a fini par substituer une déclaration devant le magistrat et constatée par celui-ci (*imperio magistratus*), de même qu'à la loi, pour l'adrogation, on avait substitué le rescrit de l'empereur. Justinien fit cette innovation pour l'adoption proprement dite, en exigeant le consentement du père naturel et du père adoptif, et l'assentiment au moins tacite de l'enfant donné en adoption (1).

§ II. Sed hodie ex nostra constitutione, cum filiusfamilias a patre naturali extraneæ personæ in adoptionem datur, jura potestatis naturalis patris minime dissolvuntur, nec quicquam ad patrem adoptivum transit, nec in potestate ejus est, licet ab intestato jura successionis ei a nobis tributa sunt. Si vero pater naturalis non extraneo, sed avo filii sui materno, vel, si ipse pater naturalis fuerit emancipatus, etiam avo paterno, vel proavo simili modo paterno vel materno, filium suum dederit in adoptionem : in hoc casu, quia in unam personam concurrunt et naturalia et adoptionis jura, manet stabile jus patris adoptivi, et naturali vinculo copulatum, et legitimo adoptionis modo constrictum, ut et in familia et potestate hujusmodi patris adoptivi sit.

§ 2. Mais aujourd'hui, en vertu de notre constitution, lorsqu'un fils de famille est donné en adoption à une personne autre qu'un ascendant, la puissance du père naturel n'est pas dissoute, et le père adoptif n'en acquiert rien; l'enfant adoptif n'est pas en la puissance de ce dernier, quoiqu'il soit appelé à sa succession *ab intestat*. Mais si le père naturel donne son fils en adoption à l'ayeul ou au bisaïeul maternel, ou même si le père, se trouvant émancipé, le donne en adoption à l'ayeul ou au bisayeul paternel, comme alors les droits résultant de l'adoption concourent avec les droits de la nature, le père adoptif conserve les anciennes prérogatives attachées à l'adoption, et celui qu'il a adopté passe sous sa puissance paternelle.

* Dans l'ancien droit, l'adoption faisait perdre à l'adopté ses anciens liens de parenté civile : d'abord il n'était plus sous la puissance

(1) L. 11. C. 8. 48.

de son père naturel, ensuite il n'était plus l'*agnat* de ses anciens agnats : toutefois, s'il ne conservait pas sa parenté civile, il restait parent naturel, *cognat* des parents que la nature lui avait donnés. Il passait sous la puissance de son père adoptif, devenait héritier sien de celui-ci, et agnat de ses enfants. En un mot, ses liens naturels n'étaient pas changés ; mais sa famille civile était celle du père adoptif.

* Justinien changea cet état de choses: désormais l'adoption faisait bien acquérir l'espoir d'une succession *ab intestat* (1) au fils adoptif; mais laissait subsister l'ancienne famille avec tous ses rapports : ainsi le père naturel conservait sur le fils donné en adoption sa puissance paternelle ; ainsi ce fils conservait ses rapports d'agnation avec ses anciens agnats.

Toutefois il n'en était ainsi que pour l'enfant donné en adoption à une personne *externe*, c'est-à-dire, à quelqu'un qui n'était point son ascendant. S'il était adopté par un ascendant, on maintenait les anciens principes; que cet ascendant fût paternel ou maternel, peu importait (2). Les anciens principes étaient aussi conservés quant à l'adrogé et aux petits-enfants que l'ayeul donnait en adoption en conservant leur père sous sa puissance (3).

L'ascendant maternel n'exerçant jamais la puissance paternelle sur

---

(1) *Ab intestat* : car le fils adoptif n'avait pas le droit de critiquer le testament de son père adoptif; celui-ci pouvait ne rien lui laisser à sa mort.

(2) Pour quel motif Justinien a-t-il conservé les anciens principes lorsque le père adoptif était un aïeul paternel ou maternel ? Le voici. Sous les anciens principes, lorsque mon fils était donné en adoption à un non ascendant, il pouvait se faire que je mourusse pendant qu'il était encore sous la puissance du père adoptif : et alors il ne venait pas à ma succession, ni d'après le droit civil, puisqu'il n'était plus membre de ma famille civile, ni d'après le droit prétorien ( succession *unde liberi* ), car le préteur le trouvait, à ma mort, avec l'espoir de la succession de son père adoptif; or, il ne venait au secours que d'un enfant qu'il trouvait sans succession. Si, au moment de ma mort, mon fils s'était trouvé émancipé par son père adoptif, le préteur serait venu à son secours et lui aurait accordé ma succession, parce que, à ma mort, il l'aurait trouvé sans espoir dans la succession *ab intestat* du père adoptif. Mon enfant, qui se trouvait encore dans les liens de l'adoption au moment de ma mort, perdait donc tout droit à ma succession. Or, il pouvait se faire qu'il fût ensuite émancipé par son père adoptif, que par conséquent il se trouvât dépourvu de tout espoir de succession. C'est pour lui conserver le droit de venir dans tous les cas à une succession, que Justinien fait rester mon fils sous ma puissance, quoique je l'aie donné en adoption. Le même motif n'existait pas si mon fils était donné en adoption à un aïeul paternel ou maternel ; il ne pouvait jamais être dépourvu d'un droit à une succession, dans cette hypothèse. C'est ce qu'il faut expliquer. Supposons 1. que je l'aie donné en adoption au père qui m'a émancipé : si mon père l'émancipe avant ma mort, le préteur lui accordera des droits dans ma propre succession ; si je meurs avant mon père, et que celui-ci ensuite émancipe mon fils, ce dernier viendra, d'après le droit prétorien, prendre, dans la succession de mon père, la place que j'y aurais occupée. Supposons 2. que je l'aie donné en adoption au père de ma femme : s'il est émancipé par celui-ci de mon vivant, il aura ma succession, d'après le droit prétorien; s'il est émancipé après ma mort, et que sa mère vive à cette époque, il aura la succession de sa mère, d'après les constitutions; s'il est émancipé, et que sa mère soit morte, il aura la succession de son aïeul maternel, à la place de sa mère. Seulement il prendra un tiers de moins que celle-ci, pour le laisser aux cohéritiers de sa mère, ou, s'il n'y a pas de cohéritiers de sa mère, il prendra toute la succession, moins un quart pour les agnats. ( Voyez Inst. III. 1. § 15.)

(3) Quant à l'adrogé, n'étant plus l'héritier présomptif d'un père, puisqu'il était *sui juris*, l'exception est facile à comprendre. Quant aux petits-fils, ils viendront toujours plus tard à la possession des biens de leur père resté dans la famille de l'aïeul.

les enfants de sa fille, on conçoit facilement qu'il ait pu adopter ceux-ci pour acquérir sur eux une puissance que la naissance ne lui avait pas donnée. Quant à l'ascendant paternel, il est encore facile de concevoir qu'il ait pu adopter son petit-fils, si celui-ci se trouvait sous la puissance d'un fils émancipé par ce même ascendant.

§ III. Cum autem impubes per principale rescriptum arrogatur : causa cognita arrogatio permittitur, et exquiritur causa arrogationis, an honesta sit, expediatque pupillo, et cum quibusdam condicionibus arrogatio fit, id est, ut caveat arrogator personæ publicæ, hoc est tabulario, si intra pubertatem pupillus decesserit, restituturum se bona illis, qui, si adoptio facta non esset, ad successionem ejus venturi essent. Item non alias emancipare eos potest arrogator, nisi causa cognita, digni emancipatione fuerint, et tunc sua bona eis reddat. Sed etsi decedens pater eum exheredaverit, vel vivus sine justa causa eum emancipaverit, jubetur quartam partem ei suorum bonorum relinquere, videlicet præter bona, quæ ad patrem adoptivum transtulit, et quorum commodum ei acquisivit postea.

§ 3. Lorsqu'il est question d'adroger un impubère, le prince n'accorde son rescrit à ce sujet qu'après examen; il s'enquiert de la cause de l'adrogation, de l'honneur et de l'utilité qu'elle peut procurer au pupille; et, en outre, il ne la permet que sous certaines conditions, savoir : que l'adrogeant donnera caution à une personne publique, c'est-à-dire au *tabularius*, que si le pupille vient à mourir avant sa puberté, il restituera tous les biens qu'il en a reçus à ceux qui seraient venus à sa succession s'il n'avait pas été adrogé. De plus l'adrogeant ne peut émanciper l'adrogé sans un motif plausible, et même dans ce cas il doit lui restituer tous ses biens. Et enfin l'adrogeant, qui exhérède l'adrogé ou qui l'émancipe sans cause, doit lui laisser le quart de ses biens propres et lui rendre tout ce que celui-ci lui a apporté par l'adrogation et tout ce qu'il lui a procuré depuis.

* L'adrogation, c'est-à-dire l'adoption d'un chef de famille (*sui juris*), se faisait autrefois par une loi, par conséquent dans les comices du peuple romain : or les femmes et les impubères ne pouvaient se présenter devant les comices ; ils ne pouvaient donc pas être adrogés. Mais lorsqu'à la loi succéda le rescrit impérial, pour l'adrogation, il devint possible d'adroger les femmes et les impubères.

Une constitution d'Antonin-le-Pieux permit d'abord l'adrogration des impubères ; celle des femmes était permise du temps de Justinien (1).

** Antonin-le-Pieux avait soumis l'adrogation des impubères à certaines conditions : 1° l'empereur n'y consentait qu'après avoir pesé murement les motifs de l'adrogation (*causa cognita*) (2). ; il fallait voir

---

(1) Elle n'était pas encore permise au temps de Gaius et d'Ulpien. Gaius, I. 101-102. Ulp., fr. 8. § 5. L. 21. D. 1. 7.

(2) Autrefois, dans toute adrogation devant le peuple, on se livrait aussi à une enquête sur les causes de l'adrogation : elle était confiée aux pontifes. Conf. Cic. pr. domo, 13-14. Aul. Gell., V. 19.

si l'adrogation était honorable et avantageuse pour le pupille, c'est-à-dire, pour le chef de famille placé sous tutelle; 2° on prenait des précautions relativement à la succession du pupille. Ainsi l'adrogeant devait garantir (*cavere*), que si le pupille mourait avant sa puberté, il rendrait aux héritiers de celui-ci tous les biens qui leur seraient advenus s'il n'y eût pas eu d'adrogation (1); l'adrogateur ne pouvait émanciper l'adrogé sans un motif grave, et qu'après avoir déduit ce motif devant le magistrat (*causa cognita*); s'il l'émancipait, il devait lui restituer tous ses biens; 3° si l'adrogeant mourait après avoir exhérédé l'adrogé, celui-ci d'abord reprenait tous les biens qu'il avait apportés et ceux qu'il avait fait acquérir par la suite à l'adrogeant; ensuite il avait droit au quart des biens de l'adrogeant (2); ce quart s'appelle *quarte Antonine*: il avait aussi droit à cette *quarte* s'il avait été émancipé sans cause.

La garantie dont il vient d'être question au 2°, était assurée par un fidéjusseur, c'est-à-dire, une tierce-personne qui venait répondre pour l'adrogeant : elle s'engageait à cette responsabilité en promettant solennellement à une personne investie d'un caractère public, appelée *tabularius* (3).

Lorsque le pupille adrogé devenait pubère, il avait le droit d'exiger son émancipation et de reprendre tous ses biens (4): s'il ne l'exigeait pas, ou s'il n'était point écouté dans sa demande, son adrogration devenait dès-lors irrévocable.

§ IV. Minorem natu non posse majorem adoptare, placet : adoptio enim naturam imitatur, et pro monstro est, ut major sit filius, quam pater. Debet itaque is, qui sibi per arrogationem vel adoptionem filium facit, plena pubertate, id est decem et octo annis, præcedere.

§ 4. On a admis qu'on ne pouvait adopter une personne plus âgée que soi : en effet l'adoption doit imiter la nature; il serait choquant que le fils fût plus âgé que son père. Par conséquent, celui qui veut adroger ou adopter quelqu'un comme fils doit être plus âgé que ce dernier de la pleine puberté, c'est-à-dire, de dix-huit ans commencés.

---

(1) L'adrogation faisait passer dans la puissance de l'adrogeant la personne et la famille de l'adrogé, par conséquent tous ses biens: les héritiers naturels de l'adrogé perdaient donc tous leurs droits à la succession de celui-ci.

(2) Les glossateurs pensaient que cette *quarte* n'était que le quart de la portion *ab intestat*, par arg. de la L. 8. § 8. D. 5. 2.

(3) Il y avait dans chaque cité des personnes chargées de tenir les registres publics (*tabulæ*), appelées *tabularii*. Autrefois ces fonctions étaient confiées à des esclaves publics, ou a des esclaves particuliers, du consentement de leur maître. Arcadius et Honorius ne permirent plus de les confier qu'à des hommes libres. L. 3. C. 10. 69. — Chez les Romains, nul ne pouvait stipuler que par lui-même ou par des personnes placées dans sa puissance paternelle ou dominicale. Lorsqu'il était nécessaire de faire acquérir une action à une personne incapable de stipuler, on faisait stipuler son esclave, ou, si elle n'en avait pas, un esclave public. Or, dans notre espèce, on ne pouvait savoir quels seraient les héritiers de l'impubère au moment de son décès, ni par conséquent quels seraient leurs esclaves : il fallait donc avoir recours au Tabularius.

(4) L. L. 32 et 33. D. 1. 7.

*Il paraît que, dans le principe, on n'était pas d'accord sur la question de savoir si l'adoptant ne pouvait pas être plus jeune que l'adopté ; car Cicéron (pr. *domo*, c. 13. 14.) reproche à Clodius d'avoir été adopté par une personne plus jeune que lui. De là il faut conclure que ce furent les mœurs qui s'opposèrent à ce que quelqu'un, qui voulait se donner un enfant que la nature lui refusait, violât les règles de cette même nature en se donnant un fils plus âgé que lui. On finit même par déterminer la différence d'âge, et à fixer à dix-sept ans accomplis, dix-huit ans commencés, l'intervalle qui devait exister entre l'adoptant et l'adopté (1), ou entre l'adrogeant et l'adrogé. Du reste, on ne permettait pas facilement à un homme âgé de moins de soixante ans d'adroger ou d'adopter, parce que, avant cet âge, il pouvait encore espérer d'avoir des enfants (2).

§ V. Licet autem et in locum nepotis vel pronepotis, vel in locum neptis vel proneptis, vel deinceps, adoptare, quamvis filium quis non habeat.

§ 5. On peut adopter aussi quelqu'un comme petit-fils ou arrière-petit-fils, ou petite-fille, ou arrière-petite-fille, et ainsi de suite, et cela quand même on n'aurait pas de fils.

§ VI. Et tam filium alienum quis in locum nepotis potest adoptare, quam nepotem in locum filii.

§ 6. On peut donc adopter comme petit-fils le fils d'autrui, ou comme fils le petit-fils d'autrui.

§ VII. Sed si quis nepotis loco adoptet, vel quasi ex eo filio, quem habet jam adoptatum, vel quasi ex illo, quem naturalem in sua potestate habet : in eo casu et filius consentire debet, ne ei invito suus heres agnascatur. Sed ex contrario, si avus ex filio nepotem dat in adoptionem, non est necesse, filium consentire.

§ 7. Si l'on veut adopter quelqu'un comme petit-fils, on peut le considérer comme enfant ou d'un fils que l'on a déjà adopté, ou d'un fils auquel on a donné le jour. Alors le fils doit y consentir, parce qu'il ne doit pas avoir un héritier sien malgré lui. Mais si un ayeul veut donner en adoption son petit-fils, il n'a pas besoin du consentement du père de ce dernier.

** Quelqu'un peut adopter une personne pour la placer au degré soit de fils, soit de petit-fils, soit d'arrière-petit-fils, ou bien de fille, de petite-fille ou d'arrière petite-fille. Dans le premier cas, l'adopté sera au premier degré, il sera le frère de tous les enfants de l'adoptant, il ne pourra épouser la fille de celui-ci ; dans le second cas, il sera le cousin de tous les petits enfants et le neveu de tous les enfants de l'adoptant, et ainsi de suite. On peut même adopter quelqu'un comme petit-

(1) Cet âge était celui de la pleine puberté, celui auquel on pouvait se présenter en justice, auquel on pouvait être choisi comme *procurator* d'autrui.

(2) Aul. Gell., V. 19.

fils, quoique l'on n'ait pas de fils (1), et par conséquent quoiqu'on n'ait jamais été marié. Sous ce rapport, l'adoption n'imiterait pas la nature.

On peut adopter le fils d'autrui comme petit-fils, ou le petit-fils d'autrui comme fils.

On peut adopter quelqu'un comme petit-fils de deux manières : 1° en lui assignant comme père un fils que l'on a ; 2° en ne lui assignant personne comme père. Dans le premier cas, il faudra le consentement du fils de l'adoptant ; car l'adopté devra, à la mort de l'adoptant, tomber sous la puissance du fils de ce dernier, et devenir son héritier présomptif. Dans le second cas, l'adopté sera considéré comme le fils d'un fils décédé, quel qu'il soit ; à la mort de l'adoptant, il sera *sui juris*, et viendra à sa succession en concurrence avec les autres enfants, comme remplaçant un fils prédécédé.

Pour qu'on puisse adopter quelqu'un comme fils d'un fils déterminé, il faut le consentement de celui-ci ; mais on peut donner en adoption à autrui son petit-fils, sans le consentement du père de celui-ci, c'est-à-dire, du fils.

§ VIII. In plurimis autem causis assimilatur is, qui adoptatus vel arrogatus est, ei, qui ex legitimo matrimonio natus est. Et ideo, si quis per imperatorem, sive apud prætorem, vel apud præsidem provinciæ non extraneum adoptaverit, potest eundem alii in adoptionem dare.

§ 8. Dans la plupart des cas, celui qui est adopté ou adrogé est comme s'il était né du mariage de l'adoptant. En conséquence celui qui a adopté par le rescrit impérial (adrogation), ou par l'autorité du magistrat ou du président de la province, pourvu qu'il soit ascendant de l'adopté, peut le donner en adoption à un autre.

Sous presque tous les rapports, l'enfant adopté ou adrogé est mis sur la même ligne que l'enfant issu du mariage.

* Si donc un chef de famille a adrogé (*per imperatorem*) ou adopté (*apud prætorem... præsidem*) quelqu'un, il pourra le donner lui-même en adoption à un autre ; car il a sur lui la puissance paternelle. Il en était ainsi sans distinction avant Justinien ; mais, depuis cet empereur, si l'adoptaut n'était pas un ascendant, il n'acquérait pas sur l'adopté la puissance paternelle ; par conséquent il ne pouvait le donner en adoption à un autre. Voilà pourquoi, dans le texte, on lit *non extraneum*.

§ IX. Sed et illud utriusque adoptionis commune est, quod et hi, qui

§ 9. Il y a cela de commun entre les deux espèces d'adoption que celui

(1) Je ne pouvais pas adopter quelqu'un pour le traiter comme fils de ma fille ; car l'adoption devait avoir pour effet de me faire acquérir la puissance paternelle ; or, je ne pouvais avoir cette puissance sur l'enfant de ma fille, les enfants de celle-ci devant être sous la puissance de son mari ou du père de son mari.

generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt; castrati autem non possunt.

qui ne peut engendrer, tel qu'un impuissant, peut cependant adopter. Mais les castrats ne le peuvent pas.

§ X. Feminæ quoque adoptare non possunt, quia nec naturales liberos in potestate sua habent : sed ex indulgentia principis ad solatium liberorum amissorum adoptare possunt.

§ 10. Les femmes ne peuvent pas non plus adopter, parce qu'elles ne peuvent avoir en leur puissance même leurs propres enfants. Toutefois le prince leur permet quelquefois d'adopter, pour les consoler de la perte de leurs enfants.

* Comme conséquence du principe que l'adoption imite la nature, les castrats ne peuvent adopter; car l'absence des organes de la génération rend leur paternité naturelle impossible. Il n'en est pas de même des *spadones*, des impuissants, la nature étant capricieuse, et pouvant faire cesser une imperfection qui n'est peut-être qu'apparente.

Quant aux femmes, ne pouvant exercer la puissance paternelle, étant *caput et finis suæ familiæ*, elles ne peuvent adopter. Cependant, quelquefois l'empereur permettait à une femme d'adopter, pour la consoler de la perte de ses enfants; mais un enfant ainsi adopté ne tombait point sous la puissance de sa mère adoptive; il en devenait seulement l'héritier présomptif.

§ XI Illud proprium est illius adoptionis, quæ per sacrum oraculum fit: quod is, qui liberos in potestate habet, si se arrogandum dederit, non solum ipse potestati arrogatoris subjicitur, sed etiam liberi ejus in ejusdem fiunt potestate, tanquam nepotes. Sic enim et divus Augustus non ante Tiberium adoptavit, quam is Germanicum adoptavit : ut protinus adoptione facta, incipiat Germanicus Augusti nepos esse.

§ 11. Il y a cela de particulier dans l'adrogation que, si l'adrogé a des enfants sous sa puissance, lui-même tombe sous la puissance de l'adrogeant comme fils, et ses enfants comme petit-fils. Ainsi Auguste n'a adrogé Tibère qu'après lui avoir fait adopter Germanicus, afin de devenir à la fois et le père de Tibère et l'ayeul de Germanicus.

** L'adrogation a pour effet de confondre une famille dans une autre qui l'absorbe, celle de l'adrogeant; par conséquent l'adrogé passe sous la puissance de l'adrogeant avec ses enfants et son patrimoine tout entier. Ses enfants deviennent les petits-enfants de l'adrogeant. Aussi Auguste, voulant avoir Germanicus comme petit-fils, par Tibère, qui lui-même n'était pas sous sa puissance, commença par faire adopter Germanicus par Tibère; puis il adrogea ce dernier.

§ XII. Apud Catonem bene scriptum refert antiquitas, servi si a domino adoptati sint, ex hoc ipso posse

§ 12. D'après le témoignage des anciens, Caton pensait que les esclaves adoptés par leurs maîtres acqué-

liberari. Unde et nos eruditi in nostra constitutione etiam eum servum, quem dominus actis intervenientibus filium suum nominaverit, liberum esse constituimus, licet hoc ad jus filii accipiendum ei non sufficit.

raient par là la liberté. Conformément à cet avis qui est venu à notre connaissance, nous avons décidé, dans notre constitution, que l'esclave nommé fils par son maître, dans un acte, serait libre sans acquérir cependant pour cela les droits de fils.

* L'esclave, n'étant pas sous la puissance paternelle, n'aurait pu être donné en adoption devant le magistrat : personne n'aurait pu épuiser sa puissance paternelle sur lui par une ou trois mancipations, puis le céder *in jure* (1). On ne peut donc supposer que l'adrogation pour l'adoption d'un esclave. Or, autrefois l'adrogation avait lieu dans les comices du peuple romain, et il était impossible à un esclave d'entrer dans les comices. Mais lorsque ces comices, dans les derniers temps, ne furent plus représentés, pour l'adrogation, que par un simulacre; lors surtout que la loi fut remplacée par le rescrit de l'empereur, il ne fut plus impossible d'adroger un esclave. Aussi paraît-il qu'alors on permit quelquefois l'adrogation d'un esclave par son maître (2); seulement cet esclave ne pouvait être considéré comme ingénu, de même que, lorsqu'un patron adrogeait un affranchi, il ne pouvait lui faire perdre sa qualité d'affranchi (3), Quoiqu'il en soit, Caton (4), qui ne regardait pas l'adrogation d'un esclave comme possible, pensait qu'elle avait pour effet de conférer à cet esclave la liberté. Justinien consacre cette opinion en exigeant que le maître ait donné à son esclave le nom de fils dans un acte public.

## APPENDICE.

Vers la fin de la république, du temps d'Auguste et jusqu'à Galba, il est fait souvent mention de l'adoption par testament. Il est à remarquer que jamais cette adoption n'était faite qu'en faveur de l'héritier institué; de telle sorte qu'elle ne semble avoir eu pour but que de faire entrer cet héritier dans des liens intimes avec la *gens* du défunt, de le faire entrer dans cette *gens* afin que l'hérédité elle-même n'en sortît point, et que la place du défunt fût complètement remplie sous le rapport politique. Du reste cette adoption testamentaire n'était qu'une invitation à l'adrogation

(1) Toutefois, certains jurisconsultes admettaient qu'un maître pouvait donner en adoption son esclave, en le mancipant et en le cédant *in jure*. Sabinus combattit cette opinion. Aul. Gell., V. 19. Apul. metam. V. p. 575. Oudend. : *Aliquem de meis vernulis adoptaturam* (*Venerem*). C'est à tort que M. Ducaurroy attribue à Sabinus une opinion contraire.

(2) L. 46. D. 1. 7.

(3) L. 15. § 3. D. 1. 7. L 27. D. 1. 5. L. 32. D. 23. 2. L'affranchi ne pouvait être adrogé que par son patron.

(4) Ce n'est pas Caton le Censeur, mais son fils. Conf. Aul. Gell. XIII, 19. L. 2. § 38. D. 1. 2. Zimmern, T. 1. § 73.

l'héritier ainsi adopté devait se faire adroger par l'autorité du peuple ; par là il acquérait les *jura petronatus*, l'entrée dans la *gens* et peut être dans tous les *jura agnationis* du testateur (1). Ainsi Jules César, adopté dans le testament d'Octavien, fit confirmer cette adoption par les Curies, afin d'obtenir le droit de patron sur les affranchis du testateur. Ensuite nous trouvons qu'Auguste, après avoir indiqué dans son testament Tibère comme le successeur de son sceptre et de son nom, l'adrogea réellement (2). Galba en fit autant (3).

## TITULUS XII.

### QUIBUS MODIS JUS POTESTATIS SOLVITUR.

Pr. Videamus nunc, quibus modis hi, qui alieno juri subjecti sunt, eo jure liberantur. Et quidem servi quemadmodum potestate liberantur, ex his intellegere possumus, quæ de servis manumittendis superius exposuimus. Hi vero, qui in potestate parentis sunt, mortuo eo sui juris fiunt. Sed hoc distinctionem recipit. Nam mortuo patre sane omnimodo filii filiæve sui juris efficiuntur. Mortuo vero avo, non omnimodo nepotes neptesque sui juris fiunt, sed ita, si post mortem avi in potestatem patris sui recasuri non sunt : itaque si moriente avo pater eorum et vivit, et in potestate patris sui est, tunc post obitum avi in potestate patris sui fiunt ; si vero is, quo tempore avus moritur, aut jam mortuus est, aut exiit de potestate patris, tunc hi, quia in potestatem ejus cadere non possunt, sui juris fiunt.

## TITRE XII.

### COMMENT SE DISSOUT LA PUISSANCE PATERNELLE.

Pr. Voyons maintenant de quelles manières ceux qui sont sous la puissance d'autrui peuvent y échapper. Quant aux esclaves, nous avons vu plus haut les modes d'affranchissements. Quant aux fils de famille, ils sortent de la puissance de leur père par la mort de celui-ci ; toutefois il faut distinguer : si c'est un père qui est chef de famille, ses fils ou filles deviennent indépendants à sa mort ; si c'est un aïeul, les petits-fils ou petites-filles ne sont indépendants à sa mort qu'autant qu'ils ne retombent pas sous la puissance de leur père ; car si celui-ci vit lors du décès de l'aïeul, ils tombent sous sa puissance. Mais si, lors de la mort de l'aïeul, le père était lui-même décédé ou sorti de la puissance paternelle d'une manière quelconque, les petits-fils ou petites-filles seraient *sui juris*.

Il y avait autrefois quatre sortes de puissances exercées par le chef de famille, savoir : la *manus*, le *mancipium*, la *dominica potestas*, et la *patria potestas*. Nous avons vu plus haut, pag. 114, comment la *manus* était dissoute. Quant au *mancipium*, puissance sur un homme

---

(1) Dio XL. 51. Suet. Jul. c. 83. Tacit. A. I. 8. Eutrop. VII. c. 2. Vellei. Paterc. II. 60. Cic. ad Att. XV. 12. Senec. de brev. vit. c. 15. Plin. ep. VIII. 18. Dio XLIV, 35. Suet. lib. c. 6. Galba c. 17. Spartian. OEl. Ver. c. 2.

(2) Suet. Tib. c. 15. Aug. c. 65 et 101.

(3) Suet. Galba. c. 17.

libre mancipé, il se dissolvait par un affranchissement au moyen de la vindicte, comme pour l'affranchissement d'un esclave (1). En ce qui concerne la *dominica potestas*, nous avons vu comment elle prenait fin, en parlant des affranchissements (2). Il ne nous reste donc plus qu'à traiter des manières dont se dissolvait la puissance paternelle.

* Elle se dissolvait de cinq manières, savoir : 1° par la mort naturelle du chef ou de l'enfant de famille; 2° par la mort civile du chef ou de l'enfant de famille; 3° par l'effet de certaines dignités; 4° par l'émancipation; 5° par la dation en adoption.

** 1° Par la mort naturelle du chef ou de l'enfant de famille. Pour l'enfant de famille, pas de difficulté; en mourant, il échappe plutôt à la puissance paternelle, il en limite plutôt l'exercice, qu'il ne la détruit ou ne la diminue.

Mais la mort du chef de famille la détruisait réellement, puisqu'elle rendait *sui juris*, libres de toute puissance, ceux qui, avant cette mort, étaient *alieni juris*. Toutefois, elle n'affranchissait de cette puissance que ceux qui se trouvaient placés immédiatement sous elle; ainsi les fils et filles, ou, à défaut de ceux-ci, les petits-fils et petites-filles. Si le défunt laissait un fils et l'enfant d'un autre fils prédécédé, cet enfant, quoique placé au second degré, devenait cependant *sui juris*, parce qu'il ne se trouvait pas d'intermédiaire entre son aïeul et lui; si, au contraire, le père de ce dernier n'était pas prédécédé, celui-ci retombait, à la mort de son aïeul, sous la puissance de son père, à moins que ce même père n'eût été émancipé ou donné en adoption, par l'aïeul qui aurait retenu son petit-fils sous sa puissance.

Ainsi, à la mort du chef de famille, la grande famille se décomposait, et se fractionnait en autant de petites familles qu'il y avait d'enfants placés immédiatement sous la puissance de l'ancien chef; mais, quoique chaque famille eût un chef à part, et entrât dans de nouveaux rapports de succession *ab intestat*, que chacune formât une classe particulière d'héritiers siens, toutes restaient cependant dans les liens de l'ancienne famille sous le rapport de l'agnation : tous ceux qui se trouveraient sous la puissance du chef de la grande famille, s'il n'avait cessé d'être tel par la mort naturelle, étaient agnats entre eux.

§ 1. Celui qui est déporté dans une île, pour quelque crime, perd le droit de cité. Comme alors il cesse de faire partie des citoyens romains et a cessé de vivre sous ce rapport, ses enfants

§ 1. Cum autem is, qui ob aliquod maleficium in insulam deportatur, civitatem amittit : sequitur, ut, qui eo modo ex numero civium romanorum tollitur, perinde acsi mortuo eo,

(1) Voyez plus haut p. 79.
(2) V. p. 78.

desinant liberi in potestate ejus esse. Pari ratione et si is, qui in potestate parentis sit, in insulam deportatus fuerit, desinit in potestate parentis esse. Sed si ex indulgentia principali restituti fuerint, per omnia pristinum statum recipiunt.

ne sont plus sous sa puissance. Par le même motif, le fils de famille qui est déporté dans une île cesse d'être sous la puissance de son père. Mais si par l'indulgence du prince les déportés sont réintégrés dans leurs droits, ils reprennent leur ancien état sous tous les rapports.

* 2° Par la mort civile. Nous appelons mort civile la privation totale des droits de cité romaine. Or, cette privation totale était la conséquence de l'interdiction de l'eau et du feu, qui fut plus tard remplacée par la déportation dont parle notre texte. L'homme frappé d'une telle peine devenait, quant aux droits civils, un vrai *peregrinus* : il perdait donc la puissance paternelle. Quant au fils de famille frappé de la même peine, il sortait de la puissance paternelle, un citoyen romain pouvant seul faire partie d'une famille romaine (1).

** L'empereur pouvait faire remise de cette peine, ce qu'on appelait *restitution*. S'il restituait purement et simplement, le condamné redevenait citoyen ; il rentrait dans ses rapports de famille, toutefois seulement pour l'avenir (2). Donc celui-ci reprenait sa puissance paternelle, si autrefois il était chef de famille ; il rentrait sous cette puissance, si son chef de famille vivait encore (3).

§ II. Relegati autem patres in insulam, in potestate sua liberos retinent. Et ex contrario liberi relegati in potestate parentum remanent.

§ 2. Il n'en est pas de même des relégués; ils conservent la puissance paternelle, ou ils y restent soumis.

Quant à la relégation, elle laissait subsister les droits de citoyen; elle ne faisait donc cesser la puissance paternelle ni quant au père ni quant au fils.

§ III. Pœnæ servus effectus filios in potestate habere desinit. Servi autem pœnæ efficiuntur, qui in metallum damnantur, et qui bestiis subjiciuntur.

§ 3. Ceux qui sont devenus esclaves de la peine cessent aussi d'avoir leurs enfants sous leur puissance Or on appelle esclaves de la peine ceux qui ont été condamnés aux mines ou aux bêtes.

---

(1) Ulp., fr. X. 3. Gaius, I. 128.

(2) L. fin. § 1. C. 9. 51. LL. 8 et 14. D. 49. 15.

(3) LL. I. 6 et 9. C. 9. 51. Voyez la grande différence entre la mort civile chez les Romains et celle de notre Code civil : chez eux, le mort civil était pérégrin, il était apte à tous les actes du droit des gens ; il pouvait conserver les liens de son ancien mariage ; ces liens ne faisaient que changer de caractère. Le condamné qui était restitué recouvrait son ingénuité comme le prisonnier qui était revenu dans sa patrie. Paul., 4. 8. § 24.

Au reste, la restitution accordée par le prince pouvait être limitée ; mais alors cette limitation était exprimée. Voyez Schrader, *hic*.

Si celui qui encourait l'interdiction de l'eau et du feu perdait la qualité de chef ou d'enfant de famille, à plus forte raison en était-il ainsi de celui qui, par suite d'une condamnation, devenait esclave de la peine. Or, devenaient esclaves de la peine ceux qui avaient été condamnés aux mines ou aux bêtes. D'après Justinien, ces condamnations cessèrent de produire l'esclavage, excepté pour ceux qui avaient été condamnés aux bêtes (1).

* La captivité entraînait l'esclavage, par conséquent la perte de la qualité de citoyen romain, et aussi la perte de la puissance paternelle, soit quant au chef, soit quant à l'enfant de famille. Cependant il fallait distinguer si le citoyen romain captif mourait prisonnier ou revenait dans sa patrie. S'il revenait dans sa patrie sans convention de retour avec ceux qui l'avaient fait prisonnier (2), il était censé n'avoir jamais été prisonnier, par conséquent n'avoir jamais perdu sa qualité de chef ou d'enfant de famille. Cette fiction s'appelait *jus postliminii*, droit résultant de ce que l'on rentrait en deça du seuil de la patrie. Si le citoyen romain mourait prisonnier, il avait perdu ses droits civils du jour de sa captivité. Les droits de famille restaient donc en suspens jusqu'à ce que l'on connût l'un ou l'autre de ces deux résultats. Le père de famille mourait-il chez l'ennemi? Ses fils et filles étaient censés avoir été *sui juris* du jour de sa captivité; s'il revenait dans sa patrie, ses enfants étaient censés être toujours restés sous sa puissance. La fiction, en vertu de laquelle le citoyen mort chez l'ennemi était censé mort au moment de la captivité, a été créée par la loi Cornelia; mais elle ne l'a été qu'afin que le captif pût mourir avec un testament valable, c'est-à-dire, avec la capacité civile; car, s'il avait été touché de la mort civile, il n'aurait pu mourir capable : il fallait donc le faire mourir naturellement, par fiction. Mais cette fiction n'était pas nécessaire pour la perte de la puissance paternelle; car la mort civile la faisait aussi bien perdre que la mort naturelle. Il n'y a donc réellement ici qu'une seule fiction, celle du *jus postliminii*.

Voyez le paragraphe 5 du présent titre.

§ IV. Filiusfamilias si militaverit, vel si senator, vel consul fuerit factus, manet in patris potestate. Militia enim, vel consularia dignitas de

§. 4. Le fils de famille, qui est soldat, ou sénateur, ou consul, reste sous la puissance de son père; les fonctions de soldat et la dignité de

(1) Nov. 105. c. 1. L'esclave de la peine était un esclave sans maître; il n'était pas la propriété de l'État. (L. 17, pr. D. 48. 19. L. 3. pr. D. 34. 8. L. 12. D. 49. 14. L. 25. § 3. D. 29. 2.) La condition de l'esclave de la peine était plus dure que celle de l'esclave du fisc : l'enfant d'une mère esclave de la peine obtenait la faveur d'être l'esclave du fisc (L. 24. §§ 5 et 6. D. 40. 5.)

(2) Peu importait que le prisonnier revînt par ruse, par force ou par rachat; il recouvrait la liberté dès l'instant où il avait mis le pied sur le territoire de l'empire, ou sur celui d'un peuple allié. (L. 19. § 3. D. 49. 15.)

patris potestate filium non liberat. Sed ex constitutione nostra summa patriciatus dignitas, illico ab imperialibus codicillis præstitis, a patria potestate liberat. Quis enim patiatur, patrem quidem posse per emancipationis modum suæ potestatis nexibus filium relaxare, imperatoriam autem celsitudinem non valere eum, quem sibi patrem elegit, ab aliena eximere potestate?

consul n'affranchissent pas, en effet, un fils de famille de la puissance paternelle. Mais, en vertu de notre constitution, la haute dignité de patrice, aussitôt que les lettres patentes en ont été délivrées, rend *sui juris* le fils qui y est appelé. Car comment tolérer qu'un père puisse libérer son fils de la puissance paternelle au moyen de l'émancipation, tandis que l'empereur ne pourrait en libérer celui qu'il appelle son père?

* Par l'effet de certaines dignités. Autrefois la dignité de flamine ou de vestale, acquise par un enfant de famille, l'affranchissait de la puissance paternelle (1). Mais il n'en fut point de même des fonctions militaires, de celles de sénateur ou de consul. Justinien établit une exception en faveur des patrices (2), puis il l'étendit plus tard à l'évêque, au consul et à toutes les dignités qui dispensaient des charges de la curie (3).

La délivrance des lettres impériales, relativement à l'une de ces dignités, opérait de plein droit l'affranchissement de la puissance paternelle pour ceux qui en étaient l'objet (*illico*). Mais un tel dignitaire, quoique affranchi de cette puissance, restait dans sa famille et y conservait tous ses droits : il était toujours héritier sien de son père, agnat de ses frères et sœurs; il avait sous sa puissance ses enfants lorsque le chef de famille venait à mourir.

§ V. Si ab hostibus captus fuerit, parens, quamvis servus hostium fiat, tamen pendet jus liberorum, propter jus postliminii : quia hi, qui ab hostibus capti sunt, si reversi fuerint, omnia pristina jura recipiunt. Ideirco reversus et liberos habebit in potestate, quia postliminium fingit eum, qui captus est, semper in civitate fuisse. Si vero ibi decesserit, exinde, ex quo captus est pater, filius sui juris fuisse videtur. Ipse quoque filius neposve si ab hostibus captus fuerit,

§ 5. Si un père a été fait prisonnier par les ennemis, ses droits sur ses enfants restent en suspens, à cause du droit de *postliminium*. Car ceux qui sont prisonniers retrouvent, en retournant dans leur patrie, tous les droits qu'ils avaient auparavant. C'est pourquoi celui qui a été chef de famille, à son retour reprend sa puissance paternelle, parce que, en vertu du *jus postliminii*, il est supposé être toujours resté dans sa patrie. S'il est mort chez l'ennemi, ses enfants se-

(1) Gaius, I. 130. Tac. Ann., IV. 16. Aul. Gell., I. 12.

(2) La dignité de patrice fut accordée par Constantin à des personnages éminents dont il fit ses conseillers intimes; ils lui tenaient lieu de père. Cette dignité était supérieure à celle de consul, de préfet, à toute autre dignité.

(3) Nov. 81. c. 1 et 2.

similiter dicimus propter jus postliminii, jus quoque potestatis parentis in suspenso esse. Dictum est autem postliminium a *limine* et *post*, ut eum, qui ab hostibus captus in fines nostros postea pervenit, postliminio reversum recte dicimus. Nam limina sicut in domibus finem quemdam faciunt, sic et imperii finem limen esse veteres voluerunt. (Hinc et limes dictus est, quasi finis quidam et terminus.) Ab eo postliminium dictum, quia eodem limine revertebatur, quo amissus erat. Sed et qui victis hostibus recuperatur, postliminio rediisse existimatur.

ront considérés comme ayant été *sui juris* du moment de sa captivité. Si c'est le fils ou le petit-fils qui a été fait prisonnier, sa position restera également en suspens à cause du *postliminium*. Or ce mot se compose de *post* (après) et de *limen* (seuil); de sorte que celui qui, étant prisonnier, a franchi, pour revenir, la frontière de son pays, recouvre ses droits par le *postliminum*. *Limen*, en effet, désignant le seuil d'une maison, les anciens l'ont employé pour indiquer les frontières de l'empire. (C'est de là que *limes* désigne la limite, l'extrémité d'une chose.) *Postliminium* indique donc que le prisonnier revient en franchissant de nouveau le seuil hors duquel il avait été perdu. Celui que l'on reprend sur les ennemis vaincus est aussi censé revenir en vertu du *postliminum*.

Voyez l'explication de ce paragraphe, ci-dessus pag. 133.

§ VI. Præterea emancipatione quoque desinunt liberi in potestate parentum esse. Sed ea emancipatio antea quidem vel per antiquam legis observationem procedebat, quæ per imaginarias venditiones et intercedentes manumissiones celebrabatur, vel ex imperiali rescripto. Nostra autem providentia et hoc in melius per constitutionem reformavit, ut, fictione pristina explosa, recta via apud competentes judices vel magistratus parentes intrent, et filios suos vel filias, vel nepotes vel neptes, ac deinceps, sua manu dimitterent. Et tunc edicto prætoris in hujus filii vel filiæ, nepotis vel neptis bonis, qui vel quæ a parente manumissus vel manumissa fuerit, eadem jura præstantur parenti, quæ tribuuntur patrono in bonis liberti; et præterea si impubes sit filius vel filia, vel ceteri, ipse pa-

§ 6. Les enfants cessent encore d'être sous la puissance de leur père par l'émancipation. Autrefois l'émancipation était le résultat de l'observation d'antiques solennités de la loi, au moyen de plusieurs ventes imaginaires et d'affranchissements successifs, ou d'un rescrit impérial. Mais, voulant apporter des améliorations à cette institution, nous avons rendu une constitution par laquelle, faisant disparaître toute fiction, les chefs de famille peuvent s'adresser directement aux magistrats compétents, pour émanciper leurs fils ou filles, petits-fils ou petites-filles, et leurs autres descendants. Et alors, en vertu de l'édit du préteur, l'émancipateur aura sur les biens de l'émancipé tous les droits qui appartiennent au patron sur les biens de son affranchi; et, si l'émancipé est impubère,

rens ex manumissione tutelam ejus nanciscitur.

l'émancipateur en deviendra le tuteur.

* 3° Par l'émancipation. On émancipait autrefois, par une *cessio in jure*, un fils de famille qui était *in mancipio ;* voici comment : le père de famille épuisait d'abord sa puissance paternelle par trois mancipations, ainsi qu'il a été dit plus haut, au sujet de l'adoption, pag. 120, s'il s'agissait d'un fils, et par une seule mancipation, s'il s'agissait d'une fille ou d'un enfant d'un degré ultérieur. L'enfant ainsi mancipé à un étranger se trouvait *in mancipio* de celui-ci. Ce dernier se présentait devant le magistrat avec son *mancipium :* là, comme pour l'affranchissement d'un esclave par la vindicte, un *assertor libertatis* prétendait que l'enfant était *sui juris* et le revendiquait à la liberté ; le possesseur ne disant rien, le magistrat adjugeait l'enfant à la liberté. L'émancipateur pouvait être dès lors considéré, sous un certain rapport, comme étant le patron de l'enfant émancipé. Si cet enfant était impubère, ce patron en était le tuteur fiduciaire. On doit bien penser que le père de l'enfant voulait en être le patron et le tuteur légitime : il s'arrangeait donc avec l'acheteur lors de la dernière mancipation ; il convenait avec ce dernier qu'il ne l'affranchirait pas lui-même, mais qu'il le revendrait (remanciperait) à lui père, afin qu'il pût figurer devant le magistrat comme ayant l'enfant *in mancipio*, comme consentant à l'affranchissement ; et alors il en devenait le patron, l'héritier présomptif et le tuteur. Cette convention s'appelait *pacte de fiducie :* le père était dit avoir mancipé *contracta fiducia* (1).

** Anastase introduisit un nouveau mode d'émancipation : cette émancipation fut appelée *Anastasienne.* Le père s'adressait à l'empereur, qui, par un rescrit, l'autorisait à émanciper son enfant ; celui-ci n'avait pas besoin d'être présent comme dans l'ancien affranchissement. Ce rescrit était déposé entre les mains du magistrat, qui le faisait insérer aux actes publics : dès-lors l'enfant était émancipé (2).

*** Justinien remplaça les deux modes précédents d'émancipation par un mode beaucoup plus simple. Le père se présentait, non autorisé par l'empereur (*recta via*), devant le magistrat, sans aucune mancipation préalable, et lui déclarait qu'il voulait émanciper son enfant ; le magistrat lui en donnait acte : l'enfant était émancipé, et le père obtenait sur celui-ci tous les droits qu'il aurait obtenus autrefois en émancipant son enfant *contracta fiducia :* tout père émancipateur devenait le patron, l'héritier présomptif, le tuteur légitime de l'émancipé (3).

---

(1) Gaius, I. 118. 132. 140. Ulp., fr. X. 1. Paul. Sent., 2. 25. § 2.
(2) L. 5. C. 8. 49.
(3) Inst., III. 2. § 8.

§ VII. Admonendi autem sumus, liberum esse arbitrium ei, qui filium et ex eo nepotem vel neptem in potestate habebit, filium quidem de potestate dimittere, nepotem vero vel neptem retinere; et ex diverso filium quidem in potestate retinere, nepotem vero vel neptem manumittere (eadem et de pronepote vel pronepte dicta esse intellegantur), vel omnes sui juris efficere.

§ 7. Il est à remarquer que le père de famille qui a un fils et un petit-fils de celui-ci, ou une petite-fille, peut émanciper son fils en retenant son petit-fils ou sa petite-fille sous sa puissance; et réciproquement émanciper son petit-fils ou sa petite-fille en retenant son fils sous sa puissance (il en est de même de l'arrière-petit-fils ou de l'arrière-petite-fille), ou bien les émanciper tous.

§ VIII. Sed et, si pater filium, quem in potestate habet, avo vel proavo naturali, secundum nostras constitutiones super his habitas, in adoptionem dederit, id est, si hoc ipsum actis intervenientibus apud competentem judicem manifestaverit, præsente eo, qui adoptatur, et non contradicente, nec non eo, qui adoptat, solvitur quidem jus potestatis patris naturalis, transit autem in hujusmodi parentem adoptivum, in cujus persona et adoptionem plenissimam esse antea diximus.

§ 8. Si un père donne en adoption son fils à un aïeul ou à un bisaïeul naturel, conformément à nos constitutions, c'est-à-dire, en manifestant son intention à ce sujet devant le magistrat compétent, et par un acte, en présence et sans la contradiction de l'adopté et de l'adoptant, il perd sur l'adopté la puissance paternelle et la fait acquérir au père adoptif; car, dans ce cas, les anciens principes sur les effets de l'adoption conservent toute leur force, ainsi que nous l'avons déjà dit.

* 5° Par la dation en adoption. L'adoption de Justinien se réalisait avec une grande simplicité, par une simple déclaration devant le magistrat, en présence de l'adopté, qui ne s'y opposait point, et de l'adoptant. Sous lui, la dissolution de la puissance paternelle n'est plus la conséquence de l'adoption; elle est conservée au père naturel et n'est point acquise au père adoptif, excepté lorsque ce dernier est un aïeul paternel ou maternel, ainsi que nous l'avons vu plus haut, pag. 123.

§ IX. Illud autem scire oportet, quod, si nurus tua ex filio tuo conceperit, et filium postea emancipaveris, vel in adoptionem dederis, prægnante nuru tua, nihilominus quod ex ea nascitur, in potestate tua nascitur; quod, si post emancipationem, vel adoptionem fuerit conceptus, patris sui emancipati, vel avi adoptivi potestati subjicitur;

§ 9. Il faut observer que si votre bru conçoit de votre fils, et qu'ensuite vous émancipiez celui-ci ou le donniez en adoption pendant la grossesse de votre bru, l'enfant qui naîtra d'elle sera en votre puissance. Mais si cet enfant n'avait été conçu que depuis l'émancipation ou l'adoption, il tomberait sous la puissance du fils émancipé ou de l'aïeul adoptif.

§ X. Et quod neque naturales li-

§ 10. Au reste, les enfants naturels

beri, neque adoptivi ullo pæne modo possunt cogere parentem, de potestate sua eos dimittere.

ou adoptifs ne peuvent presque jamais contraindre les chefs de famille à les émanciper.

*Lorsqu'un fils marié avait une épouse enceinte au moment où il était émancipé ou donné en adoption, l'enfant qui naissait de cette gestation restait sous la puissance du père émancipateur ou naturel, parce que cette puissance l'avait atteint dès l'instant de la conception. Pour naître sous la puissance de l'émancipé ou du père adoptif, il aurait fallu que cet enfant eût été conçu après l'émancipation ou l'adoption. Du reste, en parlant d'un père adoptif, notre texte suppose un *avus adoptivus*, parce que, depuis Justinien, la dation en adoption ne dissolvait plus la puissance paternelle que quand elle était faite à un aïeul.

Le père de famille ne pouvait être contraint d'émanciper ses enfants presque (*pæne*) en aucun cas. Les cas exceptionnels étaient lorsqu'il les avait exposés, lorsqu'il avait prostitué ses filles, lorsqu'il avait contracté un mariage incestueux (1). Un impubère adrogé pouvait aussi exiger son émancipation lors de sa puberté. Voyez plus haut, pag. 125.

## APPENDICE.

### De la capacité des fils de famille.

Le fils de famille avait la capacité civile et la capacité politique (2). De lui différaient : 1° l'esclave, qui n'avait pas même la capacité du droit des gens; 2° le Pérégrin qui n'avait que la capacité du droit des gens; 3° celui qui était *in mancipio*, en ce que sa capacité politique était en suspens : il ne pouvait voter dans les comices, ni figurer comme *judex* ou témoin testamentaire. Mais il conservait des rapports de famille : ainsi son mariage civil subsistait : le enfants qui étaient conçus de lui, pendant le premier ou le second *mancipium*, tombaient sous la puissance de l'aïeul, puisque la puissance paternelle n'était pas encore épuisée : ceux qui étaient conçus de lui pendant le troisième *mancipium* n'étaient pas *in causa mancipii*, leur état était en suspens : si leur père était ensuite émancipé, il les avait sous sa puissance ; s'il mourait dans le *mancipium*, ils devenaient *sui juris* (3).

De ce que le fils de famille avait la capacité politique, il résulte qu'il avait le *jus honorum* et le *jus suffragii*. Il pouvait voter dans les comices, être magistrat, tuteur.

De ce qu'il avait la capacité civile, il résulte qu'il avait le *jus connubii* et le *jus commercii* 1° Il pouvait donc contracter un mariage légitime; seule-

---

(1) L. 6. C. 11. 40. L. 2. C. 8. 52. Nov. 152. c. 1. Nov. 12. c. 2.

(2) Le fils de famille avait toujours la capacité de droit; mais il n'avait l'exercice de la capacité civile qu'à la puberté : jusque-là il ne pouvait faire aucun acte valable pour lui-même, même avec l'autorisation de son père. Quant à la capacité politique, il ne pouvait l'exercer qu'à un âge plus avancé : ainsi, il ne pouvait être tuteur qu'à vingt-cinq ans.

(3) V. M. de Savigny, l. c. t. 2. p. 50. Gaius, I. 135. Quant à la femme *in manu*, elle était *loco filiæ*; on lui applique les principes qui concernent les filles de famille, par conséquent ceux qui concernent les fils de famille. V. M. de Savigny. l. c. t. 2. p. 413-422.

ment, comme les enfants à naître du mariage devaient tomber sous la puissance du chef de famille, l'exercice du *jus connubii* ne pouvait avoir lieu que du consentement de ce chef. Et, en outre, comme le fils de famille n'avait pas de *puissance*, ses enfants ne pouvaient être que sous la puissance paternelle du même chef; 2° il pouvait donc figurer dans une mancipation, être témoin dans un testament, *libripens*, stipuler, promettre, être *adstipulator* (1), etc. : mais il n'avait aucune puissance, et c'est par ce motif qu'il ne pouvait rien acquérir pour lui-même, qu'il n'avait aucun patrimoine, que par conséquent il ne pouvait tester.

Le fils ne pouvait avoir ni propriété ni créances : donc il ne pouvait intenter, *en son nom personnel*, ni une action réelle, ni une action personnelle; il ne le pouvait même pas plus tard, après son émancipation. Quant aux obligations qu'il contractait envers les tiers, elles étaient civiles ; on pouvait l'actionner (2); seulement il n'avait pas de patrimoine devant servir à l'acquittement de ses dettes (3).

Entre le père et le fils de famille, il ne pouvait y avoir que des obligations naturelles (4); entre eux pas d'action en justice (5); et ces obligations restaient naturelles même après l'émancipation du fils.

Nous avons dit que les fils de famille n'avaient pas d'action, *en leur nom personnel*, pour les obligations contractées envers eux; cependant si le fils avait loué un cheval, et qu'on le lui eût volé, l'action *furti* lui appartenait comme s'il était *sui juris* (6); mais cette action sommeillait tant qu'il était sous la puissance paternelle; il fallait qu'il en fut sorti pour qu'il l'exerçât (7). Ici l'on suppose que le père était sans intérêt. Le fils pouvait aussi, en son nom personnel, exercer quelques autres actions (8), celles d'injure, *quodvi aut clam*, de dépôt et de commodat, et d'autres encore (9) : mais alors on lui donnait une formule *concepta in factum* (10).

La capacité des fils et des filles de famille devint plus libre dans son exercice lors de l'établissement des pécules : alors ils eurent un patrimoine. Avant ils n'avaient que le pécule *profectice*, dont la pleine propriété appartenait au père. Sous Auguste fut permis le pécule *castrens*, plus tard le pécule *quasi-castrens* : et enfin, sous Constantin, parut le pécule adventice. Voyez, sur les pécules, Ins. Liv. II. Tit. 9.

## *Questions sur les personnes considérées dans la famille.*

*Comment se divisent les personnes dans la famille? pag.* 96 **. — Qu'était le père de famille ?* 96 **. — Combien y avait-il de personnes* alieni juris ?

---

(1) L'esclave ne pouvait être *adstipulator*, parce que l'adstipulation était toute personnelle : or, l'esclave ne pouvait rien avoir de personnel. Gaius, III, 114.

(2) L. 39. D. 44. 7. L. 57. D. 5. 1. L. 44. 45. D. 15. 1. L. 141. § 2. D. 45. 1. L. 8. § 4. D. 46. 4. V. M. de Savigny, l. c. t. 2. p. 53.

(3) V. Inst., IV. 7. § 4.

(4) L. 38. pr. §§ 1 et 2. D. 12. 6.

(5) L. 4 et 11. D. 5. 1. L. 16. D. 47. 2.

(6) L. 14. § 16. D. 47. 2

(7) L. 38. D, 47. 2.

(8) L. 9. D. 44. 7.

(9) M. de Savigny, l. c. t. 2 p. 99, note *q*.

(10) Gaius, II. 46 et 47. L. 13. D. 44. 7.

96 **. — *Qu'était la puissance dominicale?* 97 *. — *Comment s'acquérait la puissance paternelle?* 100 *. — *Quelle était la première manière d'acquérir la puissance paternelle?* 100 *. — *Qu'est-ce que le mariage?* 100 § 1. — *Que signifie le mot* indivisible? 100 ** — *Quelles étaient les conditions nécessaires pour le mariage?* 101 *. — *Quelle était la première condition nécessaire pour le mariage?* 102 *. — *Qu'est-ce que le* jus connubii? 102 **. — *Quelle était la deuxième condition nécessaire pour le mariage?* 102 **. — *Le consentement des parties suffisait-il pour le mariage?* 102 **. — *Quelle était la troisième condition nécessaire pour le mariage?* 102 ***. — *Pourquoi ce consentement était-il nécessaire?* 103 * et **. — *Quelle était la quatrième condition?* 104 *. — *Quelle était la cinquième condition nécessaire pour le mariage?* 106 **. — *Qu'est-ce que la parenté?* 106 **. — *Comment compte-t-on les degrés en ligne directe?* 106 ***. — *Comment, en ligne collatérale?* 106 ****. *Qu'entend-on par parenté naturelle?* 107 *. — *Par parenté purement civile?* 107 ***. — *Par parenté mixte?* 107 **. — *Quelle est la première règle de prohibition pour cause de parenté* 108 *. — *Quelle est la seconde?* 108 ** — *Qu'entend-on par alliés?* 109 *. — *Quelle était la sixième condition nécessaire pour le mariage?* 110 *. — *Quels étaient les autres empêchements?* 111 **. — *Les esclaves pouvaient-ils contracter mariage?* 111 *. — *Qu'entrainait la violation des prohibitions?* 112 *. — *Quelle était la seconde manière d'acquérir la puissance paternelle?* 116 *. — *Qu'est-ce que la légitimation?* 116 **. — *De combien de manières pouvait-on légitimer?* 116 ***. *Qu'est-ce que l'oblation à la curie?* 116 ****. — *Comment légitimait-on par mariage subséquent?* 117 *. — *Quels étaient les conditions voulues pour ce mode de légitimation?* 117 **. — *Quel était le troisième mode de légitimation?* 118 *. — *Quelle était la troisième manière d'acquérir la puissance paternelle?* 118 * 1. — *Qu'est-ce que l'adoption?* 119. *. — *Qu'est-ce que l'adrogation?* 119 **. — *L'adoption proprement dite?* 119 ***. *Quel acte était requis pour l'adrogation?* 119 ****. — *Quel acte était requis pour l'adoption proprement dite?* 119 *****. — *Quels étaient les effets de l'adoption?* 122 *. — *Quelles modifications Justinien fit-il à ce sujet?* 123 *. — *Pouvait-on adroger les femmes ou les impubères?* 124 *. — *A quelles conditions etait soumise l'adrogation d'un impubère?* 124 **. — *De combien l'adoptant devait-il être plus âgé que l'adopté?* 126 *. — *Pouvait-on adopter comme petit-fils aussi bien que comme fils?* 426 **. — *L'adoptant pouvait-il ensuite donner l'adopté en adoption à un autre?* 127 *. — *Les impuissants pouvaient-ils adopter?* 128 *. — *Quel était l'effet de l'adrogation?* 128 **. — *Pouvait-on adopter un esclave?* 129 *. — *De combien de manières se dissolvait la puissance paternelle?* 131 *. — *Comment se dissolvait-elle par la mort naturelle?* 131 **. — *Comment, par la mort civile?* 132 ***. — *L'empereur ne pouvait-il pas rétablir un condamné dans la vie civile?* 132 *. — *La dignité affranchissait-elle de la puissance paternelle?* 134 *. — *Comment se faisait l'émancipation autrefois, la première?* 136 *. — *Comment se faisait l'émancipation* Anastasienne, *la seconde?* 136 **. — *Comment, l'émancipation de Justinien, la troisième?* 136 ***. — *Comment se dissolvait la puissance paternelle par suite de l'adoption?* 137 *. — *Sous quelle puissance se trouvaient les enfants de l'émancipé ou de l'adopté?* 138 *.

# TITULUS XIII.

## DE TUTELIS.

Pr. Transeamus nunc ad aliam divisionem personarum. Nam ex his personis, quæ in potestate non sunt, quædam vel in tutela sunt, vel in curatione, quædam neutro jure tenentur. Videamus igitur de his, quæ in tutela, vel in curatione sunt : ita enim intellegemus ceteras personas, quæ neutro jure tenentur. Ac prius dispiciamus de his, quæ in tutela sunt.

# TITRE XIII.

## DES TUTELLES.

Pr. Passons maintenant à une autre division des personnes. Parmi les personnes qui ne sont sous aucune puissance, les unes sont en tutelle ou en curatelle, les autres non. Voyons donc quelles sont celles qui sont en tutelle ou en curatelle ; après cela les autres nous seront connues. Et d'abord occupons-nous de celles qui sont en tutelle.

Nous passons à une seconde division des personnes, ou plutôt à une subdivision des personnes *sui juris*, affranchies de toute puissance. Parmi elles, les unes sont placées sous une autorité, espèce de puissance, qu'on appelle tutelle ; cette espèce de puissance se distingue de la puissance proprement dite en ce qu'elle est établie en faveur de celui sur qui elle s'exerce. Les autres sont placées en curatelle. D'autres enfin sont tout à fait indépendantes. Et d'abord il faut s'occuper de la tutelle.

§ I. Est autem tutela (ut Servius definit), jus ac potestas in capite libero, ad tuendum eum, qui propter ætatem se defendere nequit, jure civili data ac permissa.

* § 1. La tutelle, ainsi que la définit Servius, est une puissance sur un *sui juris*, donnée ou permise par le droit civil pour protéger une personne qui, à cause de son âge, est incapable de se défendre elle-même.

Les mots *propter ætatem* du texte prouvent évidemment qu'il s'agit ici de la tutelle des impubères, et non de la tutelle des femmes (1). Or, ce texte n'est pas de Justinien, il est emprunté à Servius (2).

*Vis* ou *jus ac potestas* sont deux mots dont chacun présente le même sens, et qui ne sont réunis que pour mieux caractériser le tuteur, et ne point laisser de doute sur la légitimité et le fondement juridique de son autorité ; c'est pour faire sentir que cette autorité lui est propre, qu'il n'a pas besoin, pour l'exercer, de recourir à la juridiction du magistrat.

** *In capite libero.* Ces mots indiquent que celui qui est l'objet de cette puissance est *sui juris*, chef de famille, à la différence de ceux qui sont soumis à la puissance paternelle ou à la puissance dominicale ; mais en aucun cas ils ne peuvent s'entendre, quoique à l'ablatif, du tuteur lui-

---

(1) M. Ortolan, l. c. p 230, pense que le pléonasme de *vis ac potestas* peut s'expliquer à cause de certaines tutelles des femmes.

(2) Scholiast. in Pers. IV. 5. *Tutela.... potestas in pupillos*, auctore Servio Sulpitio. Aul. Gell., V. 19.

même, puisqu'un fils de famille peut être tuteur. Ce qui distingue encore cette puissance improprement dite de toute autre, c'est qu'elle est donnée dans l'intérêt de celui sur qui elle est exercée, lequel, ne pouvant surveiller ses droits lui-même, à cause de la faiblesse de son âge, a besoin qu'un autre les surveille.

Elle est donnée aux agnats par le droit civil, c'est-à-dire par la loi des XII Tables (1). Le même droit civil *permet* à un chef de famille d'imposer un tuteur à son fils impubère (2); de sorte que le droit civil d'autrefois n'admettait que deux sortes de tutelles : la tutelle légitime et la tutelle testamentaire. Plus tard il y en eut une troisième, établie par deux lois (3), qu'on appela *dative*, parce qu'elle était conférée par le magistrat.

§ II. Tutores autem sunt, qui eam vim ac potestatem habent, ex qua re ipsa nomen ceperunt. Itaque appellantur tutores, quasi tuitores atque defensores, sicut æditui dicuntur, qui ædes tuentur.

§ 2. On appelle tuteurs ceux qui exercent cette puissance protectrice, à cause du caractère même de cette puissance : car ils sont les défenseurs (*tuitores*) des pupilles; de même qu'on appelle *æditui* ceux qui sont chargés de veiller sur les édifices (*ædes*).

§ III. Permissum est itaque parentibus liberis impuberibus, quos in potestate habent, testamento tutores dare. Et hoc in filio filiaque omnimodo procedit; nepotibus tamen neptibusque ita demum parentes possunt testamento tutores dare, si post mortem eorum in patris sui potestatem non sint recasuri. Itaque si filius tuus mortis tuæ tempore in potestate tua sit, nepotes ex eo non poterunt testamento tuo tutorem habere, quamvis in potestate tua fuerint; scilicet quia, mortuo te, in patris sui potestatem recasuri sunt.

§ 3. Il est donc permis aux ascendants chefs de famille de donner, par testament, des tuteurs aux impubères qui sont sous leur puissance; d'abord aux fils et filles, sans aucun doute. Quant aux petits-fils et aux petites-filles, les ascendants ne peuvent leur donner des tuteurs qu'autant qu'à la mort de ces ascendants ils ne retomberont point sous la puissance de leur père. Si donc votre fils est en votre puissance au moment de votre mort, les petits-fils que vous avez de lui ne pourront être pourvus par vous d'un tuteur testamentaire, quoiqu'ils soient en votre puissance, parce que, à votre décès, ils se trouveront sous la puissance de votre fils, leur père.

La tutelle testamentaire est placée la première, puisque ce n'est

(1) LL. 16. D. 26. 4. L. 5. pr. D. *ibid.*
(2) L. 1. pr. D. 26. 2. L. 1. § 2. D, 26. 5.
(3) Inst., I. 20.

qu'à défaut de celle-ci qu'il peut y avoir lieu ou à la tutelle légitime ou à la tutelle dative.

La tutelle testamentaire dérive de la loi des XII Tables, comme la tutelle légitime (*uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto*).

* La dation d'un tuteur par testament est la conséquence de la puissance paternelle; d'un autre côté, un *sui juris* seul pouvait se trouver en tutelle lorsqu'il était impubère. De ces deux idées, il faut conclure qu'à un chef de famille seul appartenait exclusivement le droit de donner un tuteur par testament, et qu'il ne pouvait le donner qu'à un impubère qui, à sa mort, ne devait pas retomber sous la puissance d'un autre. Il pouvait donc donner un tuteur : 1° à tous ses fils et filles; 2° aux petits-fils ou petites-filles dont le père, au moment du décès du testateur, avait disparu de la famille, soit par un prédécès, soit par l'émancipation, soit par la dation en adoption (à un aïeul depuis Justinien). Si leur père n'avait pas disparu de la famille à cette époque, ils tombaient sous sa puissance, ils n'étaient pas *sui juris*, il n'y avait pas possibilité qu'ils eussent un tuteur.

§ IV. Cum autem in compluribus aliis causis postumi pro jam natis habentur, et in hac causa placuit non minus postumis, quam jam natis testamento tutores dari posse, si modo in ea causa sint, ut, si vivis parentibus nascerentur, sui et in potestate eorum fierent.

§ 4. Puisque dans la plupart des cas les posthumes sont considérés comme étant déjà nés, on a admis qu'un père pourrait donner des tuteurs par testament à ses posthumes, aussi bien qu'à ses enfants déjà nés, pourvu qu'en les supposant nés du vivant de ce père ils dussent se trouver sous sa puissance immédiate.

Chaque fois qu'il s'agit de leur intérêt, les enfants conçus sont réputés être déjà nés : sous ce rapport, par conséquent, les posthumes, c'est-à-dire, les enfants conçus sous la puissance paternelle et nés depuis la dissolution de cette puissance par la mort, peuvent être pourvus d'un tuteur testamentaire par le chef de famille. Il faut, pour cela, non-seulement qu'ils soient conçus sous la puissance paternelle, mais encore qu'en naissant ils soient *sui juris*. Ainsi, j'ai un fils qui n'est pas sorti de ma puissance; sa femme est enceinte au moment de ma mort, elle accouche après; je n'ai pu nommer un tuteur à cet enfant, parce que, quoiqu'il ait été conçu sous ma puissance, il devra tomber sous la puissance de son père lors de mon décès.

§ V. Sed si emancipato filio tutor a patre testamento datus fuerit, confirmandus est ex sententia præsidis omnimodo, id est, sine inquisitione.

§ 5. Quant au tuteur donné dans un testament par un père à son fils émancipé, il devra être confirmé par le magistrat dans tous les cas, c'est-à-dire, sans enquête.

Le tuteur nommé devait être aussi confirmé par le magistrat, lorsqu'il avait été nommé par un chef de famille, dans un testament ou codicille non valable, à un enfant resté en puissance, ou s'il avait été donné à un enfant naturel auquel le testateur avait laissé quelques biens, ou lorsqu'une mère, un patron ou un étranger avait donné un tuteur par testament à un enfant institué héritier (1).

## TITULUS XIV.

### QUI DARI TUTORES TESTAMENTO POSSUNT.

P. Dari autem potest tutor non solum paterfamilias, sed etiam filiusfamilias.

## TITRE XIV.

### DE CEUX QUI PEUVENT ÊTRE NOMMÉS TUTEURS PAR TESTAMENT.

Pr. On peut nommer tuteur par testament un fils de famille comme un père de famille.

* La tutelle était une fonction publique : pouvait être tuteur, par conséquent, tout citoyen romain apte aux fonctions publiques, ayant atteint un âge assez avancé pour offrir des garanties de maturité et de prudence. Ainsi, un pérégrin ne pouvait l'être, à quelque âge que ce fût, ni la femme, quoique citoyenne romaine (2) ; mais le fils de famille, âgé de vingt-cinq ans, pouvait être tuteur, parce que les fonctions publiques n'avaient aucun rapport avec la puissance paternelle sous laquelle il se trouvait placé. Il n'aurait pu exercer une puissance paternelle ; mais il pouvait exercer cette espèce de puissance appelée tutelle.

§ 1. Sed et servus proprius testamento cum libertate recte tutor dari potest. Sed sciendum est, eum, et sine libertate tutorem datum, tacite libertatem directam accepisse videri, et per hoc recte tutorem esse. Plane si per errorem, quasi liber, tutor datus sit, aliud dicendum est. Servus autem alienus pure inutiliter testamento datur tutor : sed ita, *cum liber erit*, utiliter datur. Proprius autem servus inutiliter eo modo tutor datur.

§ 1. Un testateur peut nommer tuteur son propre esclave, en lui donnant la liberté. Au reste, s'il l'a nommé tuteur sans lui donner la liberté expressément, cet esclave est censé la recevoir directement ; par conséquent sa nomination de tuteur sera valable, à moins que le testateur ne l'ait nommé tuteur le croyant libre. Quant à l'esclave d'autrui, on ne peut le nommer tuteur que sous la condition qu'il sera libre. On ne pourrait en faire autant pour son propre esclave.

** La qualité de citoyen romain étant indispensable pour être tuteur, un esclave ne pouvait l'être ; mais si le testateur nommait tuteur son

---

(1) L. 1. § 1, D. 26. 3.

(2) Cependant une mère pouvait être tutrice de ses enfants, par une concession spéciale du prince. L, 18. D. 26. 1.

propre esclave, en lui léguant en même temps la liberté *per vindicationem* (1), il en faisait à la fois et un citoyen romain et un tuteur. Bien plus, le testateur qui, en nommant tuteur son esclave, avait omis de mentionner qu'il lui conférait la liberté, était réputé la lui avoir donnée, à moins qu'il ne fût prouvé qu'il le croyait libre (2). Quant à l'esclave d'autrui, le testateur n'aurait pu le nommer tuteur *purement* et simplement, parce qu'au moment du décès cette nomination l'aurait trouvé esclave, et par conséquent incapable de tutelle, et ce, quand même cet esclave aurait conquis la liberté dans l'intervalle de la confection du testament au décès; parce que, pour savoir si une disposition testamentaire pure et simple était valable, il fallait se reporter à la confection du testament, suivant la règle catonienne, qui, pour les legs purs et simples, supposait le testateur mort à l'époque de la confection. Mais la règle catonienne ne s'appliquait pas aux dispositions conditionnelles; d'un autre côté, rien ne s'opposait à ce qu'un tuteur fût nommé sous condition : un testateur pouvait donc nommer tuteur l'esclave d'autrui pour quand il serait libre; et même les prudents supposèrent que le testateur, qui avait nommé tuteur l'esclave d'autrui, sans y ajouter la condition, était censé avoir dit : « Mon héritier achètera l'esclave d'autrui; quand il l'aura acheté, il lui donnera la liberté, et alors il sera tuteur. » Cette présomption pouvait cependant être détruite par la preuve du contraire (3).

Quant à son propre esclave, le testateur n'aurait pu le nommer tuteur sous la condition quand il sera libre, parce que, voulant le but, il devait vouloir le moyen.

§ II. Furiosus, vel minor viginti quinque annis tutor testamento datus, tunc tutor erit, cum compos mentis, aut major viginti quinque annis fuerit.

§ 2. Si l'on nomme tuteur, par testament, un fou ou un mineur de vingt-cinq ans, le fou ne sera tuteur qu'après avoir recouvré son bon sens, et l'autre, que lorsqu'il aura atteint sa majorité.

* Le fou ne pouvait être nommé tuteur; il en était de même d'un citoyen jouissant de ses facultés intellectuelles, mais n'ayant pas vingt-cinq ans. Cependant, si une nomination de tuteur s'adressait à l'un ou à l'autre, on la supposait conditionnelle : par conséquent le fou était nommé tuteur pour l'époque où il recouvrerait la raison; le mineur de vingt-cinq ans, pour l'époque à laquelle il aurait atteint l'âge requis (4), si toutefois à cette époque le pupille n'avait pas dû atteindre

(1) Voyez plus loin Inst., II. 20. § 2. ; c'est ce qu'on appelle la *liberté directe*.
(2) L 32 § 2. D. 26. 2.
(3) L. 40. § 4, D. 26. 2.
(4) Autrefois le mineur de vingt-cinq ans, nommé tuteur, pouvait s'excuser de la tutelle ; depuis Justinien, il en était exclu. Inst., I. 25. § 15.

sa puberté. Toutefois, le *furiosus* pouvait être tuteur d'une femme; seulement il ne pouvait interposer son autorisation pendant sa folie. Aussi, dans ce cas, était-on obligé de le remplacer par un autre tuteur (1).

Les militaires étaient aussi incapables d'être tuteurs, à cause de leur état; une personne non précise était également incapable, parce que la tutelle ne devait être donnée par le testateur qu'à une personne qu'il regardât comme digne de sa confiance (2).

§ III. Ad certum tempus, vel ex certo tempore, vel sub condicione, vel ante heredis institutionem, posse dari tutorem, non dubitatur.

§ 3. Il est constant qu'on peut nommer un tuteur pour un temps, ou à partir d'un certain temps, ou sous condition, ou avant l'institution d'héritier.

Le tuteur était nommé *pure*, lorsqu'il était dit : Que Titius soit tuteur; il l'était sous condition, par exemple : que Titius soit tuteur si mon vaisseau revient d'Asie; *ad certum tempus*, par exemple : qu'il soit tuteur pendant deux ans; *à certo tempore :* qu'il soit tuteur deux ans après ma mort.

Pour la nomination conditionnelle, il n'avait jamais pu exister aucun doute, puisqu'on avait pu de tout temps même instituer un héritier sous condition. Comme on ne pouvait instituer un héritier à partir d'un certain temps ou pour un certain temps, on aurait pu croire que la nomination du tuteur était soumise à la même règle; mais il en était autrement; car l'héritier devait continuer la personne du défunt; d'un autre côté, une fois l'hérédité déférée par testament, elle ne pouvait appartenir, même pendant un instant, aux héritiers *ab intestat*, puisque nul ne pouvait mourir partie testat et partie intestat: nul ne pouvait donc être institué *à certo tempore* ou *ad certum tempus*. Or, ces motifs ne s'appliquaient pas à la tutelle; elle pouvait appartenir pendant un certain temps à un tuteur testamentaire, et pendant un autre temps à un tuteur datif.

*L'institution d'héritier était essentielle au testament; sans elle, point de testament valable. Ce principe était poussé si loin avant Justinien, que tout ce qui précédait cette institution, dans le testament, était regardé comme ne faisant pas partie du testament; et que toutes les dispositions qui précédaient cette institution étaient nulles, si elles ne pouvaient être d'ailleurs valables qu'autant qu'elles devaient figurer dans un testament. Ainsi, un legs, écrit dans un testament avant la phrase qui contenait l'institution d'héritier, était entièrement nul. Mais

(1) Gaius, I. 180. Ulp., fr. XI. 21.
(2) Inst., II. 20. § 27.

une exception à cette rigueur, pour la nomination de tuteur, avait été admise par Labéon, Proculus et leurs disciples (1). Justinien consacra d'autant mieux cette dernière opinion, qu'il déclara valable toute disposition quelconque qui précédait l'institution d'héritier.

§. IV. Certæ autem rei vel causæ tutor dari non potest, quia personæ, non causæ vel rei datur.

§4. On ne peut nommer un tuteur pour une chose ou une affaire déterminée, parce qu'on le nomme à la personne du pupille, et non à ses biens ou à ses affaires.

* Le tuteur a pour mission principale de compléter la capacité du pupille par son autorisation (*auctoritas*); il est donné principalement à la personne, et aux choses comme conséquence : il ne peut donc être donné uniquement et spécialement pour l'administration d'un certain bien ; mais, en le nommant tuteur, en l'attachant à la personne du pupille, on peut restreindre son administration à un bien déterminé (2); tandis que le curateur est nommé principalement pour l'administration des biens, et peut n'être nommé que pour un certain bien ou une certaine affaire.

Il y a plusieurs textes qui disent clairement que l'on nommait un tuteur *certæ rei*. Ainsi, Gaius nous apprend qu'on nommait un tuteur *vel in omnes res*, *vel in unam forte aut duas*, pour faire adition d'hérédité, pour une constitution de dot; d'autres textes indiquent la même chose (3). Il est même dit qu'une mère est nommée tutrice plutôt pour les biens que pour la personne (4) ; et on trouve que ce n'est pas le nombre des pupilles, mais le nombre des administrations de biens différents, qui constitue plusieurs tutelles; que le préteur peut nommer un tuteur pour les choses qui sont à Rome, et le président d'une province pour les choses qui sont dans cette province (5). Voici comment tout cela s'explique. En principe, on ne pouvait nommer un tuteur *certæ rei ;* mais l'ignorance avait amené ce résultat; cet abus fut ensuite déraciné par la science : ainsi, au lieu du *prætorius tutor*, on donna un curateur (6); ainsi la division de l'administration entre plusieurs tuteurs fut considérée comme un accident réglé par la juridiction, et non comme une conséquence des principes.

---

(1) Gaius, II. 229 et suiv.

(2) Ainsi, l'on pourrait comprendre que l'administration des biens se divisait entre les tuteurs, lorsqu'il y en avait plusieurs ; que, lorsque les biens du pupille étaient situés dans des provinces différentes et éloignées, leur gestion se partageait entre les tuteurs ; qu'un tuteur prétorien pouvait être nommé pour un procès particulier, parce que là encore la principale fonction du tuteur consistait à *autoriser*.

(3) Gaius, I. 150. 176. 178. 180. 181. 184. L. 11. C. 5. 62. L. 3. C. 5. 44.

(4) L. 4. D. 26. 2.

(5) L. 3. D. 27. 1. L. 27. pr. D. 26. 5.

(6) Inst., I. 25. § 2.

Il y a encore une autre explication. Le principe que le tuteur ne peut être nommé *certæ rei* n'est applicable qu'à la tutelle testamentaire : en effet, on ne le rencontre qu'à l'occasion de cette tutelle (1).

§ V. Si quis filiabus suis vel filiis tutores dederit, etiam postumæ, vel postumo videtur dedisse; quia filii vel filiæ appellatione et postumus et postuma continentur. Quodsi nepotes sint, an appellatione filiorum et ipsis tutores dati sunt? Dicendum est, ut ipsis quoque dati videantur, si modo liberos dixit; ceterum, si filios, non continebuntur: aliter enim filii, aliter nepotes appellantur. Plane si postumis dederit, tam filii postumi, quam ceteri liberi continebuntur.

§ 5. Si quelqu'un a nommé des tuteurs à ses fils ou à ses filles, cette nomination doit s'étendre également au posthume et à la posthume, car c'est aussi un fils ou une fille. Est-il censé par là avoir donné des tuteurs à ses petits-fils? Il ne sera censé leur en avoir donné qu'autant qu'il aura employé l'expression *liberi* (enfants). S'il n'a parlé que de ses fils, il n'en a pas donné à ses petits-fils; car les mots *filii* et *nepotes* ont des significations différentes; mais si le testateur a donné des tuteurs à ses posthumes, on comprendra par là et ses fils posthumes et ses autres enfants.

## TITULUS XV.

### DE LEGITIMA AGNATORUM TUTELA.

Pr. Quibus autem testamento tutor datus non sit, his ex lege duodecim tabularum agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi.

## TITRE XV.

### DE LA TUTELLE LÉGITIME DES AGNATS.

Pr. Ceux à qui un tuteur n'a pas été donné par testament, reçoivent pour tuteurs leurs agnats, en vertu de la loi des douze tables; pour ce motif, ces tuteurs s'appellent légitimes.

* On appelle tutelle légitime celle qui a été établie par la loi des XII Tables. Cette loi défère la tutelle, à défaut de tutelle testamentaire, aux agnats les plus proches, parce que, étant les héritiers présomptifs du pupille, ils ont intérêt à la conservation de son patrimoine. C'est donc pour les agnats non-seulement un devoir, mais un droit, d'être tuteurs.

Quand on dit que la tutelle légitime n'a lieu qu'à défaut de tutelle testamentaire, cela signifie qu'elle a lieu quand la tutelle testamentaire n'est pas possible; car si cette dernière doit avoir lieu sous condition ou à terme, si elle est possible tôt ou tard, on passe à la tutelle dative.

---

(1) V. Puchta, Rhein. Mus. II. 383. Schrader *hic*. Mais voyez *contra* Vangerow, dans son système des Pandectes; t. 1. p. 411–414.

§ I. Sunt autem agnati per virilis sexus personas cognatione conjuncti, quasi a patre cognati : veluti frater eodem patre natus, fratris filius, neposve ex eo, item patruus, et patrui filius, neposve ex eo. At qui per feminini sexus personas cognatione junguntur, non sunt agnati, sed alias naturali jure cognati. Itaque amitæ tuæ filius non est tibi agnatus, sed cognatus (et invicem scilicet tu illi eodem jure conjungeris), quia qui nascuntur patris, non matris, familiam sequuntur.

§ 1. Or on entend par agnats les parents par mâles, les cognats par le père : tels qu'un frère né du même père, un fils du frère ou son petit-fils; tels sont aussi un oncle paternel, son fils et les descendants de ce fils. Quant aux parents par femmes, ce ne sont pas des agnats, ce ne sont que des parents naturels. Ainsi le fils de votre tante paternelle n'est pas votre agnat; mais il est votre cognat, et vous êtes le sien; car les enfants du père suivent la famille de celui-ci et non celle de la mère.

*On appelle agnats les personnes qui se trouvent sous la même puissance paternelle, ou qui s'y trouveraient si l'auteur commun n'était pas mort.

Aussi haut que l'on puisse placer cet auteur commun, il faut examiner quels sont ceux qui se trouveraient sous cette puissance; ils sont tous agnats entre eux. Or, les descendants de filles ne se trouveraient point sous cette puissance, parce qu'ils sont tombés sous la puissance des maris de ces filles, ou sous celle des ascendants de ces maris; ne s'y trouveraient point non plus les fils émancipés, ni les enfants conçus de ces fils depuis l'émancipation; ne s'y trouveraient pas également les enfants donnés en adoption (d'après l'ancien droit), ni les enfants auxquels ceux-ci auraient donné l'existence depuis leur adoption.

L'on ne peut donc se rattacher à la puissance paternelle de l'auteur commun, si l'on descend d'une fille ou d'une petite-fille de cet auteur commun : voilà pourquoi le texte appelle agnats ceux qui descendent de cet auteur par mâles. Cette explication n'est ainsi donnée que par opposition aux descendants par femme, lesquels, comme tels, ne peuvent être agnats. Mais on peut être agnat sans descendre, même par mâles, de l'auteur commun; car les enfants pris en adoption par cet auteur commun sont agnats de tous les descendants de celui-ci, qui sont dans sa famille.

L'agnation, en effet, est une parenté fictive, consacrée par le droit civil. La parenté naturelle, celle qui vient du sang, s'appelle cognation.

** On entend, par conséquent, par cognats, tous les parents par le sang; quand ceux-ci se trouvent ou devraient se trouver sous la même puissance paternelle, ils sont en outre agnats. Ainsi on peut être cognat sans être agnat, et réciproquement, on peut être agnat sans être cognat; car le fils adoptif, émancipé par le père adoptif, cesse d'être agnat, mais il ne cesse pas d'être cognat, puisqu'il ne l'a jamais été (1).

(1) Ce qui prouve bien qu'il n'a jamais été cognat, c'est la combinaison du § 3 de ce titre et du § 10 du tit. 1. du liv. 3 des Inst.

§ II. Quod autem lex ab intestato vocat ad tutelam agnatos, non hanc habet significationem, si omnino non fecerit testamentum is, qui poterat tutores dare, sed si, quantum ad tutelam pertinet, intestatus decesserit. Quod tunc quoque accidere intelligitur, cum is, qui datus est tutor, vivo testatore decesserit.

§ 2. Quand on dit que la loi appelle les agnats à la tutelle lorsque le père est intestat, cela signifie qu'elle les appelle non-seulement lorsque le père de famille n'a pas fait de testament, mais encore lorsque, ayant fait un testament, il n'a pas disposé de la tutelle. Il en est de même quand le tuteur nommé par testament est mort avant le testateur.

* Il y a lieu à la tutelle légitime quand la tutelle testamentaire n'est pas possible. Or, elle n'est pas possible : 1° quand il n'a pas été fait de testament; 2° quand il a été fait un testament sans nomination d'un tuteur; 3° quand il a été fait un testament avec nomination d'un tuteur, mais que celui-ci est mort avant le testateur.

Si donc le père de famille a nommé par testament un tuteur qui est en démence, ou si la nomination est à terme ou sous condition, ou si le tuteur n'a pas vingt-cinq ans, ou s'il est momentanément empêché d'être tuteur, il n'y aura pas lieu à la tutelle légitime; on recourra à la tutelle dative jusqu'à l'arrivée du terme, de la condition ou de l'âge, ou jusqu'à ce que tout autre obstacle soit levé.

Mais on ne recourt pas à la tutelle dative quand il y a eu un tuteur testamentaire pendant un temps quelconque. Si donc il est nommé pour un certain temps, ou sous condition résolutoire, ou s'il est décédé quelque temps après avoir été investi de la tutelle, après le temps fixé, ou l'événement de la condition, ou le décès, il y aura lieu à la tutelle légitime; car il n'est plus possible de songer à une tutelle testamentaire.

§ III. Sed agnationis quidem jus omnibus modis capitis deminutione plerumque perimitur : nam agnatio juris est nomen. Cognationis vero jus non omnibus modis commutatur, quia civilis ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia vero non utique.

§ 3. Le droit d'agnation se perd ordinairement par toute déchéance d'état : car l'agnation est purement du droit civil. Quant à la cognation, elle ne se perd pas par toute déchéance d'état : en effet, les moyens civils peuvent détruire les effets civils, mais pas toujours les droits naturels.

** Le lien d'agnation, étant un lien purement civil, est dissout partout effet civil qui atteint l'état d'une personne comme membre d'une famille civile : ainsi, l'émancipation et la dation en adoption (anciennement), faisant sortir un enfant de la famille civile, le font cesser d'être l'agnat de ses anciens agnats. Par l'émancipation ou la dation en adoption, l'enfant éprouve ce que l'on appelle la petite déchéance d'état; il sort de sa famille; il en sort à plus forte raison quand il perd le droit de cité ou

celui de liberté. L'agnation se rompt donc par toute déchéance d'état; et si nous trouvons dans notre texte *plerumque*, cela tient à ce que, depuis Justinien, la dation en adoption ne fait plus perdre l'agnation que quand elle est faite à un aïeul paternel ou maternel.

## TITULUS XVI.

### DE CAPITIS DEMINUTIONE.

Pr. Est autem capitis deminutio prioris status commutatio. Eaque tribus modis accidit : nam aut maxima est capitis deminutio, aut minor, quam quidam mediam vocant, aut minima.

## TITRE XVI.

### DE LA DÉCHÉANCE D'ÉTAT.

Pr. On appelle déchéance d'état le changement qu'éprouve une personne relativement à son état antérieur. Il y a trois sortes de déchéances d'état : la grande, la moindre, que quelques-uns nomment moyenne, et la plus petite.

Voyez ce que nous avons dit plus haut du *status* ou du *caput*, p. 71.

* L'homme libre qui devenait esclave ne changeait pas d'état, puisqu'il tombait dans la classe de ceux qui n'en avaient pas; mais il éprouvait une déchéance d'état. Cela s'appelait la *maxima capitis minutio*.

** Le citoyen romain qui cessait de l'être pour devenir pérégrin, sans perdre la liberté, éprouvait un changement d'état, puisque de membre de la cité romaine, il n'était plus que membre d'une autre aggrégation d'hommes libres. Cela s'appelait *media capitis minutio*.

*** Le citoyen romain qui, sans cesser d'être citoyen, et par conséquent libre, abandonnait la position qu'il tenait dans une famille comme chef ou enfant, pour devenir membre ou chef dans une famille nouvelle, changeait ses rapports de famille, et éprouvait ce qu'on appelle *minima capitis minutio*.

D'après ce qui précède, on ne peut appliquer qu'aux deux dernières déchéances d'état la définition que le texte donne de la *capitis minutio*, savoir : *prioris status commutatio;* ce qui n'empêche pas la première d'être une déchéance, puisqu'on peut décheoir sans obtenir quelque chose en échange.

§ 1. Maxima est capitis deminutio, cum aliquis simul et civitatem et libertatem amittit. Quod accidit in his, qui servi pœnæ efficiuntur atrocitate sententiæ, vel liberti, ut ingrati circa patronos condemnati, vel qui ad pretium participandum se venundari passi sunt.

§ 1. Il y a grande déchéance d'état pour celui qui perd à la fois la cité et la liberté. C'est ce qui arrive à ceux qui encourent une condamnation tellement grave qu'ils deviennent esclaves de la peine, ou aux affranchis qui sont condamnés pour ingratitude envers leurs patrons, ou à ceux qui se sont laissé vendre pour partager le prix.

Le texte cite ici plusieurs exemples de grandes déchéances d'état ; mais il n'est pas limitatif. Deviennent esclaves, de libres qu'ils étaient, ceux qui encourent l'esclavage par suite d'une condamnation, pour ingratitude à l'égard de leur patron, pour s'être laissé vendre frauduleusement, afin de partager avec le vendeur le prix de la vente (1).

§ II. Minor sive media est capitis deminutio, cum civitas quidem amittitur, libertas vero retinetur. Quod accidit ei, cui aquæ et igni interdictum fuerit, vel ei, qui in insulam deportatus est.

§ 2. Il y a moyenne déchéance d'état pour celui qui perd la cité en conservant la liberté. C'est ce qui arrive lorsqu'on subit l'interdiction de l'eau et du feu, ou la déportation dans une île.

Le texte signale la déportation et l'interdiction de l'eau et du feu comme entraînant la perte du droit de cité romaine, tout en laissant subsister la liberté (2) ; cependant plusieurs textes semblent indiquer que ces deux peines entraînent la perte de la liberté (3). Mais il faut entendre ici une liberté pour ainsi dire civile, liée à la qualité de citoyen romain, tandis que notre paragraphe parle de la liberté du droit des gens.

Au reste, déjà du temps d'Auguste, ces deux peines se confondaient en une seule ; à cette époque, on commença à joindre la déportation à l'interdiction de l'eau et du feu (4) ; de sorte que, au siècle de Justinien, on donnait le nom de déportation aux deux peines.

§ III. Minima capitis deminutio est, cum et civitas et libertas retinetur, sed status hominis commutatur. Quod accidit in his, qui, cum sui juris fuerunt, cœperunt alieno juri subjecti esse, vel contra.

§ 3. Il y a petite d'échéance d'état pour celui qui, conservant la cité et la liberté, éprouve cependant un changement dans sa personne juridique. C'est ce qui a lieu pour ceux qui, étant *sui juris*, tombent sous la puissance d'un chef de famille, ou à l'inverse.

On éprouve la petite déchéance d'état quand on passe d'une famille dans laquelle on était chef, dans une autre famille de laquelle on devient membre en qualité d'enfant, par exemple, lorsqu'on se fait adroger. Il y a petite déchéance d'état par cela seul qu'on se trouve *changé* dans ses droits antérieurs, comme dans l'exemple qui vient d'être donné. Un fils de famille qui était émancipé, d'enfant d'une famille, devenait le

(1) Voyez plus haut, pag. 69.

(2) La déportation d'un Latin, comme celle d'un citoyen romain, emportait une *media capitis eminutio*. M. de Savigny, l. c. p. 63.

(3) LL. 13 et 5. § fin. D. 60. 13. L. 5. § fin. D. 1. 5. L. 17. § 6. D. 36. 1. L. 4. § 11. D. 38. 10. L. 2. C. 2. 16.

(4) Dio. LV. 20. LVI. 27.

chef d'une famille nouvelle, acquérait plus de droits qu'il n'en avait auparavant; mais, perdant ses anciens rapports d'agnation, il y avait encore pour lui déchéance d'état.

M. de Savigny, l. c. t. 2. p. 421-472, soutient, sur la *minima capitis minutio*, un système duquel il résulterait qu'elle fait toujours décheoir de la capacité juridique. Ainsi, d'après lui, l'émancipé, pour arriver à la *suitas*, a dû passer par le *mancipium*, par conséquent tomber de sa position juridique dans une position analogue à celle de l'esclave. Nous sommes obligés de repousser ce système : 1° parce que M. de Savigny est dans la nécessité de donner à Gaius, I. 162, un sens auquel le texte se prête bien difficilement. En effet, expliqué sans aucun effort, il signifie que le fils *in mancipio* qui sort de là par un affranchissement, éprouve une petite déchéance d'état : donc, en l'éprouvant, loin d'être diminué dans sa capacité juridique, il se trouve augmenté; 2° le second motif pour lequel l'opinion de M. de Savigny nous paraît inadmissible, est que, dans son système, il faut dire que le jurisconsulte Paul, qui vivait dans le beau siècle de la science, s'est mépris considérablement sur la définition de la *minima capitis minutio*, et qu'un savant de nos jours la comprend mieux. En effet, Paul (l. 3. pr. § 1 D. 4. 5.) dit que les fils de l'adrogé, qui passent avec lui sous la puissance paternelle de l'adrogeant, éprouvent une petite déchéance d'état comme l'adrogé. Cela s'explique fort bien d'après notre système, puisqu'ils jouent un rôle de fils de famille dans une famille nouvelle : ils ont rompu leurs anciens liens d'agnation pour en former d'autres; mais, pour arriver dans ces nouveaux rapports, ils n'ont pas traversé le *mancipium*, ils n'ont rien perdu, même momentanément, de leur capacité juridique. On comprend que ce texte devait beaucoup gêner M. de Savigny : aussi en conteste-t-il la doctrine.

Celui qui ne devenait chef de famille, de fils qu'il était, que par la mort de son père, n'éprouvait pas de petite déchéance d'état, parce que les anciens rapports de famille étaient maintenus; il restait l'agnat de ses anciens agnats : la grande famille subsistait toujours, elle n'avait fait que se subdiviser en autant de petites familles distinctes que la mort du chef avait laissé d'enfants *sui juris ;* et ces familles distinctes restaient groupées comme ayant encore au-dessus d'elles l'ancien chef décédé; tous les agnats restaient agnats (1).

§ IV. Servus autem manumissus

§ 4. Quant à l'esclave affranchi, il

(1) Le flamine *dialis* et la vestale sortaient de la puissance paternelle comme on en sort par la mort du chef de famille, c'est-à-dire sans déchéance d'état; par conséquent ils conservaient probablement leur agnation ancienne; mais ils ne pouvaient succéder à leurs anciens agnats, ni leur transmettre une succession *ab intestat :* cela tenait à leur caractère religieux. V. Gaius, I. 130. Ulp., X. 5. L. 3. § 4. D. 14. 6. Gaius, III. 114. Tac. Ann. IV. 16. Aul. Gell., I. 12.

capite non minuitur, quia nullum caput habuit.

n'est pas déchu d'état, puisqu'il n'avait pas de *caput* lorsqu'il était esclave.

L'esclave ne jouait aucun rôle ni dans la famille, ni dans la cité romaine, ni même dans aucune société d'hommes libres, puisqu'il n'était qu'une chose : il n'avait donc pas de *caput*. Quand il était affranchi, il acquérait un *caput ;* mais il n'était déchu de rien, on ne pouvait pas dire de lui qu'il fût *capite minutus* (1).

§ V. Quibus autem dignitas magis, quam status, permutatur, capite non minuuntur : et ideo senatu motum capite non minui constat.

§ 5. Ceux qui éprouvent un changement dans leur dignité plutôt que dans leur état, ne sont pas déchus d'état ; par conséquent le sénateur exclu du sénat n'est pas déchu d'état.

On ne regardait comme éléments constitutifs du *caput* romain que la liberté, la cité et la qualité de membre ou de chef d'une famille, parce que ces trois éléments se trouvaient communs à tous les citoyens. Mais il n'en était pas ainsi des dignités : celui qui, en étant revêtu, les perdait ensuite, n'était pas déchu d'état. Tel était le sénateur exclu du sénat.

§ VI. Quod autem dictum est, manere cognationis jus et post capitis deminutionem, hoc ita est, si minima capitis deminutio interveniat : manet enim cognatio. Nam si maxima capitis deminutio incurrat, jus quoque cognationis perit, ut puta servitute alicujus cognati, et nequidem, si manumissus fuerit, recipit cognationem. Sed etsi in insulam deportatus quis sit, cognatio solvitur.

§ VI. Quand on dit que la déchéance d'état ne fait pas perdre la cognation, on entend parler de la petite déchéance d'état. Mais la grande déchéance d'état fait perdre la cognation ; par exemple, celui qui devient esclave a cessé d'être cognat de ses anciens cognats ; et il ne le redevient pas même lorsqu'il est affranchi. Il rompt aussi ses rapports de cognation s'il est déporté dans une île.

---

(1) Niebuhr (t. 2. p. 460, 2me édit. all. t 1. 606 4me édit. all.) dit que chaque citoyen avait sur les tablettes du cens un chapitre (*caput*) qui lui était consacré. Il y figurait comme chef de famille, ou comme étant en puissance. Lorsqu'un citoyen perdait la cité, on biffait son nom : à plus forte raison en était-il de même lorsqu'il devenait esclave. Il était, dans ces deux cas, déchu de son chapitre (*capite minutus*). Lorsqu'un fils de famille était émancipé, on ôtait son nom du chapitre relatif à son père, et on lui consacrait un chapitre particulier. Lorsqu'un père de famille était donné en adrogation, on biffait son chapitre, puis on écrivait son nom et celui de ses enfants dans le chapitre de l'adrogeant. Quand un fils de famille était donné en adoption, on rayait son nom du chapitre de son père naturel, et on le reportait au chapitre de l'adoptant. Donc, dans toute *minima c. m.*, il y avait changement de *caput*. L'esclave figurait bien dans le chapitre de son maître, mais seulement comme chose du domaine qu iritaire. Quand il cessait de lui appartenir comme chose et devenait citoyen romain, il acquérait une *persona*, un *caput*, dans les tablettes du cens ; mais il n'était pas réellement déchu d'un ancien *caput*. Celui qui était dans le *mancipium* de quelqu'un figurait au chapitre de celui-ci, mais non pas comme esclave, puisque la capacité juridique ne lui manquait pas, elle ne faisait que sommeiller ; donc, quand il sortait du *mancipium*, on faisait figurer son nom dans un autre chapitre ; il était *capite minutus*.

* L'agnation, étant une parenté civile dans une famille, était dissoute par la perte de la liberté ou de la qualité de citoyen, puisqu'on ne pouvait être dans une famille sans être citoyen; elle était en outre dissoute par la plus petite déchéance d'état, puisque celle-ci faisait perdre les rapports de famille civile.

Quant à la cognation, à la parenté du sang, c'est la nature qui l'a faite, elle ne disparaissait point par un simple changement de famille civile, ni même par la perte de la cité ou de la liberté; car les esclaves eux-mêmes avaient une cognation qui était un obstacle au mariage (1). Mais, chez les Romains, la cognation pouvait donner des droits de succession: or, ces droits étaient perdus pour la personne qui cessait d'être membre de la cité; par conséquent la moyenne déchéance, et à plus forte raison la grande, faisaient perdre la cognation dans ce dernier sens.

Celui qui était devenu esclave de la peine, ou avait été déporté, perdait tous ses droits, l'agnation et la cognation civile. L'esclave de la peine, s'il était affranchi, devenait un nouvel homme libre; il ne recouvrait pas son ancienne personne, il ne rentrait pas dans ses anciens rapports d'agnation ou de cognation civile. Mais si cet esclave ou le déporté était restitué par le prince, il rentrait dans l'intégrité de ses droits (2).

§ VII. Cum autem ad agnatos tutela pertineat, non simul ad omnes pertinet, sed ad eos tantum, qui proximiore gradu sunt, vel si ejusdem gradus sint, ad omnes.

§ 7. Lorsqu'il y a lieu à la tutelle des agnats, elle n'appartient pas en même temps à tous les agnats, mais seulement à ceux d'entr'eux les plus proches en degré, ou à tous ceux qui sont du même degré.

La tutelle légitime, devant appartenir aux héritiers présomptifs du pupille, est dévolue aux agnats les plus proches; et si, au premier degré, il y en a plusieurs, elle appartient à tous. Il peut donc y avoir plusieurs tuteurs légitimes, de même qu'il peut y avoir plusieurs tuteurs testamentaires.

## TITULUS XVII.

### DE LEGITIMA PATRONORUM TUTELA.

Ex eadem lege duodecim tabularum libertorum et libertarum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet, quæ et ipsa legitima tutela vo-

## TITRE XVII.

### DE LA TUTELLE LÉGITIME DES PATRONS.

D'après la même loi des douze tables, la tutelle des affranchis appartenait aux patrons et aux enfants du patron : elle s'appelle aussi tutelle

(1) Voyez plus haut, p. 111.
(2) L. 1. § fin. L. 2. D. 37. 4. L. fin. § 4. C. 9. 51.

catur : non quia nominatim ea lege de hac tutela cavetur, sed quia perinde accepta est per interpretationem, atque si verbis legis introducta esset. Eo enim ipso, quo hereditates libertorum libertarumque, si intestati decessissent, jusserat lex ad patronos liberosve eorum pertinere, crediderunt veteres, voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere (cum et agnatos, quos ad hereditatem vocat, eosdem et tutores esse jussit) : quia plerumque, ubi successionis est emolumentum, ibi et tutelæ onus esse debet. Ideo autem diximus *plerumque* quia, si a femina impubes manumittatur, ipsa ad hereditatem vocatur, cum alius erit tutor.

légitime, non point parce qu'elle a été établie formellement par cette loi, mais parce que, par interprétation de cette loi, elle a été introduite comme si elle y avait été désignée. En effet, puisque cette loi appelait les patrons et leurs enfants à la succession *ab intestat* de leurs affranchis, les anciens reconnurent dans cette circonstance la volonté de les appeler à la tutelle des mêmes affranchis : avec d'autant plus de raison que les agnats n'obtenaient la tutelle légitime de leurs agnats que par le motif qu'ils avaient droit à leur succession *ab intestat*. Car ordinairement la charge de la tutelle doit incomber à ceux à qui doit revenir l'émolument de la succession. Nous disons ordinairement, parce que si c'est une femme qui affranchit un esclave impubère, elle en aura la succession *ab intestat* et non la tutelle.

*L'affranchi n'avait aucune famille ; il ne pouvait qu'en commencer une : s'il était impubère, sa tutelle ne pouvait donc appartenir à ses agnats, puisqu'il n'en avait point. Mais, de même que la loi des XII Tables attribuait la tutelle aux plus proches agnats de l'impubère, parce qu'ils étaient ses héritiers présomptifs, de même les prudents, se fondant sur l'analogie, attribuaient la tutelle de l'affranchi à son patron ou aux enfants du patron, parce que le patron et les enfants de celui-ci avaient droit à son hérédité.

La règle de la loi des XII Tables voulait que la tutelle appartînt à l'héritier présomptif; mais lorsque l'hérédité devait advenir à une femme, on dérogeait à cette règle, parce qu'une femme ne pouvait remplir une fonction publique, et par conséquent être tutrice. Dans ce cas, la tutelle passait à l'agnat ultérieur, quoiqu'il ne fût pas héritier présomptif.

## TITULUS XVIII.

### DE LEGITIMA PARENTUM TUTELA.

Exemplo patronorum recepta est et alia tutela, quæ et ipsa legitima

## TITRE XVIII.

### DE LA TUTELLE LÉGITIME DES ASCENDANTS.

A l'exemple de la tutelle des patrons, on en a admis une autre qui est

vocatur. Nam si quis filium aut filiam, nepotem aut neptem ex filio, et deinceps impuberes emancipaverit, legitimus eorum tutor erit.

aussi légitime. En effet celui qui a émancipé son fils ou sa fille, son petit-fils ou sa petite-fille par son fils, ou d'autres descendants impubères, en est le tuteur légitime.

* De même que les prudents attribuèrent la tutelle des affranchis aux patrons, par analogie de ce qu'avait dit la loi des XII Tables relativement aux agnats seulement, de même, par une seconde analogie, ils attribuèrent la tutelle de l'émancipé impubère à son ascendant émancipateur. D'après ce qui a été dit plus haut (p. 136), l'émancipation était produite par la *cessio in jure*, de la même manière que l'affranchissement d'un esclave par la *vindicte*. L'émancipateur ressemblait donc à un patron, et, à cause de cette ressemblance, il devait avoir la tutelle légitime de l'émancipé impubère.

** Les ascendants émancipateurs qui devenaient tuteurs de l'émancipé s'appelaient *fiduciaires et légitimes*.

Qu'entendait-on par tuteurs fiduciaires? en quoi différaient-ils du tuteur légitime proprement dit? c'est ce qu'il faut expliquer en peu de mots.

On appelait *fiduciaire* l'acheteur de l'enfant qui, ne l'ayant pas remancipé au père, le rendait lui-même *sui juris* par la *cessio in jure*; on donnait le même nom à l'étranger qui, l'ayant acheté de cet acheteur immédiat, le rendait *sui juris* (1); le père à qui son fils avait été remancipé, et qui le rendait *sui juris*, portait aussi le nom de *fiduciaire*. (2) Le motif pour lequel ces trois espèces de tuteurs s'appelaient *fiduciaires*, était qu'ils n'étaient pas devenus acheteurs de l'enfant sérieusement, mais pour la forme seulement et pour un instant. La puissance appelée *mancipium* n'avait été établie que dans la vue d'arriver à l'émancipation aussitôt après : le *mancipium* n'avait donc été constitué que de confiance. Il intervenait une convention au moins tacite, d'après laquelle l'acheteur devait émanciper, que cet acheteur fût un étranger ou non : cette convention s'appelait *pacte de fiducie*. On appelait aussi pacte de fiducie la convention par laquelle l'acheteur promettait au père de lui remanciper son enfant, afin que lui-même pût l'émanciper. Ainsi, le pacte de fiducie pouvait avoir deux objets : que ce fût le père ou l'acheteur qui émancipât l'enfant, il y avait *contracta fiducia*. Voilà le motif de la désignation générale de *tuteur fiduciaire*, attribuée, soit à l'étranger, soit au père lui-même. Voyons pourquoi ce dernier s'appelait aussi légitime.

---

(1) Ulp. fr. XI. 5.
(2) Gaius, I. 172.

L'acheteur de l'enfant de famille qui émancipait ce dernier, n'était que tuteur fiduciaire, parce qu'il n'avait eu, avant l'émancipation, qu'un *mancipium* non sérieux, pour la forme. Il n'était pas raisonnable qu'il fût mis absolument sur la même ligne que le patron d'un affranchi qui avait eu sur celui-ci une puissance dominicale proprement dite; aussi cet émancipateur pour la forme n'avait-il aucun droit de succession sur l'émancipé, n'était-il pas son tuteur *légitime*. Mais il en était autrement du père émancipateur : si, au moment où il allait procéder à l'émancipation de son enfant, il n'avait sur celui-ci qu'un *mancipium* non sérieux, c'est qu'il avait échangé une puissance paternelle réelle et sérieuse contre ce *mancipium* non sérieux; au fond, il n'avait épuisé cette puissance que pour arriver à l'émancipation. Lorsqu'il émancipait son enfant, le père avait donc fait le sacrifice véritable d'une puissance, de la paternelle; il était donc rationnel de le placer sur la même ligne que le patron proprement dit, de lui accorder la succession de l'émancipé, de le regarder comme tuteur *légitime* (1).

Depuis Justinien, le père émancipateur devait, dans tous les cas, être regardé comme le tuteur légitime de l'émancipé impubère, avec d'autant plus de raison, que cet enfant ne passait plus par le *mancipium* pour arriver à l'émancipation, qu'il arrivait à celle-ci immédiatement, en vertu de la volonté du père constatée par le magistrat.

## TITULUS XIX.

### DE FIDUCIARI TUTELA.

Est et alia tutela, quæ fiduciaria appellatur. Nam si parens filium vel filiam, nepotem vel neptem, vel deinceps impuberes manumiserit, legitimam nanciscitur eorum tutelam; quo defuncto si liberi virilis sexus extant, fiduciarii tutores filiorum suorum, vel fratris, vel sororis, et ceterorum efficiuntur. Atqui patrono legitimo tutore mortuo, liberi quoque ejus legitimi sunt tutores : quoniam filius quidem defuncti, si non esset à vivo patre emancipatus, post obitum ejus sui juris efficeretur, nec in fratrum potestatem recideret, ideoque nec in tutelam; libertus autem, si servus

## TITRE XIX.

### DE LA TUTELLE FIDUCIAIRE.

Il y a une autre tutelle que l'on appelle fiduciaire. Si un ascendant a émancipé son fils ou sa fille, son petit-fils ou sa petite-fille, ou d'autres descendants, il en sera tuteur légitime. Mais à la mort de cet ascendant, ses enfants mâles seront tuteurs fiduciaires de l'émancipé, frère ou sœur ou autre descendant. Cependant, à la mort du patron, tuteur légitime de l'affranchi, les enfants du patron sont aussi les tuteurs légitimes de l'affranchi. C'est parce que, si le fils de l'ascendant émancipateur n'eût pas été émancipé, il ne serait pas tombé, à la mort de cet ascendant, sous la puis-

(1) C'est une erreur de croire que l'acheteur de l'enfant, qui l'avait émancipé, était tuteur *à la fois légitime et fiduciaire*.

mansisset, utique eodem jure apud liberos domini post mortem ejus futurus esset. Ita tamen hi ad tutelam vocantur, si perfectæ ætatis sint. Quod nostra constitutio generaliter in omnibus tutelis et curationibus observari præcepit.

sance de ses frères, par conséquent il ne doit pas se trouver sous leur tutelle légitime; tandis que l'affranchi, s'il n'avait pas reçu de son maître le bénéfice de la liberté, serait tombé, à la mort de celui-ci, sous la puissance dominicale de ses enfants. Dans tous les cas, les frères de l'émancipé ne seront ses tuteurs fiduciaires que s'ils sont majeurs de vingt-cinq ans, âge que notre constitution exige pour toute tutelle ou curatelle.

Nous avons expliqué au titre précédent ce que l'on doit entendre en général par tuteurs fiduciaires; en déterminant les diverses hypothèses de tutelle fiduciaire, nous n'avons point parlé des enfants de l'émancipateur, à qui notre texte donne aussi cette qualification. Il faut en dire un mot, et expliquer l'enchaînement des idées de Justinien à ce sujet.

*Les enfants du patron étaient les tuteurs légitimes de l'affranchi impubère, parce qu'ils avaient droit à sa succession; et ils avaient droit à sa succession, parce que, si leur père n'avait pas procédé à l'affranchissement, ils auraient hérité d'une puissance dominicale sur l'affranchi. N'héritant pas de cette puissance par le fait de l'affranchissement, ils devaient hériter du droit à son patrimoine pour le cas de décès sans enfants. Mais il en est autrement des anciens agnats de l'émancipé restés sous la puissance paternelle : quand même l'émancipation n'eût pas eu lieu, quand même cet agnat fût resté *in mancipio* à la mort du père, ils l'auraient eu dans un *mancipium* non sérieux, destiné à servir de passage à l'émancipation; ils auraient été dans la position de l'étranger acheteur : ils ne devaient donc avoir aucun droit à la succession de l'émancipé, puisque ce droit n'aurait pu être la compensation d'une véritable puissance perdue; ils n'étaient donc pas tuteurs légitimes, mais uniquement fiduciaires, à la différence des enfants du patron, qui, sans l'affranchissement, auraient eu la puissance dominicale.

Le père émancipateur, en donnant la *suitas* à son enfant, l'avait fait sortir aussi d'un *mancipium* non sérieux; mais, comme il avait sacrifié réellement la puissance paternelle pour arriver là, pour lui on allait plus loin, toutefois *ad honorem* seulement, on lui donnait le droit de succession, la tutelle légitime. Le père de celui qui avait été émancipé par l'aïeul avait bien manqué à acquérir la puissance paternelle à la mort de l'aïeul, par l'effet de cette émancipation; mais il n'en avait pas fait le sacrifice. D'un autre côté, la *cessio in jure*, qui avait produit l'émancipation, ne lui avait fait perdre qu'un *mancipium* non sérieux : les considérations n'étaient donc pas aussi puissantes que pour l'éman-

cipateur ; il n'était pas tuteur légitime *ad honorem ;* il restait dans la catégorie des tuteurs fiduciaires.

Au reste, sous Anastase, les frères de l'émancipé eurent le droit de lui succéder *ab intestat :* ils purent dès-lors être considérés comme tuteurs légitimes, avec d'autant plus de raison, que les fictions étaient tombées en désuétude.

Dans la dernière partie du texte, Justinien nous avertit que, d'après une constitution qu'il a édictée (1), la tutelle ou la curatelle ne pourra appartenir qu'aux personnes âgées de vingt-cinq ans. Avant lui, la tutelle légitime appartenait aux agnats même impubères; seulement ils pouvaient se faire excuser pour le temps de leur minorité (2).

## APPENDICE.

*Tutelle testamentaire.* — Le père de famille pouvait nommer un tuteur par testament, même à la femme de son fils, ou à sa propre femme lorsqu'elle était *in manu ;* et cette tutelle était perpétuelle (3). Un mari pouvait aussi donner par testament à sa femme *in manu* le droit de choisir un tuteur, *tutoris optio* (4). Dans ce cas, la femme pouvait choisir un tuteur ou pour tous ses biens, ou pour certains objets particuliers. Quand elle avait le droit de choisir un tuteur aussi souvent qu'elle le voulait, c'est-à-dire, quand le droit de choisir un tuteur n'était pas limité par le testateur, la *tutoris optio* s'appelait *plena* ; si elle était limitée, elle prenait le nom d'*angusta*. Cette tutelle apparut chez les Romains vers l'an 566 (5). Le tuteur ainsi choisi s'appelait *optivus*, par opposition au tuteur nommé dans le testament lui-même, et qui prenait le nom de *testamento datus* ou de *dativus* (6). De cette manière un mari mettait sa femme à l'abri de la rapacité de ses tuteurs légitimes.

*Tutelle légitime.* — Cette tutelle légitime appartenait aux agnats, et, à défaut d'agnats, probablement aux *gentiles*, comme la succession (7). Cette tutelle s'appliquait non-seulement aux impubères, mais encore aux femmes : pour celles-ci elle était perpétuelle. Quoique cette tutelle fût déférée à cause du droit de succession, les femmes agnates n'étaient pas tutrices : ainsi le droit à l'hérédité pouvait ne pas être accompagné du droit à la tutelle : réciproquement on pouvait avoir droit à la tutelle légitime sans avoir droit à l'hérédité (8) ; si le premier degré d'agnats était rempli par des femmes, celles-ci venaient à l'hérédité, et c'étaient les agnats mâles d'un degré ultérieur qui étaient investis du droit à la tutelle. De même, si celui qui avait

---

(1) L, 5. C. 5. 30,

(2) V. *infra*, Inst., I. 25. § 15.

(3) Gaius, I. 144–149. Ulp., XI. 15. Vat., fr. § 229.

(4) Gaius, I. 150–155.

(5) Zimmern, t. I. § 233. note 9.

(6) Gaius, I. 154.

(7) Gaius a dû parler des *gentiles* à l'occasion de la tutelle ; et c'est sans doute à cet endroit qu'il renvoie III. 17.

(8) L. 1. § 5. D. 26. 4.

un esclave seulement *in bonis*, l'affranchissait, il avait tous les avantages du patronat, moins la tutelle ; elle appartenait à celui qui avait sur l'esclave le *jus quiritium* (1). — Les tuteurs légitimes des femmes pouvaient, tout en restant tuteurs de droit, céder la tutelle à une autre personne, qui prenait le nom de *cessitius tutor* ; cette tutelle cédée s'appelait *cessitia tutela* (2) ; elle suivait le sort de la tutelle de droit conservée par le cédant : si le tuteur agnat éprouvait une déchéance quelconque, s'il mourait, la *cessitia tutela* disparaissait, et la tutelle légitime passait à l'agnat ultérieur.

La femme pouvait échapper à une tutelle légitime en se mancipant à quelqu'un, qui ensuite l'affranchissait du *mancipium* et devenait son tuteur fiduciaire (3). Si elle avait un tuteur avant sa mancipation, elle ne pouvait se manciper ainsi qu'avec l'autorisation de ce tuteur ; celui-ci s'interposait volontiers quand il s'apercevait que le tuteur légitime, qui aurait dû lui succéder dans la tutelle, était capable d'en abuser.

La tutelle des agnats sur les femmes ingénues fut supprimée par Claude en 797 (4).

Quant au tuteur testamentaire ou datif des femmes pubères, ses fonctions ne pouvaient guères entraver celles-ci dans l'administration de leurs affaires. Ce tuteur ne gérait pas; il n'autorisait la femme que pour la forme; et souvent il etait contraint de l'autoriser ; de sorte qu'il n'était soumis à aucune responsabilité (5).

## TITULUS XX.

### DE ATILIANO TUTORE, ET EO, QUI EX LEGE JULIA ET TITIA DABATUR.

Pr. Si cui nullus omnino tutor fuerat, ei dabatur in urbe quidem Roma a prætore urbano et majore parte tribunorum plebis, tutor ex lege Atilia, in provinciis vero a præsidibus provinciarum ex lege Julia et Titia.

## TITRE XX.

### DU TUTEUR ATILIEN ET DU TUTEUR DONNÉ EN VERTU DE LA LOI JULIA ET TITIA.

Pr. Celui qui n'a absolument aucun tuteur, en obtient un, à Rome, du préteur urbain et de la majeure partie des tribuns de la plèbe, en vertu de la loi Atilia, et, dans les provinces, des présidents des provinces, en vertu de la loi Julia et Titia.

* On appelle tuteur datif celui qui est donné par les magistrats : anciennement ce nom indiquait aussi le tuteur *donné* par testament.

Le tuteur datif s'appelait aussi Atilien quand il était donné à Rome, et Juliotitien quand il était donné dans les provinces. Le premier nous vient de la loi *Atilia*, rendue vers l'année 566 (6), pour les tuteurs datifs

(1) Gaius, I. 167.
(2) Gaius, I. 168-171. Ulp., XI. 6-8. XIX. 11.
(3) Gaius, I. 195. 115.
(4) Dioclétien y fait encore allusion. Vat., fr. 325 et 327.
(5) Gaius, I. 190-192.
(6) V. Schrader, *hic*. Tit. Liv. XXXIX. 9.

de Rome ; le second, de la loi *Julia et Titia*, rendue en 723, pour les tuteurs datifs des provinces.

Il avait fallu une loi pour conférer aux magistrats le droit de donner des tuteurs ; car la nomination d'un tuteur ne se rattachait essentiellement ni à la *jurisdictio* ni à l'*imperium* (1).

* Le tuteur, à Rome, était nommé par le magistrat et la majeure partie des tribuns, lesquels étaient au nombre de dix. Ici les tribuns se présentent avec un caractère tout particulier, puisque la majorité faisait loi à la minorité, tandis que, dans les autres circonstances, le *veto* d'un seul tribun paralysait la volonté des autres.

** Dans les provinces, le tuteur était nommé par le président.

§ I. Sed et, si testamento tutor sub condicione, aut die certo datus fuerat, quamdiu condicio aut dies pendebat, ex hisdem legibus tutor dari poterat. Item si pure datus fuerat, quamdiu nemo ex testamento heres existat, tamdiu ex hisdem legibus tutor petendus erat, qui desinebat tutor esse, si condicio extiterit, aut dies venerit, aut heres extiterit.

§ 1. Un tuteur pouvait être aussi donné, en vertu de ces lois, lors même qu'il y avait un tuteur testamentaire, mais nommé sous condition ou à terme, jusqu'à l'arrivée de la condition ou du terme. Il en était de même lorsque le tuteur testamentaire avait été nommé purement et simplement, tant que l'héritier n'avait pas fait adition d'hérédité. Et ce tuteur datif cessait d'être tuteur lorsque la condition était accomplie, ou lorsque le terme était arrivé, ou lorsqu'il y avait adition d'hérédité.

*** Il y avait lieu à la tutelle dative : 1° lorsqu'il n'existait ni tuteur testamentaire ni tuteur légitime ; 2° lorsque le tuteur nommé par testament ne pouvait pas encore être investi de la tutelle, soit parce que le testament n'avait pas encore été rendu efficace par l'adition d'hérédité, soit parce que la tutelle testamentaire avait été donnée à terme ou sous condition. La tutelle dative était de sa nature irrévocable, elle ne devait cesser que par l'un des modes qui seront indiqués plus loin ; mais, comme la volonté du testateur devait dominer toute autre disposition, comme, du reste, la tutelle dative n'était que subsidiaire, cette dernière cessait du moment que l'hérédité était acceptée, ou dès l'arrivée du terme ou l'accomplissement de la condition de la tutelle testamentaire.

§ II. Ab hostibus quoque tutore capto, ex his legibus tutor petebatur, qui desinebat esse tutor, si is, qui captus erat, in civitatem reversus

§ 2. Il y avait aussi lieu à tutelle dative, en vertu de ces lois, quand le tuteur testamentaire était fait prisonnier. Et si ce dernier revenait

(1) L. 6. § 2. D. 26 1.

fuerat : nam reversus recipiebat tutelam jure postliminii.

dans sa patrie, comme ce retour lui faisait recouvrer, à cause du *jus postliminii*, la tutelle dont il avait été investi, le tuteur datif cessait ses fonctions.

§ III. Sed ex his legibus tutores pupillis desierunt dari, posteaquam primo consules pupillis utriusque sexus tutores ex inquisitione dare cœperunt, deinde prætores ex constitutionibus. Nam suprascriptis legibus neque de cautione a tutoribus exigenda, rem salvam pupillis fore, neque de compellendis tutoribus ad tutelæ administrationem quicquam cavetur.

§ 3. Mais on cessa de nommer des tuteurs d'après ces lois, lorsque les consuls commencèrent à donner des tuteurs, sur enquête, à des pupilles de l'un et de l'autre sexe, et ensuite les préteurs, en vertu de constitutions. En effet ces lois n'exigeaient pas des tuteurs une garantie pour leur bonne administration, et elles ne les forçaient pas d'accepter la tutelle qui leur était imposée.

* On trouva des inconvénients à suivre ces deux lois. Quant à la loi Atilia, il était assez gênant de ne pouvoir nommer des tuteurs qu'avec la majorité des tribuns; on finit par supprimer la condition de leur intervention. Ensuite ces deux lois avaient omis d'imposer aux tuteurs l'obligation de donner caution d'une bonne administration (*rem salvam pupillo fore*), et de préciser pour ces tuteurs l'obligation d'accepter la tutelle; les constitutions impériales vinrent donc modifier ces deux lois et y faire des additions (1). Aussi l'empereur Claude, qui supprima la tutelle perpétuelle des femmes, commença à décider que les tuteurs pourraient être nommés par les consuls (2), d'après une enquête à laquelle ils procèderaient, relativement à la moralité et à la solvabilité du tuteur à donner; ce qui n'ôtait pas au préteur le droit qu'il avait obtenu de la loi Atilia, de donner aussi des tuteurs, droit qui fut confirmé par des constitutions (3), et accordé en outre à un préteur spécial appelé préteur tutélaire (4).

§ IV. Sed hoc jure utimur, ut Romæ quidem præfectus urbi, vel prætor secundum suam jurisdictionem, in provinciis autem præsides ex inquisitione tutores crearent, vel magistratus jussu præsidum, si non sint magnæ pupilli facultates.

§ 4. Nous avons admis que, à Rome, le préfet de la ville ou le préteur, chacun suivant sa juridiction, et, dans les provinces, les présidents nommeraient des tuteurs sur enquête, ou que ces tuteurs seraient nommés, avec autorisation des présidents, par les magistrats des villes, lorsque la fortune des pupilles ne serait pas considérable.

---

(1) Gaius, I. 185. 195. Ulp., fr. XI. 18.
(2) Suét. Claud. 23.
(3) Capitol. Marco 10. Vat., fr. 244.
(4) L. 3. 5. 6. § 13. L. 9. D. 27. 1. Vat., fr. 253-56-58. 244 - 45. Plus tard, le préteur

Les coutumes amenèrent ce résultat, que, à Rome, le préfet de la ville ou le préteur nommait les tuteurs, chacun dans l'étendue de sa juridiction, et dans les provinces, les présidents, après enquête.

Il y avait donc à Rome deux sortes de magistrats qui nommaient les tuteurs, le préfet et le préteur, suivant les personnes, et non suivant le territoire. Le premier nommait les tuteurs à des pupilles d'une classe distinguée (1); l'un et l'autre nommaient les tuteurs après enquête (2), de même que les présidents des provinces.

Quant aux magistrats des villes municipales, ils n'avaient le droit de nommer des tuteurs que d'après une permission préalable des présidents; et encore fallait-il que la fortune des pupilles ne fût pas considérable. Le même droit appartenait aux *defensores*, dans les villes qui n'étaient pas municipales.

§ V. Nos autem per constitutionem nostram et hujusmodi difficultates hominum resecantes, nec expectata jussione præsidum, disposuimus, si facultas pupilli vel adulti usque ad quingentos solidos valeat, defensores civitatum (una cum ejusdem civitatis religiosissimo antistite, vel apud alias publicas personas) vel magistratus, vel juridicum Alexandrinæ civitatis, tutores vel curatores creare, legitima cautela secundum ejusdem constitutionis normam præstanda, videlicet eorum periculo, qui eam accipiunt,

§ 5. Par notre constitution, nous avons cherché à tarir la source des difficultés que ces distinctions pouvaient faire naître; nous avons en conséquence décidé que, quand la fortune des pupilles ou des adultes n'excédera pas cinq cents solides, les tuteurs ou curateurs pourront être nommés, sans permission préalable du président, par les défenseurs des cités conjointement avec l'évêque, et par les autres personnes publiques, telles que les magistrats municipaux ou le *juridicus* d'Alexandrie; mais à la condition que ces magistrats, conformément à notre constitution, exigeront la caution de solvabilité et en seront garants.

*Justinien supprima, pour les magistrats des villes, l'obligation de se faire autoriser préalablement à la nomination d'un tuteur, par le président de la province, mais pourvu que la fortune du pupille ne dépassât pas cinq cents solides (3). Ces magistrats, ne nommant pas après une

---

tutélaire fut supprimé; il n'en est plus question à l'époque de Justinien. Le préteur tutélaire avait été établi par Antonin, qui avait supprimé pour les consuls le droit de nommer les tuteurs. Ulpien a fait un livre particulier sur le préteur tutélaire. L. 6. § 13. D. 27. 1. Vat., fr. 232. L. 5. 5. 9. D. 27. 1.

(1) V. Théoph. *hic*, qui dit que le préfet nommait des tuteurs aux enfants de patriciens et de personnes illustres.

(2) L'enquête avait été introduite par Claude. L. 2. pr. D. 26. 5.

(3) Un solide de Justinien valait un écu d'or ancien, c'est-à-dire 22 fr. 50 c.; cinq cents solides feraient à peu près 11,250 fr. de notre époque.

enquête, devaient, comme auparavant, exiger un répondant de la part du tuteur qu'ils nommaient, et étaient garants de la solvabilité de ce répondant.

Or, ces magistrats des villes étaient : 1° dans les municipes, les duumvirs; 2° dans les autres villes, les *defensores ;* 3° à Alexandrie, le magistrat spécial appelé *juridicus*. Le *defensor*, pour la nomination, devait s'entendre avec l'évêque et les autres autorités du lieu (1).

§ VI. Impuberes autem in tutela esse, naturali juri conveniens est, ut is, qui perfectæ ætatis non sit, alterius tutela regatur.

§ 6. Il est conforme au droit naturel que les impubères soient en tutelle; car celui qui est d'un âge à ne pouvoir se diriger, doit être dirigé par un autre.

Il est conforme à la raison que ceux qui, à cause de leur trop grande jeunesse, ne peuvent diriger ni leur personne ni leurs biens, soient placés sous la direction et la protection d'une autre personne plus mûre : la tutelle des impubères, quoique organisée par le droit civil, était donc conforme au droit des gens. Mais il n'en était pas de même de la tutelle perpétuelle des femmes : celle-ci n'avait été établie par le droit civil que pour empêcher les femmes pubères de disposer de leurs biens, et même de faire un testament (2) sans la volonté de ceux qui espéraient leur succession.

§ VII. Cum igitur pupillorum pupillarumque tutores negotia gerunt, post pubertatem tutelæ judicio rationem reddunt.

§ 7. Mais les tuteurs qui ont administré la fortune des pupilles doivent rendre, à ceux-ci devenus pubères, compte de leur administration.

*Les tuteurs des pupilles, étant chargés de la personne et des biens, doivent rendre compte de leur gestion : pour les y contraindre, les pupilles, devenus pubères, ont contre eux l'action de tutelle directe (*tutelæ judicio.*)

## TITULUS XXI.

### DE AUCTORITATE TUTORUM.

Pr. Auctoritas autem tutoris in quibusdam causis necessaria pupillis est, in quibusdam non est necessaria. Ut ecce, si quid dari sibi stipuletur, non est necessaria tutoris auctoritas; quod si aliis pupilli promittant, ne-

## TITRE XXI.

### DE L'AUTORISATION DES TUTEURS.

Pr. L'autorisation du tuteur est nécessaire aux pupilles dans certains cas, et dans d'autres elle ne l'est pas. Par exemple, si un pupille veut se faire promettre par quelqu'un, il n'a pas besoin d'autorisation ; mais il en

(1) Schrader, *hic.*
(2) Gaius, I. 192.

cessaria est : namque placuit, meliorem quidem suam condicionem licere eis facere, etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter, quam tutore auctore. Unde in his causis, ex quibus mutuæ obligationes nascuntur, in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem, qui cum his contrahunt, obligantur; at invicem pupilli non obligantur.

a besoin s'il veut lui-même promettre à autrui; on a admis, en effet, qu'il pouvait, sans autorisation, rendre sa condition meilleure; mais qu'il ne peut la rendre pire sans y être autorisé. D'où la conséquence que, dans les hypothèses où doivent naître des obligations réciproques, comme dans la vente, le louage, le mandat et le dépôt, si un pupille a figuré comme partie, sans y être autorisé par son tuteur, ceux qui auront contracté avec lui seront obligés; mais le pupille ne le sera pas.

* L'autorité du tuteur (*auctoritas*) consiste à compléter par sa présence la capacité du pupille agissant. Le pupille peut être : 1° totalement incapable de faire un acte, même avec l'autorisation du tuteur; 2° incapable de faire un acte sans cette autorisation; 3° capable de le faire sans autorisation.

** Le pupille est totalement incapable d'agir, même avec autorisation, lorsqu'il est incapable de comprendre ce qu'il fait. Pour la stipulation, où c'est la parole principalement qui fait le contrat, il suffit que le pupille puisse prononcer des paroles, quand même il ne serait pas arrivé à l'âge de discernement, sept ans. Lorsque le pupille est totalement incapable d'agir, le tuteur le remplace; mais alors le tuteur n'interpose pas son autorité, il ne complète pas la capacité du pupille; il agit seul comme mandataire, à peu près comme le tuteur du droit français (1). Il y avait certains actes dans lesquels les tuteurs ne pouvaient pas figurer seuls comme mandataires; c'était dans les actes solennels, spécialement pour l'adition d'hérédité (2). Théodose et Valentinien permirent au tuteur de faire adition d'hérédité pour l'*infans* (3) : avant cela, il fallait donc attendre que le pupille ne fût plus *infans*.

*** Le pupille pouvait agir, mais seulement avec autorisation, lorsqu'il s'obligeait; le lien d'obligation ne pouvait naître qu'autant que sa personne était complétée par la présence du tuteur, quand même il aurait compris la portée de son obligation, parce qu'ici il tendrait à diminuer son patrimoine, à se constituer un passif, en un mot, à rendre

(1) C. civ. 450.

(2) Le tuteur, dans l'origine, ne pouvait agir seul; on se relâcha de cette rigueur pour les actes non solennels, et même pour les procès. Ici le tuteur put figurer comme *procurator* avec tous les effets d'un *cognitor*. Voyez la traduction de Zimmern, p. 469 et 470. note 8. Pour l'adrogation, la manumission, la stipulation, l'acceptilation, il fallait toujours la présence du pupille.

(3) L. 3. C. 7. 4. L. 6. C. 7. 2. L. 24. D. 40. 2. L. 15. § 10. D. 46. 4.

sa condition pire. Si donc il stipulait seul, il avait action contre le promettant capable; s'il promettait seul dans une stipulation, on ne pouvait le contraindre à l'exécution; mais s'il s'engageait dans un contrat synallagmatique, par exemple si, dans une vente, il s'obligeait à livrer sans l'autorisation de son tuteur, il ne pouvait être contraint à faire la livraison; toutefois si lui-même demandait le prix comme se l'étant fait promettre, sans vouloir faire la livraison, il échouait dans sa prétention, parce que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. S'il avait livré l'objet vendu, son tuteur pouvait le revendiquer, parce que le pupille n'avait pu l'aliéner. S'il avait reçu le prix, il devait rendre tout ce qui avait tourné à son profit. S'il avait accepté un mandat, il n'était pas soumis à l'action de ce mandat, quoiqu'il dût rendre tout ce qu'il avait dans les mains provenant de la chose du mandant. Mais il avait l'action de mandat contraire, parce qu'il avait pu obliger le mandant.

* Le pupille ayant discernement pouvait agir seul pour obliger d'autres personnes envers lui : c'est ce qu'on appelle rendre sa condition meilleure.

§ I. Neque tamen hereditatem adire, neque bonorum possessionem petere, neque hereditatem ex fideicommisso suscipere aliter possunt, nisi tutoris auctoritate, quamvis lucrosa sit, neque ullum damnum habeat.

§ 1. Toutefois, les pupilles ne peuvent, sans l'autorisation de leur tuteur, faire adition d'hérédité, demander une possession de biens, réclamer une hérédité fidéicommissaire, quoique ces successions soient avantageuses et ne présentent aucune chance de perte.

** Le pupille, ayant discernement, quoique pouvant rendre sa condition meilleure, ne pouvait ni faire adition d'hérédité civile (*hereditatem adire*), ni obtenir une hérédité prétorienne (*bonorum possessionem*), ni recevoir une hérédité fidéicommissaire (1), sans l'autorisation de son tuteur, même en supposant que cette hérédité ne fût qu'avantageuse, et n'exposât le pupille à aucune chance de perte. Il en était de même, à plus forte raison, de la *cretio* (2), puisque celle-ci était un acte solennel; quant à l'adition d'hérédité ordinaire du droit civil ou du droit prétorien, le motif était qu'il s'agissait d'un acte d'une grave importance. Pour l'acceptation d'hérédité, le pupille avait besoin, quoique s'enrichissant, d'autre chose que du discernement; il lui fallait la maturité du jugement (*animi judicium*). Or, il ne pouvait l'avoir suffisamment tant qu'il était impubère; par conséquent, s'il acceptait une hérédité sans l'autorisation de son tuteur, cette acceptation était radi-

(1) V. Inst., II. 23.
(2) Gaius, II. 164-175.

calement nulle. Le pupille, institué héritier par celui qui exerçait sur lui la puissance paternelle, était héritier nécessaire; il n'avait pas besoin d'accepter, il devenait héritier sans adition, sans autorisation de son tuteur.

§ II. Tutor autem statim, in ipso negotio præsens, debet auctor fieri, si hoc pupillo prodesse existimaverit. Post tempus vero, aut per epistolam interposita auctoritas nihil agit.

§ 2. Le tuteur, lorsqu'il juge qu'il est de l'intérêt du pupille de l'autoriser, ne doit donner son autorisation qu'au moment même où l'affaire se passe; il ne pourrait l'autoriser après ou par lettre.

* L'autorisation des tuteurs devait être concomitante de l'acte du pupille; elle ne pouvait ni précéder, ni suivre cet acte, ni être tacite; il fallait même qu'elle fût donnée par le tuteur en personne : une autorisation par écrit n'aurait pas suffi. En outre, l'autorisation devait être pure et simple, quand même l'acte du pupille aurait été lui-même conditionnel (1). Le tuteur n'interposait son autorité que s'il le voulait (*si... existimaverit*); il ne pouvait y être contraint, comme pouvait y être contraint le tuteur d'une femme pubère (2).

Le tuteur simplement honoraire ne pouvait autoriser le pupille valablement, si ce n'est pour une adition d'hérédité (3).

Le motif pour lequel l'autorisation devait être donnée par le tuteur en personne, sans condition et au moment même de l'acte du pupille, était que cette autorisation était un acte solennel. Nous verrons plus loin que l'adstipulateur devait aussi intervenir au moment même où le stipulant principal se faisait promettre, et le *sponsor*, au moment où le débiteur principal contractait son obligation (4).

§ III. Si inter tutorem pupillumve judicium agendum sit, quia ipse tutor in rem suam auctor esse non potest, non prætorius tutor, ut olim, constituitur, sed curator in locum ejus datur, quo interveniente, judicium peragitur, et eo peracto curator esse desinit.

§ 3. S'il y a lieu à procès entre le tuteur et le pupille, le tuteur ne pouvant autoriser le pupille dans une cause qui lui est personnelle, il sera nommé, non un tuteur prétorien, comme autrefois, mais un curateur qui remplacera le tuteur pour cet objet; ce curateur n'aura d'autre mission que d'intervenir dans le procès, et, le procès terminé, il cessera ses fonctions.

** Un tuteur ne pouvait autoriser son pupille pour une affaire qui le

---

(1) L. 8. D. 26. 8.
(2) Gaius, I. 190.
(3) L. 49. D. 29. 2.
(4) Voyez plus loin, Inst., III. 20 § 5. et 19. § 13. Gaius, III. 117.

concernait directement ; il le pouvait seulement lorsque cette affaire ne l'intéressait pas, ou ne l'intéressait qu'indirectement, comme pour l'acceptation d'une hérédité de laquelle il était créancier (1).

Si donc le pupille avait un procès à soutenir contre son tuteur, celui-ci ne pouvait l'autoriser ; on nommait pour cette cause un tuteur appelé prétorien (2), et non un curateur, puisqu'il fallait compléter la personne du pupille, et qu'un curateur ne l'aurait pu.

Cette nécessité d'un tuteur spécial existait surtout sous le système des actions de la loi ; sous le système formulaire, il en fut de même pour les *legitima judicia* (3). On s'écarta de cette rigueur relativement aux *judicia imperio continentia ;* ici on regarda la présence d'un curateur comme suffisante. Puis, la différence entre les *legitima judicia* et les autres s'étant peu à peu entièrement effacée, le curateur fut admis dans tous les cas.

D'après les Novelles de Justinien, nul ne peut plus devenir tuteur d'un impubère dont il serait débiteur ou créancier, si ce n'est une mère ; et si le tuteur ne devient débiteur ou créancier du pupille que depuis la tutelle commencée, on lui adjoint un curateur.

## APPENDICE.

### De la capacité des pupilles.

On appelle *acte radicalement nul* celui qui, dès le principe, est néant : c'est comme si l'acte n'eût jamais existé. Par opposition à cet acte, on appelle *annulable* (simplement nul, ou non valable) celui qui réunit les conditions essentielles pour l'existence, mais dont la nullité peut être demandée et obtenue.

Pour s'obliger, se lier envers autrui, il faut le vouloir. Ne peut vouloir celui qui ne peut choisir, celui dont le cerveau est dérangé, le fou. Si celui-ci intervient dans un acte comme s'obligeant, il ne peut émaner de lui qu'un simulacre d'obligation. Si l'on a voulu s'obliger envers lui, on s'est trompé, c'est comme si l'on avait promis à une statue ; on n'est pas obligé parce que, pour cela, il aurait fallu une volonté à laquelle pût se rattacher celle du promettant. Donc le fou ne peut ni s'obliger ni obliger autrui. Il doit en être de même, et pour le même motif, d'une personne n'ayant encore aucun discernement.

*Première époque.* — L'enfant proprement dit est celui qui ne sait pas parler (*fari non potest*) (4) ; celui qui, pouvant parler, n'a pas encore de discernement, prend le nom d'*infantiæ proximus ;* lorsqu'il com-

(1) L. 4 D. 26. 8.
(2) Gaius, I. 184. Ulp., fr. XI. 24.
(3) Gaius et Ulp., ll. cc. Zimmern, traduct. p. 455.
(4) L. 70. L. 141. § 2. D. 45. 1.

mence à comprendre assez ce qu'il fait, il s'appelle *pubertati proximus*. L'impubère ou le pupille doit donc être considéré juridiquement suivant que : 1° il est *infans* ; 2° *infantiæ proximus* ; 3° *pubertati proximus*. Dans les deux premiers âges, le pupille était incapable de s'obliger (1) et d'obliger, parce que, pour contracter, il faut faire concourir sa volonté avec celle d'un autre ; il ne le pouvait pas même avec l'autorisation du tuteur, puisque celui-ci n'intervenait que pour compléter la volonté du pupille. Or, le pupille était réputé ne point en avoir, même jusqu'à l'âge où il était *pubertati proximus* (2).

*Deuxième époque.* — Plus tard on permit au pupille de stipuler, pourvu qu'il prononçât des paroles, quand même il n'aurait pu en comprendre la portée, et, de plus, sans l'autorisation de son tuteur (3), parce que la stipulation était un contrat purement de forme, dans lequel les paroles faisaient tout, et parce que, en stipulant, le pupille devenait créancier. Mais on ne dérogeait ainsi aux règles du bon sens, même pour un contrat purement de forme, que dans les cas de nécessité et par indulgence (4). En effet, s'il devenait nécessaire que l'*infantiæ proximus* acquît une créance par la stipulation, on faisait stipuler son esclave *ex persona ejus* ; s'il n'avait pas d'esclave, il fallait bien lui permettre de stipuler lui-même. Son tuteur n'aurait pu le faire à sa place, puisque, chez les Romains, une personne ne pouvait stipuler pour celui sous la puissance duquel elle ne se trouvait pas.

C'est par le même motif d'indulgence qu'on accordait à l'*infantiæ proximus* le droit de faire adition d'hérédité, ou la *cretio* (acceptation d'hérédité solennelle) ; mais quoique l'acceptation d'une hérédité ne semblât tendre qu'à enrichir le pupille, celui-ci ne pouvait la faire sans l'autorisation de son tuteur, même à l'époque où il était *pubertati proximus* (5).

Enfin, c'est toujours sous l'influence de la même idée qu'on admettait que l'*infans*, à qui manquait non-seulement l'intelligence, mais la parole, pouvait acquérir la possession (6), pourvu qu'à son acte matériel de détention se joignissent l'*animus* de son tuteur, et l'appréhension de ce dernier. En effet, on ne peut posséder sans puissance sur la chose possédée : or, point de puissance sans intelligence. D'ailleurs, le tuteur n'autorise jamais, ne complète jamais celui à qui tout fait défaut sous le rapport juridique. Dans le même sens, l'*infans*, avec l'autorisation de son tuteur, aurait pu faire acte d'héritier (7), quoiqu'il n'eût pu faire une adition d'hérédité proprement dite avec cette autorisation.

Lorsque la philosophie fut venue éclairer la jurisprudence, dès le second siècle de notre ère au moins, on fixa à sept ans (8) l'âge au-dessous duquel

---

(1) Même en vertu d'un délit. Gaius, III. 106. 109. L. 70. § 4. D. 46. 1. L. 2. C. 4. 38. L. 5. § 2 D. 9. 2.

(2) L. 14. D. 23. 1.

(3) L. 141. § 2. D. 45. 1. L. 1. § 13. D. 44. 7.

(4) L. 6. D, 46. 6,

(5) L. 9. D. 29. 2.

(6) L. 32. § 2. D. 41. 2.

(7) L. 65. § 3. D. 36. 1.

(8) L. 2 et 3. D. 23. 1. L. 14. D. ib. L. 1. § 2. D. 26. 7.

le pupille était incapable d'intelligence, et semblable à un fou quant aux actes juridiques; seulement on lui conserva le droit de figurer, par exception, dans les actes dont nous venons de parler, avec l'autorisation de son tuteur; et dès sept ans le pupille put stipuler, devenir créancier, rendre sa condition meilleure, dans tous les cas et sans autorisation aucune. Pour l'adition d'hérédité et la crétion, cette autorisation resta cependent toujours nécessaire. Quant à s'obliger, rendre sa condition pire, il ne pouvait le faire sans autorisation (1) : toute obligation contractée sans autorisation était radicalement nulle d'après le droit civil; il ne restait qu'une obligation naturelle (2).

*Troisième époque.* — Depuis Théodose, le pupille est réellement *infans* jusqu'à sept ans; jusqu'à sept ans il ne peut absolument rien faire; il ne peut devenir ni créancier, ni débiteur, même avec l'autorisation de son tuteur, ni même faire adition de l'hérédité maternelle (3); avant cet âge, la succession à laquelle il sera appelé sera acceptée par son ascendant. Dès-lors on appela *infans* le pupille qui n'avait pas encore accompli sa septième année; *infantiæ proximus* celui qui était plus près de sept ans que de qua-

---

(1) A cet âge, il s'obligeait cependant seul *ex delicto*. L. 5. § 2. D. 9. 2. L. 25. D. 47. 2. L. 37. D. 4. 4. L. 108. D. 50. 17.

(2) Cette obligation, nulle d'après le droit civil, pouvait, en effet, être garantie par un fidéjusseur. L'obligation apparente d'un *infans* ou *infantiæ proximus* était radicalement nulle dans un autre sens: elle n'avait absolument aucune existence, même d'après le droit naturel : elle n'aurait donc pu être cautionnée. La question de savoir si le pupille, capable d'intelligence, qui s'oblige sans l'autorisation de son tuteur, est obligé, au moins naturellement, est très controversée. Voy. Cujas ad L. 127. de verb. obl. et Vinnius ad Inst. I. 21. § 9. Pour l'affirmative, on s'appuie sur L. 21. pr. D. 35. 2. L. 64. D. 36. 1. L. 25. § 1. D. 36. 2. L. 1. D. 46. 2. L. 42. pr. D. 12. 2. L. 127. D. 45. 1. L. 1. § 15. D. 44. 7. L. 4. D. 46 3. Gaius III. 176. Pour la négative, on invoque L. 41. D. 12. 6. L. 59. D. 44. 7.

Mais, d'abord, la L. 3. D. 3. 5. prouve que, si le pupille agit par l'action *neg. gest.*, le *dominus* peut lui opposer la compensation *ejus quod gessit*, par conséquent même au-delà de ce dont il s'est enrichi.

Ensuite, quant aux deux lois que l'on oppose, on peut répondre ainsi : Le pupille ne peut faire aucun paiement valable sans l'autorisation de son tuteur, par la raison que, sans cette autorisation, il ne peut rien aliéner. Ce qu'il aurait payé sans cette autorisation peut donc être revendiqué ou répété par la *condictio*. Mais si, en payant, le pupille n'avait fait que solder ce que l'on aurait pu exiger de lui au moyen d'une action, lorsqu'il réclame l'argent payé par lui, le créancier peut lui opposer l'exception de dol. Si c'est pour une obligation contractée par lui seul, et qui ne l'aurait pas enrichi, qu'il a fait un paiement, il peut répéter sans craindre l'exception de dol. C'est seulement dans ce sens que l'on dit, dans les deux lois invoquées par les adversaires, qu'il n'était pas obligé même naturellement.

En résumé, le pupille non autorisé s'oblige civilement : 1. en vertu d'un délit, lorsqu'il est *doli capax;* 2. *si actio ex re venit*, par exemple, lorsqu'il y a communauté entre lui et une autre personne; 3. jusqu'à concurrence de ce dont il est devenu plus riche au moment de la *litis contestatio*. Dans tous les autres cas, il s'oblige naturellement.

La question de savoir si l'obligation du pupille, en la supposant naturelle, donne lieu à la *soluti retentio* pour la totalité, ou seulement jusqu'à concurrence de ce dont le pupille s'est enrichi, est encore plus débattue. Voy. L. 21. pr. D. 35. 2. L. 64. D. 36. 1. L. 44. D. 46. 3. conf. avec L. 13. § 1. D. 12. 6. L. 4. § 4. D. 44. 7. L. 95. § 2. D. 46. 3. Mais nous admettons la *retentio* pour la totalité, quand il a payé étant pubère.

Depuis un rescrit d'Antonin-le-Pieux, le pupille était obligé, même civilement, jusqu'à concurrence de ce dont il s'était enrichi. Voy. L. 3. pr. D. 13. 6. L. 5. pr. § 1. D. 26. 8. L. 66. D. 46. 3. Quant aux aliénations faites par le pupille seul, sans l'autorisation de son tuteur, elles ont été nulles de tout temps, qu'elles s'appliquassent aux choses *mancipi* ou aux choses *nec mancipi*. Gaius, II. 80. Ulp., XI. 27. Théoph. ad Inst. II. 8. § 2.

(3) L. 8. C. Th. 8. 18. C. 6. 30.

torze, et *pubertati proximus* le pupille plus près de quatorze que de sept. Théodose rétablit donc le système ancien, celui d'après lequel les impubères n'ayant pas encore de discernement, qu'ils pussent ou ne pussent pas parler, étaient regardés comme complètement incapables de stipuler ou promettre. Et si Théophile nous rappelle des souvenirs de l'époque intermédiaire (1), ce n'est qu'en se reportant, par la théorie, à des temps anciens, ou peut-être parce que, même du temps de Justinien, on n'appliquait la constitution de Théodose qu'à l'adition d'hérédité de la succession déférée à un pupille.

En résumé : 1° le pupille *infans* ou *infantiæ proximus* était absolument incapable de s'obliger et d'obliger autrui. S'il avait tenté de le faire, il n'y avait aucune obligation, même naturelle, soit de sa part, soit de la part d'autrui : l'acte ainsi produit n'avait donc pas besoin d'être annullé, et jamais il ne pouvait être ratifié. Peu à peu l'*infantiæ proximus*, dans des cas de nécessité, put acquérir, même sans autorisation, c'est-à-dire que, pour ces cas, on le considéra comme *pubertati proximus*; 2° le pupille *pubertati proximus* pouvait, sans l'autorisation de son tuteur, faire tous les actes qui tendaient à rendre sa condition meilleure; il ne pouvait s'obliger ou aliéner (rendre sa condition pire), sans être complété par le tuteur : quand il avait ce complément, il était aussi capable qu'un adulte assisté de son curateur. Lorsqu'il avait rendu sa condition pire sans autorisation, il était obligé naturellement seulement; s'il l'avait rendue pire avec cette autorisation, il ne pouvait avoir recours, en cas de lésion, qu'à la restitution en entier, comme l'adulte. Il y avait certains biens, dont il sera question bientôt, que le pupille ne pouvait aliéner, même avec l'autorisation de son tuteur, à moins que le magistrat n'en eût permis l'aliénation par un décret rendu *cognita causa*.

## De la capacité et des fonctions des tuteurs.

Avant de commencer l'administration, le tuteur devait remplir certaines formalités. Il devait : 1° donner caution pour cette administration, ainsi que nous le verrons au titre XXIV; 2° procéder à l'inventaire des biens du pupille (2). Avant d'avoir rempli ces formalités, il ne pouvait faire aucun acte, à moins qu'il n'y eût urgence (3). S'il y avait plusieurs tuteurs, appelés cotuteurs (4), l'administration était réglée entr'eux ainsi qu'il sera expliqué au § 1 du tit. XXIV de ce livre.

---

(1) Ad Inst. 19. § 9.

(2) L. 7. D. 26. 7.

(3) L. 1. 3 et 5. C. 5. 42.

(4) S'il y avait un tuteur *gerens* et des cotuteurs *honoraires*, le premier seul avait le droit d'agir. Nous pensons même que les cotuteurs *honoraires* ne pouvaient figurer avec le pupille comme l'autorisant (L. 4. D. 26. 8. L. 49. D. 29 2. L. 14. § 1. D. 46. 3). Ils n'avaient pas non plus le droit de surveillance sur le tuteur *gerens*. Or, les cotuteurs dont nous parlons ne sont pas ceux qui auraient été nommés dans le cas d'empêchement du tuteur ordinaire, ni ceux qui auraient été nommés ensemble, chacun avec une administration séparée; car, dans ce dernier cas, il y avait, pour ainsi dire, autant de tutelles distinctes que d'administrations (L. 15. D. 26. 2. L. 27. pr. D. 26. 5. L. 21. § 2. D. 27. 1. Vat. fr. 229.), Nous entendons par cotuteurs, les tuteurs légitimes, lesquels doivent tous se réunir pour chaque autorisation (Ulp. XI. 26. Cic. pro Flacc. c. 34. L. ult. C. 5. 59 et L. 7. § 1. D. 26. 8),

Les soins du tuteur s'étendaient à la personne et aux biens du pupille.

1° Quant à la personne du pupille, il devait pourvoir à son entretien et à son éducation, et consulter le magistrat sur le lieu où le pupille devait être élevé

2° Quant aux biens, le tuteur devait vendre les choses inutiles ou sujettes à dépérissement, poursuivre le recouvrement des créances (1), administrer les biens et en percevoir les revenus; déposer l'argent du pupille pour en acheter des immeubles; faire emploi de l'argent en le plaçant à intérêt ou en acquisitions immobilières; s'il n'en faisait pas emploi, il en devait les intérêts. L'emploi, pour la première année de la tutelle, devait être fait dans les six mois, et dans les deux mois, pour les années suivantes (2).

Dans cette administration, il devait les soins qu'il apportait à ses propres affaires.

Dans les actes auxquels il procédait, il pouvait figurer comme autorisant le pupille ou comme agissant seul. En autorisant le pupille, il ne s'obligeait pas et n'acquérait ni créance ni propriété. Tout était acquis au pupille, et celui-ci était seul obligé. Mais il ne pouvait autoriser le pupille que lorsque celui-ci était capable de concourir à un acte comme partie : lorsque le pupille ne le pouvait pas, son tuteur agissait seul, excepté pour toutes les actions de la loi, la *in jure cessio*, l'affranchissement, l'adoption, la mancipation, l'émancipation, la stipulation, l'acceptilation, la crétion et l'adition d'hérédité (3). Quand le tuteur agissait seul pour le pupille, il agissait en son propre nom, comme mandataire légal. Il assumait sur sa tête les créances et les obligations dans lesquelles il avait figuré, sauf à rendre et à demander compte lors de la puberté. Dans les procès, il avait été admis, de bonne heure, à représenter le pupille *infans* ou *infantiæ proximus*, et même *pubertati proximus*, en qualité de *procurator*, par conséquent d'après le principe du mandat (4). Peu à peu on le considéra comme s'identifiant avec le pupille, de même que le *cognitor* s'identifiait avec celui qu'il représentait : s'il était condamné, l'exécution de la condamnation pouvait être poursuivie contre le pupille lui-même. Quant aux obligations qu'il avait contractées, elles purent donner lieu à des actions utiles contre le pupille, pourvu cependant que le tuteur, en contractant, se fût renfermé dans les limites de ses attributions (5).

Il nous reste à voir quelles étaient ces limites. — Le tuteur des pupilles avait la gestion des affaires de ces derniers; il était considéré comme un *pro-*

---

et plusieurs tuteurs nommés pour la même administration, dans un testament, dont un seul suffit pour l'autorisation (Ulp. l. c. L. 4. D. 26. 8. L. 5. C. 5. 59).

(1) Les débiteurs étaient libérés *ipso jure* lorsqu'ils payaient à un tuteur à qui l'administration n'était pas interdite (L. 46. § 2. L. 7. § 6. D. 26. 7. conf. avec L. 37. § 1. D. 3. 5. L. 35. D. 12. 1. L. 4. D. 27. 8). Au contraire, le paiement fait au pupille seul ne libérait le débiteur que jusqu'à concurrence de ce dont le pupille s'était enrichi.

(2) L. 1. § 4. D. 26. 7. L. 15. ibid. L. 5. pr. L. 7. § 2. 3. 4. 5. 7. 10 et 11. D. ib.

(3) L. 123, D. 50. 17. Ulp. fr. XI. 24. L. 3. C. 7. 1. L. 24. D. 40. 2. L. 13. § 10. D. 46. 4. L. 17. § 1. D. 49. 1. L. 90. pr. D. 29. 2. Depuis Théodose et Valentinien, le tuteur put faire adition d'hérédité pour l'*infans*.

(4) Voyez Inst. IV. 10. § 2.

(5) Le tuteur pouvait agir seul, même lorsque le pupille eût pu agir avec son autorisation. Cela fut admis peu à peu, à cause de l'utilité qu'une telle représentation procurait au pupille, dans les cas où la présence du pupille n'était pas indispensable. Ulp. fr. XI. 25.

*curator omnium bonorum.* En conséquence, pourvu qu'il ne fît pas une donation, tout ce qu'il faisait, même une aliénation à titre onéreux, était valable, dès qu'il n'y avait pas une loi spéciale qui vînt y mettre obstacle, et cela surtout d'après des rescrits de Trajan et d'Adrien (1). En vertu d'un Sc. rendu en 948, sous Septime Sévère et Antonin Caracalla, il fut défendu aux tuteurs (et aux curateurs des adultes) d'aliéner les *prædia rustica* et *suburbana* des pupilles (2), sans un décret du magistrat (*causa cognita pro tribunali*) (3), à moins que les *parentes* n'eussent consenti à cette aliénation (4), ou que l'aliénation ne fût devenue nécessaire pour sortir d'indivision (5), ou que les créanciers hypothécaires ne poursuivissent la vente. (6). Le tuteur conservait donc le droit d'aliéner les autres immeubles, et, à plus forte raison, tous les meubles. Ce qu'il pouvait faire seul, le pupille pouvait le faire avec son autorisation.

Quant aux objets qui pouvaient se déprécier en les gardant, il était obligé de les aliéner : c'est ce que nous apprend Constantin. Ce même empereur étendit la prohibition de Sévère sur toutes les choses du pupille, susceptibles de conservation (7).

Si une aliénation avait eu lieu contrairement aux prohibitions ci-dessus, elle n'était pas radicalement nulle, elle pouvait être confirmée par le mineur devenu majeur de vingt-cinq ans d'une manière expresse (8), ou même tacitement, en vertu d'une constitution de Justinien, lorsque cinq ans s'étaient écoulés depuis la majorité. Quant à la donation à laquelle le tuteur, ou le pupille avec le tuteur, avait procédé (il ne le pouvait même avec un décret du magistrat), le même empereur la déclare inattaquable après le temps voulu pour la prescription de longtemps (9), laquelle ne commençait à courir qu'à partir également de la majorité. Quant aux actes faits par le tuteur seul, dans les limites de ses attributions, le pupille ne pouvait en demander la nullité, ni se faire restituer par le magistrat contre les conséquences de ces actes : il n'avait que l'action de tutelle.

## TITULUS XXII.

### QUIBUS MODIS TUTELA FINITUR.

Pr. Pupilli pupillæque, cum puberes esse cœperint, tutela liberantur. Pubertatem autem veteres quidem non solum ex annis, sed etiam ex habitu corporis in masculis æstimari vo-

## TITRE XXII.

### COMMENT FINIT LA TUTELLE.

Pr. Les pupilles sont libérés de la tutelle lorsqu'ils sont pubères. Les anciens voulaient que la puberté fût déterminée, non-seulement par les années, mais encore par les progrès

(1) L. 12. § 1. D. 26. 7. L. 16. C. 5. 37.
(2) L. 5. § 2. D. 27. 9. L. 16. C. 5. 71.
(3) L. 15. C. 5. 71. L. 5. § 15. D. 27. 9. L. 55. D. 26. 7.
(4) L. 1. § 2. D. 27 9. L. 5. § 4. eod. L. 1, 3. C. 5. 72.
(5) L. 1. § 2. D. 27. 9. L. 8. eod. L. 5. § 16. L. 6. 7. pr. eod. L. 17. C. 5. 71.
(6) L. 1. § 2. cit. L. 7. § 1. eod. L. 2. C. 2. 29.
(7) L. 22. C. 5. 37. L. ult. C. 5. 72. L. 25. C. 4. 32.
(8) L. 10. D. 27. 9. L. 2. C. 5. 74.
(9) L. 3. C. 5. 74.

lebant. Nostra autem majestas dignum esse castitati temporum nostrorum bene putavit, quod in feminis et antiquis impudicum esse visum est, id est inspectionem habitudinis corporis, hoc etiam in masculos extendere; et ideo, sancta constitutione promulgata, pubertatem in masculis post quartum decimum annum completum illico initium accipere disposuimus, antiquitatis normam in feminis personis bene positam suo ordine relinquentes, ut post duodecimum annum completum viripotentes esse credantur.

physiques, au moins pour les hommes. Mais les mœurs de notre siècle ne permettaient plus l'inspection du corps; en conséquence nous avons prohibé pour les hommes ce que la décence avait, dès le principe, fait supprimer pour les femmes. D'après notre constitution, les hommes seront donc pubères à quatorze ans accomplis : quant aux femmes, nous conservons ce que l'antiquité avait établi, c'est-à-dire, nous les considérons comme pubères à l'âge de douze ans accomplis.

* La tutelle finit : 1° par la puberté du pupille; 2° par toute déchéance d'état de celui-ci; 3° par la grande ou la moyenne déchéance d'état du tuteur; 4° par la mort naturelle du pupille ou du tuteur; 5° par l'échéance du terme ou l'événement de la condition, si la tutelle était à terme ou sous condition résolutoire; 6° par une excuse du tuteur ou sa destitution. Il sera parlé des excuses au titre XXV, et de la destitution au titre XXVI.

** 1° Par la puberté du pupille. — Les Sabiniens voulaient que la puberté fût constatée par l'inspection du corps; les Proculéiens, trouvant dans cette inspection une atteinte à la pudeur, surtout lorsqu'elle s'appliquait à des femmes, voulaient qu'un âge fixe fût la règle invariable pour tous (1). Mais Priscus (2) exigeait le concours d'un âge fixe et de l'inspection du corps pour déterminer la puberté, parce que le corps n'est pas toujours en rapport avec l'âge, et parce qu'il faut non-seulement la force physique, mais encore un certain développement d'intelligence qui ne s'acquiert qu'avec les années. Les sectateurs de ce jurisconsulte exigeaient ce concours surtout pour les hommes. Quant aux femmes, Justinien nous apprend que déjà avant lui (3) on avait ménagé leur pudeur, et que leur puberté était fixée invariablement à douze ans accomplis. Le même empereur voulut qu'on en fît autant pour les hommes, dont il fixa la puberté à quatorze ans accomplis (4), en défendant l'inspection du corps.

§ I. Item finitur tutela, si arrogati

§ 1. La tutelle finit aussi par l'a-

(1) Gaius, I. 196.

(2) Ulp., fr. XI. 28.

(3) Nous ne savons cela que par Justinien : il est même possible que son assertion soit inexacte. Voyez Schrader, h. l.

(4) La puberté pleine n'existait qu'à l'âge de dix-sept ans accomplis. Paul. Sent. 3. 4. § 2. Inst., I. 11. § 4.

sunt adhuc impuberes, vel deportati. Item si in servitutem pupillus redigatur, vel ab hostibus fuerit captus.

drogation du pupille, ou par sa déportation. Il en est de même s'il est réduit en esclavage ou fait prisonnier par les ennemis.

* 2° Par toute déchéance d'état du pupille.—Si le pupille encourait l'esclavage ou la déportation, il était rayé du nombre des citoyens romains : or, la protection dont la loi entourait un pupille, en lui donnant, ou laissant donner, ou faisant donner un tuteur, ne devait appartenir qu'au citoyen romain. S'il était fait prisonnier, il cessait également de faire partie de la cité romaine; seulement, s'il revenait dans sa patrie étant encore impubère, il recouvrait le bénéfice de la tutelle, en vertu du *jus postliminii* (1). Le pupille ne pouvait éprouver la petite déchéance d'état que par l'effet de l'adrogation; lorsqu'il était adrogé, il n'était plus *caput liberum*, il se trouvait sous la puissance paternelle de l'adrogeant : or, la tutelle est une puissance sur un *caput liberum*.

** 3° Par la grande ou la moyenne déchéance d'état du tuteur. — Dans ces deux cas, le tuteur cessait d'être citoyen romain : or, la tutelle était une fonction publique qui ne pouvait être exercée que par un citoyen. Du reste, le tuteur cessait, mais la tutelle ne cessait pas quant au pupille; on le pourvoyait d'un autre tuteur.

La petite déchéance d'état du tuteur ne portait pas atteinte à sa puissance, puisqu'un fils de famille pouvait être tuteur ; sa soumission à la puissance paternelle ne le rendait pas incapable d'exercer une puissance d'une autre nature.

*** 4° Par la mort naturelle du pupille ou du tuteur. —Celle du pupille faisait cesser la tutelle pour toujours; celle du tuteur amenait seulement un autre tuteur à la place du décédé.

§ II. Sed et si usque ad certam condicionem datus sit testamento, æque evenit, ut desinat esse tutor, existente condicione.

§ 2. Si un tuteur est nommé, dans un testament, sous une condition résolutoire, cette condition s'accomplissant, il cesse ses fonctions.

5° Par l'échéance du terme ou l'événement de la condition. — Si un tuteur était nommé sous condition ou à terme, par testament (2), il cessait ses fonctions à l'arrivée du terme ou de la condition ; mais un autre tuteur prenait sa place. Si un tuteur était nommé par testament, sous condition suspensive ou à partir d'un certain terme, le tuteur nommé provisoirement par le magistrat, pour gérer jusqu'à ce que la tutelle testamentaire pût commencer, cessait ses fonctions lors de l'accomplissement de la condition, ou à partir de l'époque fixée pour le commencement de cette dernière tutelle.

(1) A cause de cet espoir de retour, pendant sa captivité, on nommait un curateur à ses biens. L. 15. pr. D. 4. 6.

(2) Les magistrats ne pouvaient nommer un tuteur sous condition suspensive. L. 6. § 1. D. 26. 1.

§ III. Simili modo finitur tutela morte, vel tutorum, vel pupillorum.

§ 3. La tutelle finit aussi par la mort, soit des tuteurs, soit des pupilles.

§ IV. Sed et capitis deminutione tutoris, per quam libertas, vel civitas ejus amittitur, omnis tutela perit. Minima autem capitis deminutione tutoris, veluti si se in adoptionem dederit, legitima tantum tutela perit; ceteræ non pereunt. Sed pupilli et pupillæ capitis deminutio, licet minima sit, omnes tutelas tollit.

§ 4. Elle finit également par la déchéance d'état du tuteur, qui lui fait perdre la liberté ou la cité. Il n'en est pas de même de la petite déchéance d'état, par exemple, de celle qui résulte de l'adoption du tuteur : celle-ci ne fait cesser que la tutelle légitime; mais toute déchéance d'état du pupille, même la petite, fait disparaître la tutelle.

La tutelle légitime cessait lorsque l'agnat investi de cette tutelle rompait les liens d'agnation qui le rattachaient au pupille : or, il les rompait s'il passait dans une nouvelle famille par l'adrogation. Mais lorsque cette tutelle avait cessé, il y avait lieu à la tutelle dative.

§ V. Præterea, qui ad certum tempus testamento dantur tutores, finito eo, deponunt tutelam.

§ 5. En outre, les tuteurs, nommés pour un certain temps, cessent leurs fonctions à l'expiration de ce temps.

§ VI. Desinunt autem esse tutores, qui vel removentur a tutela ob id, quod suspecti visi sunt, vel ex justa causa sese excusant, et onus administrandæ tutelæ deponunt, secundum ea, quæ inferius proponemus.

§ 6. Les tuteurs cessent aussi leurs fonctions lorsqu'ils sont écartés de la tutelle comme suspects, ou bien lorsque, faisant admettre de justes motifs d'excuse, ils sont déchargés du fardeau qui leur était imposé, ainsi que nous le verrons plus loin.

## TITULUS XXIII.

### DE CURATORIBUS.

Pr. Masculi puberes et feminæ viripotentes, usque ad vicensimum quintum annum completum curatores accipiunt; qui, licet puberes sint, adhuc tamen hujus ætatis sunt, ut negotia sua tueri non possint.

## TITRE XXIII.

### DES CURATEURS.

Pr. Les hommes et les femmes pubères reçoivent un curateur jusqu'à leur vingt-cinquième année accomplie; car, quoique pubères, ils sont encore d'un âge à ne pouvoir conduire leurs affaires.

* De quatorze ou douze ans jusqu'à vingt-cinq ans accomplis, les pubères (mâles ou femmes) s'appelaient adultes. Les adultes pouvaient faire tous les actes de la vie civile, contracter comme débiteurs; mais s'ils étaient liés par les actes qu'ils avaient faits, ils pouvaient se faire

restituer par le magistrat, parce qu'on supposait qu'ils avaient été victimes de leur légèreté d'esprit, et que cette légèreté d'esprit avait été exploitée par ceux avec qui ils avaient traité. Par le même motif, on établit la curatelle.

* Mais le curateur ne devait pas venir compléter une capacité qui était entière d'après les principes du droit civil; ce complément de capacité ne pouvait émaner que d'un tuteur, et la tutelle expirait quand la puberté commençait. Le curateur avait donc mission seulement d'aider l'adulte dans l'administration de ses affaires, de le remplacer même entièrement pour cette administration, dans certains cas.

** Pour les femmes, l'origine de la curatelle doit être ancienne, puisque, si elles étaient en tutelle perpétuelle encore à l'époque de l'empereur Claude, qui supprima la tutelle de leurs agnats, le tuteur des femmes adultes n'existait guères que pour la forme (1) déjà du temps de Cicéron (2), et il ne devait interposer son autorité que pour certains actes importants.

La curatelle, au moins celle des adultes mâles, paraît remonter à un plébiscite appelé *lex Lætoria* ou *Plætoria*, dont la date se place au milieu du sixième siècle de Rome. Cette loi accordait une action publique contre les créanciers qui avaient abusé de l'inexpérience des adultes (3). D'après l'esprit de cette loi, les préteurs, pour venir au secours des adultes, leur accordèrent la restitution en entier (4). Déjà du temps d'Auguste (5), ils étaient allés plus loin, ils leur donnaient des curateurs pour cause de démence et de mauvaise conduite (*propter lasciviam vel propter dementiam*), par conséquent à peu près dans les cas pour lesquels la loi des XII Tables avait établi la tutelle des agnats (6). Enfin, Marc-Aurèle Antonin voulut qu'on leur donnât des curateurs, par cela seul qu'ils étaient mineurs de ving-cinq ans (*non redditis causis*) (7).

*** Il y a deux curatelles : celle des agnats, appelée légitime, et la curatelle dative.

Cette dernière se subdivise en curatelle régulière et curatelle irrégulière : la première est celle des adultes; la seconde, celle des impubères eux-mêmes, qui n'a lieu qu'accidentellement, lorsqu'on ajoute un cura-

---

(1) Gaius, I. 190. 191.
(2) Cicer. pro Mur., XII, 27. Ulp., XI, 27.
(3) Cic. de nat. deor. 3. 30. de Off. 3, 15.
(4) Comme il n'y a que deux sortes de curateurs, les légitimes, établis par la loi des XII Tables pour les furieux et les prodigues, et les honoraires, il est évident que la curatelle des adultes doit être attribuée aux magistrats, et ne fut point positivement décrétée par la loi Plætoria. Ulp., XII. 1. 3. 5.
(5) Cass. Dio. 52. 20.
(6) Capitolinus, in Marco. 10.
(7) eod. L. 1. § 3. D. 4. 4.

teur à un tuteur pour l'administration des biens, ou pour plaider contre le tuteur.

§ I. Dantur autem curatores ab hisdem magistratibus, a quibus et tutores. Sed curator testamento non datur, sed datus confirmatur decreto prætoris vel præsidis.

§ 1. Les curateurs sont donnés par les magistrats qui nomment les tuteurs. Il n'en est pas donné par testament; mais celui qui est ainsi nommé est confirmé par décret du préteur ou du président.

Il n'y avait pas de curateur testamentaire (1); mais si un père en avait nommé un pour son enfant adulte, il était confirmé par le magistrat, c'est-à-dire, le préteur, à Rome, et le président, dans les provinces.

§ II. Item inviti adolescentes curatores non accipiunt, præterquam in litem: curator enim et ad certam causam dari potest.

§ 2. Les adultes ne sont pas forcés de recevoir des curateurs, si ce n'est pour un procès; car le curateur peut être donné pour une affaire déterminée.

* Les adultes ne recevaient pas de curateurs malgré eux; autrefois, cette règle s'appliquait même lorsqu'il était nécessaire qu'ils en fussent pourvus. Ainsi, lorsqu'un débiteur, voulant payer avec plus de sûreté, exigeait que son créancier adulte fût assisté d'un curateur, si ce créancier refusait l'assistance demandée, les deniers étaient consignés (2). Mais bientôt les constitutions impériales permirent de contraindre les adultes à recevoir des curateurs pour certaines affaires, et d'en imposer à ceux même qui étaient incapables d'en demander. Le curateur était imposé à l'adulte: 1° pour la reddition de compte de tutelle (3); 2° pour ester en justice; 3° pour recevoir un paiement (4). Comme la reddition de compte du tuteur et le paiement à recevoir se liaient ordinairement à une contestation, notre texte explique ces trois exceptions par ces mots: *præterquam in litem* (5).

Le curateur était spécial dans ces cas; ses fonctions cessaient avec l'affaire qui avait donné lieu à sa nomination. Quant au curateur général, pour toute la durée de la minorité, on continuait à ne le nommer

---

(1) L. 1. § 3. D. 26. 3. Le motif pour lequel il fallait recourir au magistrat, pour un curateur nommé par testament, est que, dans le principe, le curateur n'était jamais donné que pour des causes graves, lesquelles devaient être appréciées par le magistrat. Or, pour la tutelle, il en était autrement.

(2) L. 7. § 2. D. 4. 4.

(3) L. 7. C. 5. 31.

(4) L. 7. § 2. D. 4. 4.

(5) Quand Ulpien, L. 1. § 3, et L. 3. pr. D. 4. 4., dit que les adultes ne peuvent administrer leurs biens sans un curateur, cela doit s'entendre d'une administration supérieure ou complète, qui comprend les procès, la réception de paiements et les comptes de tutelle. Conf. L. 101. D. 45. 1. L. 1. § 14. D. 36. 1.

que sur la demande de l'adulte ; et le tuteur devait, sous sa responsabilité, avertir l'adulte, lors de la fin de la tutelle, de se pourvoir d'un curateur.

* Ou l'adulte n'est pas pourvu d'un curateur ordinaire, ou il en est pourvu.

Dans le premier cas, il peut faire tous les actes d'administration, s'obliger, faire les aliénations qui ne sont point prohibées, sauf restitution pour cause de lésion. Dans le second cas, s'il agit seul, ses obligations sont radicalement nulles, comme s'il était interdit (1) ; s'il agit avec l'assistance de son curateur, il fait valablement, sauf restitution pour cause de lésion, tous les actes quelconques, excepté les aliénations prohibées par la loi (2).

Quant à ces dernières aliénations, il faut nécessairement l'assistance d'un curateur, et, en outre, un décret du magistrat : avec ces formalités, les aliénations seront inattaquables ; sans le décret du magistrat, elles seront radicalement nulles.

Lorsque des actes sont radicalement nuls, il est inutile de recourir à la restitution *in integrum*.

Le curateur seul pourra faire tous les actes non prohibés, sauf encore la restitution pour cause de lésion que pourra invoquer l'adulte. S'il s'oblige seul, il ne peut s'obliger qu'en son propre nom, il n'oblige pas l'adulte ; il aura seulement un recours contre lui.

Pour qu'un paiement fait à l'adulte soit inattaquable, il faut : 1° l'assistance d'un curateur ; 2° le *jussus* du magistrat (3) ; mais si un pubère, mineur de vingt-cinq ans, avait obtenu de l'empereur la *venia ætatis*, c'est-à-dire, une dispense d'âge, tous les actes auxquels il se livrait étaient inattaquables comme ceux d'un majeur de vingt-cinq ans : or, pour obtenir cette *venia ætatis*, il fallait avoir atteint vingt ans pour les hommes, dix-huit ans pour les femmes (4), et justifier d'une bonne

---

(1) L. 5. C. 2. 22. C. 5. 71. En ceci nous adoptons avec confiance l'opinion de M. Ducaurroy, l. c. n. 283, qui est celle de Mühlenbruch, doct. Pand § 391, note 5, ainsi que de Donneau, Noodt, Vinnius, etc. M. Vangerow, Pand. I. p. 464, prétend que l'adulte pourvu d'un curateur, peut s'obliger seul, et qu'alors son obligation ne sera que sujette à rescision. Il explique la L. 5. C. 2. 22. en l'appliquant seulement aux aliénations et aux hypothèques. Mais, outre que la fin de cette loi est conçue en termes généraux (*contractum fecisti*), le commencement parle d'une vente faite par l'adulte seul, et la déclare radicalement nulle. Or, la vente est un contrat, ce n'est pas une aliénation : il n'y a une aliénation que par la tradition ; et même, en droit romain, on pouvait vendre la chose d'autrui. D'un autre côté, si l'opinion de M. Vangerow devait être admise, quelle différence y aurait-il entre une obligation contractée par l'adulte seul, lorsqu'il est pourvu d'un curateur, et celle contractée par l'adulte avec l'assistance de son curateur ? Le seul argument sérieux qu'invoque le successeur de Thibaut, est basé sur la L. 101. D. 45. 1. Mais Donneau, XII. c. 22. § 50, change le mot *obligari* en *obligare ;* et Vinnius, *de pact.* c. 14. *ad* Inst. III, 20 § 9, suppose que l'obligation, d'abord contractée par l'adulte seul, a été ensuite confirmée par le curateur.

(2) Voyez ce qui sera dit à ce sujet, Inst., II, 8 § 2.

(3) Voyez Inst., II, 8. § 2.

(4) L. 2. C. 2. 45.

conduite. Toutefois, malgré cette dispense d'âge, l'adulte ne pouvait, sans décret, ni aliéner, ni hypothéquer ses immeubles (1), ni faire des donations (2).

§ III. Furiosi quoque et prodigi, licet majores vigintiquinque annis sint, tamen in curatione sunt agnatorum ex lege duodecim tabularum. Sed solent Romæ præfectus urbi, vel prætor, et in provinciis præsides ex inquisitione eis dare curatores.

§ 3. Les fous et les prodigues interdits, quoique majeurs de vingt-cinq ans, sont placés sous la curatelle de leurs agnats, en vertu de la loi des XII Tables. Mais le plus souvent ils reçoivent un curateur nommé, après enquête, à Rome, par le préfet de la ville ou le préteur, et dans les provinces par les présidents.

§ IV. Sed et mente captis et surdis et mutis, et qui morbo perpetuo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt.

§ 4. Ceux qui sont en démence, les sourds et les muets, et ceux qui sont atteints d'une maladie perpétuelle, doivent recevoir aussi des curateurs, parce qu'ils sont hors d'état de soigner leurs affaires eux-mêmes.

*Les furieux et les prodigues étaient placés, par la loi des XII Tables, sous la curatelle légitime de leurs agnats. Il y avait cette différence entre le furieux et le prodigue, que le premier était incapable par cela seul qu'il était furieux, tandis que le prodigue ne l'était que lorsqu'il était interdit. Ici le curateur n'assistait pas l'adulte, mais le remplaçait comme mandataire, et par conséquent administrait, et s'obligeait lui-même. Cependant on finit par admettre que le curateur obligeait, par un action utile, l'adulte pour lequel il avait agi (3).

La curatelle légitime n'avait lieu qu'autant que le défunt n'avait fait aucun testament; car, par cela seul qu'il avait disposé de son hérédité, il avait dépouillé de la curatelle les agnats du furieux qui était en sa puissance immédiate (4).

Il y avait rarement lieu à cette curatelle légitime, parce que, d'une part, les curateurs des fous et des prodigues ne se constituaient pas par testament, et parce qu'il n'arrivait presque jamais que le père de famille ne fît pas un testament, soit en faveur des héritiers siens, soit en faveur d'un externe en exhédérant ses enfants : or, il fallait qu'il mourût *intestat* pour que la curatelle des fous et des prodigues appartînt aux agnats. Aussi le texte porte-t-il qu'ordinairement (*solent*) le magistrat nommait des curateurs à des ingénus qui n'avaient pas d'agnats, ou à

(1) L. 3. C. 2. 45.
(2) L. 39. § 12. D. 26. 7.
(3) L. 6. §. 3. D. 42. 2. Zimmern, traduct. p. 457. p. 470, note 8.
(4) Ulp., fr. 12. 5.

ceux dont les agnats étaient inhabiles, ou à ceux dont le père décédait *testat*, ou aux affranchis, qui n'avaient ni père légitime ni agnats (1).

Du reste, les furieux et les prodigues interdits devaient nécessairement avoir un curateur. Dans ce cas, celui-ci agissait toujours seul.

Cette curatelle ne finissait que lorsque ceux qui y étaient soumis avaient cessé d'être ou furieux ou sous le poids de l'interdiction, ou lorsqu'ils venaient à mourir.

Quant aux fous (*mente captis*), aux sourds et aux muets, et à ceux qui étaient travaillés d'une maladie incurable, le magistrat leur donnait des curateurs, parce qu'ils ne pouvaient veiller à l'administration de leurs biens. Ici la curatelle était toujours dative; mais il n'y avait nécessité de l'imposer qu'aux fous (2).

§ V. Interdum autem et pupilli curatores accipiunt, ut puta, si legitimus tutor non sit idoneus, quia habenti tutorem tutor dari non potest. Item si testamento datus tutor, vel a prætore, vel a præside, idoneus non sit ad administrationem, nec tamen fraudulenter negotia administret, solet ei curator adjungi. Item in locum tutorum, qui non in perpetuum, sed ad tempus a tutela excusantur, solent curatores dari.

§ 5. Quelquefois les pupilles eux-mêmes reçoivent des curateurs, par exemple, si le tuteur légitime est incapable d'administrer; car on ne donne pas un tuteur à celui qui en a déjà un. Egalement si le tuteur nommé par testament, par le préteur ou le président, n'est point en état d'administrer, sans cependant qu'il se soit rendu coupable de fraude dans son administration, on lui adjoint ordinairement un curateur. On est aussi dans l'usage de donner des curateurs pour remplacer un tuteur qui n'est excusé de la tutelle que pour un temps.

Le tuteur légitime avait à la tutelle un droit qui découlait de sa qualité d'héritier présomptif. Ainsi, lorsqu'il était incapable de veiller à l'administration des biens de son pupille, il ne devait pas moins conserver la tutelle; seulement on lui adjoignait un curateur. On ne pouvait, en effet, adjoindre un tuteur datif (3) surtout à un tuteur légitime; et quand même ce dernier aurait fait naître des soupçons sur sa fidélité, on ne le destituait cependant point, on se contentait de lui adjoindre un curateur. Il en était autrement du tuteur testamentaire ou du tuteur datif : s'il se rendait suspect, on le destituait et on le remplaçait par un

---

(1) Ulp., fr. 12. 3.

(2) L. 3. C. 5. 70.

(3) Cette règle, qu'on ne peut adjoindre un tuteur à un autre tuteur déjà en fonctions, n'était pas absolue; car nous avons vu plus haut, tit. 21. § 3, que, lorsqu'un procès existait entre le tuteur et le pupille, autrefois on donnait à ce dernier un tuteur *ad hoc*, pour l'autoriser et le défendre. Plus tard, la règle ci-dessus étant devenue plus générale, on donna, pour la même circonstance, un curateur au lieu d'un tuteur.

autre tuteur ; mais s'il n'était qu'incapable d'administrer, on lui adjoignait aussi un curateur.

Il y avait également lieu à l'adjonction d'un curateur, lorsque le tuteur était excusé de la tutelle pour un temps seulement.

§ VI. Quodsi tutor adversa valetudine, vel alia necessitate impeditur, quo minus negotia pupilli administrare possit, et pupillus vel absit, vel infans sit, quem velit actorem, periculo ipsius, prætor, vel qui provinciæ præerit, decreto constituet.

§ 6. Que si le tuteur est dans l'impossibilité de s'occuper de l'administration pour cause de maladie ou tout autre motif, dans ce cas, si le pupille est absent ou *infans*, le préteur ou le président de la province, nommera un agent sur la proposition du tuteur, lequel agent administrera aux risques et périls du tuteur.

* On appelle *actor* un agent dont on se fait aider dans l'administration d'une affaire.

Chez les Romains, lorsqu'on avait une action à intenter, on pouvait la faire intenter par un représentant, appelé *procurator* (1). On ne pouvait naturellement établir un *procurator* que dans sa propre affaire : si une action appartenait à un pupille, et s'il était à même de venir devant le magistrat et de parler, il pouvait, avec l'autorisation de son tuteur, constituer un *procurator* pour le représenter. Son tuteur aurait pu figurer pour son pupille, s'il l'avait voulu ; mais on suppose ici qu'il ne le peut pas. Qu'arrivera-t-il donc si, d'une part, le tuteur ne peut pas figurer dans un procès qui intéresse le pupille, et si, d'autre part, le pupille ne peut venir devant le magistrat pour constituer un *procurator* avec l'autorisation de son tuteur (*pupillus vel absit*), ou s'il n'est pas encore capable de parler (*vel infans sit*)? Le tuteur ne pouvait tout seul constituer ce *procurator*, puisque l'affaire ne lui était pas personnelle (2) : il se faisait donc donner un adjoint (*actorem*) qui figurait dans le procès pour le compte de lui tuteur, et à ses risques et périls. Cet adjoint était nommé par le préteur à Rome, et, dans les provinces, par le président (3).

## TITULUS XXIV.

### DE SATISDATIONE TUTORUM VEL CURATORUM.

Pr. Ne tamen pupillorum pupilla-

## TITRE XXIV.

### DES CAUTIONS A DONNER PAR LES TUTEURS ET LES CURATEURS.

Pr. Pour que les biens des pupilles

(1) Voyez Inst., IV. 10. *infra*. Là nous verrons que le représentant constitué avec solennité s'appelait autrefois *cognitor*, et que, du temps de Justinien, ce dernier s'appelait *procurator*. Il est donc vraisemblable qu'il s'agit d'un *procurator* solennel qui ne peut être constitué, au lieu duquel un *actor* est établi sur la demande du tuteur.

(2) Si lui-même avait déjà commencé l'action, et se l'était rendue personnelle par l'effet de la *litis contestatio*, il aurait pu constituer un *procurator* pour continuer le procès.

(3) Il est douteux que cet *actor* eût pu être nommé par les magistrats municipaux.

rumve, et eorum, qui quæve in curatione sunt, negotia a tutoribus curatoribusve consumantur, aut'deminuantur, curat prætor, ut et tutores et curatores eo nomine satisdent. Sed hoc non est perpetuum. Nam tutores testamento dati satisdare non coguntur, quia fides eorum et diligentia ab ipso testatore probata est; item ex inquisitione tutores vel curatores dati satisdatione non onerantur, quia idonei electi sunt.

et de ceux qui sont en curatelle ne soient point dissipés ou diminués, le préteur doit avoir soin que les tuteurs et curateurs donnent caution. Cependant cela n'a pas toujours lieu. Car les tuteurs donnés par testament ne sont pas obligés de donner caution, leur fidélité et leur diligence ayant été appréciées par le testateur lui-même: sont aussi dispensés de la caution les tuteurs ou curateurs nommés sur enquête, attendu que leur capacité a été constatée.

Avant d'entrer en fonctions, les tuteurs et curateurs doivent faire un inventaire des biens du pupille ou de l'adulte, afin de pouvoir rendre un compte exact de leur administration, lorsque finira la tutelle ou la curatelle. Justinien a même voulu qu'ils promissent par serment d'administrer fidèlement les biens qui leur étaient confiés (1). Mais, en outre, comme ils pourraient manquer à leurs devoirs et à leur serment, dissiper en partie ou en totalité le patrimoine de leur pupille ou adulte, ils sont soumis à donner une garantie de fidélité de leur gestion, en se faisant cautionner par une tierce personne solvable.

Ce cautionnement, promis dans une stipulation, s'appelle *satisdatio* (2).

Cette garantie devait être exigée, dans le cas où elle était nécessaire, par tout magistrat, surtout par les magistrats des villes municipales, ainsi que nous le verrons au § 4 de ce titre. Mais les préteurs, dans leurs édits, avaient décidé que les tuteurs et curateurs donneraient des fidéjusseurs; c'est dans ce sens qu'il faut entendre ces mots : *curat prætor*, etc. Et même cette obligation, pour les tuteurs et curateurs, de donner des garanties par fidéjusseurs, avait été établie par des constitutions impériales; elle n'avait été que corroborée par les édits des magistrats supérieurs (3).

** Mais tous les tuteurs et curateurs n'étaient pas astreints à donner cette garantie : on n'y soumettait pas les tuteurs testamentaires, parce que le testateur, par la confiance qu'il leur avait témoignée en les nommant, avait mis à l'abri de tout soupçon leur fidélité (4); on n'y soumettait pas non plus les tuteurs et curateurs nommés par les magistrats

(1) Nov. 78. c. ult.

(2) D. 37. 7. D. 36. 6. C. 5. 57. L. 1. D. 2. 8.

(3) Voyez Schrader, h. l.

(4) On n'y soumettait pas non plus les tuteurs ou curateurs désignés par un père dans son testament, et que le magistrat supérieur avait confirmés; mais on y soumettait ceux qui, quoique confirmés, avaient été nommés dans un testament par tout autre que le père. L. 5. D. 26. 3.

supérieurs à la suite d'une enquête, parce que cette enquête était une garantie suffisante de la moralité de ceux qui en avaient été l'objet. N'y étaient donc soumis que : 1° les tuteurs légitimes (1); 2° ceux nommés sans enquête par des magistrats.

Il pouvait cependant arriver que les tuteurs nommés par testament, ou par les magistrats supérieurs, sur enquête, fussent amenés à la nécessité de fournir des fidéjusseurs. C'est ce que nous allons voir dans le paragraphe suivant.

§ I. Sed et, si ex testamento vel inquisitione duo pluresve dati fuerint, potest unus offerre satis de indemnitate pupilli, vel adolescentis, et contutori vel concuratori præferri, ut solus administret, vel ut contutor satis offerens præponatur ei, et ipse solus administret. Itaque per se non potest petere satis a contutore, vel concuratore suo; sed offerre debet, ut electionem det contutori suo, utrum velit satis accipere, an satis dare. Quodsi nemo eorum satis offerat, si quidem adscriptum fuerit a testatore, quis gerat, ille gerere debet; quodsi non fuerit adscriptum, quem major pars elegerit, ipse gerere debet : ut edicto prætoris cavetur. Sin autem ipsi tutores dissenserint circa eligendum eum, vel eos, qui gerere debent, prætor partes suas interponere debet. Idem et in pluribus ex inquisitione datis probandum est, id est, ut major pars eligere possit, per quem administratio fieret.

§ 1 Si deux ou plusieurs tuteurs ou curateurs ont été nommés par testament ou après enquête, l'un d'eux peut, en offrant caution à son cotuteur ou cocurateur; obtenir la préférence sur lui, et avoir seul l'administration du pupille ou de l'adulte : par cette offre de caution il forcera son cotuteur ou son cocurateur d'offrir une caution plus forte, si celui-ci veut lui-même administrer seul. L'un des tuteurs ou des curateurs ne peut donc pas directement exiger une caution de son associé dans la tutelle ou la curatelle; mais, en offrant lui-même de donner cette caution, il place le cotuteur ou cocurateur dans l'alternative ou d'accepter la caution qui est offerte, ou de la donner lui-même. Que si aucun d'eux n'offre caution, celui-là gérera que le testateur aura désigné. Si le testateur n'a désigné personne, l'administration appartiendra à celui que la majorité des tuteurs aura choisi, ainsi que le prescrit l'édit du préteur. Et si les tuteurs ne peuvent s'accorder sur le choix de celui qui doit administrer seul, le préteur interposera son autorité. Pareillement, lorsque plusieurs tuteurs ou curateurs sont donnés par le magistrat après enquête, ceux-ci désignent, à la majorité, celui d'entr'eux qui devra gérer.

* Il pouvait se faire que la tutelle testamentaire, fût confiée à plu-

(1) Le père et le patron pouvaient être dispensés de la *satisdatio* par le préteur.

sieurs tuteurs : tous étaient responsables envers le pupille de l'administration de chacun d'eux ; mais il était de l'intérêt d'une bonne administration que la gestion appartînt exclusivement à l'un d'entre eux, qu'on appelait onéraire, les autre devenant tuteurs honoraires et restant sous le poids de la responsabilité qui pesait toujours sur eux.

Voici maintenant comment on arrivait à déterminer celui des tuteurs qui aurait la gestion exclusive : 1° l'un des tuteurs pouvait me tre la tutelle aux enchères ; celui qui offrait la garantie la plus forte, c'est-à-dire des fidéjusseurs plus riches, était préféré ; 2° si personne n'offrait de caution, et que les tuteurs fussent testamentaires, la gestion exclusive appartenait à celui qui avait été désigné pour cette gestion par le testateur lui-même ; 3° si, parmi les tuteurs nommés par testament, le testateur n'avait pas indiqué le gérant; si, en outre, la gestion n'avait pas été mise aux enchères, elle appartenait à celui qu'avait élu la majorité des tuteurs, et, s'ils ne pouvaient s'entendre sur ce choix, à celui que le magistrat désignait.

Toutefois, cette désignation par le magistrat n'était point une loi pour les tuteurs ou curateurs ; car ils pouvaient, malgré cette désignation, conserver collectivement l'administration, ou se la partager (1).

§ II. Sciendum est autem, non solum tutores vel curatores pupillis et adultis ceterisque personis ex administratione teneri; sed etiam in eos, qui satisdationes accipiunt, subsidiariam actionem esse, quæ ultimum eis præsidium possit afferre. Subsidiaria autem actio datur in eos, qui vel omnino a tutoribus vel curatoribus satisdare non curaverint, aut non idonee passi essent caveri. Quæ quidem tam ex prudentium responsis, quam ex constitutionibus imperialibus et in heredes eorum extenditur.

§ 2. Il est bon de savoir qu'un recours principal est accordé aux pupilles et aux adultes contre leurs tuteurs et, en outre, un recours subsidiaire contre ceux qui ont reçu les cautions : ce recours subsidiaire est une dern ère ressource assurée aux pupilles ou aux adultes. Or il est accordé contre ceux qui ont omis entièrement d'exiger une caution des tuteurs ou curateurs, ou qui ont souffert qu'on en donnât une insuffisante. Ce recours peut être exercé même contre les héritiers de ceux qui devaient veiller à cette garantie, d'après les décisions des jurisconsultes et les constitutions impériales.

Les tuteurs et curateurs sont responsables de leur gestion envers leur pupille ou adulte, ou d'autres personnes, telles que les furieux, les fous, les sourds et les muets, et ceux qui sont travaillés d'une maladie incurable (*et ceteris personis*) (2).

(1) L. 3. § 8. 9. D. 26. 7. Ceci a peut-être été changé par Justinien, Nov. 118 c. 5. Voyez plus haut, p. 172, note 4. Il est à présumer que les tuteurs nommés par enquête, dont parle notre paragraphe, sont ceux que le magistrat, dans certains cas, confirme après enquête; tels sont les tuteurs nommés dans un testament par une mère.

(2) Voyez titre precédent, §§ 3 et 4.

*Cette responsabilité est le fondement de l'action qui peut être intentée contre l'un ou l'autre, à la fin de la tutelle ou de la curatelle. Lorsque cette responsabilité est garantie par des fidéjusseurs, les pupilles ou adultes ont, en outre, une action contre ces derniers; et si ces fidéjusseurs sont insolvables, ou bien, lorsque les magistrats inférieurs, obligés de pourvoir à ce qu'il y ait des fidéjusseurs, ont omis d'en faire donner, les pupilles ou adultes ont une action subsidiaire contre ce magistrat. Cette action subsidiaire n'est donnée, dans ce cas, qu'à défaut de solvabilité des tuteurs ou curateurs, ou de leurs fidéjusseurs.

Les magistrats, chargés de faire donner caution, répondent de toute sorte de faute. Leur obligation, quant à cette responsabilité, passe à leurs héritiers; toutefois, ceux-ci ne répondent que de la faute grave de leur auteur (1).

§ III. Quibus constitutionibus [et illud exprimitur, ut, nisi caveant tutores vel curatores, pignoribus captis coerceantur.

§ 3. Les mêmes constitutions impériales disposent que si les tuteurs ou curateurs ne veulent pas donner caution, on les y contraindra en prenant de leurs biens en gage.

** Si les tuteurs ou curateurs, obligés de fournir des fidéjusseurs, ne le font pas, le magistrat leur refuse l'administration : tout ce qu'ils feraient, avant d'avoir accompli cette obligation, serait radicalement nul (2). Il peut aller plus loin, les exclure comme suspects, suivant les circonstances, ou les contraindre à administrer, en envoyant les pupilles ou adultes en possession de certains biens de leur tuteur ou curateur; ce qui constitue un gage prétorien (*pignoribus captis*) (3).

§IV. Neque autem præfectus urbi, neque prætor, neque præses provinciæ, neque quis alius, cui tutores dandi jus est, hac actione tenebitur; sed hi tantummodo, qui satisdationem exigere solent.

§ 4. Le préfet de la ville, le préteur, le président de la province et tout magistrat ayant droit de donner des tuteurs, ne sont pas soumis à l'action subsidiaire : on n'y soumet que les magistrats chargés de recevoir les cautions.

*** Les magistrats supérieurs, tels que le préfet de la ville, le préteur et les présidents des provinces, ainsi que le préfet de l'Egypte, pouvaient exiger que des fidéjusseurs fussent donnés par les tuteurs et curateurs; mais ils chargeaient de recevoir ces fidéjusseurs les scribes ou *Tabularii* (4) : ceux-ci, par conséquent, étaient seuls responsables de la solvabilité des tuteurs et curateurs, et soumis à l'action subsi-

---

(1) L. 4. D. 26. 7.
(2) L. 3. C. 5. 42.
(3) Voyez L. 3.C 5. 43, et le titre 26 suivant, § 9.
(4) Voyez Schrader, h. l.

diaire; les magistrats supérieurs n'y étaient pas soumis, parce que dans leur juridiction rentrait le pouvoir de donner des tuteurs ou curateurs. Quant aux petits magistrats, ceux des villes municipales, ils recevaient eux-mêmes les fidéjusseurs, et répondaient de leur solvabilité. Ils donnaient aussi, il est vrai, des tuteurs aux pupilles, des curateurs aux adultes, lorsque la fortune n'était pas considérable; mais ils ne les donnaient qu'en vertu de la permission préalable du magistrat supérieur. Depuis Justinien, ils ont pu se dispenser de recourir à cette permission préalable, lorsque le patrimoine des pupilles ne dépassait pas cinq cents solides; cependant ils restèrent soumis à l'action subsidiaire.

## TITULUS XXV.

### DE EXCUSATIONIBUS TUTORUM VEL CURATORUM.

Pr. Excusabantur autem tutores vel curatores variis ex causis. Plerumque autem propter liberos, sive in potestate sint, sive emancipati. Si enim tres liberos superstites Romæ quis habeat, vel in Italia quatuor, vel in provinciis quinque, a tutela vel cura possunt excusari, exemplo ceterorum munerum: nam et tutelam vel curam placuit publicum munus esse. Sed adoptivi liberi non prosunt; in adoptionem autem dati naturali patri prosunt. Item nepotes ex filio prosunt, ut in locum patris succedant; ex filia non prosunt. Filii autem superstites tantum ad tutelæ vel curæ muneris excusationem prosunt, defuncti non prosunt. Sed si in bello amissi sunt, quæsitum est, an prosint. Et constat, eos solos prodesse, qui in acie amittuntur: hi enim, quia pro republica ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelleguntur.

## TITRE XXV.

### DES EXCUSES DES TUTEURS ET DES CURATEURS.

Pr. Les tuteurs et les curateurs sont excusés pour différents motifs. Le plus souvent ils peuvent s'excuser à cause du nombre de leurs enfants, que ceux-ci soient, ou non, sous leur puissance. En effet, à Rome, celui qui a trois enfants, en Italie quatre, cinq dans les provinces, peut s'excuser de la tutelle ou de la curatelle comme des autres charges publiques, la tutelle ou la curatelle étant considérée comme une charge publique. Quant aux enfants adoptés, ils ne comptent point au père adoptif, mais au père naturel. Les enfants d'un fils mort comptent à l'aïeul à la place de leur père; il n'en est pas de même des enfants d'une fille. Dans tous les cas, on ne compte que les enfants vivants. S'ils sont morts à la guerre compteront-ils? Ils ne compteront que s'ils sont morts sur le champ de bataille: car ceux qui périssent pour la république acquièrent par la gloire une vie qui ne craint plus la mort.

La tutelle et la curatelle étant des charges publiques, quiconque y est appellé par la loi des XII Tables, ou par un testament, ou par les

magistrats, doit en subir les fonctions, à moins qu'il ne se trouve dans un des cas d'excuse.

Dans l'origine, personne n'était contraint de subir les fonctions de tuteur; car le tuteur légitime pouvait céder ses fonctions à un autre; les tuteurs testamentaires avaient le droit d'abdiquer la tutelle qui leur avait été conférée (1), et les tuteurs datifs n'ont été forcés de l'accepter que du temps de Claude et de Marc-Antonin. Depuis ces empereurs apparurent les cas d'excuse pour la tutelle dative, qui ne furent appliqués que plus tard aux tutelles testamentaires, et enfin aux tutelles légitimes (2).

Etaient excusés de la tutelle ou de la curatelle les pères de trois enfants à Rome, de quatre en Italie, de cinq dans les provinces, de même qu'on les excusait des autres charges publiques. Pour former ce nombre, on comptait à un citoyen les enfants qu'il avait donnés en adoption à autrui; mais on ne les comptait pas au père adoptif. On comptait également au père émancipateur son fils émancipé; les petits-fils nés d'un fils prédécédé venaient remplacer leur père pour compléter le nombre requis, mais ne constituaient qu'une unité. Il n'en était pas de même des enfants d'une fille prédécédée, parce qu'ils comptaient pour leur père ou leur aïeul paternel (3).

Ce privilége attribué à la paternité n'a point été créé par la loi Papia Poppæa, qui contenait tant de dispositions dans le but de favoriser le mariage; il a plutôt pris sa source dans les rescrits de Marc-Aurèle, et ses développements, dans les décisions de Septime Sévère (4).

Les enfants nés et vivants étaient les seuls sur lesquels un père pût s'appuyer pour réclamer le privilége de cette excuse; mais ceux qui étaient morts sur le champ de bataille (*in acie*) étaient réputés vivants, parce que, dit le texte, une telle mort les immortalisait. Des jurisconsultes avaient même voulu que cette fiction fût étendue à tous ceux qui étaient morts à la guerre (*in bello*) (5).

§ 1. Item divus Marcus in semenstribus rescripsit, *eum, qui res fisci administrat, a tutela vel cura, quamdiu administrat, excusari posse.*

§ 1. L'empereur Marc-Aurèle, dans ses semestres, a aussi décidé que celui qui administrait les biens du fisc pourrait être excusé de la tutelle ou

---

(1) Ulp., fr. XI. 17

(2) Les tuteurs légitimes pouvaient toujours céder leur tutelle à d'autres. Voyez, au reste, les explications du § 16 de ce titre.

(3) Voyez cependant Vatic., frag. 195, où l'on trouve que les enfants d'une fille comptaient pour l'aïeul maternel, lorsqu'il était vétéran; et ce, en vertu d'un privilége accordé par Marc-Aurèle.

(4) Schrader, h. l.

(5) Telle était l'opinion d'Ulpien, L. 18. D. 27. 1. Vat., fr. 186. 189. 190. L'opinion admise par Justinien était celle d'Ariston. f.. Vat., 199.

§ II. Item qui reipublicæ causa absunt, a tutela et cura excusantur. Sed et, si fuerunt tutores vel curatores, deinde causa reipublicæ abesse cœperunt, a tutela et cura excusansantur, quatenus reipublicæ causa absunt, et interea curator loco eorum datur. Qui si reversi fuerint, recipiunt onus tutelæ, nec anni habent vacationem, ut Papinianus libro quinto Responsorum rescripsit : nam hoc spatium habent ad novas tutelas vocati.

de la curatelle tant que durerait son administration.

§ 2. De même ceux qui sont absents pour la république sont excusés de la tutelle ou de la curatelle. Si, étant déjà tuteurs ou curateurs, ils s'absentent pour la république, ils seront excusés pendant leur absence: et, pendant ce temps, un curateur les remplacera; mais, à leur retour, ils reprendront leurs fonctions et ils ne jouiront pas de la vacance d'une année ; c'est ce qu'a décidé Papinien, dans le cinquième livre de ses Réponses; car la vacance d'un an n'est accordée qu'à ceux qui, à leur retour, sont appelés à une tutelle nouvelle.

§ III. *Et qui potestatem aliquam habent, excusare se possunt*, ut divus Marcus rescripsit, sed cœptam tutelam deserere non possunt.

§ 3. Ceux qui exercent quelque magistrature peuvent aussi s'excuser, ainsi que l'a décidé Marc-Aurèle : toutefois ils ne peuvent renoncer à une tutelle dont ils ont commencé les fonctions.

Sont excusés ceux qui administrent les choses du fisc (1), pendant tout le temps de leur administration. Marc-Aurèle l'avait ainsi décidé dans ses *Semenstria* (2).

Par le même motif d'utilité publique, sont excusés les tuteurs qui s'absentent pour une mission publique. Pendant l'année qui suit leur retour, ils sont excusés pour les nouvelles tutelles qu'on voudrait leur imposer; mais ils reprennent immédiatement celles dont ils étaient chargés auparavant. Pendant leur absence, un curateur a dû administrer à leur place.

Sont excusés aussi, pendant la durée de leurs fonctions, tous les magistrats (3), supérieurs ou inférieurs.

---

(1) Le fisc était le domaine du prince; on appelait *ærarium* le domaine de l'Etat; mais, sous les derniers empereurs, ce dernier domaine se confondit avec le domaine du prince, et *fisc* fut la seule expression employée.

(2) On appelait *semenstria* des recueils de constitutions qui contenaient les décisions impériales de six mois. (glossa Taur.) D'autres pensent que, par cette expression, il faut entendre les décisions que rendait l'empereur dans les conseils qu'il tenait de six mois en six mois. (Suet. Oct., 35. Cass. Dio, 53. 21.)

(3) Parce qu'ils ont une *potestatem aliquam*. Les magistrats supérieurs ont un *imperium* proprement dit, comprenant le droit de sévir contre les criminels; mais les magistrats inférieur ont eu à toute époque une partie quelconque de l'*imperium*, celle qui est inséparable de toutes juridiction. Voyez la trad. de Zimmern, p. 17 et 18.

§ IV. Item propter litem, quam cum pupillo vel adulto tutor vel curator habet, excusare se nemo potest; nisi forte de omnibus bonis vel hereditate controversia sit.

§ 4. Le tuteur ou le curateur, engagé dans un procès avec son pupille ou son adulte, ne peut s'excuser, à moins que dans ce procès il ne s'agisse de tous les biens, ou d'une hérédité.

Lorsque les tuteurs ou curateurs avaient, avec le pupille ou l'adulte, un procès dans lequel une hérédité ou une partie considérable d'un patrimoine était en jeu, ils pouvaient être écartés de la tutelle ou de la curatelle comme suspects (1) : ils devaient donc s'excuser, et à plus forte raison en avaient-ils le droit.

§ V. Item tria onera tutelæ non affectatæ, vel curæ, præstant vacationem, quamdiu administrantur : ut tamen plurium pupillorum tutela, vel cura, eorundem bonorum, veluti fratrum, pro una computetur.

§ 5. Trois tutelles ou trois curatelles non recherchées, sont une cause suffisante d'excuse, tant qu'elles durent : cependant la tutelle de plusieurs pupilles, ou la curatelle de plusieurs adultes, ne compte que pour une, si leurs patrimoines ne sont pas distincts, comme lorsqu'il s'agit de la tutelle de plusieurs frères.

On ne peut pas surcharger quelqu'un de fonctions publiques d'une manière exagérée ou au-dessus de ses forces : ainsi, lorsqu'un père ou les enfants placés sous sa puissance exerçaient trois tutelles ou curatelles, lui ou ses fils étaient dispensés d'en accepter une quatrième. Il fallait toutefois, pour que cette excuse fût valable, que les trois tutelles ou curatelles n'eussent pas été recherchées, ou qu'elles ne fussent pas de celles qu'on aurait pu décliner par une excuse (2). Du reste, plus tard, l'importance des tutelles, plutôt que le nombre, fut le véritable motif d'excuse ; c'est pourquoi il arrivait quelquefois qu'on en imposait une quatrième ou une cinquième (3), et quelquefois aussi qu'une seule dispensait d'uue seconde (4). Au reste, lorsque les biens de plusieurs pupilles étaient indivis, et n'exigeaient qu'une seule administration, leurs tutelles ne comptaient que pour une (5).

Le même motif ne permettait pas de charger d'une tutelle ou d'une curatelle un homme à qui le travail était nécessaire pour pourvoir à sa propre subsistance : la pauvreté était donc une cause d'excuse, ainsi que nous le verrons au paragraphe suivant.

Il faut en dire autant de ceux qu'une infirmité ou une maladie em-

---

(1) L. 20. D. 27. 1.
(2) L. 15. § 15. D. 27 1. frag. Vat., 188.
(3) L. 17. pr. L. 31. § 3. D. 27. 1.
(4) L. 31. § 4. D. 27 1.
(5) L. 3. D. 27. 1. frag. Vat., 231.

pêche de s'occuper de leurs propres affaires. Une maladie autoriserait même à se décharger d'une tutelle déjà commencée (1). Nous verrons cette excuse au § 7.

Par le même motif encore, est une excuse suffisante la rusticité, c'est-à-dire, une ignorance telle, que celui qui doit être tuteur ne sait ni lire ni écrire, pourvu toutefois qu'à cette ignorance se joigne l'inaptitude aux affaires (2). Voyez le § 8.

§ VI. Sed et *propter paupertatem excusationem tribui*, tam divi fratres, quam per se divus Marcus rescripsit, *si quis imparem se oneri injuncto possit docere.*

§ 6. Les empereurs Marc-Aurèle et Vérus, et Marc-Aurèle encore, depuis qu'il était seul sur le trône, ont décidé que la pauvreté pouvait être alléguée comme excuse par celui qui prouvait que la tutelle était au-dessus de ses forces.

§ VII. Item propter adversam valetudinem, propter quam nec suis quidem negotiis superesse potest, excusatio locum habet.

§ 7. Une maladie, qui empêche quelqu'un de veiller à ses propres affaires, est aussi une excuse suffisante.

§ VIII. Similiter *eum, qui literas nesciret, excusandum esse*, divus Pius rescripsit; quamvis et imperiti literarum possunt ad administrationem negotiorum sufficere.

§. 8. De même celui qui ne sait ni lire ni écrire, peut s'excuser, conformément à un rescrit d'Antonin-le-Pieux, quoique des personnes illétrées soient quelquefois capables de gérer des affaires.

§ IX. Item si propter inimicitias aliquem testamento tutorem pater dederit, hoc ipsum præstat ei excusationem; sicut per contrarium non excusantur, qui se tutelam patri pupillorum administraturos promiserunt.

§ 9. Si un testateur a nommé un tuteur par inimitié, cela suffira pour faire excuser ce dernier : mais on n'excuse pas ceux qui ont promis au testateur d'accepter la tutelle.

§ X. *Non esse autem admittendam excusationem ejus, qui hoc solo utitur, quod ignotus patri pupillorum sit*, divi fratres rescripserunt.

§ 10. On n'excusera pas celui qui se fonde seulement sur ce qu'il n'était pas connu du testateur: c'est ce qu'ont décidé les divins frères.

§ XI. Inimicitiæ quas quis cum patre pupillorum vel adultorum exercuit, si capitales fuerunt, nec reconciliatio intervenit, a tutela vel cura solent excusare.

§. 11. Les inimitiés capitales qui ont existé entre le père des pupilles ou des adultes et le tuteur ou le curateur, sont un motif d'excuse, à moins qu'il n'y ait eu réconciliation.

§ XII. Item, si quis status contro-

§ 12. On excuse aussi de la tutelle

(1) Frag. Vat., 129. 130. 238. 239.
(2) Ainsi se concilie la L. 6. § 9. D. 27. 1. avec le § 8 de ce titre.

versiam a pupillorum patre passus est, excusatur a tutela.

celui à qui le père des pupilles a contesté son état.

Le père qui nomme un tuteur à son enfant doit être déterminé à ce choix par l'affection qu'il a pour lui et la confiance que lui inspire le tuteur nommé : si donc il résulte de ses rapports avec ce dernier que c'est par haine et inimitié qu'il a voulu lui imposer cette charge, le tuteur nommé pourra s'excuser de la tutelle. (Voyez § 9.)

Mais il ne suffirait point, pour autoriser une excuse, que le tuteur nommé soutînt et prouvât qu'il était inconnu du testateur ; et même, par là, se trouve écarté tout soupçon d'inimitié. C'est pour cette raison que Marc-Aurèle et Verus n'ont pas voulu admettre ce motif d'excuse (Voyez § 10.)

Si c'est le tuteur nommé qui a des motifs graves d'inimitié contre le père du pupille, et si ces motifs d'inimitié sont fondés sur ce que le père du pupille a soulevé contre le tuteur une question d'état, en lui contestant, par exemple, la qualité d'homme libre, cette circonstance suffira pour que le tuteur puisse s'excuser de la tutelle, la crainte d'un soupçon de vengeance contre le fils le mettant dans une position trop délicate. Mais la réconciliation ferait disparaître l'excuse. (Voyez §§ 11 et 12.)

§ XIII. Item major septuaginta annis a tutela vel cura se potest excusare. Minores autem viginti et quinque annis olim quidem excusabantur: a nostra autem constitutione prohibentur ad tutelam vel curam aspirare, adeo, ut nec excusationis opus fiat. Qua constitutione cavetur, ut nec pupillus ad legitimam tutelam vocetur, nec adultus ; cum erat incivile, eos, qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur, et sub aliis reguntur, aliorum tutelam vel curam subire.

§ 13. Le majeur de soixante-dix ans peut aussi s'excuser de la tutelle ou de la curatelle. Quant aux mineurs de vingt-cinq ans, autrefois ils pouvaient s'excuser : mais notre constitution leur défend même d'aspirer à la tutelle ou à la curatelle; de sorte qu'ils n'ont plus besoin d'excuse. Par la même constitution un pupille ou un adulte ne peut être tuteur légitime : car il est contraire à la raison que celui qui a besoin du secours d'autrui pour administrer ses biens et diriger sa personne, puisse être tuteur ou curateur d'un autre.

§ XIV. Idem et in milite observandum est, ut nec volens ad tutelæ munus admittatur.

§ 14. De même le militaire n'est pas admis à la tutelle, quand même il le voudrait.

Les septuagénaires sont dans un âge trop avancé pour ne pas être autorisés à s'excuser de la tutelle ou de la curatelle ; seulement ils ne pourraient pas se décharger d'une tutelle qu'ils auraient reçue avant cet âge (1).

(1) L. 40. D. 27. 1. frag. Vat., 238.

Quant aux mineurs de vingt-cinq ans, autrefois ils étaient seulement excusables (1); depuis Justinien, ils sont exclus de toute tutelle ou curatelle. Cette disposition de Justinien était surtout importante pour les exclure de la tutelle ou curatelle légitime, qui leur advenait comme conséquence du droit héréditaire, du moins quand ils étaient du sexe masculin. (Voyez § 13.)

Les militaires ont toujours été incapables d'être tuteurs ou curateurs; mais les vétérans étaient seulement excusables, si ce n'est pour la tutelle des enfants d'un autre militaire. (Voyez § 14.)

§ XV. Item Romæ grammatici, rhetores, et medici, et qui in patria sua id exercent, et intra numerum sunt, a tutela vel cura habent vacationem.

§ 15. A Rome on excuse les grammairiens, les rhéteurs et les médecins, et ailleurs ceux qui exercent cette profession dans leur patrie, lorsqu'ils se trouvent dans le nombre fixé pour la localité.

Sont aussi excusés de la tutelle ou de la curatelle ceux qui enseignent la grammaire, la rhétorique, la philosophie et les sciences, et ceux qui pratiquent la médecine, pourvu qu'ils soient compris dans le nombre fixé par l'autorité, et qu'ils exercent dans leur patrie, celle de leur origine, ou à Rome, la patrie commune (2). Il n'en est pas de même des artisans ou artistes, tels que les géomètres, les architectes, les peintres, etc.; car, quoique les LL. 1. et 2. C. 10. 64. les dispensent *ab universis muneribus*, il faut entendre par là les charges communales, et non les charges publiques, comme la tutelle ou la curatelle.

§ XVI. Qui autem se vult excusare, si plures habeat excusationes, et de quibusdam non probaverit, aliis uti intra tempora non prohibetur. Qui autem excusare se volunt, non appellant: sed intra dies quinquaginta continuos, ex quo cognoverunt, excusare se debent (cujuscumque generis sunt, id est qualitercumque dati fuerint tutores), si intra centensimum lapidem sunt ab eo loco, ubi tutores dati sunt; si vero ultra centensimum habitant, dinumeratione facta viginti millium diurnorum et amplius triginta dierum. Quod tamen, ut Scævola dicebat, sic debet computari, ne minus sint quam quinquaginta dies.

§ 16. Celui qui veut s'excuser, et qui a plusieurs causes pour le faire, s'il n'a pu parvenir à en prouver quelques-unes, peut en faire valoir d'autres, s'il est encore dans le délai voulu. Quant à ceux qui veulent faire admettre leur excuse, ils ne peuvent, pour y parvenir, appeler de la décision qui leur défère la tutelle; mais tous les tuteurs, quels qu'ils soient, peuvent s'excuser dans les cinquante jours à partir du moment où ils ont eu connaissance de leur nomination, s'ils sont dans un rayon de cent milles du lieu où ils ont été nommés. Au delà de ce rayon, ils ont d'abord un délai fixe de trente jours, et, en outre, un jour par chaque fois vingt

(1) L. 10. D. 27. 1. frag. Vat., 151. 223.
(2) L. 6. §§ 1-12. D. 27. 1.

milles, de manière cependant, comme le disait Scævola, à ce qu'ils aient toujours au moins cinquante jours.

Quand le magistrat nomme un tuteur ou un curateur, il ne prononce pas une décision judiciaire : cette nomination ne peut donc donner lieu à l'appel à un magistrat supérieur. Aussi, le tuteur ou curateur nommé, qui a des excuses à faire valoir, n'a pas à prendre la voie de l'appel pour les faire admettre; il se présente devant le magistrat qui l'a nommé, et les déduit devant lui : si celui-ci statue sur ces excuses et ne croit pas devoir les admettre, alors il y a lieu à l'appel (1).

Il en est de même, à plus forte raison, du tuteur légitime, ou du tuteur testamentaire.

Mais un tuteur ou un curateur qui a renoncé à une excuse expressément, par exemple, en promettant au père de prendre la tutelle de ses enfants, ou tacitement, par exemple, en s'immisçant dans la gestion, ne peut plus s'excuser. Il faut en dire autant du cas où il aurait laissé écouler le délai à lui accordé pour invoquer ses excuses. Or, ce délai est d'au moins cinquante jours continus. Il pourrait dépasser ce terme, si le tuteur ou curateur demeurait à plus de quatre cents milles du lieu où les fonctions sont déférées; car, au-delà de cent milles, on donne d'abord trente jours fixes, plus un jour par chaque fois vingt milles (2).

Ce délai commence à courir du jour où les tuteurs ou curateurs ont eu connaissance de leur nomination (3). Et celui qui a fait valoir des motifs d'excuse, lesquels ont été rejetés, peut en invoquer d'autres, s'il en a, pourvu que le délai ne soit pas encore expiré (4).

| | |
|---|---|
| § XVII. Datus autem tutor ad universum patrimonium datus esse creditur. | § 17. Le tuteur est toujours censé donné pour tout le patrimoine. |

La présomption est que le tuteur est nommé pour la totalité de l'administration; mais il peut en être autrement : 1° lorsqu'une partie des biens lui a été assignée; 2° lorsque les biens sont situés dans des provinces différentes. Dans ce dernier cas, le tuteur peut se faire exempter d'une partie de l'administration (5).

| | |
|---|---|
| § XVIII. Qui tutelam alicujus ges- | § 18. Celui qui a été tuteur de quel- |

(1) Marc-Aurèle a établi cette différence entre l'excuse des tuteurs et celle de ceux à qui sont imposées d'autres charges publiques. L. 1. § 1. D. 49. 4.

(2) Vingt milles, ou vingt mille pas, pouvaient se faire en un jour pat les militaires : c'était là leur étape ordinaire. Voyez Vegetius, *de re militari*. I. 9. I. 27. Spartianus Hadr. 10. L. 2. C. 12. 38.

(3) Fr. Vat., 150.

(4) L. 21. § 1. L. 13. § 18. D. 27. 1.

(5) L. 21. § 2. L. 19. D. 27. 1. frag. Vatic., 147.

sit, invitus curator ejusdem fieri non compellitur, in tantum, ut, licet pater, qui testamento tutorem dedit, adjecit, se eundem curatorem dare, tamen *invitum eum curam suscipere non cogendum*, divi Severus et Antoninus rescripserunt.

qu'un n'est pas obligé d'en être le curateur ; et cela est si vrai que si un père, après avoir nommé quelqu'un tuteur dans son testament, ajoute qu'il le nomme aussi curateur, celui-ci ne peut pas être contraint d'accepter la curatelle : ainsi l'ont décidé Sévère et Antonin.

§ XIX. Iidem rescripserunt, *maritum uxori suæ curatorem datum excusare se posse, licet se immisceat.*

§ 19. Les mêmes empereurs ont aussi décidé qu'un mari, nommé curateur de sa femme, peut s'excuser, lors même qu'il se serait immiscé dans l'administration des biens de celle-ci.

Lorsque, sans l'avoir cherché, on avait été tuteur de quelqu'un, on ne pouvait être contraint d'en être le curateur : on pouvait donc, dans ce cas, s'excuser de la curatelle, pourvu qu'on ne s'y fût pas déjà immiscé (1). Mais le mari pouvait s'excuser de la curatelle de sa femme, quoique s'y étant immiscé et n'ayant pas été son tuteur, parce qu'il lui était défendu d'être curateur de sa femme, d'une manière absolue, de même qu'on défendait à un tuteur ou à un curateur d'épouser sa pupille ou son adulte (2). Quoique incapable d'être curateur de sa femme, le mari, lorsqu'il avertissait de cette incapacité le magistrat qui voulait le nommer, proposait par cela même une excuse.

§ XX. Si quis autem falsis allegationibus excusationem tutelæ meruit, non est liberatus onere tutelæ.

§ 20. Celui qui s'est fait excuser pour des causes non fondées, n'est pas libéré de la tutelle.

Lorsqu'on s'était fait décharger de la tutelle ou de la curatelle en faisant valoir des causes d'excuse qui n'existaient pas réellement, la décision du magistrat surprise ainsi était nulle, en ce sens qu'on subissait, nonobstant cette décision, la responsabilité de l'une ou de l'autre qualité, quoiqu'on ne fût pas tuteur ou curateur (3).

## TITULUS XXVI.

### DE SUSPECTIS TUTORIBUS VEL CURATORIBUS.

Pr. Sciendum est, suspecti crimen ex lege duodecim tabularum descendere.

## TITRE XXVI.

### DES TUTEURS OU CURATEURS SUSPECTS.

Pr. Il faut savoir que la poursuite en suspicion descend de la loi des XII Tables.

(1) Les affranchis ne pouvaient invoquer cette excuse relativement aux enfants de leur patron. L. 5. C. 5. 62.

(2) Frag. Vat., 201. L. 2. C. 5. 34.

(3) L. 60. pr. D. 23. 2. L 43. § 5. D 27. 1. Voyez d'autres cas où il n'y avait pas force de chose jugée non plus. C. 7. 58. L. 7. C. 7. 64.

* La poursuite d'un droit privé s'appelait *action*. L'action ou formule était accordée par le magistrat, et avec elle les parties se rendaient devant un juge chargé de vérifier le point litigieux, et de prononcer la condamnation ou l'absolution : c'était là la forme de procédure ordinaire. Mais il en était autrement en matière criminelle : on n'obtenait pas de formule pour aller devant un juge ; la vérification du fait reproché et la condamnation avaient lieu en public et de la part du magistrat qui présidait. L'affaire s'introduisait par une accusation. C'était ce dernier mode que l'on suivait lorsqu'il s'agissait de destituer un tuteur ou un curateur pour suspicion (1), et il avait sa source dans la loi des Douze Tables. Les magistrats pouvaient aussi, d'office, sans accusation portée, introduire la poursuite de suspicion (2) contre un tuteur ou un curateur.

Le soupçon ne pouvait pas, en général, servir de base à une condamnation ; ici on n'admet pas, à proprement parler, une exception à ce principe général, puisqu'il faut démontrer le dol ou au moins la faute lourde du tuteur ou curateur.

§ I. Datum est autem jus removendi suspectos tutores Romæ prætori, et in provinciis præsidibus earum et legato proconsulis.

§ 1. Le droit d'écarter comme suspect appartenait, à Rome, au préteur, et, dans les provinces, aux présidents ou aux légats du proconsul.

** Les magistrats chargés de connaître de l'action de suspicion étaient, à Rome, le préteur, et dans les provinces, le gouverneur ou son lieutenant, appelé le légat du proconsul, parce que le gouverneur était un proconsul dans les grandes provinces (3).

A Rome, le préteur, compétent pour juger les suspects, ne pouvait leur infliger une peine ; il devait, pour cet objet, les renvoyer devant le préfet de la ville, ainsi que nous le verrons au § 10 de ce titre. Mais les gouverneurs des provinces pouvaient à la fois connaître de la suspicion et infliger une peine (4).

§ II. Ostendimus, qui possunt de suspecto cognoscere : nunc videamus, qui suspecti fieri possunt. Et quidem omnes tutores possunt, sive testamentarii sint, sive alterius generis tuto-

§ 2. Nous avons dit quels étaient ceux qui pouvaient connaître de la poursuite en suspicion ; voyons maintenant quels sont ceux qui peuvent être attaqués comme suspects. Tous

---

(1) Cependant cette accusation ne doit pas être mise sur la même ligne que les accusations criminelles proprement dites ; car son but principal était de défendre la fortune du pupille : la peine n'en était que l'accessoire ; elle pouvait même ne pas être encourue.

(2) Quelques jurisconsultes modernes veulent établir une différence entre l'*accusatio suspecti* et l'*accusatio quasi suspecti tutoris* ; ils appliquent la dernière aux tuteurs qui sont dans le cas d'être destitués pour faute seulement. Ils se fondent sur le § 5 h. t. et la L. 4. § 4. h. t. (26. 10.) Mais évidemment les textes n'ont pas employé l'expression *quasi suspecti* comme technique, et n'admettent pas cette distinction. Voyez L. 3. § 17. D. 26. 10. L. 5. C. 5. 43.

(3) Un ancien consul. Voyez la trad. de Zimmern, p. 55. note 3.

(4) L. 10. C. 5. 37.

res. Quare etsi legitimus sit tutor, accusari poterit. Quid si patronus? adhuc idem erit dicendum; dummodo meminerimus, famæ patroni parcendum, licet ut suspectus remotus fuerit.

les tuteurs peuvent l'être, testamentaires ou autres. Ainsi le tuteur légitime lui-même peut être accusé comme suspect. Il faut encore en dire autant du patron. Toutefois, si on l'écarte comme suspect, il faut ménager sa réputation.

* On peut poursuivre comme suspects les tuteurs quelconques, même les tuteurs légitimes et le patron; mais, quand il s'agit de ce dernier, le magistrat doit avoir soin de ne pas énoncer dans sa condamnation, lorsqu'il la prononce, les motifs de la destitution ou de l'exclusion, afin qu'il n'encoure pas l'infamie. Par égard pour leur patron, les affranchis, en effet, ne devaient pas, en général, intenter contre eux d'action infamante.

Quant aux tuteurs légitimes, souvent, au lieu de les écarter comme suspects, on leur adjoint un curateur. Dans l'origine même, on ne pouvait les accuser de suspicion, parce que la tutelle était un droit qui leur compétait comme agnats.

§ III. Consequens est, ut videamus, qui possunt suspectos postulare. Et sciendum est, quasi publicam esse hanc actionem, hoc est omnibus patere. Quinimo et mulieres admittuntur, ex rescripto Severi et Antonini, sed hæ solæ, quæ, pietatis necessitudine ductæ, ad hoc procedunt, ut puta mater; nutrix quoque et avia possunt, potest et soror; sed et si qua mulier fuerit, cujus prætor propensam pietatem intellexerit, non sexus verecundiam egredientis, sed pietate productæ non continere injuriam pupillorum, admittet eam ad accusationem.

§ 3. Il nous reste à voir quels sont ceux qui peuvent se présenter comme accusateurs de suspicion. Il ne faut pas oublier que la poursuite en suspicion est une accusation quasi-publique, c'est-à-dire, permise à tout le monde. Et même le rescrit de Sèvère et d'Antonin y admet les femmes, mais seulement celles qui y sont portées par une raison d'affection, telles que la mère, la nourrice, l'aïeule et la sœur. Le préteur pourrait même y admettre toute autre femme qui lui paraîtrait portée par un sentiment que ne repousserait pas la pudeur de son sexe, et qui serait indignée du danger que l'on ferait courir à des pupilles.

§ IV. Impuberes non possunt tutores suos suspectos postulare; puberes autem curatores suos ex consilio necessariorum suspectos possunt arguere : et ita divi Severus et Antoninus rescripserunt.

§ 4. Les impubères ne peuvent point accuser leurs tuteurs de suspicion; les pubères peuvent le faire à l'égard de leurs curateurs, avec le conseil de leurs proches : c'est ce qu'ont décidé Sévère et Antonin.

** Cette accusation, quoique n'étant pas criminelle, est *quasi publica*, en ce sens que tout citoyen romain peut la porter, même une femme,

qui n'aurait jamais pu, dans une accusation criminelle, figurer comme accusatrice, si ce n'est pour venger sa propre injure ou la mort de l'un de ses proches (1). La femme qui figure ici comme accusatrice peut même ne pas être parente du pupille ou de l'adulte; il suffit qu'elle se renferme dans les limites des convenances. Un tuteur ou curateur non-seulement peut, mais doit accuser son cotuteur ou cocurateur qui s'est rendu suspect (2).

Les impubères ne peuvent accuser leur tuteur comme suspect (3), quoiqu'il leur soit quelquefois permis de porter une accusation criminelle. Quant aux adultes, ils peuvent accuser leur curateur, pourvu qu'ils aient l'assentiment de leurs proches (4).

§ V. Suspectus est autem, qui non ex fide tutelam gerit, licet solvendo est, ut Julianus quoque rescripsit. Sed et ante, quam incipiat gerere tutelam tutor, posse eum quasi suspectum removeri, idem Julianus rescripsit, et secundum eum constitutum est.

§ 5 On appelle suspect celui qui ne gère pas la tutelle avec fidélité, quoiqu'il soit solvable, ainsi que l'a décidé Julien. Un tuteur peut être considéré comme suspect, même avant d'avoir commencé à gérer la tutelle, conformément à l'opinion de Julien, confirmée par des constitutions.

* On entend par suspect celui qui, dans son administration, commet des fraudes ou même des fautes graves. Malgré sa solvabilité ou la caution qu'il offrirait pour répondre de sa gestion, il doit être accusé de suspicion.

Julien pensait même que l'on pouvait accuser comme suspect le tuteur ou le curateur qui ne s'était pas encore immiscé dans l'administration, par cela seul que sa conduite antérieure inspirait des craintes sur sa conduite à venir. Justinien consacra cette opinion. Mais Ulpien soutenait l'opinion contraire, attendu qu'on ne pouvait pas dire d'un tel tuteur ou curateur qu'il avait été infidèle dans une administration à laquelle il ne s'était pas encore livré. Il ajoutait qu'il n'y avait lieu qu'à l'exclure (5).

§ VI. Suspectus autem remotus, si quidem ob dolum, famosus est; si ob culpam, non æque.

§ 6. Un tuteur qui est écarté comme suspect, encourt l'infamie s'il est écarté pour dol; pour faute il n'en est pas de même.

§ VII. Si quis autem suspectus

§ 7. Pendant les poursuites en sus-

(1) LL. 8 et 11. D. 48. 2

(2) L. 3. § 2. L. 7. § 14. L. 14. D. 26. 7.

(3) Parce que, en général, ils n'ont pas le droit d'ester en justice.

(4) L. 2. § 1. D. 48. 2. Si les proches ne peuvent pas s'entendre avec l'adulte pour cette accusation, c'est le magistrat qui décide.

(5) L. 3. § 5. D. 26. 10. L. 4. § 4. D. *ibid.* LL. 8 et 9. D. 26. 3.

postulatur, quoad cognitio finiatur, interdicitur ei administratio, ut Papiniano visum est.

§ VIII. Sed si suspecti cognitio suscepta fuerit, posteaque tutor vel curator decesserit, extinguitur cognitio suspecti.

picion, l'administration est interdite à l'accusé, ainsi que l'a décidé Papinien.

§ 8. Si, pendant la poursuite en suspicion, le tuteur ou le curateur vient à mourir, l'accusation tombe.

* La condamnation pour cause de suspicion, s'il y a eu dol, entraîne l'infamie; il n'en est pas de même s'il n'y a eu que faute (1).

** Pendant l'instance de suspicion, le tuteur ou curateur était privé de l'administration : et si ce tuteur ou curateur venait à mourir avant la fin du procès, les poursuites se trouvaient éteintes, d'après le principe qui voulait, en matière criminelle, que la mort du coupable mit fin aux poursuites, et surtout par cette considération que l'accusation, ayant pour but principal d'écarter les suspects, ce but ne pouvait plus exister du moment que la tutelle ou la curatelle avait cessé par la mort: en effet cette accusation s'éteignait dans tous les cas où finissait la tutelle ou la curatelle (2).

§ IX. Si quis tutor copiam sui non faciat, ut alimenta pupillo decernantur, cavetur epistola divorum Severi et Antonini, ut in possessionem bonorum ejus pupillus mittatur; et, quæ mora deteriora futura sunt, dato curatore, distrahi jubentur. Ergo ut suspectus removeri poterit, qui non præstat alimenta.

§ 9. Si un tuteur ne se présentait pas devant le magistrat pour faire régler les aliments du pupille, celui-ci pouvait se faire envoyer en possession de ses biens, conformément à un rescrit de Sèvère et d'Antonin : et si quelques-uns de ces biens étaient susceptibles de détérioration, on nommait un curateur pour les vendre. On pouvait donc écarter comme suspect le tuteur qui refusait des aliments à son pupille.

§ X. Sed si quis præsens negat, propter inopiam alimenta non posse decerni, si hoc per mendacium dicat, remittendum eum esse ad præfectum urbis puniendum placuit, sicut ille

§ 10. Si le tuteur se présentait devant le magistrat et prétendait mensongèrement que les biens du pupille ne suffisaient pas pour subvenir à sa nourriture, il devait être

---

(1) Si par le mot dol, du texte, on comprend aussi la *culpa lata*, qui est ordinairement mise sur la même ligne que le dol, il résultera de là : 1. que la *culpa lata* entraînera l'infamie ; 2. qu'une faute autre que la *culpa lata* peut donner lieu à l'accusation de suspicion. : or, cette autre faute qu'on oppose à la *culpa lata* est la *culpa levis*. Nous pensons que dans cette matière on ne doit pas s'arrêter aussi strictement aux expressions, attendu qu'il s'agit d'une affaire quasi criminelle. Par dol, nous entendons la fraude proprement dite ; quant à la *culpa lata*, elle peut quelquefois se confondre tout à fait avec le dol, si la négligence est de mauvaise foi ; mais, s'il n'y a pas de mauvaise foi dans la *culpa lata*, elle n'entraînera pas l'infamie : ce serait donc la *culpa lata*, dans ce sens, qui ne devrait pas avoir les mêmes conséquences que le dol pour l'*existimatio*.

(2) L. 11. D. 26. 10. L. 1. C. 5. 43.

remittitur, qui, data pecunia, ministerium tutelæ redemerit.

renvoyé au préfet de la ville pour être puni, de même qu'on y renvoye celui qui s'est fait nommer tuteur en gagnant les officiers du magistrat.

§ XI. Libertus quoque, si fraudulenter gessisse tutelam filiorum vel nepotum patroni probetur, ad præfectum urbis remittetur puniendus.

§ 11. L'affranchi qui a géré frauduleusement la tutelle des fils ou des petits-fils de son patron, est aussi renvoyé au préfet de la ville pour être puni.

*Le tuteur devait pourvoir à tous les frais d'entretien et d'éducation du pupille jusqu'à concurrence d'une somme déterminée par le magistrat, et en proportion de la fortune de ce pupille. Or, pour faire déterminer cette somme, le tuteur devait se présenter devant le magistrat. S'il ne s'y présentait pas, s'il se cachait de manière à ce que le magistrat ne pût pas arriver avec lui à la détermination de cette somme (*copiam sui non faciat*), il était dans le même cas qu'un défendeur ordinaire qui faisait en sorte qu'on ne pût engager un procès avec lui (1); le pupille, en conséquence, était envoyé en possession des biens du tuteur, de même qu'on envoyait en possession des biens d'un débiteur le créancier qui ne pouvait parvenir à amener celui-ci devant le magistrat (*vocare in jus*) pour le soumettre au *vadimonium* et former une instance.

Cet envoi en possession n'avait d'autre but que de contraindre indirectement le tuteur à remplir ses devoirs, relativement aux aliments, par la privation de ses biens. Si quelques-uns d'entr'eux étaient susceptibles de dépérissement, il fallait les vendre; dans l'intérêt du tuteur, pour la conservation de sa propriété, et dans l'intérêt du pupille, pour la conservation de son gage (2). Pour cette vente on nommait un curateur, comme pour toutes les ventes forcées à titre singulier (3).

L'obstination du tuteur, à ne pas se présenter devant le magistrat, le faisait considérer comme étant de mauvaise foi; il était donc (*ergo*) dans le cas d'être écarté de la tutelle comme suspect: c'est ainsi que l'on doit entendre la constitution de Sévère et d'Antonin.

** On pouvait aussi écarter comme suspect celui qui, s'étant présenté devant le magistrat, se refusait à fournir des aliments sur les biens du pupille, en prétendant faussement que ces biens ne permettaient point une provision suffisante pour les aliments. Dans ce dernier cas on le renvoyait devant le préfet de la ville (4) pour lui faire infliger une peine.

---

(1) Voyez notre traduction de Zimmern, p. 348 et 406.

(2) Il est curieux que M. Ortolan (*hic*) soutienne que cette vente avait lieu pour procurer des aliments au pupille, tandis que les textes du droit romain disent positivement que les biens du tuteur ne devaient pas servir à alimenter le pupille (L. 3. § f. D. 27. 2.), et lorsque notre texte lui-même ne prescrit la vente que des objets susceptibles de dépérissement.

(3) Voyez notre traduction de Zimmern, p. 250.

(4) Le préteur, à Rome, n'a pas la juridiction criminelle; dans les provinces, les gouverneurs

On y renvoyait également, pour être puni, celui qui n'était parvenu à se faire nommer tuteur qu'en corrompant certains officiers ministériels du magistrat (1).

* On renvoye aussi devant le préfet de la ville, dans le même but, l'affranchi qui administre frauduleusement la tutelle des fils ou petits-fils de son patron.

§ XII. Novissime sciendum est, eos, qui fraudulenter tutelam vel curam administrant, etiam, si satis offerant, removendos a tutela : quia satisdatio propositum tutoris malevolum non mutat, sed diutius grassandi in re familiari facultatem præstat.

§ 12. Il faut savoir que ceux qui gèrent frauduleusement une tutelle ou une curatelle doivent être écartés, quand même ils offriraient caution : car la caution ne change rien aux mauvaises dispositions d'un tuteur ; elle ne ferait que lui fournir le moyen de dilapider plus longtemps la fortune du pupille.

§ XIII. Suspectum enim eum putamus, qui moribus talis est, ut suspectus sit : enimvero tutor vel curator, quamvis pauper est, fidelis tamen et diligens, removendus non est quasi suspectus.

§ 13. Nous regardons comme suspect celui que ses mœurs rendent tel : mais le tuteur ou le curateur pauvre ne devrait pas être écarté pour cela seul, s'il est fidèle et diligent.

** L'administration frauduleuse de la tutelle entraînait nécessairement la poursuite en suspicion : elle ne pouvait être arrêtée par l'offre, faite par le tuteur, d'une caution suffisante pour mettre le pupille à l'abri de toute chance de perte, parce que, d'une part, il ne faut point autoriser la malversation, parce que, d'autre part, la meilleure garantie pour le pupille, c'est la conservation de son patrimoine.

Quant à la suspicion, elle résulte de la mauvaise conduite du tuteur, et jamais de son peu de solvabilité : car un tuteur ou curateur pauvre peut être fidèle et diligent.

*Questions sur les personnes, dans leurs rapports avec un tuteur ou un curateur.*

*Qu'est-ce que la tutelle? pag. 141 *. — Pourquoi dit-on que la tutelle est*

---

réunissaient la juridiction criminelle et la juridiction civile : ces derniers, dans notre hypothèse, n'avaient donc pas besoin de renvoyer le tuteur à un autre magistrat ; ils le punissaient eux-mêmes.

(1) V. L. 3. § 15. D. 26. 10. Rendre l'expression *redimere tutelæ ministerium* par *racheter la tutelle*, comme l'a fait M. Ortolan, c'est prêter à l'équivoque : on ne sait pas, en effet, s'il entend par là *se débarrasser de la tutelle*. Ce n'est sans doute pas ainsi que l'a entendu M. Ortolan ; car ce serait une erreur trop grande. D'un autre côté, on ne *rachète* que ce qu'on a déjà aliéné, ou déjà *acheté* une première fois.

*une puissance sur une tête libre?* 141 **. — *Combien y a-t-il de sortes de tutelles?* 142. — *Qui a le droit de donner un tuteur par testament?* 143 *. — *Qui peut-on nommer tuteur par testament?* 144 *.—*Le testateur peut-il nommer pour tuteur un esclave?* 144 **. — *Le fou peut-il être tuteur?* 145 * — *Peut-on nommer un tuteur à terme?* 146 *. — *Peut-on le nommer pour une certaine affaire?* 147 * — *Qu'est-ce que la tutelle légitime?* 148 * — *Qu'entend-on par agnats?* 149 * — *Par cognats?* — 149 **. — *Quand y a-t-il lieu à la tutelle légitime?* 150 * — *Comment se rompt le lien d'agnation?* 150 ** et 155 *. — *Qu'est-ce que la grande déchéance d'état?* 151 * — *La moyenne?* 151 **. — *La petite?* 151 ***. — *Qu'est-ce que la tutelle des patrons?* 156 * — *A qui appartient la tutelle d'un fils émancipé?* 157 * — *Quelle qualité prennent les émancipateurs qui deviennent tuteurs de l'émancipé?* 157 ** — *Qu'est-ce que la tutelle fiduciaire, et à qui appartient-elle?* 159 * — *Qu'est-ce que la tutelle dative?* 161* — *Par qui est nommé le tuteur datif?* 162* et **. — *Quand y a-t-il lieu à la tutelle dative?* 162 *** — *Continua-t-on toujours à appliquer, pour la tutelle dative, les lois* Atilia *et* Julia *et* Titia? 163 *. — *Les magistrats municipaux n'obtinrent-ils pas le droit de donner des tuteurs sans une permission préalable?* 164 *. — *Les pupilles peuvent-ils demander compte à leurs tuteurs?* 165 * — *En quoi consiste l'autorisation du tuteur?* 166 *. — *Quand le pupille est-il capable d'agir?* 166 ** et ***, 167 *. — *Peut-il faire adition d'hérédité sans autorisation?* 167 **. — *A quel moment le tuteur doit-il autoriser?* 168 * — *Peut-il autoriser le pupille lorsque lui-même a un intérêt?* 168 **. — *Comment finit la tutelle?* 175 *. — *Comment, par la puberté du pupille?* 175 **. — *Par toute d'échéance d'état du pupille?* 176 *. — *Par la grande ou la moyenne déchéance d'état du tuteur?* 176 **. — *Par la mort naturelle ou civile du tuteur?* 176 ***. *Par l'échéance du terme ou l'événement de la condition?* 176 n° 5. — *Qu'entend-on par adultes?* 177 *. — *Quelle est la mission du curateur?* 178 * — *Quelle est la date de la curatelle pour les femmes?* 178 **. — *Combien y a-t-il de sortes de curatelles?* 178 ***. *Les adultes sont-ils forcés d'avoir un curateur?* 179 *. —*Quelle est la capacité des adultes?* 180 ** — *Sous la curatelle de qui la loi des XII Tables avait-elle placé les fous et les prodigues?* 181 *. — *Qu'entend-on par* actor, *et pourquoi était-il nommé?* 183 *. — *Tous les tuteurs et curateurs étaient-ils obligés de donner une* satisdatio? 184 **. — *Ne pouvait-il pas se faire que les tuteurs testamentaires, et même ceux nommés sur enquête, fussent obligés de donner caution?* 185 *. — *Envers qui les tuteurs et curateurs sont-ils responsables de leur gestion?* 186 *. — *A quoi donne lieu cette responsabilité?* 187 *. — Quid, *si les tuteurs ou curateurs ne veulent pas donner caution?* 187 **. — *Quels sont les magistrats responsables de la solvabilité des cautions?* 187 ***. — *Qu'entend-on par* crimen suspecti? 197 *. — *Quels sont les magistrats qui peuvent connaître de cette accusation?* 197**. — *Quels tuteurs peuvent être accusés comme suspects?* 198 *. — *Qui peut porter une telle accusation?* 198 **. — *Les femmes le peuvent-elles?* 198 **. — Quid *des pupilles et des adultes?* 198 ** — *Quel est l'effet de la destitution de la tutelle pour cause de suspicion?* 200 *. — Quid *si l'accusé vient à mourir pendant l'instance?* 200 § 8. — Quid *si le tuteur ne se présente pas*

*devant le magistrat pour faire régler les aliments du pupille?* 201 *. — Quid *s'il se présente et prétend faussement qu'il n'y a pas de quoi fournir des aliments au pupille?* 201 **. — Quid *de l'affranchi qui administre frauduleusement la tutelle des enfants de son patron?* 202 *. — *Continuerait-on la tutelle au suspect qui offrirait caution?* 202 **.

# INSTITUTES

DE

# JUSTINIEN.

## LIVRE DEUXIÈME.

## TITULUS I.

### DE RERUM DIVISIONE.

## TITRE I.

### DE LA DIVISION DES CHOSES.

### *Section 1re. De la division des choses.*

* Le mot *chose*, dans son sens le plus étendu, signifie tout ce qui existe. Dans le langage du droit, cette expression indique tout ce qui peut être de quelque utilité pour l'homme en particulier : l'air, l'eau courante, les animaux sauvages sont des *choses*. On dit aussi les *choses divines*, *religieuses*, *saintes*.

** Les choses se divisent : I° en choses qui sont hors de notre patrimoine, et II° en choses qui sont dans notre patrimoine.

I° les premières se subdivisent 1° en choses *divini juris* (1) ; 2° en choses communes (2) ; 3° en choses publiques (3) ; 4° en choses *universitatis* (4).

*** Les choses *divini juris* sont appelées *nullius* (5), en ce sens que personne ne peut en faire l'objet d'une acquisition ou d'une obligation. Les choses communes, publiques et *universitatis* s'appellent aussi *nullius* (6), dans ce sens qu'elles n'appartiennent pas à un seul homme, mais à une universalité (*non unius*). Enfin, on donne le nom de *nullius* aux choses susceptibles d'une propriété privée, mais qui maintenant n'ont pas de maître: telles sont les choses abandonnées et les objets individuels faisant partie des

---

(1) Voyez, dans ce titre, §§ 7, 8, 9 et 10. Ces choses se subdivisent en choses sacrées, religieuses et saintes.

(2) Voyez *ibid.* § 1,

(3) Voyez *ibid.* §§ 2, 4, 5.

(4) Voyez *ibid.* § 6.

(5) Voyez *ibid.* § 7.

(6) L. 1. pr. D. 1. 8.

choses communes ou publiques, comme un coquillage, une île de la mer. Ces choses *nullius* sont celles qui appartiennent au premier occupant (1). Il y a donc trois sortes de choses *nullius*.

* II. Les choses dans notre patrimoine (*in commercio* ou *intra patrimonium*) sont celles qui s'appliquent à l'utilité privée d'une personne, qui deviennent l'objet, pour un individu, d'une obligation ou d'une acquisition. On les nomme aussi *biens*, patrimoine, *pecunia* (2). Ces choses se subdivisent: 1° en corporelles et incorporelles (3); 2° en fongibles et non fongibles; 3° en choses *quæ usu consumuntur vel minuuntur*, et choses *quæ usu non consumuntur vel non minuuntur*; 4° en divisibles et indivisibles; 5° en simples et composées; 6° en principales et accessoires; 7° enfin, sous le rapport des modes d'acquisition, en *mancipi* et *nec mancipi*.

** 1° On entend par choses *corporelles* celles qui tombent sous l'un des cinq sens; le sens principal étant le toucher, on dit que ce sont celles *quæ tangi possunt* (4). Les choses *incorporelles* n'existent que par notre intelligence : ce sont les créances, *droits porsonnels*, ou bien les droits qui résultent d'un rapport absolu soit entre une personne et une chose (servitudes personnelles), soit entre une chose et une autre chose (servitudes réelles ou prédiales). Les droits personnels prennent, dans le langage du droit, le nom d'*obligations*; les droits absolus, celui de propriété (*dominium*), quand ils comprennent la propriété tout entière, et celui de *jura in re*, quand ils ne comprennent que des démembrements de la propriété ou des restrictions à la propriété (5).

*** 2° On donne le nom de *fongibles* aux choses qui, dans les obligations, peuvent être exactement représentées par d'autres de la même espèce, celles dans lesquelles on s'attache surtout au poids, au nombre ou à la mesure, de sorte que la chose due, c'est le poids, le nombre ou la mesure, s'appliquant indifféremment à des individus d'une même espèce, précisément parce que ces individus sont semblables. Les choses qui ne sont pas considérées sous le même aspect sont *non fongibles*. On reviendra sur cette matière au titre du *mutuum*, au troisième livre.

**** 3° Des choses peuvent se consommer par le premier usage sans qu'elles soient fongibles. Ainsi, un chimiste a inventé une nouvelle liqueur par l'effet du hasard, sans pouvoir se rendre compte du procédé qui l'a amené à cette découverte : cette nouvelle liqueur se consommera par le premier usage; mais elle n'est pas fongible, parce que sa quantité ne sert pas de terme de comparaison pour une quantité égale de la même espèce; elle ne peut être remplacée exactement. Et même, les choses qui peuvent être remplacées exactement par d'autres de la même espèce ne sont pas nécessairement fongibles : on a pu, dans l'obligation, les considérer sous un autre

---

(1) Voyez dans ce titre, § 47.

(2) L. 178. pr. D. 50. 16.

(3) Il est vrai que la division des choses en corporelles ou incorporelles peut s'appliquer aussi aux choses *universitatis*; mais elle trouve son application beaucoup plus fréquemment pour les autres choses.

(4) Voyez à ce livre, titre 2. § 1.

(5) Voyez le titre 2 de ce livre.

rapport. C'est donc à tort que notre code civil, art. 1892, confond les choses fongibles avec les choses qui se consomment par le premier usage (1). Il y a d'autres choses qui, sans se consommer par le premier usage, se détériorent peu à peu : tel est un mobilier prêté à usage.

* On appelle *divisibles* les choses susceptibles d'être partagées, soit naturellement, comme un champ (2), soit intellectuellement, comme une créance. Sont *indivisibles* celles qui n'admettent pas de morcellement, soit naturellement, comme un fait ou une servitude prédiale ; soit par l'effet de la loi, comme l'hypothèque ; soit par l'intention des parties, par exemple, si j'ai stipulé d'un architecte qu'il me construirait un palais. Les choses indivisibles par leur nature ont cela de particulier, qu'elles ne peuvent être constituées en parties, ni s'éteindre par parties, quoiqu'il puisse se faire qu'on n'ait le droit d'en user qu'à certains jours, dans un certain endroit, ou d'une certaine manière, un autre ayant le droit d'en user le reste du temps, ou dans un endroit différent, ou d'une manière différente (3).

** 5° On appelle chose *simple* celle qui a des parties, mais tellement adhérentes, qu'elles forment un seul être organique (4) : ainsi, un homme, un morceau de bois, un bloc de marbre (ἡνωμενα).

Il y a deux sortes de choses *composées* : les unes sont le résultat d'une adhésion d'objets distincts, opérée par l'art, comme un édifice, un vaisseau, une armoire (συνημμένα) ; les autres sont le résultat du rapprochement de plusieurs objets qui ne sont pas adhérents entr'eux, mais qui se trouvent réunis sous une même dénomination, comme formant un être collectif (5). Les choses composées de cette dernière espèce s'appellent *universitates rerum* (6).

---

(1) Ainsi, je prête des pièces d'or à un ami pour qu'il s'en serve comme de jetons, il devra me rendre les mêmes pièces d'or. Je donne une somme d'argent pour qu'on me transporte la propriété de denrées, de marchandises ou même d'un immeuble ; j'aurai un équivalent, mais pas une autre chose de la même espèce et du même nombre. L'argent cependant se consomme par le premier usage, d'après ce qui se pratique ordinairement.

(2) Il y a deux sortes de divisions, l'une qui attribue à chacun des ayants droit une partie séparée et distincte, l'autre qui attribue à chacun une partie non séparée et non distincte. Dans le premier cas, chacun possède *pro diviso*, dans le second cas, *pro indiviso*.

(3) L. 5. § 1. D. 8. 1. L. 19. § 4. D. 10. 3.

(4) Il est bien entendu qu'il ne s'agit pas ici du corps simple, tel que le définissent les chimistes.

(5) Voyez, sur ces trois sortes de choses, la L. 30. pr. D. 41. 3.

(6) Il ne faut pas croire que l'expression *universitas* ne s'applique qu'aux êtres composés de la seconde espèce ; car les textes nous offrent l'expression *universitas ædium*. (L. 23. pr. D. 41. 3. L. 1. § 11. D. 41. 1. L. 8. D. 43-24.) Mais cela n'empêche pas qu'il ne faille distinguer les premières (*universitates rerum cohærentium*) des secondes (*universitates rerum distantium*), puisque dans plusieurs cas on leur applique des principes différents, par exemple, dans la théorie de la possession et dans celle de l'usucapion.

En ce qui concerne la dernière espèce d'*universitas*, on l'a subdivisée en *universitas juris* et *universitas facti*. On a cru que, par *universitas juris*, on devait entendre tout le patrimoine d'un individu, au sujet duquel on aurait une *in rem actio universalis ;* qu'il devait en être de même d'un pécule. A cette occasion, on a posé cette règle : *res succedit in locum pretii et pretium in locum rei ;* on exprime aussi cette règle par cet adage ; *surrogatum sapit naturam ejus, in cujus locum surrogatum est*. Pour donner du fondement à cette maxime, on invoque la L. 20. D. 5. 3. On a soutenu que l'*universitas facti* était toute autre *universitas rerum*, telle qu'un troupeau, une bibliothèque, une boutique, etc. Il faut rejeter toutes ces idées comme conduisant à des erreurs sans nombre. D'abord la règle : *in universitatibus res succedit in locum pretii*, etc., a son origine dans

6° On appelle chose *principale* celle dont l'existence ne dépend que d'elle-même et de ses éléments essentiels : les choses *accessoires* sont celles qui existent en se rattachant à l'existence d'une autre chose. — Les accessoires se subdivisent en : — A — objets attachés à la chose principale, soit naturellement, comme les matériaux d'une construction, soit par destination, comme les ustensiles aratoires d'une propriété en culture; — B — frais ou impenses; — C — fruits : dans ceux-ci la matière des intérêts joue un grand rôle chez les Romains.

7° La dernière division des choses, en *mancipi* et *nec mancipi*, ne tient pas aux choses en elles-mêmes, mais aux modes d'acquérir. Les premières sont celles dont la propriété ne peut être transmise par la tradition; au lieu de ce dernier mode on emploie la mancipation : les autres modes solennels de transmission auraient rempli le même but; mais la tradition, mode du droit des gens, n'aurait pu produire d'autre résultat, quant à ces choses,

---

le Sc. Jouventien ; elle signifie seulement que l'héritier véritable, qui réclame l'hérédité vendue, peut se contenter de répéter à l'héritier apparent le prix de la vente, en ratifiant ce qui a été fait; mais il n'y est pas obligé : donc la règle est fausse. Or, il est tout naturel de penser qu'il pourrait en être de même pour le pécule castrens et pour toute autre universalité.

La seconde erreur, basée sur une mauvaise interprétation de la L. 20. D. 5. 3., consiste à dire que ce qui distingue l'*universitas juris* de toute autre, c'est qu'elle donne lieu à l'action réelle universelle ( la revendication s'applique toujours à un objet particulier ). Mais il est bien évident que le pécule ne peut être réclamé que par une revendication proprement dite. Voyez la L. 56. D. 6. 1.

De ces observations il résulte que le caractère spécial que l'on a cru découvrir dans l'*universitas juris* ne s'applique qu'à l'hérédité. Si l'on veut absolument regarder cela comme étant un attribut de cette *universitas juris*, qu'on le fasse, en y ajoutant cette autre particularité, que l'hérédité *personæ vice fungitur ;* mais qu'on n'aille pas jusqu'à dire que cet attribut s'applique au pécule ou à toute *universitas* de la même espèce.

Dans cette matière il est important d'examiner avant tout si l'*universitas rerum* peut être considérée juridiquement aussi comme un tout, ou si, sous le rapport juridique, on ne doit considérer que chacun des êtres individuels dont elle se compose. Dans le premier cas, il y aura un être collectif distinct des membres qui le constituent, toujours le même, soit que ces membres s'accroissent, soit qu'ils diminuent ; dans le second cas, il y aura autant d'êtres distincts que de membres ; ils ne se trouveront que fortuitement réunis sous un même nom. Là il y aura, si on le veut, une *universitas juris ;* ici, une *universitas facti*. Mais il est plus facile de faire l'énumération de tous les cas d'*universitas juris* que d'en préciser le caractère général autrement. Quant aux conséquences à en tirer, elles diffèrent dans les hypothèses diverses, suivant les motifs particuliers de l'existence de chacune d'elles, et d'après l'intention des parties. On peut donc dire que, à proprement parler, il n'y a pas d'*universitas juris* d'une manière absolue, qui le soit sous tous les rapports ; la même *universitas* sera tantôt *juris*, tantôt *facti*, suivant les rapports sous lesquels elle devra être considérée. Ainsi : 1. en ce qui concerne la théorie de la possession et celle de l'usucapion, il n'y a pas *d'universitas juris*, puisque l'être collectif, comme être intellectuel, ne pourrait être possédé : on ne possède pas le troupeau, mais chacun des animaux qui le composent ; si l'un de ceux-ci est furtif, il ne pourra être usucapé, tandis qu'il pourrait l'être avec tout le troupeau, si celui-ci pouvait être considéré comme une *universitas juris ;* 2. lorsqu'une *universitas rerum* a été hypothéquée, il faut s'arrêter à l'intention des parties ; si c'est une boutique qui a été hypothéquée, chacune des marchandises qu'elle contient pourra être vendue séparément sans rester frappée d'hypothèque : la boutique a donc été considérée comme *universitas juris*, à moins d'une intention contraire exprimée ; si c'est un domaine entier qui a été hypothéqué, ou une bibliothèque, chaque parcelle séparée, chaque livre de la bibliothèque sera frappé de l'hypothèque individuellement, parce qu'il n'y a qu'une *universitas facti ;* 3. si une *universitas* a été vendue, et qu'elle ait été considérée comme *universitas juris*, l'éviction d'un animal du troupeau, d'un livre de la bibliothèque, ne donnera pas lieu, pour l'acheteur, à l'action en garantie, tandis qu'elle y donnerait lieu si les parties n'avaient entendu voir là qu'une *universitas facti*.

que de transférer la propriété bonitaire. Les choses *nec mancipi* étaient celles dont la propriété quiritaire aurait pu être transmise par tout autre mode solennel que la mancipation, et surtout par la tradition. Or les choses *mancipi* étaient celles que les Romains, dans l'origine, regardaient comme les plus précieuses; par conséquent tous les immeubles, ruraux ou urbains, en Italie, et même les servitudes rurales. Les meubles *mancipi* étaient les esclaves et les quadrupèdes qui portaient ou traînaient des fardeaux : les chameaux et les éléphants, quoique bêtes de somme, étaient *nec mancipi*, parce qu'ils étaient animaux sauvages : il en était de même, à plus forte raison, des ours et des lions (1). Toutes les choses fongibles étaient également *nec mancipi*. Quant aux choses incorporelles, à l'exception des servitudes rurales, elles étaient aussi *nec mancipi*. Sous Justinien cette distinction n'a plus aucune valeur, et la tradition est un mode général de transférer la propriété pour les choses corporelles.

Pr. Superiore libro de jure personarum exposuimus; modo videamus de rebus. Quæ vel in nostro patrimonio sunt, vel extra nostrum patrimonium habentur. Quædam enim naturali jure communia sunt omnium, quædam publica, quædam universitatis, quædam nullius, pleraque singulorum, quæ variis ex causis cuique acquiruntur, sicut ex subjectis apparebit.

Pr. Dans le livre précédent nous avons parlé du droit des personnes : occupons-nous maintenant des choses. Elles sont dans notre patrimoine ou hors de notre patrimoine. En effet, certaines d'entr'elles sont communes à tous, d'autres sont publiques; celles-ci appartiennent à une corporation, celles-là sont *nullius*; la plupart appartiennent à des particuliers, et leur sont acquises de diverses manières, ainsi que nous le verrons plus loin.

§ I. Et quidem naturali jure communia sunt omnium hæc : aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris. Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur; dum tamen villis et monumentis et ædificiis abstineat, quia non sunt juris gentium sicut et mare.

§ 1. Sont choses communes, d'après le droit naturel, l'air, l'eau courante, la mer, et par conséquent les rivages de la mer. L'accès de ces rivages n'est donc refusé à personne, à la condition toutefois de respecter les métairies, les monuments et les édifices qui y sont établis, parce que ces établissements ne sont pas du droit des gens comme la mer.

§ II. Flumina autem omnia et portus publica sunt : ideoque jus piscandi omnibus commune est in portu fluminibusque

§ 2. Tous les fleuves et tous les ports sont publics : il est en conséquence permis à tout le monde de pêcher dans les ports et les fleuves.

§ III. Est autem litus maris, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit.

§ 3. On entend par rivage de la mer tout le terrain couvert par les eaux lors des plus hautes marées.

(1) Voyez Gaius, II. 15. 26.

§ IV. Riparum quoque usus publicus est juris gentium, sicut ipsius fluminis : itaque navem ad eas applicare, funes ex arboribus ibi natis religare, onus aliquid in his reponere, cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare. Sed proprietas earum illorum est, quorum prædiis adhærent : qua de causa arbores quoque in hisdem natæ eorumdem sunt.

§ 4. L'usage des rives des fleuves est aussi public, d'après le droit des gens, comme celui des fleuves eux-mêmes. Ainsi il est permis à chacun d'y faire aborder son vaisseau, de l'y attacher avec des cordages aux arbres qui s'y trouvent, d'y déposer ses fardeaux, de même que de naviguer sur le fleuve. Quant à la propriété des rives, elle fait partie de la propriété des riverains : par conséquent les arbres qui y croissent appartiennent aussi à ces derniers.

§ V. Litorum quoque usus publicus juris gentium est, sicut ipsius maris : et ob id quibuslibet liberum est, casam ibi imponere, in qua se recipiant, sicut retia siccare, et ex mare deducere. Proprietas autem eorum potest intellegi nullius esse, sed ejusdemjuris esse, cujus et mare, et, quæ subjacent mari, terra vel arena.

§ 5. D'après le droit des gens, l'usage des rivages de la mer est public, comme celui de la mer elle-même. Il est donc permis à chacun d'y établir une cabane pour s'y mettre à l'abri, d'y faire sécher ses filets et de les retirer de la mer. Mais la propriété de ces rivages peut être considérée comme étant *nullius*, de la même manière que la mer, et que le sol ou le sable couvert par les vagues.

§ VI. Universitatis sunt, non singulorum, veluti quæ in civitatibus sunt, ut theatra, stadia, et similia, et si qua alia sunt communia civitatium.

§ 6. Appartiennent à une corporation, et non à des particuliers, les choses qui appartiennent à une cité, comme les théâtres, les stades et autres lieux semblables.

§ VII. Nullius autem sunt res sacræ et religiosæ et sanctæ : quod enim divini juris est, id nullius in bonis est.

§ 7. Sont *nullius* les choses sacrées, religieuses ou saintes; car ce qui est de droit divin n'appartient à personne.

§ VIII. Sacra sunt, quæ rite et per pontifices Deo consecrata sunt, veluti ædes sacræ, et dona, quæ rite ad ministerium Dei dedicata sunt, quæ etiam per nostram constitutionem alienari et obligari prohibuimus, excepta causa redemptionis captivorum. Si quis vero auctoritate sua quasi sacrum sibi constituerit, sacrum non est, sed profanum. Locus autem, in quo sacræ ædes ædificatæ sunt, etiam

§ 8. Sont sacrées les choses consacrées à Dieu par les pontifes et conformément aux rites, comme les temples et les dons destinés au ministère divin. Par notre constitution nous avons défendu d'aliéner ou d'hypothéquer ces choses, si ce n'est pour le rachat des captifs. Si quelqu'un a voulu rendre une chose sacrée, de son autorité privée, elle restera pour profane. Quant au sol sur lequel sont

diruto ædificio, adhuc sacer manet, ut et Papinianus rescripsit.

élevés des temples, il reste sacré, même lorsque les temples sont démolis : telle est l'opinion de Papinien.

§ IX. Religiosum locum unusquisque sua voluntate facit, dum mortuum infert in locum suum. In communem autem locum purum, invito socio, inferre non licet ; in commune vero sepulcrum etiam invitis ceteris licet inferre. Item si alienus usufructus est, proprietarium placet, nisi consentiente usufructuario, locum religiosum non facere. In alienum locum, concedente domino, licet inferre ; et, licet postea ratum habuerit, quam illatus est mortuus, tamen religiosus locus fit.

§ 9. Chacun peut rendre un lieu religieux par sa volonté, en y enterrant un mort. Or on ne peut enterrer un mort dans un lieu profane dont on n'est que copropriétaire avec d'autres, sans l'assentiment de ceux-ci : mais on le peut, malgré eux, dans un lieu devenu sépulcre commun. On ne peut non plus rendre religieux, sans le consentement de l'usufruitier, un terrain dont on n'est que nu-propriétaire. On peut rendre religieux le terrain d'autrui, si ce dernier y consent ; et, quoiqu'il n'ait consenti qu'après l'inhumation, le terrain deviendra religieux.

§ X. Sanctæ quoque res, veluti muri et portæ, quodammodo divini juris sunt, et ideo nullius in bonis sunt. Ideo autem muros sanctos dicimus ; quia pœna capitis constituta sit in eos, qui aliquid in muros deliquerint. Ideo et legum partes, quibus pœnas constituimus adversus eos, qui contra leges fecerint, sanctiones vocamus.

§ 10. Les choses saintes, telles que les murs et les portes d'une ville, sont aussi comme du droit divin, et par conséquent n'appartiennent à personne. Les murs d'une ville sont appelés saints, parce qu'une peine capitale est infligée à ceux qui y portent atteinte. Aussi on appelle sanction la partie d'une loi qui punit ceux qui y contreviennent.

* 1° *Choses communes.* — On appelle *communes* les choses dont l'usage appartient à tout le monde ; dont des parcelles peuvent devenir la propriété de quelqu'un, mais jamais l'intégralité. Dans cette catégorie rentrent l'air, l'eau courante, la mer et les rivages de la mer : chacun peut prendre un sceau d'eau dans la mer, des coquillages sur ses rivages ; chacun aussi peut user de la mer pour y naviguer, des rivages pour y aborder, et même pour y établir des constructions. Mais si celui, qui y a construit ou établi une cabane, enlève ses constructions, le sol redeviendra chose *nullius*, absolument comme l'animal sauvage apprivoisé, qui, lorsqu'il a reconquis sa liberté, peut appartenir encore au premier occupant. Celui qui a établi des constructions sur les bords de la mer, étant propriétaire de la portion du sol qu'elles occupent, a le droit de faire respecter sa propriété par tous. — Le rivage de la mer se compose de tout le terrain couvert par les eaux de la mer lors de la plus haute marée.

* 2° *Choses publiques.* — On appelle *publiques* les choses qui appartiennent à un peuple (ici au peuple romain), comme les ports et les fleuves du territoire romain : le droit de pêcher dans ces fleuves, d'aborder dans ces ports, est commun (1) à tous les habitants de l'empire ; pour chacun d'eux il y a un droit d'usage seulement, et ce droit d'usage est conforme à ce qui se pratique chez tous les autres peuples (2). Quoique les rives d'un fleuve appartiennent aux riverains, l'usage de ces rives est cependant public : on pourra y faire aborder un bateau, l'y attacher aux arbres avec des cordes, y déposer des marchandises.

** 3° *Choses universitatis.* — On appelle *res universitatis* les choses qui appartiennent à un être collectif, tel qu'une cité ; par exemple, les théâtres, les stades, les places publiques, et d'autres choses semblables destinées à l'usage de chacun des membres, mais dont la propriété appartient à l'être collectif.

*** 4° *Choses divini juris.* — Elles se divisent en choses *sacrées*, *religieuses* et *saintes ;* elles sont appelées *nullius* dans le sens le plus absolu : personne ne peut en avoir la propriété.

*****a.* Sont *sacrées* les choses consacrées à la divinité par les pontifes, et suivant les rites prescrits (3), comme les temples, les vases sacrés, les offrandes destinées au ministère divin. Il est défendu de les aliéner ou de les hypothéquer, spécialement par une constitution (4) de Justinien, excepté pour le rachat des captifs. Si une personne voulait rendre une chose sacrée de son autorité privée, elle n'obtiendrait aucun résultat ; cette chose resterait profane, étrangère au *fanum* et au culte divin. Quant à l'édifice consacré à la divinité, il est tellement divin, que, s'il était démoli, le sol conserverait le caractère de chose sacrée. Telle est l'opinion de Papinien (5).

******b.* Est *religieux* tout lieu consacré à la sépulture: or, pour cela, il suffit d'y enterrer un mort. Mais on ne peut rendre religieux que son propre terrain ; on ne pourrait en faire autant d'un terrain dont on serait propriétaire par indivis avec d'autres, qu'autant que ceux-ci y consentiraient ; car, le rendre religieux, c'est le mettre hors du commerce : or, pour qu'un terrain commun acquière une telle destination, et soit mis ainsi hors du commerce, il faut le consentement de tous les co-propriétaires ; mais, une fois un terrain ou un sépulcre commun établi, chacun des communistes peut y enterrer un mort sans l'assentiment des autres.

---

(1) Ici le mot *commun* a un sens moins étendu que dans le § 1.

(2) C'est ainsi que nous entendons les mots *juris gentium* du § 5.

(3) Gaius appelle sacrées les choses consacrées aux dieux supérieurs, et religieuses, les choses consacrées aux dieux mânes. II. 4.

(4) L. 21. C. 1. 2. Déjà avant cette constitution, il était permis d'aliéner ou d'hypothéquer les choses sacrées pour le rachat des captifs. Cic. off. 2. 16.

(5) L. 73. pr. D. 18. 1.

Le principe d'après lequel un terrain ne peut être mis hors du commerce sans le consentement de tous ceux qui ont sur ce terrain un droit de co-propriété, s'étend naturellement au cas où des démembrements de la propriété appartiennent à autrui ; par conséquent, un nu-propriétaire ne pourrait rendre un terrain religieux sans le consentement de l'usufruitier.

L'inhumation étant nécessaire pour rendre un terrain religieux : si j'enterre un mort dans le terrain d'autrui sans son consentement, ce terrain reste profane. Si le propriétaire consent après coup à ce que ce terrain soit religieux, on pourrait croire qu'il ne le devient pas pour cela, parce que l'inhumation, condition nécessaire, n'a pas eu lieu depuis ce consentement donné; mais notre texte décide que la ratification du propriétaire aura un effet rétroactif, et qu'elle suffira, après l'inhumation, pour rendre le terrain religieux (1).

*c. *Choses saintes.* On entend par là, dans un sens étendu, même les choses sacrées et religieuses : mais, dans un sens restreint, on appelle ainsi seulement les choses empreintes d'un caractère inviolable par l'aspersion du sang des victimes (2) : tels sont les murs et les portes d'une ville. Ce caractère d'inviolabilité les mettait hors du commerce, comme les choses sacrées et religieuses. Cette inviolabilité était garantie par la peine capitale prononcée contre ceux qui oseraient y porter atteinte. C'est par le même motif qu'on appelait sanction la partie de la loi infligeant des peines à ceux qui y contreviendraient.

§ XI. Singulorum autem hominum multis modis res fiunt : quarundam enim rerum dominium nanciscimur jure naturali, quod, sicut diximus, appellatur jus gentium; quarundam jure civili. Commodius est itaque a vetustiore jure incipere. Palam est autem, vetustius esse naturale jus, quod cum ipso genere humano rerum natura prodidit : civilia enim jura tunc cœperunt esse, cum et civitates condi, et magistratus creari, et leges scribi cœperunt.

§ 11. Les choses appartiennent aux particuliers de plusieurs manières. En effet, nous acquérons la propriété des unes d'après le droit naturel, autrement dit le droit des gens; et la propriété des autres d'après le droit civil. Il est plus rationnel de commencer par les modes d'acquérir les plus anciens ; or, il est évident que le droit naturel est le premier en date, puisqu'il a commencé avec le genre humain : car les droits civils n'ont apparu que lorsque des cités furent bâties, des magistrats créés et des lois promulguées.

(1) Le terrain, rendu religieux par la sépulture, était hors du commerce, en ce sens qu'il ne pouvait plus perdre sa destination par la volonté privée, pour être exploité comme un champ en culture, ou comme un sol sur lequel on élève une construction ; le dernier asile de l'homme était inviolable. Mais le propriétaire d'un champ où se trouvait un sépulcre, avait un droit sur ce sépulcre tel que lui seul y pouvait inhumer ; il transmettait ce droit à ses héritiers, et même à l'acheteur du champ ; car ce champ était resté dans le commerce.

(2) Isid., Orig., 15. 4.

Avant d'aborder les manières d'acquérir la propriété, à l'occasion des choses *singulorum*, il est urgent d'exposer avec méthode, en peu de mots, ce que c'est que la propriété, sous quels rapports on peut l'envisager, ses restrictions, ses effets, et les différentes divisions qu'on peut en faire.

## De la propriété.

A. — *De la nature juridique de la propriété.* — Le droit de propriété est la faculté légale de disposer d'une chose corporelle de la manière la plus absolue, sauf les restrictions qui peuvent limiter cette faculté. (1).

Il y avait chez les Romains, du moins vers la fin de la république, deux sortes de propriétés : 1° le domaine quiritaire; 2° le domaine bonitaire (2).

1° Le domaine quiritaire était la propriété romaine, spéciale aux citoyens romains et à ceux qui avaient le *jus commercii*.

2° Le domaine bonitaire était la propriété du droit des gens (3).

La propriété bonitaire, ou du droit des gens, admise chez les Romains, donnait sur une chose toutes les jouissances dont elle était matériellement susceptible, absolument comme la propriété quiritaire; le droit d'user, de jouir et de disposer de la substance (4); et par l'usucapion elle se transformait en propriété quiritaire.

---

(1) Le droit de disposer de la substance de la chose peut manquer au propriétaire, sans pour cela qu'il cesse d'être propriétaire; seulement ses droits se trouveront considérablement restreints. A plus forte raison en est-il de même quand il lui manque seulement le droit de jouissance ou le droit d'usage. Voyez L. 25. pr. D. 50. 16.

(2) Gaius, II. 41. 204.

(3) Cette distinction a été rejetée par Zimmern, Rhein. Mus. t. 3. n. 19. Mais il est impossible d'admettre cette opinion, si l'on se réfère à Théophile, ad § ult. I. 1. 5., et aux L. 26 § 6 f. D. 9. 4. L. 1. D. 37. 1. L. 7. § 1. D. 7. 1. L. 15. § 16. 17. 33. D. 39. 2. Voyez surtout Gaius, I. 167. II. 41., et Ulp., XXII. 8.

(4) Si un esclave appartient à l'un bonitairement et à l'autre quiritairement, le premier aura sur l'esclave la *potestas*, et gagnera toutes les acquisitions faites par lui (Gaius, II. 88. III. 166, Ulp., XIX. 20.); de sorte que, dans cette circonstance, le propriétaire quiritaire aura une propriété tellement restreinte, qu'elle ne sera pour ainsi dire plus que nominale. Si ce dernier revendique contre le premier, celui-ci paralysera sa revendication par l'exception *rei venditæ et traditæ*, ou par l'exception de dol. (Gaius, II. 129.) Le propriétaire bonitaire, pour réclamer sa chose contre un possesseur, aura l'action en revendication *per formulam petitoriam*; cette formule s'adapte en effet, aussi bien à une propriété qu'à l'autre, puisque son *intentio* pouvait comprendre *rem Titii esse*, sans y ajouter *ex jure quiritium*. On a cru que le propriétaire bonitaire n'avait que l'action Publicienne pour atteindre le but de la revendication. Cela n'est pas prouvé. Il pouvait y recourir, il est vrai, en qualité de possesseur de bonne foi; mais rien ne s'opposait à ce qu'il obtînt une formule pétitoire. (Voyez Hugo, RG. 11e édition, p. 525, et Vangerow, l. c. p. 476. Du reste, la L. 1. D. 6. 2. semble bien indiquer que l'action publicienne a été établie spécialement pour celui qui avait reçu une chose à *non domino*.) Voyez *contra* M. Pellat, de la propriété, p. 41. Le propriétaire bonitaire ne pouvait léguer sa chose *per vindicationem*; (Gaius, 196. Ulp., XXIV. 7.) il ne pouvait, en affranchissant son esclave bonitaire, le rendre citoyen romain, il n'en faisait qu'un Latin; et si le propriétaire quiritaire de cet esclave l'affranchissait aussi, celui-ci devenait citoyen; mais les avantages réels du patronat étaient assurés au propriétaire bonitaire, par exemple, le droit de succession (Gaius, I. 167.); seulement la tutelle légitime de cet affranchi appartenait au propriétaire quiritaire. (Gaius, l. c., et Ulp., XI. 19.)

On a cru à tort que la distinction entre le domaine quiritaire et le domaine bonitaire tenait à ce que le premier s'acquérait par des moyens civils, et le second, par des moyens du droit des gens.

B. — *Des droits compris dans le* dominium — Ce sont ceux dont nous venons de parler. *Jus utendi, jus fruendi et jus abutendi* (droit d'user, de jouir, de disposer de la substance).

C. — *Des restrictions qui peuvent être apportées aux droits sur la propriété.*

Il ne peut y avoir que deux sortes de restrictions à la propriété : 1° celles qui tendent à obliger le propriétaire à s'abstenir ; 2° et celles qui tendent à l'obliger à souffrir (1).

Ainsi le propriétaire doit s'abstenir d'exercer des actes de propriété qui lui sont permis en général, quand il les exerce par pure chicane contre ses voisins (Nov. 63, L. 4. pr. D. 50 10). Ainsi il doit laisser couper les branches de ses arbres qui s'étendent sur une propriété voisine, laisser recueillir les fruits qui sont tombés sur son terrain de l'arbre d'un autre propriétaire (L. 1. D. 43. 27. L. un. D. 43. 28), etc. Quant aux servitudes, nous nous en occuperons aux titres 3, 4 et 5 de ce livre.

Le propriétaire peut être aussi restreint dans ses droits par la défense d'aliéner (voyez *infra*, tit. 8.), par l'impossibilité de revendiquer sa chose, par exemple, dans l'hypothèse du paragraphe 29 de ce titre ; ou bien par la révocation de sa propriété, ou enfin par la division des bénéfices attachés à sa propriété en faveur, par exemple, d'un emphytéote ou d'un superficiaire (2).

D. — *Des différentes espèces de propriétés.*

1° La propriété donnant lieu à l'action publicienne, c'est-à-dire, la possession de bonne foi.

2° La propriété proprement dite, donnant lieu à la revendication.

3° La copropriété.

---

C'est une erreur ; car l'occupation et la tradition sont des moyens du droit des gens. Or, la première fait toujours acquérir la propriété quiritaire, et la seconde aussi, lorsqu'elle a pour objet des choses *nec mancipi*.

La propriété bonitaire naissait : 1. de la tradition d'une chose *mancipi*. (Ulp., I. 16. Gaius, II. 41. 204. II. 26.) 2. des modes d'acquérir du droit prétorien : tels sont la *bonorum possessio* (Gaius III. 80.), la *bonorum venditio* (Gaius, l. c. et IV. 35. Théoph., III. 12 pr.), l'*immissio ex secundo decreto damni infecti causa* (L. 5. pr. L. 15. §§ 15. 26. 27. D. 39. 2.), l'abandon noxal (L. 28. § 6. D. 9. 4. L. 2. § 1. D. 2. 9.) ; 3. de certains sénatus-consultes ou de constitutions impériales qui avaient imité ou confirmé le droit prétorien, en n'accordant pas la propriété quiritaire : telle est la succession universelle en vertu du Sc. Trebellien (L. 63. D. 36. 1. L. 24. § 1. D. 10. 2. L. 4. § 19. D. 41. 4). Justinien a supprimé cette distinction du domaine quiritaire et du domaine bonitaire (L. un. C. 7. 25.).

(1) Quelquefois le propriétaire est obligé de faire, par exemple, de fournir la *cautio damni infecti* ; mais il y a là obligation pour le propriétaire, et non pas pour la propriété.

(2) Les glossateurs divisaient la propriété en domaine direct et en domaine utile, et déterminaient comme caractère de ce dernier la revendication utile. Dans le domaine utile, on rangeait l'emphytéose, la superficie et la propriété du vassal. Plus tard, on attribua au domaine utile un autre caractère : on appela ainsi la propriété dont le possesseur avait quelques-uns des droits du propriétaire et tous ceux de l'usufruitier, le domaine direct conservant le surplus. Dès-lors on restreignait la qualification de domaine utile à l'emphytéose, à la superficie et à la propriété du vassal. Aujourd'hui on refuse cette qualification à l'emphytéose (Thibaut, Versuche, II. n. 3.) ; et même on n'admet que des *jura in re aliena* dans tous les cas où auparavant on trouvait une propriété divisée dans ses éléments. Or, cette nouvelle opinion a son importance ; car, si l'on reconnaît à l'emphytéote au superficiaire et au vassal, un domaine utile, leurs droits s'étendront à l'île née dans un fleuve ; ce qui ne sera pas, si on ne leur attribue qu'une *jus in re*.

E. *Des modes d'acquérir la propriété* (1).

Ils se divisent en : 1° modes du droit civil ; 2° modes du droit des gens.

1° Les modes du droit civil sont : la mancipation, la *in jure cessio*, l'usucapion (2), l'adjudication (3) et la loi (4).

2° Les modes du droit des gens sont : l'occupation et la tradition. Ces deux modes vont trouver immédiatement leur explication dans ce titre.

Les modes d'acquérir se divisent encore en : 1° universels et 2° particuliers.

Tous les modes particuliers seront traités jusqu'au titre X du présent livre, à l'exception des legs et des fidéicommis qui trouveront leur place à la suite des règles sur les testaments, titre 20 et suivants de ce livre. Quant aux modes d'acquérir à titre universel, ils seront développés depuis le titre *de testamentis ordinandis* jusqu'au titre 13 du troisième livre, auquel commence la matière des obligations.

## I° De l'occupation.

* *De l'occupation.*— On appelle ainsi la prise de possession. Si cette prise de possession est l'effet d'une transmission de la part d'un possesseur déjà existant, il y a *tradition* : mais ici on ne suppose pas de transmission.

L'occupation d'une chose appartenant à autrui n'attribue point la propriété ; pour que, toute seule, l'occupation attribue la propriété d'une chose, il faut que cette chose n'ait pas de maître et qu'elle soit susceptible d'en avoir un. Car l'on peut posséder sans être propriétaire, et réciproquement l'on peut être propriétaire sans être possesseur. Quelles sont les conditions nécessaires pour qu'une personne soit considérée comme occupant une chose, comme en ayant acquis la possession? C'est se demander quelles sont les conditions nécessaires pour qu'il y ait possession. Avant tout il faut donc présenter une théorie de la possession. Cette théorie servira, en outre, à faire ultérieurement comprendre la tradition, l'usucapion et les interdits possessoires.

## De la possession.

1° *Définition et conditions nécessaires.* — *Posséder*, dans le sens le plus étendu, c'est exercer sur une chose corporelle une puissance exclusive (*posse*) (5). La possession, dans ce sens large, prend le nom général de *détention*.

---

(1) Il est inutile de faire remarquer que la distinction entre le *modus acquirendi* et le *titulus* est tout à fait illusoire et erronée. Voyez Hugo, civ. Mag., I. 11. IX. 6. Thibaut, Versuche, I. 11.

(2) L'usucapion sera traitée au titre 6 du même livre.

(3) Nous parlerons de l'adjudication au liv. IV, tit. 6 §§ 20 et 28.

(4) Comme exemples de modes d'acquérir par la loi, Ulpien (frag. XIX. 17.) cite le legs *per vindicationem*, et le *caducum* ou *ereptorium*, partie d'une libéralité testamentaire qui était enlevée aux personnes à qui elle avait été faite, parce qu'elles étaient sans enfants ou hors des liens du mariage, pour être donnée, en vertu de la loi Papia Poppæa, aux autres héritiers ou légataires qui avaient des enfants.

(5) Quand il y a plusieurs co-possesseurs, il n'y a cependant qu'une possession. On dit seule-

Toute possession suppose une chose corporelle (*corpus*) qui en est l'objet, et avec laquelle on se met en rapport, et surtout la volonté (*animus*); car comment exercer une puissance sans volonté? Le *corpus* et l'*animus* sont donc indispensables pour toute possession quelconque: ainsi un homme endormi, dans les mains duquel un autre place un objet, ne possède pas cet objet même *naturaliter*. Lorsque la volonté (l'*animus*) est accompagnée de l'intention d'être propriétaire, lorsque, en un mot, il y a *animus domini*, la possession engendre le droit, elle s'appelle *possession civile*.

Il y a donc deux sortes de possession : la *naturelle*, telle que celle du commodataire, du dépositaire ou du fermier, et la *civile*; celle-ci s'appelle *civile* parce qu'elle produit des effets civils, dont les principaux sont de procurer : 1° les interdits *retinendæ* et *recuperandæ possessionis*; 2° le moyen d'arriver à l'usucapion (1).

Celui qui a la possession civile a le *jus possessionis*, qu'il ne faut pas confondre avec le *jus possidendi* (2).

La possession s'appelle *justa*, lorsqu'elle a commencé d'une manière licite; peu importe qu'elle soit naturelle ou civile; car le fermier qui n'a que la *détention* possède *juste*. La possession *injusta* est celle qui a commencé d'une manière illicite : on rencontre ici les trois vices de la possession : *vi*, *clam*, *precario* (3).

La possession est de *bonne foi* lorsque celui qui s'en prévaut croit qu'aucun autre n'a plus de droit que lui de posséder (4). Elle est de *mauvaise foi* lorsque le possesseur sait n'avoir pas le droit de posséder (5).

---

ment que deux personnes ne peuvent pas, chacune, posséder *in solidum*. L. 19. pr. D. 42. 26. L. 3. § 5. 41. 2. La possession appartenant en commun à plusieurs s'appelle *compossessio*. Plusieurs personnes peuvent aussi posséder une chose sous des rapports et avec des effets différents. L. 16. D. 41. 3.

(1) M. de Savigny admet trois sortes de possessions, savoir : la *possessio naturalis*, la *possessio ad interdicta*, et la *possessio ad usucapionem*. D'après lui, cette dernière seule s'appelait *civile*; mais le mot *civilis* est employé par M. de Savigny par opposition au droit honoraire. Or, le droit prétorien est aussi *civil* pour les interdits, puisqu'il constitue une partie considérable de la législation du peuple romain (Inst., III. 15. pr. *secundum nostræ civitatis jura*.) Il est vrai que plus tard des interdits furent aussi attribués à la possession dépouillée de l'*animus domini*; mais ce ne fut là qu'une extension exceptionnelle, qui ne suffit pas pour faire changer les anciennes dénominations. M. Blondeau, dans sa Chrestomathie, avait déjà vivement critiqué la division tripartite de M. de Savigny.

(2) Le propriétaire qui revendique a le *jus possidendi*; il conclut : 1. à la constatation de son droit à la propriété; 2. à sa mise en possession; mais il n'a pas le *jus possessionis*, sans quoi il ne revendiquerait pas : il lui serait plus avantageux d'être possesseur, parce qu'il échapperait à la nécessité de prouver qu'il est propriétaire. — Quelle est la nature du droit qui résulte de la possession? — 1. La possession engendre un droit, puisqu'elle est protégée par des moyens juridiques; 2. c'est un droit *sui generis*, parce que les moyens juridiques par lesquels elle est protégée lui sont tout à fait particuliers. Ce n'est pas un droit personnel résultant d'une obligation née d'un délit; car l'interdit *retinendæ possessionis* ne suppose aucun délit. Au reste, le *jus existimationis* n'est certes pas un droit d'obligation, et cependant l'atteinte qui lui est portée donne lieu à une action personnelle. Ce n'est pas un *jus in re* proprement dit, puisqu'il ne mène ni à la revendication, ni à la *in jure cessio*, ni à l'action publicienne. C'est donc une *rei potestas*, un droit réel imparfait, *sui generis*. Voyez Mühlenbrech, Doct. Pand. § 235. note 7.

(3) L. 1. § 9. L. 2. D. 43. 17.

(4) L. 109. D. 50. 16. L. 27. D. 18. 1. L. 32. § 1. D. 41. 3.

(5) Inst., II. 1. § 35. L. 38. D. 41. 3.

On entend par *quasi-possession* la possession d'un droit réel, d'un démembrement intellectuel de la propriété. La possession proprement dite ne peut s'appliquer qu'aux choses corporelles; mais, comme elle se manifeste par des actes extérieurs, on a vu une espèce de possession, une *quasi-possessio*, dans l'exercice d'un droit de servitude. Par similitude avec la possession proprement dite, cette *quasi-possession* a été aussi protégée par le préteur, au moyen d'interdits *utiles* et de l'action publicienne *utile* (1).

Nous allons nous occuper maintenant de la possession civile seulement, de son acquisition et de sa perte.

2° *De l'acquisition de la possession.* — Deux éléments sont nécessaires, pour qu'il y ait possession civile, savoir : le *corpus* et l'*animus domini* : 1° le *corpus*, c'est-à-dire, le fait matériel qui place une chose sous notre puissance exclusive; 2° l'*animus domini*, notre intention d'être propriétaire. Si l'un ou l'autre de ces éléments manque, il n'y a pas possession civile. Ainsi le chasseur qui a blessé un animal sauvage, a bien l'intention d'en être propriétaire, mais le fait de la blessure ne suffit pas encore pour mettre cet animal sous sa puissance exclusive; il ne le possède point. Et, comme il lui faudrait la possession pour qu'il en acquît la propriété par droit d'occupation, il n'en est pas encore propriétaire. Ainsi s'explique le § 13 de ce titre.

A. Pour que le *corpus* soit acquis, il n'est pas nécessaire qu'on le tienne sous la main, il suffit qu'on l'ait sous sa puissance exclusive. De ce principe découlent les corollaires suivants :

*a* — Pour acquérir la possession d'un fonds, il suffit ou d'y avoir mis le pied, ou qu'il ait été montré du haut d'une tour par celui qui veut le livrer, pourvu que, dans ce dernier cas, personne alors ne le possède que celui qui veut le livrer (2).

*b* — Pour acquérir la possession d'un meuble, il suffit qu'il y ait un fait extérieur indiquant clairement la puissance exclusive sur lui. Ainsi on regarde comme livré un objet mobilier présent, dont la possession est consentie entre les parties, ou livré réellement à un mandataire, ou confié à un gardien, ou marqué avec de la craie par celui qui veut en acquérir la possession, ou renfermé dans un grénier, dont les clefs sont remises à l'acquéreur, *près du grenier* (3). S'il s'agit de choses mobilières *nullius*, la possession n'en est acquise que par une appréhension corporelle, ou un changement de place (4).

*c* — Nous pouvons acquérir le *corpus* par une personne qui gère nos affaires, et, à plus forte raison, par ceux qui sont sous notre puissance (5). Pour que le gérant acquière la possession au *dominus*, il faut qu'il ait l'intention de la lui acquérir (6), lorsqu'il ne la reçoit point par tradition : s'il

---

(1) Voyez M. Pellat, dans son ouvrage vraiment classique sur *la propriété et ses principaux démembrements*, p. 78-81.

(2) L. 53. D. 41. 1.

(3) L. 74. D. 18. 1. Il n'y a donc pas de tradition symbolique. Ici est l'explication du § 44 du présent titre.

(4) L. 5. § 1. L. 55. D. 41. 1. L. 15. D. 10. 4. L. 3. § 3. D. 41. 2.

(5) L. 32. pr. D. 41. 2. L. 31. § 2. D. 41. 3.

(6) L. 1. § 19 et 20. D. 41. 2.

la reçoit par tradition, on se reporte plutôt à l'intention de celui qui transmet la possession (1) ; la possession n'est acquise à autrui qu'autant qu'il ne l'ignore point (2), à moins qu'elle n'ait été acquise à l'occasion d'un pécule (3) ou d'une personne qui manque d'intelligence. Si la possession est acquise par un mandataire pour son mandant, elle lui est acquise sur-le-champ, même à son insu, du moins quant aux interdits; car, quant à l'usucapion, comme il faut la bonne foi, il est nécessaire que le mandant ait connaissance de la prise de possession (4). Au reste, quand on a commencé de posséder pour soi-même, on peut, par le simple consentement, commencer à posséder pour autrui : ainsi je vous vends ma propriété, et je consens à la conserver à titre de locataire; par cela seul je la possède pour vous; il y a pour vous ce qu'on appelle *constitutum possessorium*.

*d* — La possession ne peut s'appliquer qu'aux choses corporelles (5).

B. Pour qu'il y ait *animus domini*, il faut l'intention d'être propriétaire. De là les corollaires suivants :

*a* — Ne peuvent acquérir la possession ceux qui ne peuvent avoir la conscience de leurs actes : tels sont les *infantes* (6), un homme endormi.

*b* — On ne peut posséder une partie indéterminée d'un tout, ni par conséquent posséder, comme séparés, les matériaux d'un édifice, ou les roues d'un char (7).

*c* — On ne peut avoir efficacement l'intention d'acquérir la possession

---

(1) L. 13. *in fine*. D. 39. 5.

(2) L. 24. D. 3. 5. L. 42. § 1. D. 41. 2.

(3) L. 1. § 3. L. 3. § 12. L. 4. D. 41. 2. L. 2. §§ 10-13. D. 41. 4.

(4) L. 13. pr. D. 41. 1. L. 42. § 1. D. 41. 2. Ici se trouve l'explication du § 5 du titre 9 du présent livre.

(5) L 3. pr. D. 41. 2.

(6) Ils peuvent acquérir la possession par des procureurs, sans doute parce qu'on suppose que ceux-ci ont l'*animus* pour eux. Quant à l'*infans*, on a admis qu'il pouvait acquérir la possession, pourvu qu'il fût autorisé par son tuteur. (L. 32. § 2 D. 41. 2.) C'est une exception; car il n'y a que l'impubère sorti de l'enfance qui puisse agir avec l'autorisation de son tuteur. (Inst., III. 19. § 10. L. 1. § 2. D. 26. 7. L. 5. D. 50. 19.) Ici probablement on suppose que c'est le tuteur qui prend possession pour le pupille qu'il autorise, tout comme il pourrait la prendre sans le pupille, au nom de ce dernier, en vertu du mandat légal dont il est investi. Quant au pupille sorti de l'*infantia*, il peut prendre possession tout seul. (L. 32. § 2. D. 41. 2. L. 9. pr. D. 26. 8. Inst., III. 19. § 16.) Voyez *supra*, p. 170.

(7) L. 3. § 2. L. 26. D. 41. 2. L. 32. § 2. D. 41. 3. Savigny, *traité de la possession*, émet à ce sujet les règles suivantes, qui paraissent les plus plausibles : 1. celui qui possède un tout n'en possède pas les parties séparément. Si donc vous possédez un char dont une roue ait été volée, vous pourrez usucaper tout le char, s'il est lui-même susceptible d'usucapion ; et réciproquement, si le char est volé et la roue non volée, vous n'usucaperez pas la roue ; 2. si, avant l'accomplissement de l'usucapion du tout, une roue est détachée du char, il faudra une possession nouvelle pour arriver à usucaper la roue. Si elle n'est séparée du char qu'après l'usucapion du tout, on n'aura pas besoin de l'usucaper séparément : la propriété acquise sur le tout se reporte sur les parties qui en sont détachées; seulement cette possession et cette propriété sur la partie ne sont plus les mêmes, puisque en possédant le tout, on ne possédait pas séparément les parties du tout. Toutefois, quant aux matériaux d'un édifice, il faut faire, sous ce rapport, une exception ; car, après avoir usucapé une maison tout entière dont les matériaux n'avaient pas appartenu au propriétaire qui avait bâti, si elle était démolie, l'ancien propriétaire des matériaux pouvait les revendiquer. Cette exception est fondée sur ce qu'une loi spéciale lui refusait le droit de les faire détacher de l'édifice. Au reste, quand on avait commencé à posséder des objets avant qu'ils ne devinssent partie d'un tout, leur adhésion à ce tout n'en faisait pas toujours perdre la possession par cela seul.

d'objets qui sont adhérents à un tout par l'effet, soit de la nature, soit de l'art (1).

* *d*— Quelquefois la possession s'acquiert par la seule intention (*animo tantum, nuda voluntate*). Si je vous ai prêté un livre, vous possédez le *corpus*, en le considérant comme mien : j'en retiens la possession, parce que j'ai l'*animus*, et que j'ai le *corpus* par vous. Si je vous vends ce livre, ma possession cesse et la vôtre commence, parce que, d'une part, vous commencez à detenir le *corpus* comme vôtre, et que vous avez l'*animus* ; et parce que, d'autre part, j'ai cessé de posséder le *corpus* par vous, je n'ai plus de moyen juridique de me le faire restituer, et j'ai perdu l'*animus*: c'est ce qu'on appelle *tradition de brève main*. Ainsi se trouve expliqué le paragraphe 43 de ce titre (2). Mais vous ne pourriez vous changer à vous-même le caractère de votre détention ; car, par l'action en restitution qu'on aurait contre vous, on vous constitue constamment simple détenteur (3).

3° *De la perte de la possession.* — La possession se perd quand vient à manquer l'un des éléments constitutifs de la possession, le *corpus* ou l'*animus* (4).

En ce qui concerne la perte du *corpus*, il faut distinguer entre les choses immobilières et les choses mobilières.

*a*— Pour les choses mobilières, la perte du *corpus* nous en fait perdre la possession, dès que ces choses ont été prises par d'autres (5), ou lorsque nous ignorons complétement où elles se trouvent (6), ou quand elles sont dans un lieu tel qu'elles soient inaccessibles (7).

*b*— Pour les choses immobilières, par cela seul qu'un autre s'en est emparé, nous n'en avons pas perdu la possession : pour cela il faudrait en outre que nous eussions connu et souffert cet événement : car si nous essayons de reconquérir le *corpus* et si nous y réussissons, nous sommes censés n'avoir jamais cessé de posséder ; si nous ne réussissons pas, alors seulement nous sommes considérés comme étant *vi dejecti*. Si nous nous abstenons de reconquérir cette possession, dans l'intention de l'obtenir par les voies de droit, ou si, par crainte, nous nous enfuyons de l'immeuble, dèslors nous avons perdu la possession (8). Si donc nous ignorons seulement qu'un autre se soit emparé de notre possession immobilière, nous la conservons *solo animo* (9).

---

(1) L. 26. D. 41. 3 L. 44. § 1. *in fine*. D. 44. 7.

(2) Dans ce § 43, il est inexactement dit que l'acquisition de la possession se fait sans tradition ; car il y a transmission de la possession par cela que je fais tout ce qui est en mon pouvoir pour procurer à un autre la puissance exclusive sur une chose.

(3) L. 3. § 19. D. 41. 2. L. 6. § 3. D 43. 26. L. 2. § ult. D. 41. 4. L. 19. § 1. L. 3. § 20. D. 41. 2.

(4) La L. 153. D. 50. 17., par ces mots : *nisi in qua utrumque in contrarium actum*, signifie, d'après Savigny, *nisi in alterutrum*. Ainsi, il suffit qu'il y ait un fait qui exclue ou la détention matérielle, ou l'intention d'être propriétaire, pour que la possession cesse, d'après l'opinion de ce savant auteur allemand.

(5) L. 15. D. 41 2.

(6) L. 25. pr. D. 41. 2. L. 3. § 13. *in fine*. L. 44. pr. D. 41. 2.

(7) L. 10. pr. D. L. 3. § 13. D. 41. 2. C'est par ce motif que nous avons perdu la possession d'un essaim d'abeilles qui a échappé à notre vue, d'un cerf apprivoisé qui a perdu l'esprit de retour. Ainsi s'expliquent les §§ 12 *in fine* et 14 *in fine* de ce titre. L. 3. § 14. 15. D. 41. 2.

(8) L. 6. § 1. L. 7. L. 25. § 2. D. 42. 1.

(9) De là M. de Savigny, § 32., tire cette conséquence, que les *infantes* et les fous ne peuvent pas

La possession se perd aussi par la perte de l'*animus*, lorsque la possession est abdiquée, et que cette abdication est clairement exprimée, soit par des paroles, soit par des faits. D'où la conséquence que celui qui ne peut vouloir ne peut perdre la possession *animo tantum* (1).

On peut perdre la possession aussi par des représentants : d'abord elle est perdue lorsque nous consentons à ce qu'ils possèdent pour eux, s'ils accèdent à notre volonté, ou lorsqu'ils refusent de nous restituer la possession de manière à nous faire considérer comme *vi dejecti* (2). La possession des choses mobilières est perdue par le détournement qu'en fait un représentant (3). La possession est encore perdue par un fait étranger au représentant, lorsqu'il est forcé par un tiers d'abandonner l'objet possédé (4). Si, n'y étant pas forcé, il l'abandonne, le représenté la conserve comme si le représentant était mort ou s'était trouvé dans la nécessité de cesser de détenir, par suite d'un accident (5).

§ XII. Feræ igitur bestiæ, et volucres, et pisces, id est omnia animalia, quæ in terra, mari, cœlo nascuntur, simulatque ab aliquo capta fuerint, jure gentium statim illius esse incipiunt : quod enim ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur. Nec interest, feras bestias et volucres utrum in suo fundo quisque capiat, an in alieno : plane, qui in alienum fundum ingreditur venandi aut aucupandi gratia, potest a domino, si is providerit, prohiberi, ne ingrediatur. Quicquid autem eorum ceperis, eousque tuum esse intellegitur, donec tua custodia coercetur ; cum vero evaserit custodiam tuam, et in naturalem libertatem se

§ 12. Les bêtes sauvages, les oiseaux et les poissons, c'est-à-dire, tous les animaux qui naissent sur terre, dans la mer et dans l'air, appartiennent, d'après le droit des gens, à ceux qui s'en emparent. Car la raison veut qu'une chose qui n'a pas de maître devienne la propriété du premier occupant. Peu importe qu'on s'empare des animaux sauvages sur son fonds ou sur le fonds d'autrui. Seulement celui qui veut entrer dans le fonds d'autrui pour y pêcher ou chasser, peut en être empêché par le propriétaire qui aura eu connaissance de ce projet. Les animaux dont vous vous serez ainsi emparé continueront de vous apparte-

---

perdre la possession d'un immeuble, par cela seul qu'il est envahi par autrui, en fussent-ils même privés par violence (*vi dejecti*). En effet, d'après lui, ils doivent être considérés seulement comme absents. Vangerow, l. c. p. 293, n'est pas de cette opinion ; il n'applique le principe des LL. 44, et 46 D. 41. 2, qu'au cas où, au moment de la prise de possession par un autre, il n'y a aucun contact corporel entre le possesseur et l'immeuble. Dans l'hypothèse où le possesseur s'enfuit d'un immeuble par crainte, la possession est perdue ; peu importe que la crainte ait ou non un fondement. Si cette crainte est fondée sur un danger immédiat, il aura l'action *quod metus causa*. Mais s'il veut, en outre, recourir à l'interdit *unde vi*, il ne suffira pas qu'il se soit enfui ; il faudra encore que celui qui lui a inspiré cette crainte se soit emparé de l'immeuble.

(1) L. 29. D. 41. 2. L. 11. D. 41. 1.

(2) L. 10. *in fine*. D. 43. 16. L. 1. § 9. L. 12. L. 18. pr. D. *ibid*.

(3) L. 3. § 18. D. 41. 2. L. 67. pr. D. 47. 2,

(4) L. 1. § 2. D. 41. 2.

(5) L. 3. § 8, L. 44. § 2. D. 41. 2. L. 25. § 1 L. 40. § 1. D. 44. 2. L. 60. § 1. D. 19. 2. L. 12. C. 7. 32. Justinien, par cette constitution, a décidé négativement la question, autrefois contro-

receperit, tuum esse desinit, et rursus occupantis fit. Naturalem autem libertatem recipere intellegitur, cum vel oculos tuos effugerit, vel ita sit in conspectu tuo, ut difficilis sit ejus persecutio.

nir tant que vous les aurez en votre pouvoir : s'ils y échappent ils recouvrent leur liberté naturelle, ils cessent d'être votre propriété, et pourront appartenir de nouveau au premier occupant. Or, ils sont censés avoir recouvré leur liberté dès qu'ils sont hors de votre vue, ou que, y étant encore, leur poursuite est devenue difficile.

Il y a des règles qu'il ne faut pas oublier ici :

1° La possession est distincte de la propriété ; on peut être possesseur sans être propriétaire, et réciproquement ;

2° La possession d'une chose qui n'a pas de maître procure immédiatement la propriété ;

3° En perdant la possession, on ne perd pas toujours pour cela la propriété ; on ne perd celle-ci en même temps que lorsque la chose possédée est destinée à la liberté par sa nature.

* Ainsi, on devient propriétaire, par la seule prise de possession, des bêtes sauvages, des oiseaux, des poissons ; et ce, quand même on les prendrait sur le terrain d'autrui. En effet, par cela que ces animaux sont sur la propriété d'autrui, ils ne font pas partie de cette propriété, ils n'y sont pas adhérents, et ils n'y sont pas attachés par la destination du propriétaire. Seulement, celui qui veut entrer sur le terrain d'autrui peut en être empêché ; s'il y est entré à l'insu du propriétaire, et lui a causé du préjudice, il sera tenu à des dommages-intérêts.

Il résulte de la troisième règle ci-dessus, que lorsque l'animal sauvage a échappé à notre puissance (*custodiam*) et a reconquis sa liberté, nous n'en avons plus la propriété, parce que nous n'en avons plus la possession ; nous n'en avons plus la possession, quand même nous l'apercevrions encore, s'il y a extrême difficulté pour nous de le rattraper, en un mot, si nous ne pouvons plus espérer d'exercer sur lui notre puissance. (Voyez *supra*, p. 220.)

§ XIII. Illud quæsitum est, an, si fera bestia ita vulnerata sit, ut capi possit, statim tua esse intellegatur. Quibusdam placuit, statim tuam esse, et eousque tuam videri, donec eam

§ 13. On a posé la question de savoir si l'animal blessé par un chasseur, au point que celui-ci pourrait le prendre, appartenait aussitôt au chasseur. Quelques jurisconsultes ad-

---

versée, de savoir si la possession était perdue pour le représenté, lorsque le représentant l'avait abandonnée d'une manière frauduleuse pour procurer à d'autres la facilité de s'en emparer.—Est-elle encore conservée lorsque, après l'abandon, un autre s'est déjà emparé de la chose, ou si le représentant en a fait la tradition ? La possession est perdue dès ce moment; et cette décision n'a pas été changée par cette même constitution de Justinien. Voyez Vangerow, l. c. pr. 299. *contrà* Savigny, § 33.

persequeris; quodsi desieris persequi, desinere tuam esse, et rursus fieri occupantis. Alii non aliter putaverunt tuam esse, quam si eam ceperis. Sed posteriorem sententiam nos confirmamus, quia multa accidere solent, ut eam non capias.

mettaient l'affirmative et pensaient que le chasseur en restait propriétaire tant qu'il était à sa poursuite ; que s'il cessait de le poursuivre, l'animal n'était plus sa propriété et pouvait appartenir au premier occupant. D'autres soutenaient que l'animal n'appartenait au chasseur qu'autant qu'il l'avait pris. Nous consacrons cette dernière opinion, parce que bien des accidents peuvent faire que le chasseur ne puisse atteindre l'animal blessé par lui.

* La possession se compose du *corpus* et de l'*animus*. Le chasseur qui a blessé un gibier a certainement bien l'intention d'en être propriétaire : il a l'*animus*. Mais a-t-il le *corpus*? Pour l'avoir, il n'est pas nécessaire de toucher le gibier; il suffit d'avoir une puissance exclusive sur lui. Or, il y avait des jurisconsultes qui trouvaient que par cela seul qu'un chasseur avait blessé un gibier, il avait sur lui cette puissance exclusive; que, par conséquent, avant de l'avoir atteint, tant qu'il le poursuivait, il en était propriétaire ; et que cette propriété lui échappait avec la possession dès qu'il en abandonnait la poursuite, cet animal reprenant dès-lors sa liberté native, et pouvant redevenir la propriété du premier occupant. Mais d'autres ne trouvaient le caractère de puissance exclusive que dans l'appréhension de l'animal, celui-ci, jusqu'à ce qu'il fût pris, jouissant toujours de sa liberté entière, et pouvant même la conserver. C'est cette dernière opinion que Justinien admet.

§ XIV. Apium quoque natura fera est. Itaque, quæ in arbore tua consederint, antequam a te alveo includantur, non magis tuæ esse intelleguntur, quam volucres, quæ in tua arbore nidum fecerint : ideoque, si alius eas incluserit, is earum dominus erit. Favos quoque, si quos eæ fecerint, quilibet eximere potest. Plane, integra re, si provideris ingredientem in fundum tuum, potes eum jure prohibere, ne ingrediatur. Examen, quod ex alveo tuo evolaverit, eousque tuum esse intelligitur, donec in conspectu tuo est, nec difficilis ejus persecutio est · alioquin occupantis fit.

§ 14. Les abeilles sont aussi classées parmi les animaux sauvages. C'est pourquoi celles qui se sont arrêtées sur votre arbre, tant qu'elles ne sont pas renfermées par vous dans une ruche, ne sont pas plus votre propriété que les oiseaux qui ont fait leur nid sur votre arbre. Si donc un autre les enferme dans sa ruche, il en sera propriétaire. Tout le monde peut même s'emparer des rayons de miel qu'elles ont faits sur votre arbre. Seulement vous pourrez empêcher qu'on entre sur votre fonds. L'essaim qui s'échappe de votre ruche reste votre propriété tant que vous pouvez le suivre des yeux et qu'il ne vous

est pas difficile de le poursuivre : autrement il appartient au premier occupant.

* Si un essaim d'abeilles s'était arrêté sur votre arbre, il n'était pas devenu pour cela partie intégrante de l'arbre; il n'y était ni incorporé ni adhérant; il n'était donc pas plus votre propriété que le nid que des oiseaux auraient fait sur ce même arbre. Il en résulte que le premier venu pouvait devenir propriétaire de cet essaim en s'en emparant, et même des rayons de miel que les abeilles y avaient déposés, ces rayons n'étant pas plus incorporés à l'arbre que les abeilles elles-mêmes; seulement vous auriez pu empêcher l'entrée de votre propriété, et mettre obstacle à cette prise de possession, à cette acquisition de propriété.

Une fois les abeilles renfermées dans une ruche, elles sont en votre possession, elles deviennent votre propriété; si un essaim en sort, il restera votre propriété tant qu'il sera suivi par vos yeux et à votre disposition (*nec difficilis ejus persecutio est*); mais une fois échappé à votre puissance, éloigné tellement que vous ne deviez plus espérer de l'y faire rentrer, vous n'en êtes plus ni possesseur ni propriétaire; il est redevenu chose *nullius*, susceptible de devenir la propriété d'un autre, premier occupant.

§ XV. Pavonum et columbarum fera natura est. Nec ad rem pertinet. quod ex consuetudine avolare et revolare solent : nam et apes idem faciunt, quarum constat feram esse naturam; cervos quoque ita quidam mansuetos habent, ut in silvas ire et redire soleant, quorum et ipsorum feram esse naturam nemo negat. In his autem animalibus, quæ ex consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eousque tua esse intellegantur, donec animum revertendi habeant : nam si revertendi animum habere desierint, etiam tua esse desinunt, et fiunt occupantium. Revertendi autem animum videntur desinere habere, cum revertendi consuetudinem deseruerint.

§ 15. Les paons et les pigeons sont aussi sauvages de leur nature. Peu importe leur habitude d'aller et de revenir; car les abeilles ont la même habitude, et cependant il est certain qu'elles sont sauvages. Il y a même des gens qui ont des cerfs si bien apprivoisés que tous les jours ils vont dans la forêt et en reviennent; et cependant personne ne pourrait soutenir qu'ils ne sont pas sauvages. Quant aux animaux sauvages qui ont l'habitude d'aller et de venir, on admet la règle suivante : ils vous appartiennent tant qu'ils conservent l'esprit de retour; s'ils le perdent, ils cessent d'être votre propriété et peuvent appartenir au premier occupant. Or, ils sont considérés comme ayant perdu l'esprit de retour lorsqu'ils ont perdu l'habitude de revenir.

** Les paons et les pigeons sont aussi des animaux sauvages; la circonstance qu'ils restent attachés à une habitation, qu'ils n'en sortent

que pour y revenir, ne change pas leur caractère; car un cerf peut être apprivoisé, aller dans les forêts, et revenir habituellement chez son maître. Cette habitude de retour fait que ces animaux restent en notre possession, parce que nous pouvons facilement exercer sur eux une puissance exclusive; mais une fois qu'ils ont cessé de revenir, la puissance exclusive a disparu, la liberté native a été reconquise, et ils sont redevenus *res nullius*, susceptibles d'appartenir au premier occupant (1).

§ XVI. Gallinarum et anserum non est fera natura. Idque ex eo possumus intellegere, quod aliæ sunt gallinæ, quas feras vocamus, item alii anseres, quos feros appellamus. Ideoque si anseres tui, aut gallinæ tuæ aliquo casu turbati turbatæve evolaverint, licet conspectum tuum effugerint, quocumque tamen loco sint, tui tuæve esse intelleguntur; et, qui lucrandi animo ea animalia retinuerit, furtum committere intellegitur.

§ 16. Les poules et les oies n'ont pas une nature sauvage. Cela est d'autant plus facile à comprendre qu'il y en a de sauvages qui forment une espèce à part. C'est pourquoi, si vos oies ou vos poules, effarouchées par une cause quelconque, s'envolent, partout où elles se trouvent, quoique ayant échappé à votre vue, elles restent votre propriété, et ceux qui les retiendraient, dans l'intention d'en faire leur profit, commettraient un vol.

Quant aux poules et aux oies, ce sont d'autant plus évidemment des animaux domestiques, qu'il y en a d'autres que l'on appelle sauvages. Or, ces animaux, ainsi que tous ceux qui sont domestiques, n'étant pas destinés à la liberté, s'ils échappent à notre vue, ils n'échappent pas pour cela à notre possession; il faut, pour que nous en perdions la possession, qu'il y ait un événement tel que nous eussions perdu tout autre meuble; et si nous cessons d'en être possesseurs, nous ne cessons pas cependant d'en être propriétaires. Si donc, quoique fort éloignés de nous, ces animaux ont été appréhendés par autrui, avec intention d'en tirer profit, il y aura vol; et nous pourrons intenter l'action de vol, et, en outre, la revendication.

§ XVII. Item ea, quæ ex hostibus capimus, jure gentium statim nostra fiunt: adeo quidem, ut et liberi homines in servitutem nostram deducantur, qui tamen, si evaserint nostram potestatem, et ad suos reversi fuerint, pristinum statum recipiunt.

§ 17. Les choses que nous prenons aux ennemis deviennent aussi sur-le-champ notre propriété, en vertu du droit des gens; et même les hommes libres, que nous faisons prisonniers, deviennent nos esclaves: mais s'ils échappent à notre possession et retournent chez eux, ils recouvrent leur ancien état.

* Les choses qui appartiennent aux ennemis, les ennemis eux-mêmes

(1) C'est une conséquence du principe émis plus haut, p. 220, d'après lequel nous perdons la possession d'un meuble *corpore*, par cela seul qu'un autre s'est emparé de ce meuble, même à

sont considérés comme choses *nullius*, appartenant au premier occupant. Les ennemis faits prisonniers deviennent esclaves; mais de même que les animaux sauvages rentrent dans leur liberté native dès que nous ne pouvons plus en disposer à notre volonté, de même ces prisonniers reconquièrent leur liberté dès qu'ils ont franchi, en s'évadant, les frontières de notre patrie et sont rentrés dans la leur : alors, en effet, nous n'avons plus la possibilité d'exercer sur eux notre puissance exclusive.

§ XVIII. Item lapilli et gemmæ et cetera, quæ in litore inveniuntur, jure naturali statim inventoris fiunt.

§ 18. Les pierres précieuses et autres objets que l'on trouve sur les bords de la mer, appartiennent au premier occupant, d'après le droit naturel.

§ XIX. Item ea, quæ ex animalibus dominio tuo subjectis nata sunt, eodem jure tibi acquiruntur.

§ 19. C'est encore d'après le même droit que nous acquérons les petits de nos animaux.

* Il en est de même, dit ce texte, des petits mis bas par des animaux qui nous appartiennent. En résulte-t-il que nous les acquérions par droit d'occupation? Si cette conséquence était vraie, il faudrait donc admettre que, si notre chèvre met bas au milieu des champs, son chevreau sera la propriété du premier venu qui s'en emparera. Mais cette conséquence serait contraire à ce qui a été dit plus haut (1), que le droit de propriété, et même celui de possession sur un tout, se continuent sur les parties qui en sont ensuite séparées, comme ils existaient sur le tout lui-même. Or le chevreau, avant d'être détaché des entrailles de sa mère, était partie de sa mère : à ce moment il était dans la possession et la propriété du maître de la chèvre : la possession et la propriété du chevreau sont donc acquis de plein droit au maître dès le moment de sa naissance. Aussi les expressions *eodem jure* de notre texte ne signifient pas *eodem jure occupationis*, mais bien *eodem jure dominii quo animal ipsum*, ou bien, si on le veut, *eodem jure naturali* du paragraphe précédent; car le droit naturel veut qu'il en soit ainsi. Dans tous les cas, ce ne serait pas par droit d'accession, puisqu'ici ce droit ne serait puissant qu'au moment même où il n'y a plus d'accession : d'ailleurs le fruit d'un animal n'est pas une accession, c'est le développement des germes que contient l'animal (2).

---

notre insu. Ici l'animal sauvage, en reconquérant sa liberté, s'est ravi lui-même à la possession de son maître.

(1) Page 219. note 7.

(2) Il ne faut pas conclure de là (Voyez Savigny, § 22. sixième édition.) que si le maître était propriétaire bonitaire de la chèvre, il ne serait que propriétaire bonitaire du chevreau, sans quoi il faudrait dire que les fruits d'une chose volée sont eux mêmes des choses furtives; ce qui serait contraire aux L. 4. § 19, L. 10. § 2, L. 33. pr. D. 41. 3. L. 26. D. 46. 1. Il est vrai que la

§ XX. Præterea, quod per alluvionem agro tuo flumen adjecit, jure gentium tibi acquiritur. Est autem alluvio incrementum latens. Per alluvionem autem id videtur adjici, quod ita paulatim adjicitur, ut intellegere non possis, quantum quoquo momento temporis adjiciatur.

§ 20. En outre, ce qui vient s'adjoindre par alluvion à votre terrain riverain d'un fleuve, vous est acquis d'après le droit des gens. Or, on appelle alluvion un accroissement insensible. Ce qui est ajouté par alluvion vient accroître votre propriété si insensiblement que vous ne pouvez apprécier quelle quantité est ajoutée à chaque moment.

* L'alluvion est un accroissement insensible formé par des molécules de terre, apportées par les eaux contre un terrain riverain. L'alluvion est-elle un moyen d'acquérir la propriété, distincte de l'occupation? C'est ce qu'il faut examiner.

** Lorsque des fonds ont été diminués insensiblement par les eaux, et que les molécules qui s'en sont détachées ont perdu toute trace de leur adhésion aux anciens fonds, le maître en a perdu : 1° la possession, puisqu'il n'a plus la possibilité d'exercer sur eux sa puissance exclusive; 2° la propriété, puisqu'il ne pourrait plus dire *hæc res mea est*, relativement à des molécules décomposées et dont l'origine ne pourrait plus être prouvée. Elles sont donc devenues *nullius*. D'un autre côté, ces molécules, d'ailleurs d'origines diverses, d'anciens maîtres différents, en venant adhérer à un terrain riverain d'un fleuve, deviennent partie intégrante de ce terrain. Or la possession d'un tout s'étend à toutes les parties comme constituant le tout. Donc, dès qu'elles sont adhérentes au terrain riverain, ces molécules sont possédées par le propriétaire de ce terrain, et, comme elles sont *nullius*, leur possession lui en fai tacquérir la propriété; il devient donc propriétaire de l'alluvion par occupation, puisque l'occupation n'est rien autre chose que l'acquisition de la propriété par la seule prise de possession.

Du reste, notre texte suppose que le terrain riverain n'est pas limité (1); car, s'il l'était, l'alluvion ne serait plus partie intégrante de ce terrain, puisqu'il en serait séparé par des limites.

---

propriété d'une partie disjointe d'un tout est le résultat de la propriété du tout; mais ce n'est point la même propriété que l'ancienne : le propriétaire bonitaire de la chèvre sera propriétaire quiritaire du chevreau. La séparation serait donc, dans ce sens, un moyen d'acquérir une propriété distincte de la précédente : il y aurait une acquisition immédiate pour le propriétaire de la chèvre; la possession du tout se continuerait sur la partie; mais cette possession continuée ferait acquérir sur-le-champ une propriété quiritaire. Sous ce rapport donc, ce serait encore en vertu du droit d'occupation que le maître de la chèvre deviendrait propriétaire du chevreau. Ainsi entendus, les mots *eodem jure* de notre texte signifieraient *eodem jure occupationis*. Voyez Vangerow, l. c. p. 549.

(1) Les terrains non limités s'appelaient *arcifinii*, les autres, *limitati*.

§ XXI. Quod si vis fluminis partem aliquam ex tuo prædio detraxerit, et vicini prædio appulerit : palam est, eam tuam permanere. Plane si longiore tempore fundo vicini hæserit, arboresque, quas secum traxerit, in eum fundum radices egerint, ex eo tempore videntur vicini fundo acquisitæ esse.

§ 21. Si une partie de votre terrain est arrachée par la violence des flots et réunie au fonds d'autrui, il est certain que cette partie reste votre propriété. Cependant si elle reste longtemps adhérente à ce fonds, et si les arbres transportés avec cette portion de terre, ont poussé des racines sur ce fonds, ceux-ci sont acquis au fonds du voisin.

* Ce que nous venons de dire précédemment, relativement à l'alluvion, ne peut évidemment s'appliquer au terrain reconnaissable enlevé par la violence des eaux et apporté contre la propriété riveraine d'autrui : ici le propriétaire du terrain enlevé a conservé sa propriété et peut dire : *hæc res mea est*, et il peut le prouver : d'un autre côté, ce fragment de terrain ne s'est pas incorporé au terrain riverain appartenant à un autre ; donc le riverain n'a pu en acquérir la propriété par la considération que la propriété du tout s'étend à toutes les parties. Quant aux arbres qui auraient pu se trouver sur ce fragment de terrain emporté par les eaux, s'ils ont poussé des racines sur le terrain riverain, ils appartiennent au propriétaire de ce terrain lorsque, à la longue, ils y ont poussé ces racines et ont renouvelé, pour ainsi dire, leur substance, par les sucs qu'ils en ont tiré (1).

§ XXII. Insula, quæ in mari nata est, quod raro accidit, occupantis fit : nullius enim esse creditur. At in flumine nata, quod frequenter accidit, si quidem mediam partem fluminis teneat, communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam prædia possident, pro modo latitudinis cujusque fundi, quæ latitudo prope ripam sit. Quodsi alteri parti proximior sit, eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam prædia possident. Quodsi aliqua parte divisum flumen, deinde infra unitum, agrum alicujus in formam insulæ redegerit, ejusdem permanet is ager, cujus et fuerat.

§ 22. L'île qui naît dans la mer, ce qui arrive rarement, appartient au premier occupant ; car elle est une chose *nullius*. Mais l'île qui naît dans un fleuve, ce qui arrive fréquemment, appartient aux propriétés riveraines, de chaque côté, suivant le front de chaque terrain sur la rive, en supposant que l'île se trouve au milieu du fleuve. Mais si elle est plus près d'une rive que de l'autre, elle appartient aux riverains les plus proches de l'île. Si un fleuve, en se divisant d'abord, puis se réunissant ensuite, fait une île du champ d'un particulier, ce champ continuera d'appartenir à ce dernier.

---

(1) Dans la L. 7. § 2. D. 41. 1., on lit *acquisita ;* ce qui indiquerait que la partie de terrain appartiendrait elle-même au fonds riverain. Mais dans notre texte il y a *acquisitæ* ; ce qui semble se référer aux arbres seulement. Gaius, II. 71., dit bien que la portion de terrain reste à l'ancien propriétaire ; mais il ne résulte pas de là que cette portion ne puisse ensuite appartenir au fonds riverain. Thémis, t. 6. p. 143 et suiv., et MM. Ducaurroy et Bonjean, *hîc*.

* Les rivages de la mer étant communs, la mer surtout étant commune, l'île qui naît dans la mer ne peut appartenir à un riverain, elle prend le caractère d'une chose distincte placée au milieu des choses communes, comme un coquillage, une pierre précieuse; elle peut donc appartenir au premier occupant. Il en est de même de l'île flottante sur un fleuve; elle n'est adhérente à rien, elle est de la même nature que les eaux du fleuve, chose *nullius*, appartenant au premier qui en prendra possession.

** Quant aux îles qui s'élèvent du lit d'un fleuve, il en est autrement; en effet, le lit des fleuves appartient aux riverains, parce que, étant abandonné par le cours du fleuve, le terrain du lit perd son caractère de chose publique et se trouve acquis aux riverains de chaque côté, par conséquent à chacun jusqu'à la ligne tracée longitudinalement au milieu de ce lit. L'île n'étant qu'une excroissance du lit au-dessus de la surface des eaux, et cette excroissance étant une partie *desséchée* du lit, abandonnée par les eaux sous ce rapport, doit appartenir aux riverains d'après la délimitation que déterminerait une ligne tracée longitudinalement au milieu du fleuve; de sorte que si cette ligne étant tracée, l'île se trouve tout entière au delà ou en deçà de la ligne, elle appartiendra exclusivement aux riverains qui s'en trouvent les plus rapprochés, à chacun suivant le front de sa propriété aboutissant au fleuve; si au contraire elle ne se trouve pas entièrement d'un côté de la ligne, on devra faire une double opération : 1° tout ce qui se trouvera des deux côtés de la ligne appartiendra aux riverains des deux rives respectivement; 2° chacun aura une partie du fragment de l'île, suivant le front de sa propriété riveraine.

Si l'île est acquise aux riverains d'un côté exclusivement, ils deviendront riverains avec cette île même; de sorte que, si ensuite une autre île s'élève entre cette île acquise déjà et les riverains opposés, elle appartiendra en tout ou en partie aux propriétaires de l'île, ou en totalité aux riverains opposés, suivant une ligne tracée longitudinalement au milieu de la distance qui sépare l'île déjà acquise de la rive opposée. Egalement si le fleuve abandonne ensuite tout le terrain qui sépare l'île de la rive opposée, tout le terrain abandonné appartiendra aux propriétaires de l'île et à ceux de la rive opposée, suivant une ligne tracée longitudinalement au milieu (1).

Il nous reste à expliquer d'après quel principe le riverain devient propriétaire du lit abandonné ou de l'île. Si c'est parce que le lit n'est qu'une continuation de la rive, comme le pense M. Ducaurroy, il n'y a pas acquisition de propriété, mais seulement affranchissement de la

(1) L. 65. § 3. L. 56. pr. D. 41. 1.

servitude due au fleuve. Il faut avouer que cette explication satisfait. Mais nous avons peine à nous convaincre que telle ait été la pensée des jurisconsultes romains. En effet : 1° notre titre s'occupe d'un mode d'acquérir; 2° au paragraphe 23 il est dit que le terrain, occupé par le fleuve qui se crée un nouveau lit, devient public comme le fleuve lui-même; et que, si ce nouveau lit est encore abandonné par le fleuve, il ne redeviendra pas la propriété de ceux dont les terrains ont été absorbés, mais il appartiendra aux nouveaux riverains. Donc le fleuve n'exerce pas une servitude; il coule réellement sur une propriété publique. Quand le lit est abandonné par les eaux, il perd son caractère de chose publique, il appartient à l'état, et celui-ci l'abandonne aux riverains comme alluvion. Ainsi l'état en perd la propriété par l'abandon, et les riverains en acquièrent la propriété, d'après les principes de l'alluvion, exposés plus haut sur le paragraphe 20. Donc cette acquisition est régie encore par les règles de l'occupation.

Ce que nous avons dit du lit du fleuve s'applique exactement à l'île née dans un fleuve.

* Mais il est clair que, si une île ne s'est formée que parce qu'un fleuve, par le caprice de ses eaux, s'est divisé en deux branches et a enfermé le terrain d'un propriétaire, celui-ci en a conservé la propriété, parce qu'il peut toujours dire : *hæc res mea est*, et parce que le fleuve n'a pas rendu ce terrain chose publique en le dénaturant.

§ XXIII. Quodsi naturali alveo in universum derelicto, alia parte fluere cœperit, prior quidem alveus eorum est, qui prope ripam ejus prædia possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque agri, quæ latitudo prope ripam sit, novus autem alveus ejus juris esse incipit, cujus et ipsum flumen, id est, publici. Quodsi post aliquod tempus ad priorem alveum reversum fuerit flumen, rursus novus alveus eorum esse incipit, qui prope ripam ejus prædia possident.

§ 23. Si un fleuve abandonne son lit ordinaire et s'en creuse un nouveau, le lit abandonné appartiendra aux riverains en proportion de la largeur de leurs héritages le long de la rive : quant au nouveau lit, il devient de la même nature que le fleuve lui-même, c'est-à-dire, public. Et si ce nouveau lit est abandonné encore par le fleuve, qui aura repris son ancien lit, le nouveau lit abandonné commencera à appartenir à ceux qui ont des héritages le long de la rive.

§ XXIV. Alia sane causa est, si cujus totus ager inundatus fuerit. Neque enim inundatio speciem fundi commutat; et obid, si recesserit aqua, palam est, eum fundum ejus manere, cujus et fuit.

§ 24. Il en est autrement d'un champ couvert par une inondation; parce que l'inondation n'en change pas la nature : par conséquent, lorsque l'eau se sera retirée, le champ continuera à être la propriété de son maître.

** Quant aux terrains couverts par une inondation, ils ne sont pas dé-

naturés; lorsque les eaux qui les couvrent momentanément s'en seront retirées, le propriétaire pourra toujours dire : *hæc res mea est*.

§ XXV. Cum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quæri solet, quis eorum naturali ratione dominus sit, utrum is, qui fecerit, an ille potius, qui materiæ dominus fuerit : ut ecce, si quis ex alienis uvis aut olivis aut spicis vinum aut oleum aut frumentum fecerit, aut ex alieno auro, vel argento, vel ære vas aliquod fecerit, vel ex alieno vino et melle mulsum miscuerit, vel ex alienis medicamentis emplastrum aut collyrium composuerit, vel ex aliena lana vestimentum fecerit, vel ex alienis tabulis navem vel armarium vel subsellium fabricaverit. Et post multas Sabinianorum et Proculeianorum ambiguitates placuit media sententia existimantium, si ea species ad materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiæ dominus fuerat, si non possit reduci, eum potius intellegi dominum, qui fecerit : ut ecce, vas conflatum potest ad rudem massam æris vel argenti vel auri reduci, vinum autem aut oleum aut frumentum ad uvas et olivas et spicas reverti non potest, ac ne mulsum quidem ad vinum et mel resolvi potest. Quodsi partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quisque, veluti ex suo vino et alieno melle mulsum, aut ex suis et alienis medicamentis emplastrum aut collyrium, aut ex sua et aliena lana vestimentum fecerit, dubitandum non est, hoc casu eum esse dominum, qui fecerit : cum non solum operam suam dedit, sed et partem ejusdem materiæ præstavit.

§ 25. Lorsque, avec la matière d'autrui, quelqu'un a fait une chose nouvelle, on se demande qui sera propriétaire d'après la raison naturelle, de celui qui était maître de la matière ou du spécificateur? Ainsi quelqu'un, avec les raisins, ou les olives, ou les épis d'autrui, a fait du vin, ou de l'huile, ou du blé; ou bien avec l'or, l'argent ou l'airain d'autrui il a fait un vase quelconque; ou bien il a fait un emplâtre ou un collyre avec les onguents d'autrui, un habit avec sa laine, un vaisseau, ou une armoire, ou un siége avec les planches d'un autre. Après de nombreuses controverses entre les Sabiniens et les Proculéiens, on a admis une opinion mitoyenne, et l'on a décidé que, si la chose façonnée pouvait revenir à son ancien état, elle appartenait au propriétaire de la matière, sinon, au spécificateur. Ainsi le vase appartient au premier, parce qu'on peut le ramener à l'état de lingot d'airain, d'argent ou d'or; le vin, l'huile ou le blé appartient au dernier, parce qu'on ne peut plus faire du raisin, des olives ou des épis avec le vin, l'huile ou le blé : le *mulsum* ne peut pas non plus redevenir vin et miel. — Celui qui a fait une chose nouvelle, partie avec sa matière, partie avec la matière d'autrui, par exemple du *mulsum* avec son vin et le miel d'autrui, un emplâtre ou un collyre avec des onguents de lui et d'un autre, en sera indubitablement propriétaire; car il y a employé non-seulement son industrie, mais encore de sa matière.

* Lorsque, avec la matière appartenant à autrui, une personne fait une chose nouvelle, on se demande si cette chose nouvelle appartient au propriétaire ancien ou à celui qui a donné à la matière une autre

existence. Toute la question se réduit à savoir si la matière a disparu devant la prééminence de la façon. Si elle a disparu, au moment de la disparition elle est devenue *nullius*, et la propriété a été acquise au spécificateur par la possession seule, par conséquent par l'occupation. Les Proculéiens tenaient principalement à la matière, peu leur importait la forme : ils refusaient donc la propriété à l'auteur de la transformation : les Sabiniens, au contraire, pensaient que la forme l'emporte sur la matière qu'elle revêt, et attribuaient la propriété de la chose transformée à l'industriel. Il se forma une opinion mitoyenne, d'après laquelle il fallait voir si la chose transformée pouvait reprendre son ancienne forme ou ne le pouvait pas; dans le premier cas, la chose appartenait au propriétaire de la matière, parce qu'il pouvait exiger que sa chose fût rendue à son premier état, et alors dire : *hæc res mea est*; dans le second cas, la chose était devenue *nullius* par la transformation, et la propriété de celui qui lui avait donné la nouvelle forme, par suite de la possession d'une chose *nullius*, par conséquent par l'effet de l'occupation. C'est ce que les commentateurs appellent la spécification, et ce qui, au fond, rentre dans l'occupation. Ce système de juste-milieu a été admis par Justinien.

Si le spécificateur avait employé en partie sa matière, et en partie la matière d'autrui, à plus forte raison était-il propriétaire de la chose nouvelle : mais il faut entendre cela seulement du cas où la chose nouvelle ne peut plus revenir à son ancien état : en effet, notre texte ne donne que des exemples de cette dernière espèce, et le motif qu'il contient ne s'applique qu'à cette hypothèse. Si au contraire la chose nouvelle peut revenir à son ancien état, il n'y aura qu'un mélange, et l'on appliquera le principe du paragraphe 28 de ce titre.

Au reste le propriétaire de la matière, dans le cas où il perd sa propriété, doit être indemnisé par le spécificateur : il aura même contre celui-ci l'action de vol, si sa chose a été employée de mauvaise foi.

**§ XXVI.** Si tamen alienam purpuram quis intexuit suo vestimento, licet pretiosior est purpura, accessionis vice cedit vestimento; et, qui dominus fuit purpuræ, adversus eum, qui subripuit, habet furti actionem et condictionem, sive ipse est, qui vestimentum fecit, sive alius. Nam extinctæ res, licet vindicari non possint, condici tamen à furibus et a quibusdam aliis possessoribus possunt.

§ 26. Si cependant quelqu'un brode son vêtement avec la pourpre d'autrui, quoique celle-ci soit plus précieuse que le vêtement, elle suivra le sort de ce dernier à titre d'accession : et l'ancien propriétaire de la pourpre aura, contre celui qui la lui a enlevée, l'action de vol et la condiction, peu importe qu'il ait lui-même attaché la pourpre au vêtement, ou un autre : car les choses éteintes, quoiqu'elles ne puissent plus être revendiquées, peuvent être redemandées

par la condiction, contre les voleurs et quelques autres personnes.

* Si votre pourpre a été employée pour faire des broderies à mon habit, elle devient partie adhérente à mon tout, à mon habit : la possession sur le tout s'étend à toutes les parties, d'une manière générale; il en est de même de la propriété : au moment où commence ma possession sur la pourpre commence aussi ma propriété : d'un autre côté le propriétaire de la pourpre n'en est plus possesseur ni propriétaire à ce même moment, puisqu'elle n'a plus une existence distincte : l'ancien propriétaire ne peut plus dire : *hæc res mea est*. La pourpre a donc été acquise comme chose *nullius*; donc par l'occupation. Telle est l'opinion de M. Ducaurroy, que nous admettons complètement.

Les commentateurs croyent rencontrer ici un mode d'acquérir tout particulier, auquel ils donnent le nom d'*accession*. L'un d'entr'eux, croyant démontrer jusqu'à l'évidence l'erreur de M. Ducaurroy, accumule plusieurs textes où l'accession joue un rôle important. Personne n'a nié que l'accession eût une grande importance dans le droit romain : mais l'a-t-on considérée comme mode particulier d'acquérir, distinct de l'occupation? Voilà ce qui devait être démontré, et ne l'a pas été. Il est bien vrai que cette circonstance qu'une chose accède à une autre, fait qu'elle est absorbée par cette dernière; mais c'est parce que, d'une part, l'un des propriétaires a perdu la propriété et la possession de la chose accessoire, tandis que l'autre a vu sa possession et sa propriété s'étendre d'elles-mêmes sur toutes les parties intégrantes de son tout. Il est donc indispensable de reconnaître les caractères de la chose accessoire et ceux de la chose principale, afin de savoir qui possède le tout : c'est pour ce motif seulement que le droit romain s'occupe de l'accession: nous allons en retracer les règles principales.

1° Il n'y a pas d'accession entre des choses qui conservent leur existence distincte : ma brebis, qui se trouve mêlée à votre troupeau n'y accède pas (1).

2° Le tout appartient au propriétaire de la chose principale, de celle qui, déjà avant l'accession, formait un tout complet : est chose principale un vase, un anneau auquel est ajouté un diamant. Ce dernier est l'accessoire, quoique de beaucoup plus précieux. Le sol sur lequel est élevé un édifice est la chose principale, et l'édifice en est l'accessoire, avec d'autant plus de raison que son existence ne serait pas possible sans le sol. Il en est de même du parchemin sur lequel est tracé une écriture. S'il s'agit de deux lingots appartenant à deux propriétaires différents, et coulés l'un sur l'autre (*ferrumine*), celui-là sera propriétaire du tout

(1) L. 23. § 5. D. 6. 1.

à qui appartient le lingot de la plus grande valeur. Si la valeur de l'un est égale à la valeur de l'autre, chacun reste propriétaire de sa chose (1).

3° La propriété de l'accessoire ne sera acquise au propriétaire de la chose principale, d'une manière irrévocable, qu'autant que l'accessoire ne pourrait plus être séparé du tout, ou qu'il ne serait pas permis de le séparer (2).

Dans l'hypothèse de notre texte, l'ancien propriétaire de la pourpre peut la faire détacher de l'habit, par une action *ad exhibendum*, afin de pouvoir dire : *hæc res mea est*, et la revendiquer. Cette action sera dirigée contre le possesseur de l'habit, quand même la pourpre n'aurait été jointe à l'habit ni par son fait ni par son ordre ; mais il est possible que la pourpre et l'habit n'existent plus ; alors l'action *ad exhibendum* ne peut plus être exercée contre l'ancien propriétaire de bonne foi ; mais si le propriétaire veut poursuivre celui qui a pris la pourpre de mauvaise foi, quand bien même l'habit et la pourpre auraient péri, il aura contre ce dernier : 1° l'action de vol, qui est pénale ; 2° l'action personnelle appelée condiction, tendant à obtenir la valeur de la pourpre (3).

§ XXVII. Si duorum materiæ ex voluntate dominorum confusæ sint, totum id corpus, quod ex confusione fit, utriusque commune est, veluti, si qui vina sua confuderint, aut massas argenti vel auri conflaverint. Sed et, si diversæ materiæ sint, et ob id propria species facta sit, forte ex vino et melle mulsum, aut ex auro et argento electrum, idem juris est : nam et eo casu communem esse speciem non dubitatur. Quodsi fortuitu, et non voluntate dominorum, confusæ fuerint, vel diversæ materiæ, vel quæ ejusdem generis sunt, idem juris esse placuit.

§ 27. Si des matières appartenant à deux propriétaires ont été confondues par leur volonté, le résultat de la confusion est commun à tous deux. par exemple, si deux personnes mêlent leurs vins, ou fondent ensemble leurs lingots d'or ou d'argent. Il en sera de même si les matières confondues sont d'une nature différente et qu'il en soit résulté une chose nouvelle ; par exemple, si l'on a fait du *mulsum* avec le miel de l'un et le vin de l'autre, ou si, avec l'argent de l'un et l'or de l'autre, il a été fait un *electrum* : dans ce cas aussi la chose nouvelle doit être évidemment commune. Si c'est par hasard que la confusion s'est opérée, le résultat sera encore commun, que les deux matières soient ou non de la même nature.

---

(1) Il n'en est pas ici comme de la confusion, parce que chaque molécule de métal, et même chaque métal, reste dans sa nature, L 27, § 2. D. 41. 1.

(2) L. 25. § 5. D. 6. 1. Inst., h. t. §§ 29 et 30.

(3) Cette condiction est appelée furtive dans ce cas. Par cette action, l'ancien propriétaire demandait qu'on le rendît propriétaire de sa pourpre ; ce qui est bien un contre-sens, puisqu'on ne peut devenir propriétaire de sa chose. Mais cette action était donnée en haine des voleurs, afin que, dans l'impossibilité où ils se trouvaient de restituer la chose volée, ils fussent obligés d'indemniser le propriétaire ancien. La *condictio* pouvait être donnée aussi contre certains autres possesseurs (*quibusdam possessoribus*), par exemple, les possesseurs de mauvaise foi, qui n'avaient pas volé,

§ XXVIII. Quod si frumentum Titii tuo frumento mixtum fuerit, si quidem ex voluntate vestra, commune erit, quia singula corpora, id est singula grana, quæ cujusque propria fuerint, ex consensu vestro communicata sunt. Quodsi casu id mixtum fuerit, vel Titius id miscuerit sine voluntate tua, non videtur commune esse, quia singula corpora in sua substantia durant, nec magis istis casibus commune fit frumentum, quam grex communis esse intellegitur, si pecora Titii tuis pecoribus mixta fuerint; sed si ab alterutro vestrum id totum frumentum retineatur, in rem quidem actio pro modo frumenti cujusque competit, arbitrio autem judicis continetur, ut is æstimet, quale cujusque frumentum fuerit.

§ 28. Si le blé de Titius a été mêlé à votre blé, de votre consentement mutuel, le tout sera commun, parce qu'il y a eu, pour chaque grain, communication réciproque de la propriété, par l'effet de votre volonté. Si c'est par hasard qu'il y a eu mélange, ou si c'est Titius qui l'a opéré sans votre consentement, le tout ne sera pas commun, parce que chaque grain a conservé son ancien état; il n'y a pas plus communauté, dans ce cas, que lorsque vos brebis sont allées se mêler aux brebis du troupeau de Titius. En conséquence, si l'un de vous deux est détenteur de la totalité, l'autre lui intentera une action réelle à raison de la quantité de froment qui lui appartient; mais il entrera dans les pouvoirs du juge d'apprécier qu'elle était la qualité du froment de chacun.

* La confusion était, chez les Romains peu avancés en chimie, l'immixtion des liquides, et le mélange, l'immixtion des solides. Dans la confusion, les molécules des liquides qui y entraient étaient considérées comme ayant été dénaturées et remplacées par des molécules nouvelles. Si donc les liquides des deux maîtres s'étaient confondus, les deux propriétés avaient été transformées. Si elles l'avaient été du consentement des deux maîtres, la chose nouvelle leur était commune : il en était de même si la confusion s'était opérée par hasard : si elle était le résultat du fait et de la volonté d'un seul d'entre eux, on rentrait dans la règle de la spécification; le tout appartenait au spécificateur.

** Dans le mélange de deux choses, même semblables, par exemple de deux sacs de froment ou de farine, appartenant à des propriétaires différents, les molécules de chaque grain de froment ou de farine conservent leur nature, absolument comme les têtes de deux troupeaux différents qui se seraient réunis. Il n'y a un tout commun aux deux propriétaires qu'autant qu'ils y ont consenti. Dans tout autre cas, les propriétés étant restées distinctes, chacun conserve sa propriété,

---

ou contre les possesseurs de bonne foi par la faute desquels la chose avait été éteinte. Mais alors la *condictio* n'était pas furtive. La condiction furtive était donnée aussi contre les héritiers du voleur.

Du reste, en règle générale, quiconque a acquis, par son fait, la chose d'un autre par accession, doit indemniser ce dernier. Cette indemnité sera de la valeur de la chose, si l'acquéreur est de bonne foi; s'il est de mauvaise foi, elle sera de tout le dommage éprouvé par suite de l'accession. (Arg. Inst., h. t. §§ 26, 30. L. 23. § 5. D. 6. 1.)

chacun a le droit de revendication contre l'autre maître qui est possesseur : seulement, comme il est difficile, et même humainement impossible, pour le juge, de séparer les différents grains, il attribue à chacun, dans la masse, une portion en rapport avec la quantité et la qualité de son froment ou de sa farine ; et la revendication doit indiquer, dans son *intentio*, la volonté d'obtenir une portion ainsi calculée, pour qu'il n'y ait pas plus-pétition.

§ XXIX. Cum in suo solo aliquis ex aliena materia ædificaverit, ipse dominus intellegitur ædificii, quia omne, quod inædificatur, solo cedit. Nec tamen ideo is, qui materiæ dominus fuerat, desinit ejus dominus esse ; sed tantisper neque vindicare eam potest, neque ad exhibendum de ea re agere, propter legem duodecim tabularum, qua cavetur, ne quis tignum alienum ædibus suis injunctum, eximere cogatur, sed duplum pro eo præstet per actionem, quæ vocatur de tigno injuncto (appellatione autem tigni omnis materia significatur, ex qua ædificia fiunt) : quod ideo provisum est, ne ædificia rescindi necesse sit. Sed si aliqua ex causa dirutum sit ædificium, poterit materiæ dominus, si non fuerit duplum jam persecutus, tunc eam vindicare, et ad exhibendum de ea re agere.

§ 29. Si quelqu'un a bâti sur son terrain avec les matériaux d'autrui, il sera propriétaire de l'édifice, parce que celui-ci suit le sort du terrain. Toutefois le propriétaire des matériaux ne cesse pas pour cela d'en avoir la propriété, seulement pendant un temps il ne pourra les revendiquer, ni exercer à leur égard l'action *ad exhibendum*, à cause de la loi des douze tables, qui défend de contraindre le propriétaire d'un édifice à en détacher la poutre qui appartient à autrui : mais il aura l'action au double, *de tigno juncto* (par poutre on entend toute espèce de matériaux qui entrent dans une construction). Cette disposition de la loi des douze tables a eu pour but d'empêcher quelqu'un d'être forcé à démolir. Mais si ensuite l'édifice se trouve démoli, pour une cause quelconque, le propriétaire des matériaux, s'il n'a pas déjà obtenu le double de leur valeur, pourra les revendiquer et intenter à leur égard l'action *ad exhibendum*.

* Lorsque le propriétaire d'un sol y a fait une construction avec les matériaux d'autrui, le sol étant la chose principale, la possession et la propriété de ce sol s'étendent de plein droit sur les constructions et par conséquent sur les matériaux. Cependant ceux-ci, considérés en eux-mêmes et comme ayant une existence à part possible, restent la propriété de leur ancien maître. Mais, comme il ne peut plus dire : *hæc res mea est*, attendu qu'actuellement ils ne sont pas une chose distincte du sol, il ne peut les revendiquer. Il devrait avoir le droit de les faire détacher par l'action *ad exhibendum*, pour ensuite les revendiquer, de même que le propriétaire de la pourpre peut la faire détacher de l'habit auquel elle a été attachée sans sa volonté. Mais la loi des douze tables,

à une époque où l'on devait favoriser les constructions, avait prohibé la démolition d'un édifice pour satisfaire aux réclamations du propriétaire d'une poutre (*tignum*) ou de toute autre matière faisant partie d'une construction, et avait accordé à ce propriétaire, au lieu de l'action *ad exhibendum*, l'action *de tigno juncto* (1), par laquelle il obtenait le double de la valeur de sa matière. Du reste, s'il n'avait pas intenté cette action, il pouvait, lorsque l'édifice était démoli par un événement quelconque, revendiquer ses matériaux et intenter à leur sujet l'action *ad exhibendum*.

§ XXX. Ex diverso, si quis in alieno solo sua materia domum ædificaverit, illius fit domus, cujus et solum est. Sed hoc casu materiæ dominus proprietatem ejus amittit, quia voluntate ejus alienata intellegitur, utique si non ignorabat. in alieno solo se ædificare: et ideo, licet diruta sit domus, vindicare materiam non possit. Certe illud constat, si, in possessione constituto ædificatore, soli dominus petat, domum suam esse, nec solvat pretium materiæ et mercedes fabrorum, posse eum per exceptionem doli mali repelli; utique si bonæ fidei possessor fuit, qui ædificasset: nam scienti alienum esse solum, potest culpa objici, quod temere ædificavit in eo solo, quod intellegeret alienum esse.

§ 30. En sens inverse, si quelqu'un a bâti avec ses matériaux sur le terrain d'autrui, la construction appartiendra au propriétaire du terrain. S'il a construit sur le terrain d'autrui, le sachant, il aura même perdu pour toujours la propriété des matériaux, parce qu'il est censé avoir voulu les aliéner. Par conséquent, quand même l'édifice serait démoli, il ne pourra revendiquer ses matériaux. Mais il est indubitable que, s'il possède la construction, lorsque le propriétaire du terrain viendra exercer contre lui la revendication, il pourra opposer l'exception de dol au propriétaire qui ne lui offrirait pas la valeur des matériaux et de la main d'œuvre: toutefois cette solution n'est vraie qu'autant que le constructeur était de bonne foi; car, s'il était de mauvaise foi, le propriétaire du terrain pourrait lui reprocher d'avoir construit avec témérité sur un sol qu'il savait appartenir à autrui.

---

(1) Vangerow, l. c. p. 489, pense que l'action de *tigno juncto* ne pouvait être intentée par le propriétaire des matériaux qu'autant qu'ils avaient été volés. Il fonde son opinion sur les L. 2. D. 47. 3. L. 63. D. 24. 1., et voici comment il raisonne : Quand c'est le voleur lui-même qui est possesseur de l'édifice, on donne contre lui : 1. l'action de *tigno juncto ;* 2. l'action *ad exibendum*. Cette dernière est relative à l'indemnité du *tignum ;* car il a cessé par son dol de posséder. L. 1. § 2. D. 47. 3. L. 23. § 6. D. 6. 1. Par cette action, il est donc condamné, comme possesseur, à la prestation de l'indemnité. Ce n'est donc pas à titre d'indemnité qu'il est poursuivi par l'action *de tigno juncto* ; c'est donc parce qu'il détient une chose volée. Donc aussi, lorsque l'action de *tigno juncto* est intentée contre un possesseur de bonne foi, c'est parce qu'il détient une chose volée. Ce qui fortifie cet argument, c'est que, lorsque le possesseur de mauvaise foi a satisfait à l'action *de tigno juncto*, il sera encore soumis à l'action en revendication des matériaux quand ils seront détachés, tandis qu'il n'en est pas de même à l'égard du possesseur de bonne foi. Mais notre texte ne distingue pas entre le *tignum* volé et le *tignum* non volé.

Si, au contraire, une personne a bâti avec ses matériaux sur mon sol, les constructions m'appartiendront encore, parce qu'elles sont adhérentes à mon sol, et que celui-ci est la chose principale : mon droit de possession s'étend au tout, dont maintenant les constructions font partie intégrante ; et cette partie n'étant plus l'objet d'une propriété séparée, elle est *nullius* au moment où ma possession l'atteint ; je l'acquiers par droit d'occupation. Quant aux conséquences ultérieures de cette acquisition, il faut distinguer si le constructeur est de bonne ou de mauvaise foi. Dans le premier cas : 1° il aura le droit de revendiquer les matériaux quand les constructions seront démolies ; 2° s'il est en possession et si la revendication est intentée contre lui, il aura le droit de rétention, et opposera l'exception de dol, en disant qu'on doit lui rembourser la valeur des matériaux et de la main-d'œuvre. S'il n'est pas en possession, il ne pourra intenter aucune action contre le propriétaire : pas l'action en revendication, puisqu'il n'est pas propriétaire du tout ; pas l'action *ad exhibendum* (remplacée par l'action *de tigno juncto*), puisque c'est lui qui a attaché les matériaux au sol. Il n'aura pas non plus d'autre action, jusqu'à concurrence de ce dont s'est enrichi l'autre propriétaire, parce qu'il n'y a aucun fait de celui-ci qui le soumette à une obligation, et le constructeur n'a pas entendu faire l'affaire du propriétaire, ni suivre sa foi. Dans le second cas, c'est-à-dire, si le constructeur était de mauvaise foi, notre texte décide qu'il n'aura ni le droit de rétention, s'il est possesseur, ni le droit de revendiquer ses matériaux lorsque les constructions seront démolies (1).

§ XXXI. Si Titius alienam plantam in suo solo posuerit, ipsius erit; et ex diverso, si Titius suam plantam in Mævii solo posuerit, Mævii planta erit, si modo utroque casu radices

§ 31. Si Titius a placé la plante d'autrui dans son terrain, il en sera propriétaire; à l'inverse, si Titius a placé sa plante dans le terrain d'un autre, celui-ci en sera propriétaire : on sup-

(1) D'autres textes ne concordent pas avec les Institutes. 1. d'après les L. 37. D. 6. 1. L. 5. C. 3. 32, le possesseur de mauvaise foi n'a pas le droit de rétention ; mais il a le *jus tollendi* (c'est ce qui a été admis en droit français) ; 2. d'après la L. 38. D. 5. 3, le possesseur de mauvaise foi aura le droit de se faire tenir compte de ses impenses : il n'aura pas besoin pour cela d'invoquer l'exception de dol ; ce sera le juge qui les lui allouera en vertu de ses pouvoirs ; 3. Enfin, d'après la L. 2. C. 3. 32, le constructeur de mauvaise foi a le droit de revendiquer ses matériaux lorsque les constructions sont démolies.

Quant à la L. 38. D. 5. 3, elle est spéciale à la pétition d'hérédité; elle ne doit point avoir d'application dans l'hypothèse de notre texte. En ce qui concerne le *jus tollendi* des L. 37. D. 6. 1, et L. 5. C. 3 32, cela s'explique par cette circonstance, que le possesseur de mauvaise foi n'a fait quelques constructions que pour empêcher un dommage dont était menacée la propriété (*de damno sollicito*). Enfin, le droit de revendication est refusé ici au constructeur de mauvaise foi, lorsque les constructions sont démolies, parce qu'on lui suppose l'intention positive, au moment où il bâtit, de courir les chances de son imprudence, et d'attacher ses matériaux au sol d'autrui à tout hasard, sauf à les perdre si le propriétaire vient à revendiquer, tandis que, dans la L. 2 C. 3, 32., il n'aurait pas eu cette intention. — Du reste, les principes de notre texte sont étrangers au cas où les constructions auraient été faites par un usufruitier ou un fermier.

egerit. Antequam autem radices egerit, ejus permanet, cujus et fuerat. Adeo autem, ex quo radices egerit planta, proprietas ejus commutatur, ut, si vicini arbor ita terram Titii presserit, ut in ejus fundum radices ageret, Titii effici arborem dicimus: rationem etenim non permittere, ut alterius arbor esse intellegatur, quam cujus in fundum radices egisset. Et ideo prope confinium arbor posita, si etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit.

pose, dans l'un et l'autre cas, que la plante a poussé des racines. Car, tant qu'elle n'en a pas poussé, elle continue à appartenir à son ancien propriétaire. La plante qui a poussé des racines a si bien changé de maître que, si l'arbre du voisin de Titius s'avance tellement sur le terrain de ce dernier que toutes ses racines s'y soient portées, l'arbre appartiendra à Titius; car il est rationnel que celui-là soit propriétaire de l'arbre dont le fonds est occupé par les racines. Par conséquent un arbre, placé sur la limite de deux propriétés, devient commun, si une partie de ses racines s'étendent dans le terrain du voisin.

§ XXXII. Qua ratione autem plantæ, quæ terra coalescunt, solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque, quæ sata sunt, solo cedere intelleguntur. Ceterum sicut is, qui in alieno solo ædificaverit, si ab eo dominus petat ædificium, defendi potest per exceptionem doli mali, secundum ea, quæ diximus: ita, ejusdem exceptionis auxilio, tutus esse potest is, qui in alienum fundum sua impensa bona fide conseruit.

§ 32. Par le motif que les plantes incorporées à un sol suivent le sort de ce sol, de même le blé suit le sol sur lequel il a été semé. Mais aussi, de même que celui qui construit sur le sol d'autrui, de bonne foi, peut, s'il est possesseur, se défendre contre la revendication du propriétaire par l'exception de dol, ainsi que nous l'avons dit précédemment, de même le possesseur qui a ensemencé de bonne foi, peut repousser la revendication par l'exception de dol.

*Si Titius a mis dans son terrain la plante d'autrui, ou si Titius a mis sa plante dans le terrain d'autrui, cette plante deviendra partie intégrante du terrain quand elle y aura poussé racine, parce qu'alors elle y sera adhérente, comme des matériaux le sont au sol sur lequel ils ont été convertis en construction. La plante deviendra donc, dans cette hypothèse, la chose du propriétaire du terrain, par droit d'occupation. Ce que nous disons de la plante s'applique à l'arbre planté, aux semences jetées dans un terrain auquel elles ont adhéré par la germination. Si, par conséquent, l'arbre de mon voisin a tellement avancé sur mon terrain, qu'il y soit tout entier et qu'il y ait poussé ses racines, du moins en grande partie (1), il m'appartient entièrement. Si, se trouvant sur la

(1) Si l'arbre qui a pris son essor sur mon terrain et y a conservé son tronc, a poussé des racines sur le terrain du voisin, celui-ci n'aura que l'action négatoire pour empêcher cette servitude L. 6. § 2. D. 47 7. Pour qu'il en eût la co-propriété, il faudrait que le tronc lui-même se trouvât en partie sur son terrain. Ainsi se concilie cette L. 6. avec notre texte. M. Ducaurroy entend autrement notre texte, l. c. n, 376.; il attribue, à ce sujet, une innovation à Justinien.

limite de ma propriété, il a avancé son corps en partie sur le terrain du voisin et y a poussé des racines, il appartiendra à moi et à mon voisin, en proportion de la partie du tronc qui se trouve sur chacune des propriétés (1).

Au reste, si quelqu'un a mis sa plante, ou son arbre, ou sa semence dans le terrain d'autrui, étant de bonne foi, et qu'il soit possesseur, il repoussera la revendication par l'exception de dol; il aura le droit de retenir la possession jusqu'à ce qu'on l'indemnise de sa main-d'œuvre et de la valeur de la plante, ou de l'arbre, ou de la semence. S'il n'est pas possesseur, il n'aura aucun droit, pas même celui de réclamer la plante, l'arbre ou la semence, lorsque l'une ou l'autre sera détachée du sol, attendu que les sucs du terrain en ont dénaturé la substance.

§ XXXIII. Literæ quoque, licet aureæ sint, perinde chartis membranisve cedunt, acsi solo cedere solent ea, quæ inædificantur, aut inseruntur : ideoque, si in chartis membranisve tuis carmen vel historiam vel orationem Titius scripserit, hujus corporis non Titius, sed tu dominus esse judiceris. Sed si a Titio petas, tuos libros tuasve membranas esse, nec impensam scripturæ solvere paratus sis, poterit se Titius defendere per exceptionem doli mali, utique si bona fide earum chartarum membranarumve possessionem nactus est.

§ 33. Les lettres, quoique d'or, suivent le papier ou le parchemin, comme les constructions et les semences suivent le sol. Si donc Titius a écrit un poème, une histoire ou un discours sur votre papier ou votre parchemin, ce sera vous et non Titius qui serez propriétaire du tout. Mais si vous revendiquez contre Titius possesseur, en disant que les livres ou les feuilles de parchemin sont à vous, sans lui offrir une indemnité pour son écriture, Titius pourra vous repousser par l'exception de dol, si toutefois il était possesseur de bonne foi lorsqu'il a pris possession de votre papier ou de votre parchemin.

* L'écriture, même en caractères d'or, est absorbée par la substance sur laquelle elle est tracée, parce qu'elle ne pourrait subsister par elle-même: seulement, si celui, qui a fait l'écriture sur la matière d'autrui, possède la matière de bonne foi, il répondra à la revendication par une exception de dol, pour contraindre le propriétaire à lui tenir compte de ses impenses. Il ne réclamera pas la valeur de sa composition, parce qu'il peut la recopier.

§ XXXIV. Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant, tabulam picturæ cedere; aliis videtur pictura, qualiscumque sit, tabulæ cedere. Sed

§ 34. Si quelqu'un a peint sur la planche d'autrui, quelques auteurs pensent que la planche doit suivre la peinture; d'autres, au contraire,

(1) *Pro regione cujusque prædii.* (L. 7. § 13. L. 8. pr. D. 41. 1.) Il n'y a que lorsque l'arbre est abattu ou arraché qu'il y a une vraie communauté entre les deux voisins (L. 19. pr. D. 10. 3.), parce que, tant qu'il était debout, on ne pouvait en demander le partage.

nobis videtur melius esse, tabulam picturæ cedere : ridiculum est enim, picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimæ tabulæ cedere. Unde si a domino tabulæ imaginem possidente is, qui pinxit, eam petat, nec solvat pretium tabulæ, poterit per exceptionem doli mali summoveri; at si is, qui pinxit, possideat, consequens est, ut utilis actio domino tabulæ adversus eum detur, quo casu, si non solvat impensam picturæ, poterit per exceptionem doli mali repelli, utique si bona fide possessor fuerit ille, qui picturam imposuit. Illud enim palam est, quod, sive is, qui pinxit, subripuit tabulas, sive alius, competit domino tabularum furti actio.

que la peinture, quelle qu'elle soit, suit la planche. Mais nous préférons l'opinion d'après laquelle la planche suit la peinture. En effet, il est ridicule que l'œuvre d'un Appelle ou d'un Parrhasius soit considérée comme l'accessoire d'une misérable planche. Si donc le peintre revendique son œuvre contre le propriétaire de la planche, qui soit possesseur, sans offrir la valeur de cette planche, il pourra être repoussé par l'exception de dol : mais, si c'est le peintre qui est possesseur, le propriétaire de la planche aura contre lui la revendication utile; néanmoins, s'il l'exerce sans offrir le prix de la peinture, le peintre pourra le repousser par l'exception de dol, si sa possession était de bonne foi : car, si la planche a été volée au maître par le peintre ou par tout autre, le maître aura l'action de vol.

* Il devrait en être de la peinture faite sur la planche ou la toile d'autrui comme de l'écriture : certains jurisconsultes, et Paul était du nombre (1), admettaient cette opinion, d'ailleurs fort logique; d'autres, entraînés par la prééminence d'un travail de si grand prix, considéraient la matière comme l'accessoire de la peinture; et Justinien consacra cette opinion. Mais il est présumable qu'on ne dérogeait ici aux règles de l'accession que lorsque la peinture avait une grande valeur.

Ce sera donc le peintre qui aura la revendication contre tout possesseur : si ce possesseur est le propriétaire ancien de la planche, il repoussera cette action par une exception de dol; il aura le droit de rétention jusqu'à ce que le peintre lui rembourse la valeur de sa matière. Mais si ce propriétaire ne possède pas le tableau, sera-t-il vis-à-vis du peintre possesseur comme le constructeur de bonne foi vis-à-vis du propriétaire possesseur? Non : comme ce n'est qu'extraordinairement qu'on l'a dépouillé de sa planche, par égard pour le talent de l'artiste, on lui donnera la revendication utile contre le peintre; mais il devra être prêt à payer le peintre; car le peintre le repoussera, à son tour, par une exception de dol, fondée sur ce qu'il serait inique qu'il s'enrichît d'un travail précieux : il faudra donc, s'il veut triompher de cette

(1) L. 23. § 3. D. 6. 1.

exception, qu'il paie la valeur du travail. Toutefois, il n'en sera ainsi que si le peintre ne consent pas à retenir le tout en indemnisant de la valeur de la planche celui qui en était le propriétaire. Au reste, si le peintre était de mauvaise foi, il ne serait pas devenu propriétaire; le maître de la planche aurait contre lui: 1° l'action de vol; 2° la revendication ou la condiction furtive; et en outre il ne devrait pas l'indemniser.

§ XXXV. Si quis a non domino, quem dominum esse credebat, bona fide fundum emerit, vel ex donatione, aliave qua justa causa bona fide acceperit; naturali ratione placuit, fructus, quos percepit, ejus esse pro cultura et cura. Et ideo, si postea dominus supervenerit, et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest. Ei vero, qui sciens alienum fundum possederit, non idem concessum est. Itaque cum fundo etiam fructus, licet consumpti sunt, cogitur restituere.

§ 35. Celui qui a acheté un fonds d'un non propriétaire, le croyant propriétaire, ou qui l'a reçu de lui de bonne foi par donation ou à tout autre titre translatif de propriété, fait les fruits siens, pour ses soins et sa culture. Si donc le vrai propriétaire survient et lui revendique ce fonds, il ne pourra se faire rendre les fruits consommés. La même faveur n'est pas accordée au possesseur de mauvaise foi. C'est pourquoi il devra rendre avec le fonds, même les fruits consommés.

* Le possesseur d'un fonds possède en même temps les fruits qui y sont attachés, parce qu'ils sont partie intégrante du fonds; lorsque les fruits sont détachés, soit par lui, soit par tout autre, sa possession continue sur ces fruits, d'après le principe émis plus haut, p. 219, note 7. Cette possession est ici accompagnée de l'acquisition de la propriété, le droit romain voulant que le propriétaire perde les fruits au moment où ils sont détachés, qu'ils deviennent *res nullius*, et qu'au même instant ils deviennent la propriété de celui qui les possède, c'est-à-dire, du possesseur du fonds; de telle sorte que celui-ci les acquerrait par droit d'occupation. Mais, pour cette propriété d'une part, et cette acquisition de l'autre, une condition est imposée: il faut qu'au moment de la séparation des fruits le possesseur soit de bonne foi, et qu'il soit devenu possesseur du fonds en vertu d'un titre qui, s'il était émané du vrai propriétaire, aurait eu pour but et pour résultat de lui transférer la propriété, par exemple, une donation, une vente.

Cette propriété est acquise au possesseur de bonne foi d'une manière intégrale, et non, comme semble le dire le texte, en proportion des soins qu'il a donnés à la culture: ces soins ne sont que la considération principale qui a déterminé le législateur à lui attribuer les fruits. Elle lui est acquise d'une manière complète, il n'a pas besoin de l'usucapion pour cela; seulement, lorsque le vrai propriétaire se représentera et intentera la revendication, il entrera dans l'office du juge de lui

faire restituer par le possesseur les fruits existants. (1) Quant aux fruits consommés (spécifiés ou aliénés), il ne sera tenu à aucune indemnité. Pour qu'il acquière les fruits, il faut qu'il soit de bonne foi lors de la perception de chacun d'eux, parce qu'il y a autant d'acquisitions distinctes qu'il y a de perceptions. Quant au possesseur de mauvaise foi, il n'est pas devenu propriétaire des fruits détachés : il devra donc rendre compte de tous les fruits, existants ou non, et même des fruits non perçus et qu'aurait pu percevoir le propriétaire.

* L'usufruitier fait aussi siens tous les fruits ; mais il ne suffit pas pour cela qu'ils soient détachés du fonds; il faut qu'il en soit devenu possesseur par la perception opérée par lui ou par ceux qui travaillent pour lui. En effet, il ne possédait pas le fonds (*animo domini*), il n'a jamais possédé les fruits lorsqu'ils y étaient attachés : il faut donc qu'il en prenne possession. S'ils ont été perçus par une autre personne, de

---

(1) On n'est pas encore d'accord sur la nature du droit du possesseur de bonne foi relativement aux fruits. 1. Savigny, Possession, § 22, pense qu'il n'a pas plus de droit sur les fruits que sur la chose elle-même; qu'il ne fait que continuer sur les fruits la possession qu'il avait sur eux avant la séparation; que seulement il les possède comme objet distinct, tandis qu'auparavant il les possédait, avec la chose productive, comme partie d'un tout; que, par conséquent, il peut dorénavant les usucaper par le temps requis pour les meubles, tandis qu'il lui faut un plus long temps pour l'immeuble duquel ils ont été détachés; que, s'il ne les a pas encore usucapés, lorsque le propriétaire viendra les réclamer, il ne devra pas compte de ceux qui sont consommés. 2. Unterholzner (civ. Arch. 8. p. 311.) distingue entre les fruits industriels et les fruits naturels : quant aux premiers, il en attribue la propriété irrévocablement au possesseur de bonne foi ; quant aux seconds, il n'en attribue que la possession. 3. Backe (dans son opuscule sur cette question, Berlin, 1825), et Zimmern (Rhein. Mus. 3. p. 351.) soutiennent que tous les fruits, sans distinguer entre les naturels et les industriels, dès qu'ils sont séparés de la chose principale, deviennent la propriété du possesseur de bonne foi ; mais que, lorsque la chose principale est revendiquée contre lui, il entre dans l'office du juge de faire repasser sur le revendiquant qui triomphe les fruits encore existants. Ces auteurs citent à l'appui de leur opinion *fructus suos facit*, *fructus ad eum pertinent*, des L. 25. § 1 et 2., L. 45. D. 22. 1., L. 13. D. 7. 4., L. 48. pr. D. 41. 1., L. 4. § 19. D. 41. 3., L. 48. § 2. D. 41. 1., L. 48. § 6. D. 47. 2., et surtout ces expressions énergiques : *fructus statim bonæ fidei emtoris fit, nec usucapi debet* (L. 4. § 19. D. 41. 3.), *fructus statim pleno jure sunt bonæ fidei possessoris* (L. 28. D. 22. 1.). Voici comme ces jurisconsultes raisonnent : La possession de bonne foi est déjà une propriété feinte; tant que dure cette fiction, le possesseur exerce tous les droits d'un propriétaire ; et, de la même manière que le propriétaire bonitaire devient immédiatement propriétaire quiritaire des fruits, ainsi le propriétaire fictif de l'immeuble devient immédiatement propriétaire réel des fruits détachés. D'ailleurs, disent-ils, le possesseur de bonne foi d'un esclave gagne tout le produit de cet esclave : pourquoi n'en serait-il pas de même des fruits d'une chose inanimée ?

La propriété acquise ainsi sur les fruits est irrévocable; seulement elle est transférée au propriétaire de la chose principale, lorsque le juge de la revendication en ayant imposé l'obligation au possesseur de bonne foi, celui-ci a satisfait à cette obligation (Voyez notre texte, et le § 2 *de officio judicis* ; voyez aussi L. 22. C. 3. 32.) C'est ce qui expliquerait *interim suos facit* de la L. 48. D. 41. 1. Il résulte de là que si, avant la revendication du fonds, le possesseur de bonne foi a aliéné les fruits, le tiers ne peut être recherché.

Le possseseur de bonne foi ne doit pas compte des fruits consommés : or, ils sont consommés lorsqu'ils ont été transformés par la spécification, ou lorsqu'ils ont été aliénés. (Il y a un autre principe pour la pétition d'hérédité, à cause du Sc. Jouventien.) Quant à l'usucapion des fruits par la possession de bonne foi, il ne peut en être question, puisqu'on n'usucape point sa propriété. — Comme le droit de propriété sur les fruits est étranger à l'usucapion, il est facile de s'expliquer

mauvaise foi, il aura contre elle l'action de vol (1); mais il n'aura pas la revendication, n'en ayant pas acquis la propriété. Il résulte aussi de là que si l'usufruit vient à s'éteindre avant qu'il ait perçu les fruits, ceux-ci, quoique mûrs, n'appartiendront ni à lui ni à ses héritiers (2).

Telle est l'explication du paragraphe suivant.

§ **XXXVI**. Is, ad quem ususfructus fundi pertinet, non aliter fructuum dominus efficietur, quam si eos ipse perceperit. Et ideo, licet maturis fructibus, nondum tamen perceptis, decesserit, ad heredem ejus non pertinent, sed domino proprietatis acquiruntur. (Eadem fere et de colono dicuntur.)

§ 36. L'usufruitier d'un fonds n'en acquiert les fruits qu'autant qu'il les perçoit lui-même. Si donc il meurt, les fruits étant mûrs mais non encore perçus, ceux-ci n'appartiendront pas à ses héritiers; ils appartiendront au propriétaire. (Il en faut dire à peu près autant du fermier.)

* Le fermier ne deviendra propriétaire des fruits qu'en les percevant lui-même ou par ses ouvriers, parce qu'il ne les a jamais possédés avant la séparation, n'ayant pas possédé (*animo domini*) le fonds lui-même. Sous ce rapport, il est placé sur la même ligne que l'usufruitier; mais il en diffère en ce qu'il transmet à ses héritiers le droit à son bail, et par conséquent le droit de percevoir les fruits. Et quand même le bail serait expiré, il aurait le droit de recueillir les fruits qu'il aurait omis de recueillir auparavant, parce qu'ils sont la représentation du fermage qu'il est obligé de payer.

§ **XXXVII**. In pecudum fructu etiam fetus est, sicut lac et pilus et lana: itaque agni et hædi et vituli et equuli statim naturali jure dominii sunt fructuarii. Partus vero ancillæ

§ 37. Sont compris dans les fruits d'un troupeau, non-seulement le croît des animaux, mais encore le poil et la laine : par conséquent les agneaux, les chevreaux, les veaux

---

pourquoi le possesseur de bonne foi peut faire siens les fruits d'une chose volée, non susceptible d'usucapion. (L. 48. pr. § 1. D. 41. 1. L. 4. § 19. D. 41. 3. L. 48. §§ 5 et 6. D. 47. 2.) D'un autre côté, comme cette acquisition de la propriété des fruits se fait à chaque séparation de fruits; comme il y a autant d'acquisitions particulières que de séparations de fruits; comme, en outre, cette acquisition est attachée à la bonne foi, il en résulte que le possesseur doit être de bonne foi à chaque perception.

Ce droit d'acquérir la propriété, pour le possesseur de bonne foi, s'applique aux fruits, et non aux accessions ou produits de la propriété non considérés comme fruits. C'est par ce motif qu'il ne devient pas propriétaire du part de l'esclave, par cela seul qu'il est séparé de la mère, et qu'il faut qu'il l'usucape. (L. 10. § 2. D. 41. 3. L. 48. § 3. D. 47. 2. L. 11-3. D. 6. 2.) Quant aux petits des animaux, il en acquiert la propriété par la séparation, sans être obligé d'en consacrer une partie à compléter le troupeau dont leurs mères font partie. Il en est autrement de l'usufruitier, parce qu'il doit conserver la *substantia*. C'est l'opinion de Backe et de Zimmern que nous adoptons.

(1) L'action de vol appartient à quiconque avait intérêt à ce que la chose ne fût pas volée.

(2) En outre, il ne sera dû aucune indemnité par le nu-propriétaire aux héritiers de l'usufruitier, parce que celui-ci a pris le fonds dans l'état où il se trouvait lorsque a commencé l'usufruit; il doit le rendre dans l'état où il se trouve au moment de la cessation de l'usufruit.

in fructu non est : itaque ad dominum proprietatis pertinet. Absurdum enim videbatur, hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparavit.

et les poulins appartiennent à l'usufruitier, d'après le droit naturel. Quant aux enfants d'une esclave, ils ne sont pas la propriété de l'usufruitier de celle-ci, mais du nu-propriétaire. En effet il a paru absurde de regarder comme fruit un homme à qui tous les fruits sont destinés par la nature des choses.

§ XXXVIII. Sed si gregis usumfructum quis habeat, in locum demortuorum capitum ex fetu fructuarius summittere debet (ut et Juliano visum est), et in vinearum demortuarum vel arborum locum alias debet substituere. Recte enim colere debet, et quasi bonus paterfamilias.

§ 38. Celui qui a l'usufruit d'un troupeau doit remplacer les animaux qui meurent, avec le croît, (ainsi le pensait Julien) : il doit aussi remplacer les ceps de vigne ou les arbres qui viennent à mourir : car il doit jouir en bon père de famille.

* Le croît des animaux est un fruit, de même que leur lait, leur poil et leur laine : il appartient donc à l'usufruitier qui les perçoit. Il n'en est pas de même des enfants d'une esclave, parce que tous les produits d'une chose ne sont pas des fruits; n'ont ce caractère que certains produits, d'après la destination qu'on leur a donnée. Or, l'esclave n'est pas destinée à produire des enfants à l'usufruitier, mais à procurer des avantages par son travail. Le motif donné par notre texte n'est pas sérieux; il n'est pas plus absurde qu'un homme soit la propriété de l'usufruitier que celle du nu-propriétaire.

L'usufruitier d'un troupeau ne doit jouir que de manière à ne pas détériorer le fonds soumis à son usufruit (*salva rerum substantia*); il n'a donc le droit de s'approprier le croît qu'autant que le troupeau se trouve complet; les petits, nés dans ce troupeau, sont destinés à remplacer les têtes qui viennent à mourir; ce n'est que le surplus qui est un fruit. Il en est de même des arbres d'une pépinière, des ceps d'une vigne (1).

§ XXXIX. Thesauros, quos quis in suo loco invenerit, divus Hadrianus, naturalem æquitatem secutus, ei concessit, qui invenerit. Idemque statuit, si quis in sacro aut in religioso loco fortuito casu invenerit. At si quis in alieno loco, non data ad hoc opera, sed fortuitu, invenerit, dimi-

§ 39. Adrien, suivant en cela la voix de l'équité, a accordé la propriété du trésor à celui qui le trouve dans son fonds. Il a fait la même concession à celui qui le trouve par hasard dans un fonds sacré ou religieux. Quant à celui qui le trouve dans le terrain d'autrui, sans l'y avoir

(1) L. 59. pr. D. 7. 1. L'usufruitier n'est pas obligé de remplacer ce qui a péri par force majeure.

dium domino soli concessit. Et convenienter, si quis in Cæsaris loco invenerit, dimidium inventoris, dimidium Cæsaris esse statuit. Cui conveniens est, ut, si quis in publico loco vel fiscali invenerit, dimidium ipsius esse, dimidium fisci vel civitatis.

cherché et par hasard, il en a accordé la moitié au propriétaire et la moitié à l'inventeur. En conséquence il a décidé que celui qui le trouverait dans un terrain de César en aurait la moitié, l'autre moitié appartenant à César. On doit en conclure que si le trésor est découvert dans un lieu public ou du fisc, la moitié sera à l'inventeur, l'autre moitié au fisc ou à la cité.

* On appelle trésor toute chose précieuse enfouie ou cachée à une époque tellement reculée qu'on doive la considérer comme n'ayant plus de maître. C'est donc une chose *nullius*.

** Le trésor enfoui dans la terre n'est pas incorporé au sol plus qu'une monnaie qui aurait été perdue sur la surface du sol : il n'appartient donc pas au propriétaire du sol, et il n'est pas possédé par lui. Il appartient au premier occupant, à l'inventeur : lorsqu'il le trouve dans son propre fonds, peu importe qu'il l'ait cherché ou qu'il l'ait découvert par hasard. S'il l'a trouvé dans un fonds sacré ou religieux, ou dans un fonds privé appartenant à autrui, il devient propriétaire de la moitié dans le dernier cas, et du tout dans l'hypothèse précédente, mais pourvu qu'il ne l'ait point cherché; parce qu'il serait dangereux de favoriser les fouilles dans le terrain sacré ou religieux, et les entreprises sur la propriété d'autrui. La moitié que n'obtient pas l'inventeur, lorsque le trésor a été découvert dans le fonds d'autrui, appartient à ce dernier, parce que son fonds a conservé et caché le trésor. Cette décision émane de l'empereur Adrien : Théodose et Valentinien n'accordent au maître du fonds que le quart (1). Ce qui est dit de la découverte du trésor sur le terrain d'autrui, s'applique à celui qui a été trouvé dans le terrain de l'empereur, du fisc ou d'une cité; la cité, ou le fisc, ou l'empereur en obtient la moitié.

§ **XL.** Per traditionem quoque, jure naturali, res nobis acquiruntur: nihil enim tam est conveniens naturali æquitati, quam voluntatem

§ 40. La tradition est aussi un moyen d'acquérir la propriété d'après le droit des gens. Il n'y a rien, en effet, de plus conforme à l'équité

(1) L. 2. C. Th. de Thes. Si l'inventeur a cherché le trésor à dessein dans un terrain qui ne lui appartient pas, il n'en a rien; le trésor appartiendra tout entier au maître du terrain, à l'homme privé ou à la cité. Si, dans la même hypothèse, le terrain est sacré ou religieux, le trésor appartiendra au fisc pour la totalité. Si des ouvriers, travaillant par les ordres du propriétaire qui cherche un trésor, le découvrent, il appartiendra tout entier au propriétaire; mais si, en travaillant par son ordre dans tout autre but, ils trouvent un trésor, la moitié appartiendra aux ouvriers, la moitié au propriétaire.

domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi. Et ideo, cujuscumque generis sit corporalis res, tradi potest, et a domino tradita alienatur. Itaque stipendiaria quoque et tributaria prædia eodem modo alienantur. Vocantur autem stipendiaria et tributaria prædia, quæ in provinciis sunt, inter quæ nec non et Italica prædia ex nostra constitutione nulla differentia est. Sed si quidem ex causa donationis, aut dotis, aut qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferuntur.

naturelle que de faire produire l'effet translatif de propriété à la volonté du propriétaire qui veut la faire passer à un autre. Ainsi, de quelque espèce que soit une chose corporelle, elle est aliénée par la tradition qu'en fait le propriétaire. On aliène donc de la même manière, les fonds stipendiaires et les fonds tributaires. Or on appelle stipendiaires et tributaires les fonds provinciaux; en vertu de notre constitution, il n'y a plus aucune différence entre eux et les fonds d'Italie. Si les choses corporelles sont livrées pour cause de donation, de dot ou toute autre cause semblable, la propriété en est transférée sans aucun doute.

## II. De la tradition.

* On entend par *tradition* la transmission de la possession d'une personne à une autre par l'effet de leur volonté. Pour que cette transmission s'opère, il faut, d'une part, perte de l'*animus* et du *corpus*, d'autre part, acquisition de l'*animus* et du *corpus*, et, en outre, volonté des deux parties : pour l'une, que la possession soit acquise à l'autre, pour cette dernière, qu'elle la reçoive de celle qui la perd (1). En ceci la tradition diffère du cas où, la possession étant *derelicta*, et la chose devenant vide de possession, un autre s'en empare comme d'une chose abandonnée.

** Si je fais la tradition d'une chose dont je ne suis pas propriétaire, je ne transfère que la possession; si au contraire j'en suis pro-

(1) S'il y a erreur dans la tradition, elle n'empêche la translation de propriété qu'autant qu'elle a trait à l'*animus dominii transferendi*, ou à l'*animus dominii acquirendi* : par exemple, s'il y a erreur sur l'identité de l'objet (L. 34. pr. D. 41. 1 L. 2. § 6. D. 41. 4.), ou lorsqu'il y a erreur sur la propriété elle-même, comme lorsque mon procureur livre sa chose la croyant mienne (L. 35. D. 41. 1. L. 3. § 2. D. 18. 1.). Mais lorsque mon procureur a livré sa chose sur mon mandat, et moi le sachant ainsi que lui, s'il veut revendiquer, le possesseur lui opposera l'exception de dol. (L. 49. D. 17. 1.)—Si l'erreur ne tombe que sur la personne qui doit recevoir la chose, la tradition ne manquera son effet qu'autant que cette personne aura été de mauvaise foi et aura commis un vol. Peu importe aussi que l'un entende livrer pour telle cause (à titre de donation), et l'autre recevoir pour une autre cause (à titre de vente); il suffit que ces deux causes tendent toutes deux à la translation de propriété. (L. 36. D. 41. 1.) Il est vrai que la L. 18. D. 12. 1. semble dire le contraire; mais il n'y a pas antinomie entre ces deux lois. Dans la première, il y avait donation par pacte antérieur à la tradition des deniers : j'ai voulu l'exécuter, et vous avez cru que je voulais vous faire un prêt; dans la seconde, j'ai voulu vous faire une donation au moment de la tradition, vous avez cru que je voulais vous faire un prêt. Dans le premier cas, il y a eu concours des deux volontés pour la donation; dans le second cas, il n'y a eu aucun concours de volontés. Voyez d'autres explications de cette antinomie dans Vinnius, sel. quæst. II. 33. Averan., interpr. I. 17. Huber, disgress. P. II. lib. c. 6. d'Orville, ad L. 36. de adq. rer. dom. et leg. 18. de R. C. dans le trésor d'Oelrich, vol. 1. p. 3. n. 27. Glück, VIII. p. 113. et Vangerow, l. c. p. 502.

priétaire et que je fasse la tradition avec l'intention de transférer la propriété, la tradition opère à la fois la translation de propriété et la translation de possession. Toutefois, je ne puis transférer la propriété quiritaire de ma chose, par la tradition, qu'autant qu'elle est *nec mancipi*: la tradition de ma chose *mancipi* ne transférerait que la propriété bonitaire. Les provinces se divisaient en provinces tributaires, c'est-à-dire attribuées à l'empereur pour sa liste civile, et en provinces stipendiaires, c'est-à-dire, appartenant à l'état et destinées à l'entretien des armées. Les immeubles des provinces étaient *nec mancipi*; mais ceux qui les possédaient ne pouvaient en transférer la propriété, même par la tradition, parce qu'ils n'en étaient pas propriétaires; ils n'en étaient que possesseurs.

Lorsqu' une chose *nec mancipi* était livrée par le propriétaire à quelqu'un, celui-ci en devenait propriétaire quiritaire. Lorsqu'une chose *mancipi* était transférée à quelqu'un par la mancipation, il en devenait propriétaire quiritaire. De sorte que la division des choses en *mancipi* et *nec mancipi* n'a aucun rapport avec la division de la propriété en quiritaire et bonitaire. La division des choses en *mancipi* et *nec mancipi* n'est relative qu'au mode d'acquérir par la mancipation. Ce dernier mode, essentiellement du droit civil, ne pouvait s'appliquer qu'aux choses *mancipi*, et il ne s'y appliquait qu'à la place de la tradition, qui n'aurait pu produire le même résultat.

Du reste, quand une chose *mancipi* avait été mancipée par le propriétaire, elle devenait la propriété quiritaire de l'acquéreur; mais elle n'était pas encore en sa possession (1): il fallait, pour atteindre ce dernier résultat, une tradition.

Sous Justinien, la division des choses en *mancipi* et *nec mancipi* avait disparu (2); d'un autre côté, les provinces étaient mises sur la même ligne que l'Italie: les sols provinciaux pouvaient, comme les sols d'Italie, être acquis quant à la propriété. Voilà pour quel motif notre texte porte que la tradition transférait la propriété même des sols stipendiaires ou tributaires.

La tradition étant une transmission de la possession, et celle-ci ne s'appliquant qu'aux choses corporelles, il est clair que la propriété des choses corporelles seulement pouvait être transférée par la tradition.

§ XLI. Venditæ vero et traditæ, non aliter emptori acquiruntur, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit,

§ 41. Les choses vendues et livrées ne deviennent cependant la propriété de l'acheteur qu'autant qu'il en a payé le prix ou qu'il a satisfait le

(1) Gaius, II. 204. IV. 131. frag. Vat., § 313.
(2) Raison de plus pour ne pas la faire figurer dans la division des choses.

veluti expromissore aut pignore dato. Quod cavetur quidem etiam ex lege duodecim tabularum, tamen recte dicitur, et jure gentium, id est jure naturali, id effici. Sed si is, qui vendidit, fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est, statim rem emptoris fieri.

vendeur de toute autre manière, si, par exemple, sans payer, il a fourni une caution ou un gage. Cette disposition est formellement exprimée par la loi des Douze Tables; mais cela n'empêche pas qu'elle n'ait été dictée par le droit des gens, c'est-à-dire, le droit naturel. Si le vendeur a suivi la foi de l'acheteur, on doit encore décider que celui-ci est devenu propriétaire du moment de la tradition.

* Les choses, vendues et même livrées par le propriétaire dans le but de les aliéner, ne deviennent pas toujours la propriété de l'acheteur immédiatement après la tradition; elles ne le deviennent pas lorsqu'elles ont été vendues sans terme. Dans ce cas, l'effet de la tradition est suspendu jusqu'au paiement; mais cet effet est produit soit par le paiement, soit par une garantie venant dissiper toute crainte aux yeux du vendeur. Cette condition d'aliénation, quoique proclamée par la loi des Douze Tables, est conforme au droit des gens; car, rien de plus naturel que l'aliénation par la volonté du propriétaire au moyen de la tradition: or, dans ce cas, cette volonté subordonne l'aliénation au paiement du prix(1). Toutefois, si le vendeur a suivi la foi de l'acheteur, la tradition opère immédiatement la translation de propriété, parce que, en suivant cette foi, il se complait dans la solvabilité de l'acheteur, il se regarde comme certain du paiement, il ne suspend point les effets de la tradition. Or, il suit sa foi lorsqu'il lui accorde un terme.

§ XLII. Nihil autem interest, utrum ipse dominus tradat alicui rem, an voluntate ejus alius.

§ 42. Peu importe que la tradition soit faite par le propriétaire lui-même, ou par un autre d'après sa volonté.

§ XLIII. Qua ratione, si cui libera universorum negotiorum administratio a domino permissa fuerit, isque ex his negotiis rem vendiderit et tradiderit, facit eam accipientis.

§ 43. C'est pourquoi si celui, à qui le maître a confié l'administration libre de tous ses biens, vend un objet compris dans ceux qu'il administre, et le livre, il en rend l'acquéreur propriétaire.

* Pour qu'il y ait tradition, il faut qu'il y ait perte de l'*animus* et du

(1) Il arrive souvent qu'au contrat de vente on ajoute un pacte *reservati dominii*. L'effet de ce pacte ne peut être que de subordonner l'aliénation à une condition suspensive ou à une condition résolutoire. Mais laquelle des deux doit être supposée lorsque le pacte ne s'exprime pas à ce sujet? On doit supposer que le vendeur a voulu conserver la propriété jusqu'au paiement, que, par conséquent, l'aliénation est suspendue par une condition. Le pacte *reservati dominii* diffère du pacte commissoire, en ce que ce dernier comprend nécessairement un terme fixe après lequel la propriété doit revenir au vendeur. Si le vendeur s'est réservé expressément la propriété sous condition résolutoire, cette clause *reservati dominii* se confondra avec le pacte commissoire.

*corpus* d'un côté, et acquisition de l'un et de l'autre du côté de l'acquéreur : or, par la vente, il y a perte de l'*animus* pour le vendeur et acquisition de l'*animus* pour l'acheteur. Il ne reste donc plus qu'à déplacer le *corpus* : or, de même qu'on peut acquérir par autrui le *corpus*, de même on peut le transférer à l'acquéreur par autrui. A plus forte raison ce déplacement du *corpus* peut-il être réalisé par une personne à qui nous avons confié la libre administration de nos biens.

Nous supposons ici que c'est le propriétaire qui a consenti la vente, et que la tradition est faite par un libre administrateur ; mais le § 32 ajoute que, si c'est mon administrateur libre qui vend et livre ma chose, elle sera aliénée. En effet, le libre administrateur, s'il vend, n'est pour ainsi dire que l'instrument de moi propriétaire : je perds l'*animus* aussi bien que si j'avais vendu moi-même (1) ; ce sera la tradition qui transférera la propriété, parce qu'elle est faite par ma volonté.

§ XLIV. Interdum etiam, sine traditione, nuda voluntas sufficit domini ad rem transferendam, veluti, si rem, quam tibi aliquis commodavit aut locavit aut apud te deposuit, vendiderit tibi aut donaverit. Quamvis enim ex ea causa tibi eam non tradiderit, eo tamen ipso, quod patitur tuam esse, statim acquiritur tibi proprietas, perinde acsi eo nomine tradita fuisset.

§ 44. Quelquefois la seule volonté du maître, sans tradition, suffit pour la translation de la propriété : par exemple, si quelqu'un vous vend ou vous donne un objet qui est déjà dans vos mains, à titre de commodat, de louage ou de dépôt, quoiqu'il ne vous l'ait pas livré pour le motif de la vente ou de la donation, vous en devenez propriétaire par cela seul qu'il permet que cet objet soit vôtre, comme s'il vous en avait fait une tradition nouvelle.

* Quand j'ai prêté, ou loué, ou déposé une chose, la personne qui

---

(1) Modestinus n'est pas de l'avis que l'administrateur général ait le droit d'aliéner (L. 63. D. 41. 1.) ; il veut, pour toute aliénation, un mandat spécial, excepté lorsqu'il s'agit des fruits ou d'autres choses sujettes à détérioration. Notre texte semble n'accorder le droit d'aliéner qu'à l'administrateur général ayant les pouvoirs les plus étendus, appelé alors administrateur libre. Enfin, Vinnius (§ 1. h. t. selectæ quæst. I. c. 9.) pense que tout administrateur a le droit d'aliéner lorsque les circonstances l'exigent. Mais, quelle que soit l'opinion que l'on adopte, il est certain que le propriétaire ne peut perdre l'*animus* que par lui-même : il le perd lorsqu'il donne un mandat spécial pour l'aliénation ; il le perd encore lorsque, la tradition ayant été faite sans sa volonté, il y consent après coup. Notre texte semble, en effet, n'avoir trait qu'à la perte du *corpus* par autrui.

Qu'arriverait-il si, dans le cas contraire, voulant acquérir la possession par autrui, et le vendeur voulant me la faire acquérir par mon représentant, celui-ci a l'intention d'acquérir pour lui-même ? Certainement il ne fait rien pour lui-même ; car, pour profiter de la tradition, il faut que celui qui perd la possession veuille la perdre en faveur de celui qui doit en profiter. C'est ce que porte formellement la L. 13. D. 39. 5 ; c'est dans le même sens qu'on doit entendre la L. 37. § 6. D. 41. 1., où les mots *nihil agetur* signifient qu'il n'y aura rien de fait pour le représentant. S'il ne fait rien pour lui-même, il fait quelque chose pour le représenté, parce que le *corpus* est indépendant de l'*animus*, et que l'*animus* doit émaner du représenté, peu importe l'intention du représentant. De même, si je livre une chose au représentant de Titius pour celui-ci, et s'il entend acquérir pour Gaius, Titius aura acquis la possession.

la détient possède pour moi : le rapport qui résulte de l'un de ces contrats entre nous l'empêche de posséder *animo domini ;* et par suite de ce rapport, je puis exercer sur cette chose une puissance exclusive. Je possède donc par cette personne le *corpus* lui-même. Que faut-il pour que la puissance exclusive passe de moi au commodataire, ou au locataire, ou au dépositaire, en un mot, pour qu'il y ait tradition ? Il faut que ce rapport cesse, que le détenteur possède *animo domini*, et que moi je ne conserve plus l'*animus domini*. Or, ce double résultat est atteint quand je lui ai vendu ou donné cette même chose : c'est donc inexactement que notre texte présente les mots *sine traditione*.

Réciproquement, si je vous vends la chose que je possède, et si, au lieu de vous en faire la délivrance matérielle, je la conserve à titre de locataire, il y a tradition (*constitutum possessorium*). En effet, l'*animus domini* est acquis à l'acquéreur, il est perdu pour moi, et je ne fais que détenir le *corpus*, l'acquéreur le possède par moi ; au moyen du rapport établi entre nous par le contrat de louage, il a la puissance exclusive sur la chose vendue, et je n'en ai plus aucune.

§ XLV. Item, si quis merces in horreo depositas vendiderit, simulatque claves horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptorem.

§ 45. De même, celui qui a vendu des marchandises renfermées dans un grenier, en transfert la propriété à l'acheteur aussitôt qu'il a remis à celui-ci les clefs du grenier.

* Si je vends des marchandises renfermées dans mon grenier, dès que j'aurai mis l'acheteur dans de tels rapports avec ces marchandises, qu'il puisse exercer sur elles une puissance exclusive, il en aura acquis la possession et je l'aurai perdue. Il y a là tous les caractères de la tradition proprement dite (1). Or, je l'aurai placé dans cette position, à l'égard des marchandises, dès que je lui aurai remis les clefs du grenier qui les renferme, sur les lieux mêmes, et près de la porte du grenier (2).

§ XLVI. Hoc amplius, interdum et in incertam personam collocata voluntas domini tranfert rei proprietatem : ut ecce prætores vel consules, qui missilia jactant in vulgus, ignorant, quid eorum quisque exceptu-rus sit ; et tamen, quia volunt, quod quisque exceperit, ejus esse, statim eum dominum efficiunt.

§ 46. De plus, il arrive quelquefois que la propriété soit transférée par la tradition à une personne non déterminée dans la volonté du propriétaire : ainsi les préteurs ou les consuls, qui font jeter des pièces de monnaie à la foule, ignorent quel est celui qui les reçoit ; et cependant, comme ils veulent en transférer la propriété, quiconque reçoit de ces pièces en devient aussitôt propriétaire.

---

(1) Ce n'est donc pas une tradition symbolique.

(2) L. 74. D. 18. 1. *Clavibus traditis, ita mercium in horreis conditarum traditio videtur, si claves apud horrea traditæ sint.*

* Pour qu'il y ait tradition et qu'elle transfère la propriété d'une chose, il suffit que le maître perde la possession dans la vue de la faire acquérir à celui qui s'emparera de cette chose; il n'est pas nécessaire que la personne qui doit s'en emparer soit connue du propriétaire, ni même déterminée. Lorsque les préteurs ou les consuls, voulant faire des largesses au peuple, lui faisaient jeter des objets de plus ou moins de valeur, quiconque pouvait s'en saisir en devenait aussitôt propriétaire.

§ XLVII. Qua ratione verius esse videtur, ut, si rem pro derelicto a domino habitam occupaverit quis, statim eum dominum effici. Pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abjecerit, ut id rerum suarum esse nollet, ideoque statim dominus esse desiit.

§ 47. Par la même raison il faut décider que celui qui s'est emparé d'une chose abandonnée par son maître, en devient aussitôt propriétaire. Or, on regarde comme chose abandonnée celle que le maître a jetée dans l'intention d'en perdre la propriété : d'où résulte pour lui la perte de la propriété.

§ XLVIII. Alia causa est earum rerum, quæ in tempestate maris, levandæ navis causa, ejiciuntur. Hæ enim dominorum permanent, quia palam est, eas non eo animo ejici, quo quis eas habere non vult, sed quo magis cum ipsa navi periculum maris effugiat : qua de causa si quis eas fluctibus expulsas, vel etiam in ipso mari nactus, lucrandi animo abstulerit, furtum committit. Nec longe discedere videntur ab his, quæ de rheda currente, non intellegentibus dominis, cadunt.

§ 48. Il en est autrement des choses qui, dans une tempête, sont jetées à la mer pour alléger le vaisseau : elles continuent d'appartenir à leur maître, parce qu'il est évident qu'il ne les a pas jetées pour en perdre la propriété, mais seulement afin d'échapper au danger qui menace lui et le navire. Celui donc, qui trouve ces choses lorsque les flots les ont apportées sur le rivage, ou au milieu de la mer, et qui s'en empare pour se les approprier, commet un vol. Ces objets jetés à la mer ont, en effet, une grande analogie avec ceux qui tombent d'un char à l'insu du maître.

** La chose abandonnée par son maître, sans intention d'en faire passer la propriété à un autre, est *derelicta ;* elle devient *nullius* et appartient à celui qui s'en empare par droit d'occupation. Ici, le propriétaire perd l'*animus* et le *corpus*, la possession, et, en outre, la propriété. Celui qui s'en empare ne l'acquiert pas en conséquence de la volonté de l'ancien propriétaire ; il en devient possesseur, et la possession le rend propriétaire, parce qu'elle est *nullius*.

*** Il est certain qu'il en est autrement d'un objet que son propriétaire jette à la mer pour alléger le vaisseau et sauver son existence avec le

navire qui le porte : ici, il n'entend pas perdre la propriété ; il ne perd que la possession. Celui qui s'en saisit pour s'en enrichir commet un vol, parce qu'il sait fort bien qu'un tel objet n'a point été abandonné aux vagues avec l'intention d'en perdre la propriété. Il en est *à peu près* de même d'une chose tombée d'un char par mégarde et à cause de la rapidité de la course ; *à peu près*, parce que celui qui la trouve peut douter qu'elle ait été perdue ou abandonnée ; il peut s'en emparer sans dol ; ce qui n'est pas possible pour les objets trouvés en mer ou poussés sur le rivage par les flots.

## TITULUS II.

### DE REBUS INCORPORALIBUS.

Pr. Quædam præterea res corporales sunt ; quædam incorporales.

## TITRE II.

### DES CHOSES INCORPORELLES.

Pr. En outre, certaines choses sont corporelles ; les autres sont incorporelles.

Les rédacteurs des Institutes, voulant arriver aux servitudes prédiales et personnelles, sont amenés à consacrer un titre à la division des choses en *corporelles* et *incorporelles*.

§ I. Corporales hæ sunt, quæ sui natura tangi possunt : veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, et denique aliæ res innumerabiles.

§ 1. Sont corporelles les choses qui sont de nature à pouvoir être touchées, comme un fonds, un homme, un vêtement, de l'or, de l'argent, et d'autres choses semblables qu'il serait trop long d'énumérer.

* On entend par choses corporelles celles qui, par leur nature, tombent sous l'un de nos sens : le tact étant le principal, celui-là seul est indiqué par l'expression *tangi*. Ainsi, un fonds de terre, un homme, un vêtement, l'or, l'argent, sont des choses corporelles.

§. II. Incorporales autem sunt, quæ tangi non possunt. Qualia sunt ea, quæ in jure consistunt : sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractæ. Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur : nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia ; nam ipsum jus hereditatis,

§ 2. Sont incorporelles les choses qui ne peuvent être touchées. Ainsi sont incorporelles les choses qui consistent en un droit ; par exemple, une hérédité, un usufruit, les obligations de quelque manière qu'elles aient été contractées. Peu importe qu'une hérédité comprenne des choses corporelles ; car sont aussi corporels les fruits que perçoit l'usufruitier ; de même aussi, le plus souvent, les objets des obligations sont corpo-

et ipsum jus utendi fruendi, et ipsum jus obligationis, incorporale est.

rels, comme un fonds, un esclave, une somme d'argent; et cependant le droit d'hérédité, le droit d'usufruit et le droit résultant d'une obligation sont incorporels.

§ III. Eòdem numero sunt jura prædiorum urbanorum et rusticorum, quæ etiam servitutes vocantur.

§ 3. Sont également incorporels les droits que l'on a sur des fonds urbains ou ruraux, et que l'on appelle aussi servitudes.

On appelle choses incorporelles celles qui ne tombent pas sous l'un de nos sens, celles qui n'existent qu'en abstraction dans notre patrimoine, par le seul effet de l'intelligence humaine. Elles prennent le nom de *droits*.

La propriété d'une chose corporelle est consacrée par le droit dans l'intérêt de la société. Cette consécration se manifeste par des garanties : le propriétaire peut revendiquer sa chose envers et contre tous, parce que la reconnaissance de son rapport avec la chose importe à la tranquillité publique, quand même il ne la posséderait plus. Cette revendication est un *droit*, un moyen juridique de faire reconnaître sa propriété; mais ce droit de propriété, dans l'origine surtout, n'a pas été abstrait de la chose corporelle qui en est l'objet; le droit de propriété n'a pu bien se détacher alors de la chose elle-même. Aussi, dans la revendication, on n'a pas prétendu au droit, mais à la chose; on a dit : *Hæc res mea est*, ou bien : *Si paret rem Titii esse.*

Lorsque, au contraire, on s'est occupé du droit à une hérédité, à une universalité juridique, on était arrivé aux habitudes philosophiques, à l'abstraction; ce droit était nécessairement distinct de la propriété de chacun des objets composant l'hérédité. En revendiquant l'hérédité, on a dit : *Aio meum esse jus hereditatis, si paret jus hereditatis Titii esse.* Le droit à une hérédité a donc été traité, dans la pratique, comme une chose incorporelle, quoique dans l'hérédité fussent comprises des choses corporelles.

* La propriété, sur la tête du propriétaire, a été considérée comme pouvant : 1° servir à son usage personnel (*usus*); 2° lui procurer la jouissance, le *fructus* de la chose; 3° lui donner le droit de transformer la substance, et même de la consommer à son gré. Ces trois avantages différents de la propriété ont été individualisés par l'intelligence : on a laissé au propriétaire le droit de transformer la substance, comme étant, au moins ordinairement, inséparable du droit de propriété. Les autres avantages ont été abstraits, on en a fait des droits qui pouvaient compéter à d'autres qu'au propriétaire; on les a appelés *usus* et *usufructus*. Ces deux droits s'appellent *réels*, parce qu'ils sont des avan-

tages de la propriété, et, comme la chose elle-même, garantis envers et contre tous; *servitudes*, parce qu'ils imposent à la chose un assujettissement; *servitudes personnelles*, parce que cet assujettissement de la chose n'est établi qu'en faveur d'une personne, et ne peut avoir une durée plus longue que celle de la vie de cette personne.

* De même que l'on a conçu des abstractions de la propriété en faveur des personnes, de même on a conçu qu'une propriété pouvait être assujettie à une propriété appartenant à autrui; on a donc admis qu'une propriété pouvait être restreinte quant à son maître, et que ce qu'elle perdait par cette restriction pouvait être à l'avantage d'une autre propriété. Cette restriction d'une part, cette augmentation d'avantages d'autre part, constituent ce que l'on appelle les *servitudes réelles* ou *prédiales*, qui prennent plus spécialement le nom de servitudes.

Les choses incorporelles, dont nous venons de parler, sont des *droits réels* pour celui qui en profite ou la chose qui en est enrichie, des *servitudes* pour les choses qui en sont grevées.

** Mais il peut y avoir des assujettissements de personnes à personnes, ou plutôt des rapports de dépendance, qui donnent à l'un des droits sur l'autre, sans que ces droits soient réels (1). Ces droits s'appellent *personnels*, résultent d'une obligation, constituent une créance d'un côté, un lien de droit de l'autre côté.

Il y a donc deux sortes de choses incorporelles : 1° les *jura in re*; 2° les obligations. Il sera parlé de ces dernières depuis le titre 13 du livre III^e^ jusqu'au titre 6 du livre IV^e^.

## *Questions sur la division des choses, et sur les modes d'acquérir du droit des gens.*

*Qu'est-ce qu'une chose? pag.* 205 *. — *Comment les choses se divisent-elles?* 205 **. — *Qu'entend-on par chose nullius?* 205 ***. — *Qu'entend-on par choses dans notre patrimoine?* 206 *. — *Par choses corporelles ou incorporelles?* 206 **. — *Comment se subdivisent les choses* nullius? 205 I°. — *Qu'entend-on par choses communes?* 211 *. — *Par choses publiques?* 212 *. — *Par choses* universitatis? 212 **. — *Par choses* divini juris? 212 ***. — *Qu'est-ce qu'une chose sacrée?* 212 ****. — *Une chose religieuse?* 212 *****. — *Une chose sainte?* 213 *. — *Quels sont les modes d'acquérir du droit des gens?* 216 2°. — *Qu'est-ce que l'occupation?* 216 *. — *De quels animaux devient-on propriétaire par l'occupation?* 222 *. — *Le chasseur qui a blessé un gibier en est-il propriétaire? le possède-t-il?* 223 *. — Quid *des abeilles?* 224 *. — Quid *des paons et des pigeons?* 224 **. — Quid *des choses appar-*

(1) Un homme peut être la propriété d'un autre, soumis à son usufruit ou à son usage : par exemple, un esclave; mais alors l'homme est considéré comme une chose.

*tenant aux ennemis?* 225 *. — Quid *des petits d'un animal?* 226 *. — *Qu'est-ce que l'alluvion?* 227 *. — *D'après quel principe l'alluvion est-elle acquise?* 227 **. — *Le même principe s'appliquerait-il à un terrain reconnaissable, apporté par les eaux contre une rive?* 228 *. — *A qui appartient l'île née dans la mer?* 229 * — *A qui, l'île née dans un fleuve?* 229 **. — Quid *de l'île formée par un fleuve qui a entouré un terrain en se divisant en deux branches?* 230 * — Quid *des terrains couverts par une inondation?* 230 **. — *A qui appartient une chose nouvelle faite avec la matière d'autrui?* 231 *. — *A qui appartient la pourpre d'autrui employée pour faire des broderies à votre habit?* 233 *. — *Qu'est-ce que la confusion? et quel en est le résultat?* 235 *. — *Même question pour le mélange?* 235 **. — *A qui appartiennent les constructions que vous avez faites sur votre sol avec les matériaux d'autrui?* 236 *. — Quid *si une personne a bâti avec ses matériaux sur mon sol?* 238 *. — Quid *de la plante d'autrui mise dans mon terrain, ou à l'inverse?* 239 *. — Quid *de l'écriture tracée sur le parchemin d'autrui?* 240 *. — Quid *de la peinture?* 241 *. — Quid *des fruits?* 242 *, 243 * et 244 *. — *Quels sont les droits de l'usufruitier sur un troupeau?* 245 *. — Quid *du trésor?* 246 * et **. — *Qu'est-ce que la tradition? et que faut-il pour qu'il y ait tradition?* 247 * et **. — *Quand les choses vendues deviennent-elles la propriété de l'acheteur?* 249 *. — *Peut-on faire la tradition d'une chose qui était déjà aux mains de l'acheteur avant la vente?* 250 *. — Quid *des marchandises renfermées dans un grenier dont les clefs sont remises à l'acheteur?* 251 *. — *Peut-on livrer à des personnes incertaines?* 252 *. — Quid *de la chose abandonnée?* 252 **. — Quid *de la chose jetée à la mer pour alléger un vaisseau?* 252 ***. — *De combien d'éléments se compose la propriété?* 254 *. — *Que sont les droits réels?* 255 *, — *Que sont les droits personnels?* 255 **.

## TITULUS III.

## TITRE III.

### DE SERVITUTIBUS.

### DES SERVITUDES.

* Une servitude, en général, est un droit réel établi, dans l'intérêt exclusif d'une personne ou d'un immeuble déterminé (1), sur la chose d'autrui, et qui donne des avantages attachés à la propriété. Cette définition s'applique aux servitudes personnelles et aux servitudes prédiales (2).

---

(1) L'intérêt exclusif d'une personne ou d'un immeuble déterminé distingue la servitude des droits de superficie, d'emphytéose et d'hypothèque ; car ceux-ci ne sont pas établis 1. dans l'intérêt d'un immeuble, ni 2. dans l'intérêt exclusif d'une personne, puisqu'ils sont transmissibles. — Tout droit réel consiste à ne pas faire, à souffrir, de la part de celui au détriment duquel il est exercé; mais là n'est pas le caractère spécial des servitudes.

(2) Les servitudes prédiales donnent des avantages sur la propriété d'autrui; mais elles ne sont pas toujours un démembrement de cette propriété : il n'y a démembrement proprement dit que dans les servitudes urbaines ( L. 5. § 9. D. 39. 1.) ; car les servitudes rurales consistent plutôt dans une restriction aux droits du propriétaire servant, que dans la diminution de sa propriété. Duroi ( civ.

Divers principes signalent le caractère des servitudes en général. 1° Une servitude ne peut consister à faire, de la part du propriétaire servant, *servitus in faciendo consistere nequit.* (L. 6. § 2., L. 8. pr. 2. D. 8. 5.) En effet, il est de la nature de toutes les servitudes de restreindre seulement les droits du propriétaire servant, ou de démembrer sa propriété : or, les droits du propriétaire consistent à faire quelque chose sur sa propriété, ou à empêcher autrui de produire des actes relatifs à cette propriété; on ne peut donc que lui lier les mains en obtenant une servitude sur son fonds (1). 2° De cette idée suit cet autre corollaire, qu'un propriétaire ne peut avoir une servitude sur l'une de ses propriétés, soit pour lui personnellement, soit pour une autre de ses propriétés. De là cette règle : *Nemini res sua servit.*

3° La servitude étant un droit réel établi dans l'intérêt exclusif d'une personne, ou d'un immeuble déterminé, il en résulte cette troisième règle : *Servitus servituti esse non potest* (2). En effet, la servitude personnelle n'est pas transmissible à une autre personne, ni la servitude prédiale à un autre fonds dominant : or, ce serait la transmettre, que de conférer à une autre personne une servitude sur l'usufruit (3), ou à un autre fonds, une servitude sur une servitude prédiale.

4° La quatrième règle, concernant les servitudes en général, est qu'elles procurent un avantage, au moins d'agrément (4).

Ce qui précède s'applique aux servitudes en général. Il nous reste à déterminer les règles spéciales qui concernent les servitudes prédiales, avant d'aborder l'explication de notre titre.

Une servitude prédiale étant un droit appartenant à un fonds sur

---

Arch. VI. p. 278.) a été tellement loin dans le système de ceux qui regardent toutes les servitudes comme des démembrements de la propriété d'autrui, qu'il soutient que la servitude elle-même est plutôt l'objet d'un droit qu'un droit. Pour lui, la servitude est une propriété à part, traitée comme la propriété même, objet de la revendication. Mais il est évident que, chez les Romains, la servitude était définie *un droit* (*jus alienis rebus... jus in corpore.* L. 1. L, 2. D. 7. 1.); or, un droit, qui ne serait que l'objet d'un droit, serait un non-sens.

(1) Pour qu'une servitude pût soumettre le propriétaire servant à faire, il faudrait que la propriété pleine et entière lui conférât le droit de ne pas faire. A la vérité, il peut ne pas habiter sa maison; mais alors il laisse plutôt sommeiller son droit de jouir qu'il ne l'exerce. D'ailleurs, l'usufruitier a aussi la faculté de ne pas jouir.

(2) L. 1. D. 33. 2. L. 33. § 1 D. 8. 3.

(3) A cette idée se rattache la décision de la L. 15. *in fine.* D. 7. 1., qui porte que le nu-propriétaire ne peut, même du consentement de l'usufruitier, consentir une servitude qui nuirait aux droits de ce dernier. En effet, d'une part, l'usufruitier ne peut concéder une servitude sur son droit; d'autre part, le nu-propriétaire ne peut restreindre le droit d'usufruit qu'il a aliéné.

(4) Cette règle se trouve contrariée par la L. 19. D. 8. 1., où Labéon semble dire qu'on peut acquérir une servitude d'aqueduc, quoiqu'elle soit inutile; mais cette contradiction n'est qu'apparente. Cette loi tend seulement à dire que la servitude est inutile au propriétaire actuel : or, il suffit qu'une servitude prédiale puisse présenter un avantage au fonds dominant dans l'avenir. Aussi le jurisconsulte parle-t-il d'une servitude réservée par le vendeur, et non d'une servitude constituée, parce qu'il est peu croyable qu'on acquière une servitude, hors du cas de réserve, qui ne doive procurer d'avantages que lorsque l'acquéreur n'existera plus.

un autre fonds, ce droit est exercé par le propriétaire; mais cet exercice n'est pas attaché à sa personne, il l'est seulement à sa qualité de propriétaire : de telle sorte qu'il n'est pas nécessaire qu'il puisse lui-même tirer un avantage de la servitude; il suffit que cet avantage soit possible dans les mains d'un autre (1). Réciproquement, un avantage stipulé sur la propriété d'autrui, obtenu principalement pour la personne du stipulant, et accessoirement pour un fonds, n'est pas une servitude prédiale (2).

De là suivent les conséquences suivantes :

1° L'étendue d'une servitude prédiale ne peut excéder les besoins du fonds dominant (3);

2° Les deux fonds, entre lesquels est établi un rapport de servitude, doivent être voisins l'un de l'autre; mais dans ce sens seulement qu'elle puisse procurer un avantage au fonds dominant sur le fonds servant. Ainsi, ma maison étant séparée de la vôtre par d'autres maisons, je puis acquérir contre vous la servitude *altius non tollendi*, si les maisons intermédiaires sont peu élevées (4). Je puis également acquérir une servitude de passage à travers votre terrain pour un fonds séparé du vôtre par un champ appartenant à un tiers, si j'ai le droit de passer par ce dernier (5), ou si ce droit ne m'est pas refusé. Si les deux fonds sont séparés par un fleuve ou un chemin public, l'un peut avoir sur l'autre une servitude *faciendi* ou *prohibendi*; quant à la servitude *habendi*, elle n'est possible que de l'agrément de l'autorité publique (6);

3° La cause de la servitude ne doit pas être passagère, mais avoir un caractère de perpétuité; car, sans cela, tout possesseur du fonds dominant ne pourrait pas se promettre un avantage de la servitude. De là se tire la conséquence qu'il n'y a pas de servitude là où l'avantage à retirer d'un fonds ne peut être que passager par la raison que ce fonds serait facilement épuisé. C'est pour ce motif qu'on ne peut acquérir une servitude d'aqueduc dans un lac ou un étang (7);

4° La servitude ne peut être établie ni à temps, ni jusqu'à l'accomplissement d'une condition (*usque ad tempus, neque ad certam conditionem*). En effet, la servitude, d'après sa nature, ne doit pas présenter

---

(1) L. 19. D. 8. 1.
(2) L. 8. pr. D 8. 1.
(3) L. 5. § 1. D. 8. 3. L. 6. pr. §. 1. eod.
(4) L. 7. § 1. D. 8. 1.
(5) L. 7. § 1. L. 31. D. 8. 3.
(6) Dans cette dernière catégorie doit être placé le droit d'avoir un aqueduc. L. 14. § 2. D. 8. 1. L. 1. pr. D. 8. 2. L. 38. D. 8. 3. L. 17. § 2. D. 39. 3. Il y a cette singularité, pour le cas où les deux fonds sont séparés par un fleuve que l'on ne peut traverser qu'en bateau, que l'un ne peut acquérir sur l'autre une servitude *faciendi*. L. 38. D. 8. 3. L. 17. § 2. D. 39. 3.
(7) On ne peut en acquérir une que sur une *aqua viva* ou *perennis*. L. 28. D. 8. 2. L. 5. D. 43. 20. L. 1. § 4. D. 43. 22.

un avantage seulement à quelques possesseurs: quant à l'autre partie du texte de Papinien (1), qui porte qu'on ne peut établir une servitude sous condition suspensive ou à partir d'un certain terme, cela tient uniquement aux principes de la *in jure cessio*.

Outre les règles précédentes, qui caractérisent les servitudes prédiales, il en est d'autres qui méritent d'être mises en relief :

I. Elles sont indivisibles (2) : de là découlent six corollaires :

1° Lorsqu'un fonds appartient à plusieurs propriétaires par indivis, l'un d'eux ne peut la gréver d'une servitude (3) ;

2° Ce qui vient d'être dit d'une servitude constituée réellement, s'applique à une servitude promise (4) par un seul copropriétaire ;

3° Le propriétaire ne peut acquérir une servitude pour son fonds sur un autre fonds qui lui est commun avec d'autres propriétaires, parce que cette servitude, imposée sur le fonds commun, étant indivisible, péserait sur la partie indivise qui lui appartient dans ce fonds commun : or *nemini res sua servit.* Par le même motif, le propriétaire d'un fonds ne pourrait consentir sur celui-ci une servitude en faveur du fonds qui lui est commun avec d'autres propriétaires (5) ;

4° Si le fonds dominant est partagé, la servitude reste la même, puisque le fonds n'est pas changé en lui-même, que c'est seulement le droit à la propriété qui se trouve divisé ; par conséquent les diverses parties ont le droit chacune à l'exercice de la servitude (6) ;

5° Le jugement obtenu, relativement à la servitude, par l'un ou contre l'un des copropriétaires du fonds dominant, est opposable par les autres ou aux autres copropriétaires (7) ;

6° Toute la servitude est conservée par cela qu'on en use en partie (8). De telle sorte qu'une créance de servitude ne peut être remise en partie par une acceptilation (9), et qu'un legs de servitude ne peut être révoqué pour une partie seulement (10).

---

(1) L. 4. D. 8. 1.

(2) L. 8. § 1. L. 11. L. 17. D. 8. 1. L. 32. D. 8. 3.

(3) L. 2. D. 8. 1. Son consentement n'est cependant pas entièrement inefficace ; car, si ensuite les autres co-propriétaires adhèrent à la constitution de la servitude, elle sera valablement acquise. L. 11. D. 8. 3. Si tous les co-propriétaires ont légué une servitude, elle n'est constituée que si l'hérédité de chacun a été acceptée en même temps. L. 18. D. 8. 4.

(4) L. 19. D. 8. 3 L. 140. § 2. D. 45. 1. L. 11. D. 8. 1. L. 136. § 1. D. 45. 1.

(5) L. 6. § 3. D. 8. 4. Mais si le propriétaire du fonds dominant devient co-propriétaire du fonds servant, la servitude qui existait auparavant ne s'éteint pas, parce qu'elle ne peut s'éteindre en partie. Il en est de même du cas où le co-propriétaire du fonds servant devient propriétaire unique du fonds dominant. L. 8. § 1. D. 8. 1 L. 140. § 2. D. 45. 1.

(6) L. 23. § 3. D. 8. 3.

(7) L. 4. §§ 3, 4. D. 8. 5. L. 19. eod. L. 1. § 5. D. 43. 27.

(8) LL. 2. 5. 8. § 1. L. 16. D. 8. 6.

(9) L. 13. § 1. D. 46. 4.

(10) L. 11. D. 8. 1.

II. Les servitudes prédiales sont tellement attachées au fonds dominant, qu'elles ne peuvent être transmises qu'avec le fonds lui-même.

III. Le propriétaire du fonds dominant peut exercer le droit de servitude dans toute son étendue, mais cependant de la manière la moins nuisible au fonds servant (1).

IV. L'exercice des servitudes urbaines, de la part du fonds dominant, ne peut concourir avec l'exercice contraire des droits du propriétaire du fonds servant. Mais il en est autrement des servitudes rurales. Or, dans cette dernière hypothèse, si l'exercice du droit du propriétaire servant, gêne l'exercice du droit du propriétaire dominant, celui-ci doit obtenir la préférence.

V. Le propriétaire du fonds servant doit laisser faire tout ce qui tend à l'exercice du droit de servitude (2).

* Les servitudes réelles ou prédiales se subdivisent en rurales et urbaines, ainsi que nous l'avons vu au titre précédent. Quel est le caractère distinctif des unes et des autres? Elles sont *rurales* lorsqu'elles sont destinées à rester activement attachées à un sol, qu'on appelle fonds dominant; elles sont *urbaines* lorsqu'elles sont destinées à rester activement attachées à une construction (3). Peu importe la qualité du fonds servant; pour caractériser une servitude il faut considérer la nature du fonds dominant, et voir si on a entendu l'établir pour un sol, ou seulement pour une construction qui s'élèverait sur le sol (*servitutes prædiorum aliæ in solo, aliæ in superficie consistunt*) (4).

---

(1) L. 9. D. 8. 1. L. 20. § 1. D. 8. 2. L. 4. § 1. L. 5. § 1. D. 43. 19.

(2) L. 10. D. 8. 1. L. 20. § 1. D. 8. 2. L. 3. § 3. D. 8. 3. L. 11. D. 8. 4. L. 3. § 16. L. 4. pr. D. 43. 19.

(3) Peu importe que cet édifice soit à la ville ou à la campagne.

(4) L. 20 pr. D. 8. 2. L. 3. D. 8. 1. L. 13. pr. D. 8. 3. Il faut bien se garder de considérer comme urbaine toute servitude qui peut être utile à une habitation; car un droit de passage, souvent indispensable à une habitation, ne sera jamais qu'une servitude rurale. Pour éviter toute confusion, il vaudrait mieux reconnaître trois sortes de servitudes prédiales, savoir: 1. celles qui donnent le droit d'avoir (*habendi*), comme les servitudes *oneris ferendi et tigni immittendi*; 2. celles qui donnent le droit d'empêcher de faire (*prohibendi*), comme les servitudes *altius non tollendi*, et *ne luminibus officiatur*; 3. enfin celles qui donnent le droit de faire (*faciendi*), comme les servitudes *itineris*, *actus*, *viæ*, *aquæductus*. De telle sorte que le caractère de chacune serait indépendant de la nature du fonds dominant, et, dans tous les cas, de la nature du fonds servant. Puis, pour rentrer dans la division du texte, on appellerait servitudes rurales les servitudes *faciendi*, et urbaines, les servitudes *habendi* et *prohibendi*. Voyez Vangerow, l. c. p. 631. On ne trouve d'objection, pour cette distinction nouvelle des servitudes, qu'en ce qui concerne la servitude d'aqueduc; car on pourrait être tenté de la classer parmi les servitudes *habendi*, avec la servitude *oneris ferendi*. Mais cette difficulté n'en sera plus une, si l'on réfléchit que la servitude d'aqueduc tend, non pas à avoir un ruisseau sur le fonds servant, mais à y puiser de l'eau pour le fonds dominant. Maintenant il ne reste plus qu'à examiner la question de savoir si une servitude d'aqueduc ou de passage ne pourrait pas être rurale ou urbaine, suivant les circonstances.

La L. 11. § 1. D. 6. 2. semble donner le caractère de servitude urbaine au droit d'aqueduc à travers une maison, par conséquent à cause du fonds servant; ce qui présente une double anomalie, savoir, qu'elle prendrait son nom à cause du fonds servant, et que la servitude d'aque-

Pr. Rusticorum prædiorum jura sunt hæc : iter, actus, via, aquæductus. Iter est jus eundi ambulandi hominis, non etiam jumentum agendi vel vehiculum; actus est jus agendi vel jumentum vel vehiculum. Itaque qui iter habet, actum non habet; qui actum habet, et iter habet, eoque uti potest, etiam sine jumento. Via est jus eundi et agendi et ambulandi : nam et iter et actum in se via continet. Aquæductus est jus aquæ ducendæ per fundum alienum.

Pr. Les servitudes rurales sont : les droits de passage, de conduite, de voie, d'aqueduc. Le droit de passage simple (*iter*) est le droit, pour un homme, d'aller et de se promener, mais non celui de conduire une bête de somme ou un véhicule : le droit de conduire (*actus*) est le droit de passer avec une bête de somme ou un véhicule. Ainsi, celui qui a l'*iter* n'a pas l'*actus* : mais celui qui a ce dernier a aussi le premier, il peut donc passer sans conduire une bête de somme. Le droit de voie (*via*) est le droit de passer à pied ou en conduisant des bêtes de somme, ou de se promener; car la *via* contient et l'*iter* et l'*actus*. Le droit d'aqueduc est le droit de conduire de l'eau à travers le fonds d'autrui.

1° L'*iter* comprend aussi le droit de passer à cheval ou en litière (1); mais ce dernier droit pourrait être exclu du droit de passage, soit expressément, soit tacitement (2).

2° L'*actus* est le droit de faire passer une bête de somme ou un véhicule. Il comprend ordinairement l'*iter ;* mais il pourrait se faire qu'il ne le comprît pas (3), et même on pourrait restreindre ce droit de manière à ce qu'il ne fût permis de faire passer ou qu'une bête de somme, ou qu'un véhicule.

---

duc serait urbaine ou rurale, suivant les circonstances. Mais il est facile de faire disparaître ces deux anomalies. En effet, dans le droit d'aqueduc sont deux droits : 1. le droit d'avoir un aqueduc sur la propriété d'autrui, comme d'avoir une poutre appuyée sur la construction du voisin : c'est une servitude *habendi*, par conséquent une servitude urbaine; 2. le droit de se servir de l'eau pour sa propriété, par conséquent une servitude *faciendi*, une servitude rurale.

Les L. 7. § 1. et L. 14. D. 8. 4. sont citées comme preuve de l'existence d'un *iter* appelé servitude urbaine; mais il y a erreur dans une telle interprétation : elles signifient seulement qu'on peut avoir une servitude rurale, un *iter*, à travers une maison; rien de plus.

On cite enfin la L. 2. D. 8. 3. pour prouver qu'une servitude *altius tollendi* peut être rurale; mais, en reconnaissant le caractère de rurale à la servitude qui donne le droit de faire (*faciendi*), il sera facile de résoudre la difficulté : Si la maison était déjà construite, celui qui l'aurait élevée plus haut, en prétendant qu'il a le droit de la conserver à cette hauteur, invoquerait une servitude *habendi*, par conséquent une servitude urbaine. Mais, dans ce texte, le propriétaire dominant prétend avoir le droit de bâtir plus haut : il invoque donc un droit de faire (*faciendi*), il prétend donc à une servitude rurale.

(1) L. 7. pr D. 8. 3. L. 12. eod.

(2) L. 4. § 1. D. 8. 1. Le droit de passer à cheval ou en litière en est exclu tacitement, lorsque le droit de passer est accordé sur un sentier déjà établi qui ne comporte pas le passage à cheval ou en litière.

(3) La L. 1. D. 54. 4. semble dire que l'*actus* ne peut être dépouillé de l'*iter;* mais cela signifie seulement qu'une fois l'*actus* constitué avec l'*iter*, ce dernier ne peut plus en être détaché, parce que l'*actus* ainsi constitué est indivisible.

La *via* est le droit de passer à son gré, à pied, à cheval, en voiture, avec une lance droite; de faire traîner des poutres ou des pierres. La largeur de la voie devait être de huit pieds de large dans son parcours ordinaire, et de seize pieds dans les anfractuosités ou coudes (1), si les parties ne s'étaient pas exprimées, à ce sujet, différemment (2).

§ I. Prædiorum urbanorum sunt servitutes, quæ ædificiis inhærent, ideo urbanorum prædiorum dictæ, quoniam ædificia omnia urbana prædia appellamus, etsi in villa ædificata sunt. Item prædiorum urbanorum servitutes sunt hæ: ut vicinus onera vicini sustineat; ut in parietem ejus liceat vicino tignum immittere; ut stillicidium vel flumen recipiat quis in ædes suas, vel in arcam, vel in cloacam, vel non recipiat; et ne altius tollat quis ædes suas, ne luminibus vicini officiatur.

§ 1. Les servitudes urbaines sont celles qui sont activement inhérentes aux constructions; elles sont appelées urbaines parce qu'on nomme fonds urbains tous les édifices, même ceux qui sont à la campagne. Voici quelles sont les servitudes urbaines: que le voisin soutiendra notre bâtiment; que nous pourrons introduire une poutre dans son mur; qu'il recevra dans son édifice, ou sur son sol, ou dans son égoût, l'eau qui tombe de nos tuilles ou de notre goutière, ou qu'il ne la recevra pas; qu'il ne pourra élever ses constructions au delà d'une certaine hauteur, de peur qu'il ne nuise à nos jours.

1° La servitude *oneris ferendi* consiste dans le droit d'appuyer sa poutre ou sa construction sur le mur ou la construction du voisin. La servitude *tigni immittendi* n'est qu'une espèce variée de la servitude *oneris ferendi*, parce que, si j'introduis une poutre dans le mur de mon voisin, ce mur soutient en même temps ma poutre. Cependant il n'y a que la servitude *oneris ferendi* proprement dite qui oblige le propriétaire du fonds servant à réparer et conserver la construction qui doit supporter la charge du fonds dominant.

Ici, le propriétaire du fonds servant est donc obligé à faire quelque chose; ce qui est contraire au caractère général des servitudes, d'après lequel ce propriétaire ne doit que souffrir (3).

---

(1) L. 8. D. 8. 3. L. 6. D. 8. 6.

(2) L. 13 §§ 2, 3. L. 23. pr. D. 8. 3.

(3) Cette anomalie n'en est pas une. En effet, la servitude elle-même *oneris ferendi* ne consiste qu'à faire *souffrir* le propriétaire du fonds servant; seulement à cette servitude se rattache, comme accessoire, une obligation de faire. Ce qui le prouverait, c'est que, si le fonds servant appartient à plusieurs par indivis, l'action du propriétaire dominant ne peut être dirigée contre chacun d'eux que pour partie, en ce qui concerne l'obligation de réparer ou de conserver (L. 6. § 4. D. 8. 3.), tandis que l'action relative à la servitude elle-même est indivisible. (L. 4. §§ 3, 4. eod.) Il y a même cela de particulier dans cette obligation, qui est plutôt de la chose que de la personne, que le propriétaire du fonds servant n'est pas tenu, pendant qu'il pourvoit aux réparations, de soutenir la construction de son voisin (L. 8 pr. eod.), et qu'il peut s'affranchir de tout en abandonnant sa propriété. (L. 6. § 2. eod.)

2° La servitude d'égout consiste dans le droit de déverser les eaux qui tombent goutte à goutte (*stillicidium*), ou par un seul canal (*flumen*), de sa toiture, sur la maison, ou le sol, ou dans l'égout de son voisin.

3° La servitude de jour, ou *ne luminibus officiatur*, donne le droit au propriétaire d'un fonds d'empêcher le propriétaire d'un autre fonds de faire sur ce dernier des ouvrages à lui permis en sa qualité de propriétaire, mais qui ôteraient au fonds dominant une partie de la lumière du ciel.

Par là le propriétaire du fonds servant est limité dans son droit d'élever ses constructions ou même de planter des arbres.

Les servitudes *altius non tollendi* et *ne prospectui officiatur* ont des rapports avec la servitude de jour. La première est mentionnée dans notre texte : elle est moins étendue que la servitude *ne luminibus officiatur*, puisqu'elle tend seulement à empêcher d'élever une construction au delà d'une certaine hauteur. La seconde, au contraire, est plus étendue que la servitude *ne luminibus*, puisqu'elle tend à assurer au propriétaire dominant le droit d'empêcher qu'il ne soit fait des ouvrages qui diminuent l'agrément et l'étendue de la vue (1).

* Notre texte qualifie encore de servitude urbaine le droit qu'aurait un propriétaire d'empêcher son voisin de déverser sur lui l'eau de sa toiture (*stillicidium vel flumen quis non recipiat*) ; la L. 2. D. 8. 2. exprime la même chose par ces expressions : *stillicidium... non avertendi*, et cette dernière loi nomme encore servitude la servitude *altius tollendi*, c'est-à-dire, le droit d'élever sa maison au-dessus d'une certaine hauteur.

Ne pas recevoir les égouts de son voisin, pouvoir bâtir sur son fonds aussi haut que l'on veut, c'est exercer son droit de propriété dans toute son étendue, c'est empêcher autrui d'empiéter sur ce droit ; ce n'est pas acquérir une servitude : on n'enrichit pas son fonds, on le maintient seulement dans son intégrité. Comment donc ces textes peuvent-ils supposer qu'il y a là acquisition d'une servitude ?

Théophile donne l'explication suivante : Vous avez acquis le droit de déverser vos égouts sur ma propriété, de m'empêcher de bâtir au-dessus d'une certaine hauteur ; par là vous avez réellement démembré

---

(1) L. 15. D. 8. 2. Quant à la question de savoir si le droit de prospect doit être restreint aux fenêtres ouvertes, au moment où la servitude a été constituée, cela dépend des termes employés par les parties. Pour qu'il fût ainsi restreint, il faudrait ces expressions ou d'autres analogues : *lumina, quæ nunc sunt, ut ita sint.* (L. 23. D. 8. 2.) — On a distingué la servitude *luminum* de la servitude *ne luminibus officiatur* : la première serait le droit d'ouvrir une fenêtre immédiatement sur le fonds voisin ; mais cette vue pourrait ensuite être bornée par une construction qu'élèverait plus ou moins près de cette fenêtre le propriétaire du fonds servant. Pour éviter cela, il faudrait acquérir, en outre, le droit de l'empêcher de construire ainsi, en obtenant de lui la servitude *ne luminibus*. (L. 4. D. 8 2.)

ma propriété; mon droit plein et entier de propriétaire ne consiste plus qu'en un fonds dépouillé du droit de bâtir plus haut, du droit de vous empêcher d'y déverser vos égouts. Si je recouvre le droit dont j'ai été dépouillé, je démembre de nouveau votre fonds de ce droit qui l'avait enrichi, pour en enrichir le mien; j'acquiers donc sur vous une servitude urbaine (1)

§ II. In rusticorum prædiorum servitute quidam computari recte putant aquæ haustum, pecoris ad aquam appulsum, jus pascendi, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ.

§ 2. Quelques-uns rangent parmi les servitudes rurales, et avec raison, le droit de puiser de l'eau, d'abreuver ses troupeaux, de les faire paître, de cuire de la chaux, et de tirer du sable dans le terrain d'autrui.

* Le droit de puiser de l'eau à la source d'autrui, d'y mener boire ses troupeaux, de les faire paître sur le fonds d'un autre propriétaire, d'y faire cuire de la chaux, d'y prendre du sable, a été considéré comme une servitude rurale par certains jurisconsultes, et avec raison:

---

(1) Pour bien se rendre compte de cette explication, il faut admettre qu'il n'y a que les servitudes urbaines qui soient de véritables démembrements de la propriété; les autres servitudes ne seraient, dans ce système, que des restrictions à l'exercice des droits du propriétaire; restrictions qui ne diminueraient pas sa propriété, et cependant constitueraient un droit *sui generis* appartenant à tout possesseur du fonds dominant. Ce qui donnerait de la force à cette opinion, c'est que les servitudes urbaines ne se perdaient par le-temps, qu'autant que le propriétaire du fonds servant usucapait la liberté de son fonds, tandis que toutes les autres servitudes se perdaient *non utendo tantum*. (L. 4. § 28. D. 41 3. L. 32. § 1. D. 8. 2.)

Cette manière de voir s'accorde très bien aussi avec cette circonstance, que la servitude *altius tollendi* donne lieu tantôt à l'action confessoire, tantôt à l'action négatoire. (L. 4. § 7. D. 8. 5. Inst., 4. 6. § 2.) L'action est négatoire, lorsqu'en bâtissant j'exerce le droit illimité de propriétaire, parce que je nie que le voisin ait sur moi la servitude *altius non tollendi*. (L. 4. § 7.) L'action est confessoire, si je prétends avoir reconquis contre lui mon droit *altius tollendi*. (Inst., IV, 6. § 2.) Dans le système de M. Ducaurroy, comment expliquer la L. 4. § 7.? Car on ne suppose pas, dans cette loi, des règlements locaux, puisqu'il est dit que certains voisins ont acquis le droit de m'empêcher de bâtir plus haut, et qu'un autre voisin ne l'a pas acquis. Pourquoi alors ne pas expliquer de même le § 2 des Inst., IV. 6.? — De même, le *jus altius non tollendi* donne lieu tantôt à l'action négatoire, tantôt à l'action confessoire : à la première, lorsque mon voisin prétend avoir acquis contre moi la servitude *altius tollendi*; à la seconde, lorsque ce même voisin, en bâtissant plus haut, prétend exercer son droit de propriétaire dans toute son étendue.

L'opinion que nous émettons ici, et qui est celle de Théophile, n'est pas admise par M. Ducaurroy (*hîc*), ni par la plupart des commentateurs actuels. Ils expliquent ainsi la difficulté : J'ai bien le droit, comme propriétaire, de faire sur ma propriété tout ce qui me plaît; mais ce droit peut être limité, dans l'intérêt public, par des règlements locaux. Si ces règlements fixent à trente pieds la hauteur des bâtiments, et que j'obtienne de mon voisin le droit de bâtir jusqu'à trente-six pieds, j'aurai un avantage sur les autres propriétés, et une servitude contre mon voisin *altius tollendi*; et, en acquérant contre mon voisin le droit de l'empêcher de bâtir même jusqu'à la hauteur fixée par les règlements, j'ai la servitude *altius non tollendi*. Cette explication peut se défendre, et elle est plus facile à comprendre, parce qu'elle n'exige pas autant d'efforts d'intelligence. Nous serions assez tenté de l'admettre; mais, pour cela, il faudrait nous prouver : 1. que le propriétaire qui obtient le droit de bâtir plus haut que les règlements ne le permettent, ne contrevient pas à l'intérêt public qui a nécessité les règlements locaux; 2. que le propriétaire, en acquérant le droit de bâtir plus haut, ne reconquiert pas la liberté d'un fonds dont les droits avaient été démembrés dans l'intérêt public; 3. qu'un particulier peut renoncer pour lui à l'application de règlements qui n'avaient pas été faits dans son intérêt particulier.

1° parce que ce droit se rattache ordinairement à un héritage rural ; 2° surtout parce que c'est un droit *faciendi*. Au reste, si le fonds sur lequel ce droit doit être exercé, devait être épuisé par un ou quelques actes d'exercice, par exemple, s'il n'y avait assez de sable à prendre que pour une ou deux fois, ce ne serait pas une servitude, parce qu'il n'y aurait pas là le caractère de perpétuité, nécessaire pour toute servitude prédiale.

§ III. Ideo autem hæ servitutes prædiorum appellantur, quoniam sine prædiis constitui non possunt. Nemo enim potest servitutem acquirere urbani vel rustici prædii, nisi qui habet prædium ; nec quisquam debere, nisi qui habet prædium.

§ 3. Ces servitudes s'appellent prédiales parce qu'elles ne peuvent être constituées sans héritages: car pour acquérir une servitude urbaine ou rurale il faut avoir un héritage ; et il faut en avoir un également pour devoir une servitude.

§ IV. Si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet. Potest etiam in testamento quis heredem suum damnare, ne altius tollat ædes suas, ne luminibus ædium vicini officiat, vel ut patiatur, eum tignum in parietem immittere, vel stillicidium habere ; vel ut patiatur, eum per fundum ire, agere, aquamve ex eo ducere.

§ 4. Celui qui veut constituer un droit de servitude sur son fonds, au profit du fonds de son voisin, doit le faire par des pactes et des stipulations. On peut aussi imposer à son héritier, dans un testament, l'obligation de ne pas élever des constructions au delà d'une certaine hauteur, afin de ne pas nuire aux jours du voisin ; ou l'assujétir à recevoir dans son mur la poutre du voisin, à souffrir sa gouttière ou à le laisser exercer un droit d'*iter*, d'*actus* ou d'aqueduc.

Ainsi celui qui acquerrait, pour sa personne seulement, le droit de passer sur la propriété d'autrui, n'aurait qu'un droit d'usage, qu'une servitude personnelle, et non une servitude prédiale.

Les modes de constituer les servitudes en général seront expliqués au titre suivant.

## TITULUS IV.

### DE USUFRUCTU.

Pr. Ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia. Est enim jus in corpore : quo sublato, et ipsum tolli necesse est.

## TITRE IV.

### DE L'USUFRUIT.

Pr. L'usufruit est le droit d'user et de jouir des choses d'autrui, sans en absorber la substance. C'est, en effet, un droit sur une chose corporelle ; si cette chose était absorbée, le droit lui-même s'évanouirait.

* L'usufruit est le droit d'user et de jouir de la chose d'autrui sans en absorber la substance (1). En effet, l'usufruit est un droit réel, une restriction des droits du propriétaire ; or, si on absorbait la substance, ce ne serait plus exercer un droit réel, restreindre les droits du propriétaire, ce serait anéantir la propriété, et par conséquent, en exerçant le droit d'usufruit, on ferait disparaître l'objet même sans lequel ce droit ne peut se comprendre.

§ I. Ususfructus a proprietate separationem recipit, idque pluribus modis accidit. Ut ecce, si quis alicui usumfructum legaverit : nam heres nudam habet proprietatem, legatarius usumfructum ; et contra, si fundum legaverit, deducto usufructu, legatarius nudam habet proprietatem, heres vero usumfructum ; item alii usumfructum, alii deducto eo fundum legare potest. Sine testamento vero si quis velit alii usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet. Ne tamen in universum inutiles essent proprietates, semper abscedente usufructu, placuit certis modis extingui usumfructum, et ad proprietatem reverti.

§ 1. L'usufruit peut être séparé de la propriété de plusieurs manières : par exemple, si un testateur lègue un usufruit à quelqu'un ; car, dans ce cas, l'héritier aura la nue-propriété, et le légataire l'usufruit ; et si, au contraire, le testateur a légué le fonds à quelqu'un, en déduisant l'usufruit, la nue-propriété appartiendra au légataire, et l'usufruit à l'héritier. De même un testateur peut léguer l'usufruit à un légataire, et le fonds moins l'usufruit à un autre légataire. Celui qui voudra constituer un usufruit sans testament pourra le faire par des pactes et des stipulations. Mais, pour que la nue-propriété ne reste pas à toujours inutile au propriétaire, l'usufruit en étant continuellement détaché, on a admis que l'usufruit s'éteindrait de plusieurs manières, et irait ainsi se réunir à la nue-propriété.

** L'usufruitier a d'abord le *jus utendi*, c'est-à-dire, le droit de s'appliquer les services de la chose, du moins autant qu'il a besoin de ces services pour percevoir les fruits (2) : il a en outre le *jus fruendi*, le droit de recueillir les fruits pour se les approprier. Or, on entend

---

(1) *Salva rerum substantia* est donc employé dans notre texte pour distinguer le véritable usufruit du quasi-usufruit, dont il sera question au § 2. Traduire ces mots par : *à la charge d'en conserver la substance*, c'est vouloir faire figurer l'une des obligations de l'usufruitier en gardant le silence sur les autres, dans une définition qui, d'ailleurs, ne doit avoir pour but que de donner une idée exacte de la chose définie (Ulp., fr. XXIV. 26.). *In corpore* signifie que l'usufruit doit avoir pour objet un corps déterminé, et non un genre, comme le quasi-usufruit.

(2) L'*usus* peut exister sans le *fructus* : il en sera question dans le titre suivant ; mais il est impossible de supposer le *fructus* sans l'*usus*, de telle sorte que, si un testateur avait légué le *fructus deducto usu*, le legs serait nul. (Paul. Sent. III. 6. § 24. L. 14. § 1. D. 7. 8.) Les textes qui pourraient faire supposer le contraire doivent être entendus dans ce sens, que l'usufruitier aura seulement le seul usage nécessaire pour recueillir les fruits. (L. 42. pri D. 7. 1. Paul. Sent., III. 6. § 25. L. 14. § 3. D. 7. 8. L. 10. § 4. L 11. 12. pr. D. cod.)

par fruits, non pas tous les produits; mais ceux seulement que la chose est destinée à donner périodiquement; les autres produits appartiennent au nu-propriétaire. Ainsi l'enfant d'une esclave n'appartient pas à l'usufruitier, parce que l'esclave, quant à l'usufruitier, n'est pas destinée à produire des enfants; ainsi encore le trésor, le legs fait à l'esclave, n'appartiennent pas à l'usufruitier; ainsi l'usufruitier a droit à une coupe réglée dans un bois taillis (*sylva cædua*), et non aux arbres morts ou arrachés par les vents.

L'usufruitier n'a droit aux fruits qu'autant qu'il les a cueillis ou fait cueillir. Si son droit cesse avant qu'il les ait perçus, ils appartiennent au nu-propriétaire; mais réciproquement il a droit aux moissons mures qui couvrent le fonds sujet à son droit au moment où l'usufruit est constitué. Quant aux fruits civils, par exemple, aux loyers des maisons, il les acquiert jour par jour. Toutefois les loyers des fonds ruraux n'étant que la représentation des fruits naturels, il ne peut y prétendre qu'autant que les récoltes ont été faites pendant la durée de son usufruit.

L'usufruitier doit jouir en bon père de famille : il doit laisser à la chose, objet de son droit, la destination qu'elle avait au moment où ce droit a commencé. Il doit supporter les réparations et les charges qui pèsent sur les fruits. Il doit enfin, d'après le droit prétorien, fournir un tiers qui vienne garantir (*satisdatio*) qu'il jouira convenablement, et qu'il restituera la chose à la fin de l'usufruit.

Notre texte s'occupe des manières d'établir l'usufruit, et n'en signale que deux, savoir : le testament et le pacte avec la stipulation. Nous allons combler les lacunes de ce texte et en même temps exposer les modes divers d'établir toutes les servitudes, tant prédiales que personnelles.

1° La mancipation. Elle ne pouvait servir qu'à établir les servitudes rurales, parce que c'étaient les seules servitudes qui fussent *mancipi* (Gaius, II. 31.).

2° La *in jure cessio*. Elle s'appliquait à toutes sortes de servitudes.

Car l'une des parties pouvait, devant le préteur, prétendre à une servitude prédiale ou personnelle sur la propriété de l'autre partie; et, celle-ci gardant le silence parce qu'elle y consentait (de là le nom de *in jure cessio*), le magistrat constatait, ou plutôt consacrait la servitude par sa décision.

3° Le legs ou la loi. Le legs *per vindicationem* ayant pour effet de transférer la propriété au légataire immédiatement, au moment de l'adition d'hérédité, ce legs est le seul (1) qui puisse constituer le droit

---

(1) Le legs par *præceptionem* avait aussi le même effet; mais il ne pouvait être fait qu'en faveur d'un cohéritier. Or, si l'on suppose qu'un testateur ait établi une servitude *par préciput*, au profit de la propriété personnelle d'un cohéritier, sur une propriété de la succession, alors ce cohéritier

réel appelé servitude. Ainsi un testateur pouvait, par ce legs, établir un droit de passage ou tout autre droit sur sa propriété, au profit d'une propriété voisine. Il pouvait aussi établir un droit d'usufruit, et il y avait pour cela diverses manières. S'il léguait purement et simplement l'usufruit à un tiers, celui-ci était usufruitier et l'héritier nu-propriétaire. S'il léguait le fonds à l'un et l'usufruit à l'autre, il fallait que, en léguant le fonds au premier, il dit : *do*, *lego fundum deducto usufructu* (1), sans quoi le fonds aurait appartenu à l'un et l'usufruit aurait été commun aux deux. S'il léguait le fonds à quelqu'un *deducto usufructu*, l'héritier n'avait que l'usufruit. Au paragraphe 4 du titre précédent, il est dit aussi que les servitudes pouvaient s'établir par legs ; mais là il s'agit d'un legs *per damnationem*, d'un legs d'obligation imposé à l'héritier ; or, une telle obligation ne pouvait constituer un droit réel ; le légataire avait seulement, en vertu d'un tel legs, une action de droit strict (*condictio*) pour contraindre l'héritier à lui constituer une servitude rurale par mancipation ou *in jure cessio*, et toute autre servitude par la *in jure cessio* ; ou bien un tel legs donnait le droit au légataire de contraindre l'héritier à lui fournir caution pour lui garantir qu'il pourrait, ainsi que ses successeurs, exercer tous les droits attachés à la servitude léguée (2). Cela se comprendra mieux dans un moment, lorsque nous parlerons de la constitution des servitudes par pactes et stipulations.

4° L'adjudication. — Le juge, chargé de partager des biens héréditaires ou indivis, avait le droit, en accordant un fonds à l'un des co-partageants, de décider que ce fonds devrait une servitude à un autre fonds attribué à un autre co-partageant, afin de rétablir l'égalité entre les parties. Cette attribution de servitude s'appelait adjudication, et opérait immédiatement constitution du droit réel, de même que l'adjudication d'un fonds en transférait immédiatement la propriété (3).

5° La réserve d'une servitude. — Lorsqu'on mancipait ou qu'on cédait *in jure* l'un de ses fonds, on pouvait se réserver pour un autre fonds, par un pacte *ou* une stipulation, une servitude prédiale, ou, pour soi-même, une servitude personnelle (4). Dans ce cas, la servitude

---

aura une servitude sur une propriété dont il est co-propriétaire par indivis : or, *nemini res sua servit*. Voyez *supra*, page 259. 3.

(1) On ne disait pas la *nue-propriété* en latin.

(2) Au reste, sous Justinien, tout legs pouvant donner lieu à l'action réelle, quand la chose léguée appartenait au testateur, le legs, même *per damnationem*, pouvait constituer immédiatement une servitude proprement dite.

(3) L. 22. § 3. D. 10. 2. Autrefois l'adjudication ne transférait le droit réel que dans les *judicia legitima* ; il n'y avait, en effet, que dans ceux-ci que la propriété quiritaire était transférée par l'adjudication.

(4) On pouvait aussi, en aliénant ainsi un fonds, déclarer que celui qui était conservé devrait une servitude à celui qui était aliéné.

n'était pas établie par un pacte ou une stipulation ; seulement un droit à la propriété était conservé et excepté de l'aliénation. Evidemment le droit ainsi réservé était un droit réel. Cette manière d'obtenir une servitude ne se rencontrait que lorsque l'aliénation avait lieu par la mancipation ou la *in jure cessio* (1) ; depuis Justinien, et même avant lui, lorsque la mancipation surtout fut tombée en désuétude, une semblable réserve de servitude pouvait se réaliser au moment de la tradition (2).

Ces moyens d'établir des servitudes sont tous du droit civil, et constituaient un véritable droit réel. Dans le dernier cas, il était constitué par une réserve insérée dans l'aliénation au moyen d'un pacte *ou* d'une stipulation ; mais notre texte et le § 4 du titre précédent portent les pactes *et* stipulations comme moyens principaux d'établir les servitudes. Voyons ce qu'il en faut penser.

6° Pactes et stipulations. — Dans les provinces, les fonds appartenant au peuple ou à l'empereur, nul ne pouvait en acquérir la propriété, par conséquent aussi nul ne pouvait acquérir en faveur de sa possession, ou de soi-même, une servitude proprement dite sur la possession d'autrui. Mais on arrivait à peu près au même résultat par un pacte *et* une stipulation ; voici comment. Deux voisins convenaient que l'un d'eux aurait la faculté de passer sur le terrain de l'autre ; que cette faculté serait attachée à la possession ; que tout possesseur pourrait en user. Cette convention s'appelait pacte. Puis, comme ce droit n'était pas un droit réel, et ne constituait même qu'un lien d'obligation naturelle, celui qui l'avait obtenu stipulait une clause pénale pour le cas où l'exercice de ce droit rencontrerait des entraves (3). C'était la stipulation ajoutée au pacte. La différence entre les fonds d'Italie et ceux des provinces ayant disparu, ce fut un mode généralement admis pour toutes les propriétés ; mais ce mode ne pouvait par lui-même constituer un droit réel (4). Toutefois, lorsque l'exercice du droit promis avait commencé, on reconnaissait là, non un acte de possession, mais de quasi-possession ; par conséquent on admit, dans cette hypothèse, une quasi-tradition ; le droit prétorien dès-lors protégeait ce droit par des interdits quasi-possessoires et même par une action publicienne utile (5) ; et, sous

---

(1) Vat., frag. § 37. Gaius, II. 50.

(2) L. 33. 36. § 1. L. 54. D. 7. 1. L. 17. §. 5. L. 34. 35. D. 8. 2. L. 29. 30. D. 8. 3. L. 3. 6. 7. D. 8. 4. L. 49. D. 8. 6. Certains jurisconsultes pensaient qu'un propriétaire, qui aliénait deux fonds à deux différentes personnes, pouvait imposer une servitude à l'un de ces fonds en faveur de l'autre, au moyen d'une semblable réserve (L. 8. D. 8. 4.) ; mais Ulpien était d'une opinion contraire (L. 6. D. eod.)

(3) Théophile, *hic*.

(4) Des auteurs modernes ont voulu que ce mode constituât une véritable servitude ; mais ils viennent d'être victorieusement combattus par Vangerow, l. c. p. 685-696. En effet, il a toujours été contraire aux principes du droit romain que les contrats, et surtout les pactes, pussent transférer la propriété ou un démembrement de la propriété. (L. 20. C. 2. 3.)

(5) L. 11. § 1. D. 6. 2.

Justinien, le droit prétorien ayant été incorporé au droit civil, il n'est pas étonnant que les servitudes, constituées par pactes et stipulations, et lorsqu'il y avait eu quasi-tradition, aient été considérées comme de véritables droits reels (1). C'est ainsi qu'il faut entendre notre texte et le paragraphe 4 du titre précédent.

Dans ce qui vient d'être dit, nous ne nous sommes occupés que des servitudes affirmatives; mais les servitudes négatives ont toujours pu être constituées par simples pactes et stipulations; parce que celui qui les obtenait, possédant le fonds dominant, quasi-possédait en même temps la servitude négative par le seul effet de la convention (2).

7° L'usucapion. — Il est certain qu'autrefois les servitudes pouvaient s'acquérir par usucapion, quoique les servitudes soient des choses incorporelles, par conséquent non susceptibles d'une possession proprement dite. Cela nous est démontré par la L. 4. § 29. D. 41. 3. Mais il est probable que cette manière d'acquérir ne s'appliquait qu'aux servitudes urbaines, parce qu'elles seules présentent le caractère de continuité nécessaire pour l'usucapion. Quoiqu'il en soit, l'usucapion ne s'appliquait plus aux servitudes, depuis la loi Scribonia, dont l'époque n'est pas bien certaine (3).

Toutefois, de même que la quasi-tradition des servitudes, constituées par pactes et stipulations, avait pour effet d'établir un droit que la protection prétorienne faisait considérer comme réel, au moyen des interdits possessoires et de l'action publicienne utile, de même une longue possession des servitudes fut aussi protégée par le préteur et obtint les mêmes avantages : et, du temps de Justinien, des servitudes, ainsi possédées pendant un longtemps, furent rangées au nombre des droits réels proprement dits.

Cette longue possession, exigée pour l'acquisition des servitudes, d'après le droit prétorien, est celle de dix ou de vingt ans (4); et les seules conditions exigées sont que la possession n'ait été *nec vi*, *nec clam*, *nec precario*; il n'est besoin ni de *justus titulus*, ni de la connaissance du propriétaire du fonds servant (5). Ce mode d'acquérir s'appliquait à toutes les servitudes prédiales, et même aux servitudes personnelles, spécialement à l'usufruit (6), par conséquent aussi aux servitudes négatives (7).

---

(1) Conf., L. 1. pr. D. 7. 4. avec Vat., fr. § 61. L. 9. § 1. D. 7. 9, L. 3. D. 7. 6.

(2) Voyez Savigny, Possession, 6e édit. p. 602 et suiv.

(3) On la place ordinairement en 720, sous le triumvirat d'Antoine, d'Octave et de Lépide.

(4) La L. 2. C. 3. 34. le prouve clairement, puisqu'il y est dit que les servitudes s'acquièrent comme les immeubles; d'ailleurs, ces mots : *Quod si ante id spatium* indiquent bien qu'il y avait un temps fixe pour ce mode d'acquisition.

(5) L. 19. pr. D. 18. 5. L. 1. § ult. D. 39. 3. Voyez Vangerow, l. c. p. 701-705.

(6) L. 12. C. 7. 33.

(7) L. 12 C. eod. *et cæteræ servitutes.*

Quant aux immeubles que l'on ne pouvait prescrire que par la possession *longissimi temporis* (de trente ou quarante ans), il est douteux qu'on ait pu acquérir sur eux des servitudes par une quasi-possession de la même durée, attendu que la L. 8. C. 7. 39 ne parle que de la prescription de la propriété.

§ II. Constituitur autem ususfructus non tantum in fundo et ædibus, verum etiam in servis et jumentis ceterisque rebus, exceptis his, quæ ipso usu consumuntur, nam hæ res neque naturali ratione, neque civili recipiunt usumfructum. Quo numero sunt vinum, oleum, frumentum, vestimenta. Quibus proxima est pecunia numerata : namque in ipso usu assidua permutatione quodammodo extinguitur. Sed utilitatis causa senatus censuit, posse etiam earum rerum usumfructum constitui, ut tamen eo nomine heredi utiliter caveatur. Itaque si pecuniæ ususfructus legatus sit, ita datur legatario, ut ejus fiat, et legatarius satisdat heredi de tanta pecunia restituenda, si morietur, aut capite minuetur. Ceteræ quoque res ita traduntur legatario, ut ejus fiant : sed æstimatis his satisdatur, ut, si morietur, aut capite minuetur, tanta pecunia restituatur, quanti hæ fuerint æstimatæ. Ergo senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum (nec enim poterat), sed per cautionem quasi usumfructum constituit.

§ 2. L'usufruit peut être constitué non-seulement sur des fonds et des maisons, mais encore sur des esclaves, des bêtes de somme, et sur toutes autres choses qui ne se consomment pas par l'usage. Ces dernières, en effet, n'admettent l'usufruit ni d'après la raison naturelle, ni d'après les principes du droit civil. Ne sont donc pas susceptibles d'usufruit le vin, l'huile, le froment et les vêtements. L'argent monnayé est à peu près de la même nature; car l'argent, par l'échange continuel qu'il éprouve, est pour ainsi dire consommé. Mais l'utilité a fait admettre par le sénat qu'un usufruit de ces choses pouvait être constitué, de manière cependant à ce que celui qui en avait l'usufruit donnât caution à l'héritier pour la restitution à la fin de l'usufruit. Si donc un testateur a légué l'usufruit d'une somme d'argent, elle sera donnée au légataire, de manière à le rendre propriétaire; mais celui-ci donnera caution à l'héritier qu'il lui sera restitué une somme égale lorsque lui, légataire, viendra à mourir ou à éprouver une déchéance d'état. Les autres choses semblables, léguées dans un testament, seront aussi livrées au légataire, de manière à l'en rendre propriétaire. Mais elles lui seront livrées après estimation, de sorte que, quand l'héritier mourra ou sera déchu d'état, il sera rendu à l'héritier le montant de l'estimation. Le sénat n'a donc pas fait un usufruit de ces choses, car cela ne se pouvait; mais, au moyen de la caution, il a créé un quasi-usufruit.

* L'usufruit peut être constitué sur toutes les choses immobilières, fonds de terre ou maisons, et même sur tous les meubles dont on peut jouir sans en absorber la substance; quant à ceux qui se consomment par le premier usage, comme le vin, l'huile, le froment, etc., et même, quant à ceux qui s'usent d'une manière sensible par l'usage (1), comme les vêtements, ils ne sont pas susceptibles d'usufruit, puisqu'alors il n'y aurait plus *salva rerum substantia*. Dans la même catégorie se range aussi l'argent monnayé, parce que, quoiqu'il ne se consomme pas par l'usage, comme métal, il se consomme comme signe représentatif des valeurs.

Toutefois le sénat a établi, pour les choses qui se consomment par l'usage, non un usufruit, car il ne pouvait l'impossible, mais un quasi-usufruit. Il s'est déterminé à cette fiction afin de donner de l'efficacité à la volonté d'un testateur qui avait légué de telles choses. Si donc une somme d'argent est léguée à titre d'usufruit, le légataire, en la recevant, en deviendra propriétaire, et, à sa mort ou lors de sa déchéance d'état (lorsque finira l'usufruit), il sera rendu pareille somme à l'héritier; et, pour assurer cette restitution, il sera donné caution par le légataire à l'héritier, et, sous le rapport de cette caution, le droit résultant du legs ressemblera à un usufruit; car, sans cette caution, il y aurait plutôt un prêt de consommation.

§ III. Finitur autem usufructus morte fructuarii, et duabus capitis deminutionibus, maxima et media, et non utendo per modum et tempus. Quæ omnia nostra statuit constitutio. Item finitur usufructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur (nam extraneo cedendo nihil agit); vel ex contrario, si fructuarius proprietatem rei acquisierit, quæ res consolidatio appellatur. Eo amplius constat, si ædes incendio consumptæ fuerint, vel etiam terræ motu, aut vitio suo corruerint, extingui usumfructum, et ne areæ quidem usumfructum deberi.

§ 3. L'usufruit cesse par la mort de l'usufruitier ainsi que par les grande et moyenne déchéances d'état, et encore par le non usage pendant un certain temps déterminé par notre constitution. Cette constitution contient tout ce qu'il faut à ce sujet. L'usufruit cesse encore par la cession qu'en fait l'usufruitier au nu-propriétaire (car s'il le cédait à un autre il ne ferait rien); il cesse, à l'inverse, lorsque l'usufruitier acquiert la nue-propriété; ce qui s'appelle consolidation. De plus, si des maisons, soumises à un usufruit, sont incendiées ou sont renversées, soit par un tremblement de terre, soit par vétusté, l'usufruit est éteint, même quant au sol.

(1) L. 15. §§ 4. 5. D. 7. 1. L. 9. § 3 D. 7. 9. La jouissance des vêtements est regardée cependant comme un véritable usufruit dans ces deux lois, sans doute à cause de l'intention des parties, qui tend à la restitution en nature des vêtements qui auront servi.

L'usufruit cesse : 1° par la mort de l'usufruitier ; l'usufruit est, en effet, une servitude attachée à une personne seulement. S'il avait été attaché à une personne morale, sa durée serait de cent ans, le terme le plus long de la vie humaine (1). 2° Par toute déchéance d'état, dans l'ancien droit. En effet, le membre ou chef d'une famille qui devenait chef ou membre d'une autre famille, qui changeait d'état, n'était plus la même personne juridique ou civile. Il en était de même, à plus forte raison, de celui qui perdait le droit de cité ou la liberté.

Lorsqu'un usufruit avait été légué *per vindicationem* à un fils de famille ou à un esclave, c'était à la personne de l'un ou de l'autre que le droit était attaché, seulement il devait profiter au père ou au maître. Si l'on considérait le père ou le maître, c'était pour décider si le legs était fait à une personne ayant faction de testament. Donc un tel legs suivait le sort du fils ou de l'esclave seulement (2) ; il s'éteignait par la mort du fils ou de l'esclave, ou par les déchéances d'état du fils. Mais Justinien a décidé : — A — que l'usufruit ne sera plus éteint que par la grande ou la moyenne déchéance d'état ; — B — que lorsque l'usufruit aura été acquis par l'esclave, il ne sera éteint que par la mort ou l'une des deux grandes déchéances d'état du maître ; — C — que lorsque l'usufruit aura été légué au fils, il le suivra toujours, et qu'il passera entièrement sur sa tête à la mort ou aux déchéances d'état du père, si le fils devient *sui juris* ; de sorte que le père de famille, tant qu'il restera tel, n'aura que l'exercice du droit (3). Cependant si le fils vient à mourir, l'usufruit durera jusqu'à la mort du père (4).

3° *Non utendo per modum et tempus.* Avant Justinien, l'usufruit des meubles s'éteignait par un an, et celui des immeubles par deux ans de non usage : le simple non usage suffisait pour cette extinction ; il n'était pas nécessaire que le nu-propriétaire reconquît la liberté de son fonds par la jouissance exercée par lui pendant ce même espace de temps. Il en était de même des servitudes rurales ; elles s'éteignaient par le non usage seulement pendant deux ans. Quant aux servitudes urbaines, comme elles s'exerçaient d'une manière continue et sans le fait actuel

---

(1) L'usufruit absorbant à peu près tous les avantages de la propriété, il fallait bien ne pas le rendre transmissible aux successeurs universels ou à titre particulier de l'usufruitier, afin que la nue-propriété ne fût pas tout-à-fait inutile. Quant au droit d'usage, il y a un autre motif pour ne pas le rendre transmissible, c'est que l'usage de l'un n'est jamais le même que l'usage de l'autre.

(2) De sorte qu'on n'aurait pas pu léguer à l'esclave ou au fils une servitude prédiale pour un fonds qui n'aurait pas été dans son pécule. Fr. Vat. § 56. L. 26. D. 45. 3. M. Pellat, de la propr. et de l'usufr., p. 104. Quand, au contraire, un usufruit avait été acquis par stipulation du fils ou de l'esclave (il n'avait pu l'être que pour le père ou le maître), un tel usufruit ne s'éteignait que par la mort du père ou du maître ; peu importait un changement d'état du fils, ou la mort de l'esclave ou du fils.

(3) L. 17. C. 3. 33.

(4) *Ibid.*

de l'homme, elles ne pouvaient être éteintes qu'autant que le propriétaire du fonds servant avait usucapé la liberté de son fonds, c'est-à-dire, qu'il avait fait des travaux contraires à la servitude urbaine, et qu'il avait ainsi paralysé l'exercice de cette servitude pendant deux ans.

Justinien n'a absolument rien changé à cet état de choses, si ce n'est qu'il a allongé le délai : il est de trois ans pour l'usufruit des meubles, de dix ans entre présents et vingt ans entre absents, pour l'usufruit des immeubles et pour les autres servitudes (1).

4° Par la cession de l'usufruit au nu-propriétaire. L'usufruit, étant un droit réel, pouvait être cédé *in jure* (2), mais au propriétaire seulement. En effet, le droit réel usufruit ne pouvait passer sur la tête d'une tierce personne; il était exclusivement attaché à l'usufruitier et devait s'éteindre par sa mort ou par sa déchéance d'état, (grande ou moyenne, depuis Justinien) (3). Toutefois, si l'usufruitier ne pouvait céder son droit à un tiers, il pouvait le lui vendre, c'est-à-dire, consentir à ce qu'il l'exerçât à sa place tout le temps qu'il lui était donné à lui-même de l'exercer.

Lorsque l'usufruit se réunissait à la nue-propriété par l'effet de la cession faite par l'usufruitier, il y avait confusion.

---

(1) L. 16. § 1. C. 3. 33. L. 13. C. 3. 34. D'après cette dernière loi, il est assez clair que Justinien a étendu à toutes les servitudes le délai de dix ou vingt ans qu'il avait fixé dans la loi précédente pour l'usufruit. Quant à cette L. 16. § 1., elle avait fait penser que l'usufruit ne pouvait s'éteindre que par le concours du non usage de l'usufruitier et de la jouissance du nu-propriétaire, à cause de ces dernières expressions : *Nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quæ, etiamsi dominium vindicaret, posset eum præsentem vel absentem excludere.* En effet, disait-on, je ne perds pas ma propriété par le non usage, il faudrait encore qu'un autre l'eût usucapée; donc je ne perds pas l'usufruit par le non usage, il faut encore que le nu-propriétaire ait usucapé la liberté de son fonds. C'est encore l'opinion de Glück, IX. p. 370, de Mackeldey. § 392. note *m.*, de Mühlenbruch, § 294. note 10, et de Buchholz, Versuche, p. 193. Mais il est évident que Justinien a voulu dire seulement qu'il faudrait la même durée pour la perte de l'usufruit *non utendo* que pour la perte de la propriété. Ces mots de notre texte des Institutes, *per modum et tempus*, signifient: *par le laps de temps, suivant le mode établi dans ma constitution* 16: or, le mode établi dans cette constitution ne se réfère qu'à la fixation du temps requis, dix ou vingt ans. Cette manière d'expliquer est la plus communément admise aujourd'hui. Voyez Unterholzner, Verj. II. p. 203. Seuffert, Eroert. II. p. 71. Thibaut, § 1026. Schweppe, II. § 310. Puchta, § 167., et surtout Vangerow, l. c. p. 722–725.

(2) Il s'agit ici de la *in jure cessio*, de la revendication simulée faite devant le préteur par un tiers qui prétend à un droit absolu, et auquel il est attribué par le magistrat, l'adversaire qui veut transférer ce droit ne s'y opposant pas. Or, sous Justinien, il n'y a plus de *in jure cessio*; l'empereur n'entend donc parler que de la cession conventionnelle du droit d'usufruit, de l'abandon du droit.

(3) Quand l'usufruitier cédait *in jure* son droit à un tiers, il ne faisait absolument rien (*nihil agit*), d'après Gaius, II. § 30.; mais, suivant Pomponius (L. 66. D. 23. 3.), cette cession produisait quelque chose; car, quoiqu'elle ne fît rien gagner au cessionnaire, elle faisait perdre au cédant. Ce jurisconsulte pensait que, dans la cession, il y a deux actes, un abandon de la part du cédant, une intention d'acquérir de la part du cessionnaire : en scindant ces deux actes, il trouvait que le second était inefficace, mais que le premier produisait ses effets. Cette manière de raisonner n'est pas logique; car le cédant ne voulait abandonner son droit que pour le faire acquérir; s'il n'était pas acquis, il était censé n'avoir pas voulu l'abandonner. Cependant on retrouve des traces du raisonnement de Pomponius dans un autre passage de Gaius, II. §§ 35 et 36. Voyez M. Pellat, l. c. p. 99.

5° Par la consolidation. L'usufruit était consolidé, c'est-à-dire, ne courait plus de chance d'extinction, lorsque l'usufruitier acquérait la nue-propriété.

6° Par les changements survenus dans la substance de la chose soumise à l'usufruit. La substance, quant à l'usufruit, est la manière d'être sous le rapport de laquelle l'usufruit a été constitué. Ainsi l'usufruit d'un édifice s'éteint quand l'édifice est détruit; il n'est pas conservé quant au sol et aux démolitions; il ne renaît pas comme une servitude prédiale, par exemple, une servitude de vue, après la reconstruction de la maison. Cette différence, entre les servitudes personnelles et les servitudes prédiales, tient, sans doute, à ce que ces dernières, ayant une destination perpétuelle, ne dépendent pas de telle forme déterminée de la propriété.

7° L'usufruit à terme, ou résoluble, s'éteint aussi par l'expiration du délai ou l'événement de la condition résolutoire.

§ IV. Cum autem finitus fuerit usus-fructus, revertitur scilicet ad proprietatem, et ex eo tempore nudæ proprietatis dominus incipit plenam habere in re potestatem.

§ 4. L'usufruit, une fois éteint, retourne à la nue-propriété, et, dès ce moment, le nu-propriétaire commence à avoir la pleine propriété.

Lorsque l'usufruit est éteint, il retourne à la propriété, ou plutôt les droits du propriétaire se trouvent affranchis de la restriction qui y avait été apportée; il ne peut être à la fois nu-propriétaire et usufruitier, avoir un usufruit *causal*; car *nemini res sua servit* : il est redevenu purement et simplement plein propriétaire.

L'usufruit n'est pas indivisible comme les servitudes prédiales; il peut donc s'éteindre en partie. Si un testateur avait légué l'usufruit de la moitié d'une maison à Titius et l'usufruit de l'autre moitié à Seius, à la mort de ce dernier, l'usufruit de cette moitié retournerait au nu-propriétaire. Il en serait autrement si l'usufruit de la maison avait été légué conjointement à Titius et à Seius, dans la même phrase, ou même dans deux phrases distinctes sans attribution de parts; à la mort de Seius, Titius jouirait de l'usufruit de la totalité.

## TITULUS V.

### DE USU ET HABITATIONE.

Pr. Iisdem istis modis, quibus ususfructus constituitur, etiam nudus usus constitui solet; iisdemque illis modis finitur, quibus et ususfructus desinit.

## TITRE V.

### DE L'USAGE ET DE L'HABITATION.

Pr. Le droit d'usage se constitue par les mêmes modes que l'usufruit; il s'éteint aussi par les mêmes causes.

§ I. Minus autem scilicet juris in usu est, quam in usufructu. Namque is, qui fundi nudum usum habet, nihil ulterius habere intellegitur, quam ut oleribus, pomis, floribus, fœno, stramentis, lignis ad usum cottidianum utatur; in eoque fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit, neque his, per quos opera rustica fiunt, impedimento sit; nec ulli alii jus, quod habet, aut vendere, aut locare, aut gratis concedere potest, cum is, qui usumfructum habet, potest hæc omnia facere.

§ 1. Il y a moins dans le droit d'usage que dans le droit d'usufruit. Car, celui qui a l'usage d'un fonds n'a que le droit d'y prendre des légumes, des fleurs, du foin, de la paille, pour ses besoins de chaque jour; et il ne peut rester sur le fonds que de manière à ne pas gêner le propriétaire ni les ouvriers occupés à la culture; il ne peut vendre son droit à un autre, ni le louer, ni le donner, tandis que l'usufruitier peut faire tout cela, relativement à son droit.

§ II. Item is, qui ædium usum habet, hactenus juris habere intellegitur, ut ipse tantum habitet, nec hoc jus ad alium transferre potest, et vix receptum esse videtur, ut hospitem ei recipere liceat. Et cum uxore sua liberisque suis, item libertis, necnon aliis liberis personis, quibus non minus quam servis utitur, habitandi jus habeat, et convenienter, si ad mulierem usus ædium pertineat, cum marito ei habitare liceat.

§ 2. Celui qui a l'usage d'une maison, n'a que le droit de l'habiter lui-même, il ne peut céder ce droit à personne; et c'est avec peine qu'on lui a permis d'y recevoir un hôte. Mais il peut y loger avec lui sa femme, ses enfants, ses affranchis, et les personnes libres qui remplissent, à son égard, les mêmes fonctions que ses esclaves. Il faut conclure de là que, si l'usage d'une maison appartient à une femme, elle peut y faire habiter avec elle son mari.

§ III. Item is, ad quem servi usus pertinet, ipse tantum operis atque ministerio ejus uti potest; ad alium vero nullo modo jus suum transferre ei concessum est. Idem scilicet juris est et in jumento.

§ 3. De même, celui qui a l'usage d'un esclave, n'a le droit d'appliquer qu'à lui seul les travaux et les services de cet esclave; il ne lui est permis d'aucune manière de concéder son droit à autrui. Il faut en dire autant de celui qui a l'usage d'une bête de somme.

§ IV. Sed si pecoris vel ovium usus legatus fuerit, neque lacte, neque agnis, neque lana utitur usuarius, quia ea in fructu sunt. Plane ad stercorandum agrum suum pecoribus uti potest.

§ 4. Le légataire de l'usage d'un troupeau ou de quelques brebis ne peut se servir ni du lait, ni des agneaux, ni de la laine, parce que ces choses sont des fruits. Mais il peut employer le troupeau, dont il a l'usage, à fumer ses terres.

* Le droit d'usage est le droit de s'appliquer personnellement les services d'une chose. Il est moindre que le droit d'usufruit, puisqu'il ne

s'étend pas aux fruits; mais quelle est sa nature? quelle est son étendue?

* Il est de sa nature indivisible. En effet, les services que peut rendre une chose diffèrent suivant les personnes auxquelles ils peuvent être destinés. Si donc un droit d'usage est accordé à plusieurs, il n'y a pas un droit divisé, mais plusieurs droits distincts. L'usufruit, au contraire, ne pouvant consister que dans l'appropriation de tous les fruits; cette appropriation intégrale ne pouvant exister qu'une seule fois, ne pouvant se faire que d'une même manière, et plusieurs pouvant s'approprier entre eux ces fruits, l'usufruit est divisible, l'usufruit peut être exercé par une tierce personne; par conséquent il peut être vendu; mais quant à cet exercice seulemert.

** Le droit d'usage sur un fonds rural ne comporte que la promenade, l'aspiration de l'air et des parfums; le droit d'usage d'une maison permet l'habitation, mais non pas le louage; car, percevoir des loyers, ce serait percevoir des fruits. D'autre part, ce droit ne peut être vendu ni donné, même pour le temps qu'il doit durer sur la tête de l'usager, l'usage de l'un n'étant point l'usage de l'autre.

Par extension, et pour que le droit d'usage ne fût pas quelquefois réduit à une fiction, on a alloué à l'usager quelques légumes, quelques fruits, quelques fleurs, un peu de foin pour ses bestiaux, du bois pour son chauffage, de la paille pour la litière de ses chevaux.

De même, l'usager d'une maison ne devrait avoir le droit que d'y demeurer de sa personne; ce n'est que par extension de son droit qu'on lui permet d'y recevoir un ami, d'y abriter sa femme, ses enfants, ses affranchis et ses esclaves. Il est surtout convenable qu'une femme, usagère d'une maison même avant son mariage, puisse ensuite y recueillir le mari auquel elle a associé sa vie.

L'usager d'un esclave peut seul s'en servir; il ne pourrait pas employer son ministère aux besoins d'une autre personne. Il en faut dire autant de l'usager d'une bête de somme.

Quant au droit d'usage sur un troupeau de brebis, il ne s'étend pas au lait, aux agneaux ni à la laine, parce qu'ils n'appartiennent qu'à un usufruitier: l'usager d'un troupeau ne pourra donc s'en servir que pour fumer ses champs. Toutefois, Ulpien, dans l'hypothèse où un droit d'usage sur un troupeau aurait été légué, accorde au légataire un peu de lait, par interprétation de l'intention du testateur (1). Adrien a aussi décidé, par interprétation, que le legs d'usage d'un bois taillis devait être assimilé à un droit d'usufruit (2). On interprétait de la même

(1) L. 4. § 2. D. 7. 8.
(2) L. 22. D. eod.

manière le legs d'usage de choses qui se consomment par le premier usage (1).

Du reste, l'usager d'un champ ou d'un jardin, qui a le droit de s'y promener à son gré, ne doit point gêner les travaux du propriétaire ou de l'usufruitier.

§ V. Sed si cui habitatio legata sive aliquo modo constituta sit, neque usus videtur, neque ususfructus, sed quasi proprium aliquod jus. Quam habitationem habentibus, propter rerum utilitatem, secundum Marcelli sententiam, nostra decisione promulgata, permisimus, non solum in ea degere, sed etiam aliis locare.

§ 5. Si un droit d'habitation appartient à quelqu'un, en vertu d'un legs ou de toute autre manière, ce ne sera ni un droit d'usage, ni un droit d'usufruit; mais un droit tout particulier. Conformément à l'opinion de Marcellus, et pour l'utilité de ceux qui ont ce droit, nous leur avons permis, par notre constitution, soit d'habiter eux-mêmes, soit de louer à d'autres.

* Le droit d'habitation, dont il est question dans ce paragraphe, est différent du droit d'usage d'une maison (2) : c'est un droit *sui generis* qui, dans l'origine, n'était pas même considéré comme une servitude personnelle; ce n'était pas un droit unique dont l'exercice continuât toute la vie de celui à qui il compétait; c'était un droit multiple, composé d'autant de droits que de jours de jouïssance; c'était plutôt un fait qu'un droit, un avantage quotidien plutôt qu'une abstraction juridique, qui se traduisait par des actes répétés. Si donc celui qui avait un droit d'habitation éprouvait une déchéance d'état, tant qu'il était *alieni juris* il perdait des jours de jouissance; mais s'il reconquérait son indépendance, sa *suitas*, il retrouvait les jouissances quotidiennes de l'avenir, qui n'avaient pu s'évanouir pendant sa déchéance d'état, puisqu'alors elles ne lui étaient pas encore acquises.

Ce droit *sui generis*, d'un caractère vague, ne doit l'originalité de son existence qu'à la circonstance qu'un testateur ou un donateur, s'étant ingénié, dans son désir de faire l'aumône, n'avait pu revêtir sa volonté d'une couleur précise.

Aussi, Marcellus, savant jurisconsulte, voulait-il que le droit d'habitation excédât les bornes du droit d'usage d'une maison, qu'il conférât la faculté de louer, faculté refusée à l'usager. Cette opinion fut érigée en loi par l'empereur Justinien.

§ VI. Hæc de servitutibus et usufructu et usu et habitatione dixisse

§ 6. Voilà ce que nous avions à dire des servitudes prédiales, de l'usu-

(1) L. 5. § 2. D. 7. 5.

(2) En droit français, le droit d'usage d'une maison ne diffère pas du droit d'habitation.

sufficiat. De hereditate autem et de obligationibus suis locis proponemus. Exposuimus summatim quibus modis jure gentium res acquiruntur : modo videamus, quibus modis legitimo et civili jure acquiruntur.

fruit, de l'usage et de l'habitation. Nous nous occuperons ailleurs de l'hérédité et des obligations. Jusqu'ici nous avons exposé sommairement les modes d'acquérir du droit des gens : il nous reste à parler maintenant des modes d'acquérir du droit civil.

Les titres III, IV et V, que nous venons de passer en revue et d'expliquer, sont les corollaires du titre II, où se trouvent définies les choses incorporelles. Nous avons vu qu'elles se divisent en droits personnels et en droits réels; l'explication des droits personnels est renvoyée au troisième livre, titre XIII, jusqu'au titre VI du livre quatrième. Nous avons développé tout ce qui concerne les droits réels, excepté l'hérédité, qui trouvera sa place du titre X du présent livre jusqu'au titre XIII du livre troisième. A l'occasion des droits réels, nous avons examiné toutes les manières d'acquérir du droit civil, à l'exception de l'usucapion; mais Justinien, dans son texte, n'a guère fait figurer que des moyens indirects d'acquérir ces droits, comme les pactes et les stipulations; la *in jure cessio* et la mancipation n'étaient plus, à son époque, que des souvenirs; l'adjudication est reléguée à un lieu plus éloigné, et un leg quelconque donne le droit réel, dans la législation qu'il a établie; de telle sorte que, reprenant la série d'idées qu'il a interrompue après le titre premier, il annonce qu'il va s'occuper des moyens d'acquérir du droit civil. Or, ces moyens se réduisent à un seul, l'usucapion; car les donations ne sont pas des moyens d'acquérir; la propriété n'est tranférée ici qu'autant qu'il y a eu tradition (moyen du droit des gens), ou tout autre équivalent.

## *Questions sur les servitudes.*

*Qu'est-ce qu'une servitude? pag.* 256 **. — Qu'est-ce qu'une servitude prédiale?* 255 **. — Comment se subdivisent les servitudes prédiales?* 260 **. — Quelles sont les diverses servitudes rurales?* 261 pr. — *Qu'est-ce que l'*iter? 261 1°. — *Qu'est-ce que l'*actus? 261 2°. — *Qu'est-ce que la* via? 262 **. — Quelles sont les diverses servitudes urbaines?* 262 § 1. — *En quoi consiste la servitude* oneris ferendi? 262 1°. — *La servitude d'égout?* 263 2°. — *La servitude de jour?* 263 3°. — *Que penser de la servitude* altius tollendi *ou* flumen non recipiendi? 263 **. — Pourquoi le droit de mener boire ses troupeaux sur le terrain d'autrui, ou d'y prendre du sable, ou d'y faire cuire de la chaux, est-il une servitude rurale?* 264 **. — Qu'est-ce que l'usufruit?* 266 **. — En quoi consiste le droit d'usufruit* 266 ***. — Quelles sont les servitudes qui peuvent s'établir par la mancipation?* 267 1°. — *A quelles servitudes s'appliquait la* in jure cessio? 267 2°. — *Comment les servitudes se constituaient-*

*elles par la loi?* 257 3°. — *Comment, par l'adjudication?* 268 4°. — *Comment, par une réserve?* 268 5°. — *Comment, par pactes et stipulations?* 269 6°. — *Sur quels objets pouvait se constituer l'usufruit?* 272 *. — *Comment cesse l'usufruit?* 273 *. — *Qu'entendez-vous par ces mots :* Non utendo per modum et tempus? 273, 3°. — *L'usufruit peut-il être cédé?* 274, 4°. — *Qu'est-ce que le droit d'usage?* 276 *. — *Quelle est sa nature?* 277 *. — *Que comporte le droit d'usage?* 277 **. — *Qu'est-ce que le droit d'habitation?* 278*.

## TITULUS VI.

### DE USUCAPIONIBUS ET LONGI TEMPORIS POSSESSIONIBUS.

## TITRE VI.

### DE L'USUCAPION ET DE LA POSSESSION DE LONG TEMPS.

* L'usucapion était un moyen de devenir propriétaire par une possession acquise et continuée avec des conditions déterminées par le droit civil.

** L'usucapion devait amener pour résultat la propriété quiritaire ; elle pouvait s'appliquer seulement aux meubles et aux immeubles corporels, susceptibles d'une propriété privée. Elle était donc étrangère à la libération des obligations soit de la personne, soit de la chose ; par conséquent elle ne pouvait faire disparaître les hypothèques dont pouvait être grevée la chose usucapée. Du reste elle ne pouvait produire l'extinction des servitudes prédiales ou personnelles ; car si celui qui avait droit à une servitude réelle ou personnelle pouvait la perdre *non utendo tantum*, comme il a été dit plus haut, l'extinction qui en était le résultat était produite, non par l'usucapion du possesseur de l'immeuble servant, mais par le non usage de l'ayant-droit.

De ces idées découle cette conséquence que celui qui avait usucapé une chose n'avait pu, par cela seulement, faire disparaître de cette chose les hypothèques ou autres droits réels qui l'affectaient. Il acquérait la propriété telle qu'elle était dans les mains de l'ancien propriétaire (1).

Quant aux immeubles de provinces, la propriété quiritaire en appartenait à l'empereur ou à l'état, et la propriété bonitaire aux habitants qui les possédaient en vertu de titres translatifs de propriété. Cette propriété bonitaire était une propriété proprement dite, d'après le droit des gens ; une propriété pérégrine par opposition à la propriété spécia-

(1) Ainsi, celui qui avait usucapé par deux ans l'immeuble grevé d'une hypothèque, avait encore besoin de huit années de possession pour prescrire contre cette hypothèque, si déjà, avant ces deux années, la prescription de dix ou vingt n'avait pas commencé. Au reste, il faut supposer, pour cela, que le possesseur était de bonne foi relativement à l'existence de l'hypothèque ; par conséquent elle ne pouvait être prescrite par le débiteur lui-même ni par ses héritiers. Il fallait dix ou vingt ans pour cette prescription, sans distinguer si l'hypothèque affectait un meuble ou un immeuble.

lement romaine, la quiritaire. Quiconque avait, sur l'un de ces fonds, la propriété bonitaire, avait une action réelle : ce ne pouvait être la revendication par la *sponsio*, puisqu'ici l'on imitait l'action *sacramenti*; or l'action de la loi *sacramenti* ne s'appliquait qu'à la propriété quiritaire : c'était peut-être la revendication par la formule pétitoire (1), ou, au moins, la publicienne, étendue par le magistrat (2).

Si, dans les provinces, quelqu'un avait acquis d'un non propriétaire bonitaire, il ne pouvait, par cela seul qu'il avait possédé, même de bonne foi et en vertu d'un titre translatif de propriété, exercer l'action publicienne utile pour recouvrer sa possession; car si l'on avait voulu l'assimiler au possesseur d'Italie qui était en voie d'usucapion, on ne l'avait fait que pour l'hypothèse où il avait acquis du vrai propriétaire bonitaire. Il n'avait donc aucune action réelle prétorienne pour recouvrer sa possession perdue (3); mais il l'avait (4) lorsqu'il avait été en possession pendant dix ans entre présents, et vingt ans entre absents. Il avait en outre une exception.

En effet, cette prescription était un moyen libératoire; elle l'affranchissait et de l'action publicienne utile du vrai propriétaire bonitaire, et des hypothèques ou servitudes, du chef du même propriétaire, qui grévaient sa possession (5). En cela la prescription de longtemps différait donc essentiellement de l'usucapion qui, si elle donnait la revendication, ne libérait ni des servitudes ni des hypothèques.

Cet avantage, pour celui qui se prévalait de la prescription *longi temporis*, dans les provinces, de pouvoir invoquer sa libération des servitudes et des hypothèques, était accordé aussi au possesseur d'un

---

(1) Voyez plus haut, p. 214, note 4.

(2) Il fallait bien que ce fût l'action publicienne étendue; car cette action n'avait été imaginée d'abord par le préteur que pour le possesseur en voie d'usucapion : or, le propriétaire bonitaire des provinces ne pouvait jamais usucaper. Voyez M. Pellat, l. c. p. 48. Ce savant professeur paraît penser que c'était l'action publicienne utile.

(3) Il aurait pu avoir tout au plus des interdits possessoires utiles; et même ces interdits possessoires étaient le seul moyen d'attaque accordé à celui qui, dans les provinces, avait acquis du vrai propriétaire, avant l'époque à laquelle on lui accorda l'action publicienne étendue ou utile. Voyez M. Pellat, l. c.

(4) L. 10. D. 8. 5. L. 8. C. 7. 39. M. Ortolan (*hic*) pense que le possesseur avait même la publicienne avant la prescription accomplie. Mais cela ne nous paraît pas admissible.

(5) Exception ou prescription présentaient la même idée vers le temps de Justinien. Dans l'ancien droit romain, la prescription était une restriction de l'action, mise en tête de l'*intentio* de la formule, à la requête du demandeur surtout, et du défendeur souvent. L'exception, au contraire, n'était jamais insérée que sur la requête du défendeur, et toujours à la fin de l'*intentio;* la prescription et l'exception avaient le même but, de restreindre l'*intentio* ; l'une et l'autre, dans les derniers temps, prirent indifféremment le nom d'exception ou de prescription; de là le nom de prescription donné à l'exception, opposée par le défendeur contre la revendication directe ou utile du demandeur. Voyez ce qui sera dit à ce sujet plus loin, au livre IV, titre des exceptions (13). Nous disons que la prescription *longi temporis* pouvait être opposée par le possesseur, même contre la revendication exercée en Italie, parce qu'il pouvait avoir intérêt à l'opposer, au lieu de l'usucapion, s'il ne lui était pas possible de prouver qu'il remplissait toutes les conditions voulues pour la propriété quiritaire : par exemple, s'il était pérégrin.

fonds d'Italie qui avait usucapé (1), parce que, outre son usucapion de la propriété, il avait, après dix ou vingt ans de possession, acquis la libération de ces droits, tant à l'égard des meubles qu'à l'égard des immeubles (2).

* L'usucapion s'accomplissait, pour les meubles, par un an; pour les immeubles, par deux ans; tandis que, pour les premiers, la prescription exigeait trois ans, et pour les immeubles dix ou vingt ans; dix ans lorsque le propriétaire et le possesseur résidaient dans la même province; vingt ans dans le cas contraire (3).

Justinien, empereur de Constantinople, ayant effacé toute différence entre les provinces et Rome ou l'Italie, ainsi qu'entre le droit civil et le droit prétorien, dut, tout en maintenant l'usucapion comme fondement, comme moyen d'acquérir la propriété, confondre ensemble la théorie de l'usucapion et celle de la prescription *longi temporis*, en transférant à cette matière les avantages de l'une et de l'autre institutions. Ainsi 1° la prescription fut un moyen d'acquérir la propriété proprement dite; 2° il fallut désormais trois ans pour les meubles et dix ou vingt ans pour les immeubles; 3° l'usucapion ou la prescription éteignait les droits réels comme la propriété elle-même; 4° les mêmes principes furent admis en Italie et dans les provinces.

** Cinq conditions sont exigées pour l'usucapion ou la prescription *longi temporis*, savoir : 1° la possession civile; 2° la possession continuée pendant un certain temps; 3° le juste titre; 4° la bonne foi; 5° la prescriptibilité de la chose possédée.

Pr. Jure civili constitutum fuerat, ut, qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, cum crediderit, eum dominum esse, rem emerit, vel ex donatione, aliave qua justa causa acceperit, is eam rem, si mobilis erat, anno ubique, si immobilis, biennio tantum in Italico solo usucapiat, ne rerum dominia in incerto essent. Et cum hoc placitum erat, putantibus antiquioribus, dominis sufficere ad inquirendas res suas præfata tempora, nobis melior sententia resedit, ne domini maturius suis rebus defrauden

Pr. Il avait été admis par le droit civil que, celui qui avait reçu un objet d'une personne qu'il croyait propriétaire, à titre d'achat, ou de donation, ou pour toute autre cause tendant à transférer la propriété, en devait devenir propriétaire, par une possession d'un an, partout, s'il s'agissait d'un meuble, et par une possession de deux ans, s'il s'agissait d'un immeuble d'Italie, et cela pour que la propriété ne restât pas incertaine. Les anciens avaient pensé que ce temps de possession suffisait pour

(1) L. 44. § 5. D. 41. 3.

(2) L. 3. 9. D. 44. 3.

(3) En droit français, pour la prescription acquisitive, avec bonne foi et juste titre, il faut dix ans, lorsque le propriétaire a son domicile dans le ressort de la cour royale de la situation de l'immeuble, vingt ans dans le cas contraire : peu importe le domicile du possesseur. C. C. 2265.

tur, neque certo loco beneficium hoc concludatur. Et ideo constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est, ut res quidem mobiles per triennium usucapiantur, immobiles vero per longi temporis possessionem (id est inter præsentes decennio, inter absentes viginti annis) usucapiantur, et his modis non solum in Italia, sed in omni terra, quæ nostro imperio gubernatur, dominia rerum, justa causa possessionis præcedente, acquirantur.

avertir les vrais propriétaires et les inviter à redemander leurs propriétés; mais, ne voulant pas que les propriétaires fussent aussi rapidement privés de leurs biens, et voulant étendre le bénéfice de l'usucapion à d'autres pays qu'à l'Italie, nous avons publié une constitution, d'après laquelle les meubles ne seront plus usucapés que par trois ans, et les immeubles par la possession de longtemps, c'est-à-dire, par dix ans entre présents, et vingt ans entre absents, tant en Italie que dans toute l'étendue de notre empire, pourvu que cette possession soit précédée d'une juste cause.

* L'usucapion était utile autrefois, même à celui qui avait acquis, par tradition, une chose *mancipi* du vrai propriétaire; car, jusqu'à l'accomplissement de l'usucapion, il n'était que propriétaire bonitaire (1). Depuis Justinien, la prescription ou l'usucapion (2) ne s'applique plus qu'aux choses acquises *a non domino*, avec d'autant plus de raison que toute différence est effacée entre les choses *mancipi* et les choses *nec mancipi*. Voyons quelles sont les conditions voulues pour la prescription ou l'usucapion.

I. Une possession avec l'intention d'être propriétaire (3).

II. Une possession continuée pendant un certain temps. Ce temps est déterminé ci-dessus.

Ici se placent les principes sur l'accession des possessions et sur l'interruption de l'usucapion.

1° Accession des possessions. — La plupart des textes qui parlent de l'accession des possessions, sont relatifs à l'interdit *utrubi*, dans lequel le triomphe était assuré à celui qui avait possédé pendant la plus grande partie de l'année (v. *infra*, liv. 4, tit. 15, § 4) (4). Mais il faut reconnaître qu'ils ont aussi leur application en matière d'usu-

---

(1) Gaius, II. 41. 45.

(2) Justinien donne plus spécialement le nom d'usucapion à l'acquisition des meubles par la possession continuée, et celui de possession de long temps relativement aux immeubles.

(3) Il faut se reporter à ce que nous avons exposé plus haut, p. 219, sur la théorie de la possession. Il faut : 1. que la chose soit susceptible de possession, 2. que celui qui veut usucaper soit capable de posséder. Ce que nous avons dit de la possession des parties d'une chose composée ou d'un tout s'applique à l'usucapion de ces mêmes parties ou de ce tout. L'usucapion ne peut commencer que quand a commencé la possession; elle est interrompue quand la possession est perdue.

(4) L. 13. D. 41. 2. L. 14. D. 44. 3.

capion. Or, quant à cette accession de possession, il faut distinguer entre les successeurs universels et les successeurs à titre particulier.

* A — En ce qui concerne les premiers, qu'ils soient héritiers civils ou héritiers prétoriens (*bonorum possessores*), ils continuent la personne de leur auteur, par conséquent, non-seulement ils peuvent, mais encore ils doivent identifier (1) leur possession avec celle de leur auteur, de telle sorte que, si leur auteur avait commencé à posséder de mauvaise foi, ils ne pourraient usucaper, quoiqu'eux-mêmes fussent de bonne foi et qu'ils ne voulussent faire partir l'usucapion que du moment où ils auraient commencé à posséder (2).

Il résulte également de là que, si leur auteur avait commencé à posséder de bonne foi, ils continueraient l'usucapion quoiqu'eux-mêmes fussent de mauvaise foi (3). Du reste il est bien entendu qu'il faut qu'un tiers n'ait pas possédé entre l'auteur et le successeur universel (4). La possession se continue d'elle-même pendant que l'hérédité est jacente, du moment qu'elle n'a pas été interrompue par l'un des événements qui constituent l'interruption: tellement que si, avant l'adition d'hérédité, et depuis le décès de l'auteur, l'usucapion avait été accomplie, l'héritier acquerrait, non une possession, mais une propriété (5).

** B. — En ce qui concerne les successeurs à titre particulier, ne continuant pas la personne de leur auteur, ils peuvent ne compter que leur possession; le vice de la possession de ce dernier n'entache pas la leur. Ils peuvent donc ne pas réclamer l'accession de la possession antérieure; mais ils peuvent la réclamer, s'ils y trouvent leur avantage. Dans le droit des Pandectes, cette règle n'était dictée que par l'équité (6); mais les empereurs Sévère et Antonin l'érigèrent en disposition législative (7). Pour que le bénéfice de cette disposition puisse être invoqué par le successeur à titre particulier, il faut: 1° qu'il ait une possession pouvant le conduire à l'usucapion (8); 2° que l'auteur ait été aussi *in conditione usucapiendi* (9); 3° qu'il n'y ait eu, entre la pos-

---

(1) Il y a des auteurs qui prétendent, à cause du § 12 de ce titre (*et in usucapionibus*), que ce principe était, avant Justinien, étranger à l'usucapion, et ne s'appliquait qu'à la *possessio longi temporis*; mais Justinien n'a pu se mettre en contradiction avec la L. 30. pr. D. 4. 6., et les LL. 15. pr. et 43. D. 41. 3.; Justinien, au § 7, a seulement voulu rappeler, pour sa nouvelle théorie de l'usucapion, un principe déjà en vigueur avant lui, tant pour l'usucapion que pour la possession de long-temps.

(2) H. t. § 12. L. 15. D. 41. 3. L. 11. D. 44. 3. L. 4. C. 7. 29. L. 11. C. 7. 32.

(3) H. t. § 12. L. 43. D. 41. 3. L. 2. § 19. D. 41. 4. L. un. C. 7. 31.

(4) L. 20. D. 41. 3. L. 6. § 2. D. 41. 4.

(5) LL. 20. 40. 44. § 3. D. 41. 3. L. 6. § 2. D. 41. 4. Les lois qui semblent contrarier cette solution se réfèrent seulement à l'interdit *utrubi*, ou bien au cas où le défunt n'avait pas possédé: L. 43 § 1. D. 41. 3. L. 13. § 4. D. 41. 2.

(6) L. 14. pr. D. 41. 3.

(7) Par un rescrit. Voyez *infra*, § 13.

(8) Un titre putatif, qui pourrait lui suffire pour l'usucapion, serait inutile pour l'accession de la possession. L. 2. § 16. D. 41. 4.

(9) L. 37. D. 19. 1. L. 13. § 1. D. 41. 2. L. 3. D. 44. 3. L. un. C. 7. 31. Ici, à la différence du

session de l'auteur et celle du successeur, ni interruption ni même intermittence (*vacuum tempus*) (1).

2° Interruption de la possession. — La possession est interrompue naturellement ou civilement.

Naturellement, — par tout moyen qui fait perdre la possession, conformément à ce qui a été dit plus haut, pag. 220. Si ensuite la possession est recouvrée, une nouvelle usucapion commencera son cours, en s'appuyant toutefois sur le même titre (2).

Civilement, — par une *litiscontestatio* produite par suite d'une demande en justice (3). Mais ceci n'est vrai que pour la possession de long-temps; car l'usucapion proprement dite continuait pendant le procès, de telle sorte qu'un défendeur pouvait, pendant le procès, accomplir l'usucapion, devenir propriétaire, aliéner irrévocablement la chose possédée, la grever de servitudes avant la condamnation, et rendre ainsi plus ou moins impossible pour le demandeur le recouvrement de sa chose. Seulement le fait d'aliénation du défendeur ne l'empêchait pas d'être condamné à des dommages et intérêts; car le juge, pour apprécier le bien fondé de la demande, se reportait à la *litiscontestatio* (4).

Il faut bien se garder de confondre l'interruption avec la suspension : celle-ci fait seulement dormir la prescription acquisitive (*præscriptio quiescens s. dormiens*); lorsque le sommeil est passé, l'usucapion reprend son cours, la possession ancienne continue sa marche et se lie à la possession future.

* III. Le *juste titre*. — On entend par *juste titre* l'événement qui tend à la translation de propriété, et qui l'opèrerait s'il émanait du vrai propriétaire. Il est appelé *justus*, parce que le droit civil (*jus*) y attache cet effet. Il y a autant de *justi tituli* qu'il y a de modes d'acquérir. Nous allons en passer en revue les principaux.

1° *usucapio pro herede*. — L'usucapion *pro herede*, d'après ce que

---

cas de succession universelle, si l'auteur n'était pas *in conditione usucapiendi*, il n'y aurait pas accession de sa possession; mais il pourrait y avoir une usucapion qui commencerait du chef du successeur.

(1) L. 13. § 1. D. 44. 3. Il est clair que les successeurs pourront s'aider de la possession, et de leur auteur immédiat et des auteurs précédents. En outre, si la chose aliénée retournait aux mains de l'auteur, par l'effet d'une condition résolutoire, il pourrait lui-même compter comme sienne la possession de son acquéreur. L. 13. § 2. D. 41. 2. L. 19. D. 41. 3. L. 6. § 1. D. 44. 3.

(2) L. 13. § 2. D. 41. 3. L. 7. § 4 D. 41. 4.

(3) La *litiscontestatio* a lieu au moment où le préteur accorde la formule pour aller devant le juge, et non lors de la *vocatio in jus*. C'est une vérité tellement vulgaire, que nous ne concevons pas comment il se fait qu'un auteur moderne croye l'avoir découverte.

(4) Le demandeur, dans la prévision de cette fraude de la part du défendeur, pouvait exiger une caution de celui-ci pendant le procès.

Maintenant que Justinien a réuni la possession de long-temps et l'usucapion dans la même théorie, doit-on admettre que l'interruption a lieu lors de la *litiscontestatio*? Vangerow, l. c. p. 541., est pour la négative, par ce motif que ce sont les principes de l'ancienne usucapion qui dominent. Dans tous les cas, même depuis Justinien, la seule *vocatio in jus* n'est pas inter-

nous apprend Gaius (1), était un moyen d'acquérir par un an de possession tout objet appartenant à une hérédité, meuble ou immeuble, de bonne ou de mauvaise foi (2). D'après un sénatus-consulte rendu sur la proposition d'Adrien, ce principe fut abrogé, en ce sens que les héritiers externes étaient obligés de restituer les choses usucapées ou non usucapées à l'héritier du sang, qui l'emportait sur eux par la pétition d'hérédité. L'usucapion *pro herede* avait encore un autre but avant Justinien, celui de donner au *bonorum possessor*, à l'héritier prétorien, le moyen de devenir propriétaire quiritaire par une possession annale. La *bonorum possessio*, sous Justinien, produisant la propriété quiritaire immédiatement, puisque le droit prétorien se confondait avec le droit civil, il ne reste plus d'application de l'*usucapio pro herede* que dans les cas suivants.

A. — Si l'héritier véritable possédait comme héréditaire une chose qui ne l'était pas, il pouvait l'usucaper. Mais il faut supposer que l'auteur ne l'avait pas possédée ; car, s'il l'avait possédée de bonne foi, l'héritier ne faisait que continuer l'usucapion avec le titre de son auteur ; si celui-ci l'avait possédée de mauvaise foi, l'héritier ne pouvait jamais l'usucaper.

B. —Lorsqu'une personne, n'étant pas héritière, croyait l'être, sans qu'on eût une faute à lui reprocher relativement à son erreur, ce qu'elle possédait à ce titre pouvait être usucapé par elle (3).

3° *Pro emptore.* — Usucapait ainsi celui qui, ayant acheté de celui qu'il croyait propriétaire et qui ne l'était pas, avait possédé la chose vendue pendant le temps requis. Il fallait que la bonne foi de l'acheteur existât et au moment du contrat, et au moment de la tradition (4).

Des textes prouvent que l'existence d'un *titulus* n'est pas indispen-

---

ruptive. M. Ortolan prétend que, sous Justinien, il n'y a plus de *litiscontestatio* (sur le § 13 de ce titre); mais voyez notre Zimmern, § 146.

(1) Gaius, II. 52 et suiv.

(2) Les Romains avaient permis cette usucapion de mauvaise foi, afin de déterminer les héritiers à accepter l'hérédité. Aussi, cette usucapion s'appelait-elle lucrative. Adrien, en modifiant ce principe, le maintint cependant lorsque l'héritier était nécessaire, parce que, étant investi de plein droit des biens héréditaires, il était plus coupable que tout autre de les abandonner.

(3) L. 33. § 1. D. 41. 3. On s'est demandé si une telle usucapion n'avait d'effet qu'à l'égard des tiers; mais il nous semble qu'elle produisait son effet même à l'égard de l'héritier véritable. Toutefois, il faut admettre les distinctions suivantes : 1. le Sc. d'Adrien (L. 20. § 6. D. 5. 3.) voulait que le possesseur, même de bonne foi, rendit à l'héritier véritable tout ce dont il s'était enrichi ; 2. l'héritier véritable devait obtenir du possesseur de bonne foi la chose héréditaire, comme si elle n'avait pas été usucapée. 3. l'*usucapio pro herede* ne protégeait pas, même sous Justinien, contre l'interdit *quorum bonorum*, ni par conséquent contre la pétition d'hérédité (L. 1. D. 43. 2.) tout en supposant la bonne foi dans le possesseur de l'hérédité qui ne possédait qu'en cette qualité ; 4. la possession de long-temps ne pouvait pas protéger davantage contre la pétition d'hérédité (L. 7. C. 3. 31., et L. 4. C. 7. 34.); 5. l'effet de l'*usucapio pro herede* n'a pas été tout-à-fait supprimé ; il ne l'a été qu'à l'égard de l'héritier véritable ; car, celui qui avait usucapé une hérédité, en aliénait valablement les biens, et pouvait les revendiquer contre les tiers.

(4) L. 48. D. 41. 3.

sable pour l'usucapion *pro emptore*, puisque, si je donne commission à quelqu'un de m'acheter une chose, et que celui-ci vienne m'en faire la remise en me faisant croire qu'il l'a réellement achetée, n'en ayant rien fait, je pourrai cependant l'usucaper. Il suffit donc ici que le possesseur ait la persuasion, quoique erronée, de l'existence du *titulus* (1); seulement il faut que l'erreur de fait soit excusable. Aussi, le texte du § 11 de ce titre suppose que l'erreur n'est pas excusable. Il en est de même des L. 27. D. 41. 3. L. 1. D. 41. 6. L. 6. D. 41. 7. L. 4. C. 7. 29. L. 5. C. 7. 33. Il est donc inutile de reconnaître une divergence d'opinions entre les jurisconsultes romains. Il y a cette différence entre l'usucapion *pro emptore* et l'usucapion *pro soluto*, que, dans le premier cas, le possesseur ne doit se tromper que sur l'existence du *titulus ;* s'il se trompait sur l'objet vendu, l'usucapion ne serait pas possible (2); tandis que le possesseur peut usucaper *pro soluto*, pourvu qu'il ignore qu'il reçoit l'*indebitum* (3). Comme l'usucapion *pro emptore* peut avoir lieu quoiqu'il n'y ait pas eu d'achat, par cela que l'erreur de l'acheteur est excusable, il est clair qu'elle produit ses effets lorsque le vendeur a acheté d'un impubère ou d'un fou, ignorant l'impuberté ou la folie (4). De même que la tradition émanée du vrai propriétaire ne transfère la propriété qu'autant que le prix a été payé (lorsque la vente est pure et simple), de même l'usucapion ne commencera pour l'acheteur qu'autant qu'il possèdera et qu'il aura payé le prix. Gaius émet une opinion contraire, mais seulement relativement à l'action publicienne (5).

3° *Pro donato.* — On usucape *pro donato* une chose, lorsqu'elle est livrée en exécution d'une donation nulle.

4° *Pro derelicto.*—Cette usucapion s'applique à une chose abandonnée réellement, mais par le non propriétaire (6).

5° *Pro legato.* —Je puis usucaper *pro legato* l'objet légué par le non-propriétaire, ou par le propriétaire lui-même, soit que le legs n'ait pas été fait valablement, soit qu'il ait été révoqué.

6° L'usucapion a lieu *pro dote* en faveur du mari qui a reçu en dot la chose d'autrui.

7° L'usucapion est *pro soluto*, non-seulement lorsque le débiteur a donné en paiement au possesseur une chose pour une autre, mais encore

---

(1) L. 11. D. 41, 4. L. 5. § 1. D. 41 10.
(2) L. 2. § 6. D. 41. 4.
(3) L. 48. D. 41. 3.
(4) L. 7. § 2. D. 6. 2. L. 13. § 1. D. 41. 3. L. 2. §§ 13. 16. D. 41. 4.
(5) L. 8. D. 6. 2.
(6) C'est ce que n'avait pas compris M. Ortolan, dans sa 2me édit., sur le § 6 de ce titre. Voyez LL. 6. 4. D. 41. 7.

lorsqu'il a exécuté, par la tradition de la chose d'autrui, toute autre obligation que celle qui résulte de la vente.

Enfin, toute usucapion est *pro suo*, parce qu'il faut, pour usucaper, posséder pour soi, *animo domini;* mais on donne cette qualification, d'une manière spéciale, à la possession qui n'a point pour base une autre cause déterminée (1).

IV. La bonne foi. — On entend par bonne foi la croyance raisonnable d'un possesseur qu'il est devenu propriétaire en vertu de son titre (*titulus*) d'acquisition. La bonne foi diffère évidemment du juste titre : celui-ci est un fait extérieur auquel prennent part deux parties, comme dans la vente, la donation, le *solutum;* celle-là est toujours personnelle à l'acquéreur seulement. D'un autre côté, le titre putatif donne droit à l'usucapion *pro emptore* seulement. Il n'est donc pas exact de dire que les conditions du *justus titulus* et de la bonne foi n'en font qu'une, qu'il suffit de la bonne foi pour usucaper.

On a cru qu'avant Justinien la bonne foi était exigée pendant toute la possession, tandis qu'elle n'aurait été exigée qu'au commencement pour la prescription *longi temporis*, et que ce serait Justinien qui aurait rendu cette dernière règle générale (2); mais c'est une erreur d'autant plus grave, que, dans l'origine, du moins, l'usucapion n'exigeait pas la bonne foi, pour le cas de l'usucapion *pro herede* et pour d'autres cas (3).

Il suffit que la bonne foi ait existé au commencement, pour l'usucapion: peu importe la mauvaise foi survenue depuis; mais, pour l'acquisition des fruits par un possesseur, il faut qu'il soit de bonne foi à chaque perception, parce qu'ici il y a autant d'acquisitions différentes que de perceptions; de telle sorte qu'il pourrait se faire que le possesseur eût usucapé un fonds, et fût cependant exposé à la revendication des fruits qu'il aurait perçus avec une mauvaise foi survenue depuis le commencement de la possession. Il y en a qui ont osé soutenir le contraire, par

---

(1) La question de savoir si l'on peut usucaper *ex causa judicati* est très débattue. Voyez Don., Com. V. c. 14. § 13, et Unterholzner, I. p. 400. D'abord, si, dans une action personnelle, un défendeur a été condamné et a payé la chose d'autrui, le demandeur usucapera *pro soluto :* cela ne fait aucun doute; de même, si, dans l'action en revendication, le défendeur a été mal à propos considéré comme ayant usucapé pendant l'instance, la chose possédée n'appartenant ni au demandeur ni au défendeur, lorsque celui-ci en fera la tradition au demandeur en exécution du *jussus* du juge, ce dernier pourra l'usucaper. Enfin, ce qui ne fait pas encore de doute, c'est que, si le défendeur est absous, cette absolution ne pourra lui servir de titre pour l'usucapion; car il a seulement été jugé que le demandeur n'était pas propriétaire, ou n'avait pas prouvé sa prétention. La controverse se réduit donc à l'hypothèse où un demandeur en revendication, n'ayant aucun titre pour l'usucapion, ni, à plus forte raison, pour la propriété, aurait eu l'heureuse chance de triompher : or, il nous semble que la sentence qu'il a obtenue lui servira de titre à l'usucapion, pourvu toutefois qu'il croie que le défendeur, dont il a triomphé, était propriétaire. Voyez Vangerow, l. c. p. 528–529. L. 3. § 1. L. 5. L. 7. pr. D. 6. 2.

(2) Mühlenbruch, § 264. note 8.

(3) Gaius, II. 59–61.

la raison que l'usucapion aurait un effet rétroactif au jour ou la possession aurait commencé ; mais cette bizarre opinion dévoile l'ignorance complète des principes, et ne mérite aucune réfutation.

Lorsque la possession a été acquise par un représentant, relativement à la bonne foi, il faut distinguer si le représentant a pu acquérir la possession à notre insu ou non. Dans le premier cas, il suffit de sa bonne foi au moment de la prise de possession : par exemple, lorsqu'un esclave ou un fils acquiert *peculiari nomine*, ou lorsque le tuteur acquiert pour son pupille (1). Toutefois si le maître ou le père a connaissance de la prise de possession, il faut qu'il soit aussi de bonne foi à ce moment, tandis que, s'il n'en a connaissance qu'après, peu importe sa mauvaise foi (2). Dans le second cas, il faut la bonne foi du représenté.

V. Il faut que la chose soit susceptible d'usucapion.

§ I. Sed aliquando, etiamsi maxime quis, bona fide rem possederit, non tamen illi usucapio ullo tempore procedit, veluti, si quis liberum hominem vel rem sacram vel religiosam vel servum fugitivum possideat.

§ 1. Quelquefois le possesseur, quelles que soient sa bonne foi et la durée de sa possession, ne peut pas usucaper : par exemple, s'il possède un homme libre, une chose sacrée ou une chose religieuse, ou bien un esclave fugitif.

§ II. Furtivæ quoque res, et quæ vi possessæ sunt, nec si prædicto longo tempore bona fide possessæ fuerint, usucapi possunt. Nam furtivarum rerum lex duodecim tabularum et lex Atinia inhibet usucapionem; vi possessarum lex Julia et Plautia.

§ 2. Les choses furtives, ou celles dont la possession a été obtenue par violence, ne peuvent être usucapées, quoique possédées de bonne foi pendant les délais ci-dessus fixés : car l'usucapion des choses furtives est prohibée par la loi des Douze Tables et la loi Atinia, et celle des choses possédées par violence, en vertu de la loi Julia et Plautia.

§ III. Quod autem dictum est, *furtivarum et vi possessarum rerum usucapionem per legem prohibitam esse*, non eo pertinet, ut ne ipse fur, quive per vim possidet, usucapere possit (nam his alia ratione usucapio non competit, quia scilicet mala fide possident) ; sed ne ullus alius, quamvis ab eis bona fide emerit, vel ex alia causa acceperit, usucapiendi jus

§ 3. Quand on dit que les choses furtives, ou possédées par violence, ne peuvent être usucapées, ce n'est pas seulement par le voleur ou le possesseur violent (car il y a pour eux un autre motif d'empêcher l'usucapion, c'est-à-dire, la mauvaise foi) ; mais on entend parler de tout autre qui en aurait fait l'acquisition, même de bonne foi, par achat ou autre-

(1) L. 8. pr. L. 31. § 3. L. 43. § 1. L. 47. D. 41. 3. L. 2. § 10-14. L. 7. § 8. D. 41. 4.
(2) L. 2. § 13. D. 41. 4.

habet. Unde in rebus mobilibus non facile procedit, ut bonæ fidei possessori usucapio competat. Nam qui alienam rem vendidit, vel ex alia causa tradidit, furtum ejus committit.

ment. Aussi est-il difficile de rencontrer des hypothèses où les meubles puissent être usucapés par un possesseur de bonne foi. Car celui qui, par suite de vente ou autrement, a livré la chose qu'il savait appartenir à autrui, a commis un vol.

§ IV. Sed tamen id aliquando aliter se habet. Nam, si heres rem defuncto commodatam, aut locatam, vel apud eum depositam, existimans hereditariam esse, bona fide accipienti vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, quin is, qui accepe-rit, usucapere possit, dubium non est, quippe ea res in furti vitium non ceciderit, cum utique heres, qui bona fide tanquam suam alienaverit, furtum non committit.

§ 4. Cependant il y a des cas où il en est autrement. Par exemple, si un héritier, trouvant une chose qui a été prêtée ou louée à son auteur, ou déposée chez celui-ci, et croyant qu'elle faisait partie des biens héréditaires, l'a livrée à un acquéreur de bonne foi, pour cause de vente, ou de donation, ou de constitution de dot, cet acquéreur pourra indubitablement l'usucaper; en effet, cette chose n'est pas infectée du vice de vol, puisque l'héritier, qui a entendu l'aliéner comme étant sienne, n'a pas commis de vol.

§ V. Item si is, ad quem ancillæ ususfructus pertinet, partum suum esse credens, vendiderit, aut donaverit, furtum non committit. Furtum enim sine affectu furandi non committitur.

§ 5. De même si l'usufruitier d'une femme esclave, croyant que le part de celle-ci lui appartient, l'a vendu ou donné, il ne commet pas de vol: car il n'y a pas vol sans intention frauduleuse.

§ VI. Aliis quoque modis accidere potest, ut quis sine vitio furti rem alienam ad aliquem transferat, et efficiat ut a possessore usucapiatur.

§ 6. Il y a d'autres hypothèses où quelqu'un, sans commettre un vol, peut livrer la chose d'autrui, et mettre le possesseur en voie d'usucapion.

§ VII. Quod autem ad eas res, quæ solo continentur, expeditius procedit. Ut, quis loci vacantis possessionem, propter absentiam aut negligentiam domini, aut quia sine successore decesserit, sine vi nanciscatur. Qui, quamvis ipse mala fide possidet (quia intellegit, se alienum fundum occupasse), tamen, si alii bona fide accipienti tradiderit, poterit ei longa possessione res acquiri, quia neque furtivum, neque vi pos-

§ 7. Pour les immeubles; l'usucapion a lieu plus facilement. Ainsi quelqu'un peut avoir acquis la possession, sans violence, d'un immeuble qui se trouvait vacant par suite de l'absence ou de la négligence du propriétaire, ou parce que celui-ci était mort sans héritier. En supposant même qu'il soit de mauvaise foi, c'est-à-dire, qu'il sache posséder le bien d'autrui, s'il le livre à un acquéreur de bonne foi, celui-ci

sessum accepit; abolita est enim quorundam veterum sententia, existimantium, etiam fundi locive furtum fieri, et eorum, qui res soli possident, principalibus constitutionibus prospicitur ne cui longa et indubitata possessio auferri debeat.

en deviendra propriétaire par une longue possession, parce que c'est un bien qui n'est ni furtif, ni possédé par violence : on a, en effet, abandonné l'opinion de certains jurisconsultes anciens, qui pensaient qu'un immeuble était susceptible d'être volé : et les constitutions impériales ont pourvu à ce que ceux, qui ont possédé des immeubles pendant de longues années, et d'une manière non équivoque, ne fussent pas dépouillés de leur possession.

§ VIII. Aliquando etiam furtiva vel vi possessa res usucapi potest; veluti si in domini potestatem reversa fuerit. Tunc enim, vitio rei purgato, procedit ejus usucapio.

§ 8. Quelquefois il arrive qu'une chose furtive, ou possédée par violence, peut être usucapée ; c'est lorsqu'elle est retournée en la puissance du propriétaire. Car, alors le vice qui l'infectait étant purgé, elle redevient susceptible d'usucapion.

§ IX. Res fisci nostri usucapi non potest. Sed Papinianus scripsit, bonis vacantibus fisco nondum nuntiatis, bona fide emptorem sibi traditam rem ex his bonis usucapere posse; et ita divus Pius, et divi Severus et Antoninus rescripserunt.

§ 9. Les choses de notre fisc ne peuvent être usucapées. Mais Papinien a écrit que des biens vacants, qui n'ont pas encore été dénoncés au fisc, peuvent être usucapés par un acheteur de bonne foi à qui en a été faite la tradition ; et il a été ainsi décidé par Antonin-le-Pieux, Sévère et Antonin.

§ X. Novissime sciendum est, rem talem esse debere, ut in se non habeat vitium, ut a bona fide emptore usucapi possit, vel qui ex alia justa causa possidet.

§ 10. En un mot, pour qu'une chose puisse être usucapée par un possesseur de bonne foi, qui l'a acquise par vente ou par tout autre juste titre, il faut qu'elle soit exempte de vice.

*. L'usucapion devant conduire à la propriété, elle ne peut s'appliquer : 1° aux choses non susceptibles de propriété, telles que les choses sacrées, religieuses et saintes, ou les hommes libres (§ 1);

2° A d'autres choses rendues non susceptibles d'usucapion, par suite d'un privilége attribué aux choses elles-mêmes ou à la personne du propriétaire.

A. Choses non susceptibles d'usucapion par un privilége attribué aux choses elles-mêmes. — Elles sont au nombre de neuf.

*a.* —Celles qui font partie du pecule adventice régulier d'un fils de famille (L. 1. C. 6. 60. L. 4. C. 6. 61. L. 1, § 2. C. 7. 40.) (1).

*b.* —Les choses appartenant à un ascendant et qui, à cause des secondes noces, passent dans la propriété des enfants du précédent mariage (Nov. 22. C. 24.) (2).

*c.* —Le fonds dotal possédé par un tiers, depuis la constitution de dot (3), et ce, en vertu de la loi *Julia*.

*d.* —Les choses volées, d'après la loi des Douze Tables, et la loi Atinia décrétée vers le milieu du sixième siècle de la fondation de Rome (§§ 2, 3. h. t. Gaius II. 45. 49). Dans ces choses on doit comprendre l'esclave fugitif de notre paragraphe premier. Mais on en doit exclure les produits d'une chose volée, à moins qu'ils n'aient été perçus par un possesseur de mauvaise foi; car alors ils seraient eux-mêmes volés (L. 4. § 19. L. 10. § 2. L. 33. pr. L. 4 § 19. D. 41. 2. L. 26. D. 45 1) (4).

* Le vice de la furtivité est purgé (§ 8. h. t.) lorsque la chose volée retourne en la possession du propriétaire lui-même, comme sienne; si la possession en était recouvrée par le représentant du propriétaire, le vice ne serait purgé que lorsque le propriétaire aurait connaissance de ce recouvrement : mais cette connaissance n'est pas nécessaire si le propriétaire a ignoré le vol (L. 4. § 7. D. 41. 3) (5).

De ce que le vice est purgé lorsque la chose volée retourne au pouvoir du propriétaire, il résulte que, si le propriétaire vole sa propre chose à l'usufruitier, ou au créancier gagiste, etc., elle est susceptible d'usucapion (6).

Ainsi ce n'est pas seulement le voleur qui ne peut usucaper la chose volée; car, quant à lui, un autre motif s'oppose à l'usucapion, sa

---

(1) Après la dissolution de la puissance paternelle, l'usucapion pouvait commencer. La Novelle 22. C. 24. ne s'oppose pas à cette opinion.

(2) Dans ce cas, la dissolution de la puissance paternelle ne faisait pas commencer l'usucapion.

(3) Si l'usucapion avait commencé auparavant, elle continuait pendant le mariage (L. 16. D. 23. 5.) Justinien a décidé que toutes les choses dotales, mobilières ou immobilières, estimées ou non estimées, pourraient être l'objet de l'action en revendication ou hypothécaire, quelque longue qu'en eût été la possession; que la prescription ne pourrait commencer à leur égard qu'à partir de l'époque où la femme pourrait agir, par conséquent à partir de la dissolution du mariage ou de l'insolvabilité du mari. (L. 30. C. 5. 12.)

(4) Quant aux enfants d'une esclave ou aux petits d'un animal, ils sont furtifs par cela seul qu'ils se sont trouvés, non encore nés, dans les mains du voleur de la mère : peu importe qu'ils soient nés en la puissance d'un possesseur de bonne foi. Mais cette rigueur ne s'étend pas au cas où ils se seraient trouvés, non encore nés, dans les mains des héritiers du voleur. (L. 10. § 2. D. 41. 3. L. 48. § 5. D. 47. 2.)

(5) La même distinction doit être admise lorsque c'est le représentant lui-même qui a commis le vol : si le vol a été connu du propriétaire, le replacement de la chose dans l'état antérieur doit être connu du propriétaire, pour que le vice soit purgé; *secus* dans le cas contraire. (L. 4. § 10. D. 41. 3.)

(6) L. 20. § 1. D. 47. 2. L. 4. § 21. D. 41. 3.— La L. 6 C. 7. 26, doit s'entendre d'un créancier qui a donné en gage la chose d'autrui.

Lorsque la chose a été volée à un autre qu'au propriétaire, par exemple, à l'usufruitier, le

mauvaise foi; mais tout autre possesseur même de bonne foi. Aussi est-il difficile de rencontrer des hypothèses où l'usucapion des meubles soit possible, puisque celui qui vend la chose d'autrui, le sachant, ou la livre pour toute autre cause, commet un vol. Toutefois, si un héritier, regardant comme héréditaire un meuble qui avait été prêté à son auteur, le vend, il ne commet pas de vol ; car il n'a pas *l'affectus furandi* ; l'acheteur de bonne foi pourra l'usucaper (1). De même si l'usufruitier d'une esclave, lequel croit à tort avoir droit aux enfants de cette esclave, les livre par suite d'une cause translative de propriété, il ne les vole pas, et celui, qui en a acquis la possession de bonne foi, les usucape (§§ 4, 5 et 6 h. t.).

*e.* — Les immeubles possédés par violence, d'après la loi Julia et Plautia (§ *in fine*, h. t.) (2). Ce vice est purgé de la même manière que le vice de vol (§ 8. h. t. (3).

*f.*—Si un héritier aliéne un objet légué, soit purement, soit sous condition, le légataire pourra le revendiquer entre les mains du tiers-possesseur, quelle qu'ait été la durée de la possession de l'acquéreur : mais cette imprescriptibilité n'a été établie que par Justinien (4).

*g.* — D'après la loi *Julia repetundarum*, sont imprescriptibles toutes les choses données à un gouverneur de province à l'occasion de ses fonctions. Le vice qui les entâche est aussi purgé par le retour de ces choses en la puissance du propriétaire (5).

*h.*—Les matériaux d'autrui, employés à une construction, ne peuvent être usucapés par le propriétaire de la construction, par cette raison particulière que le propriétaire des matériaux n'a pu les faire séparer

---

vice de vol est purgé lorsqu'elle est retournée aux mains de l'usufruitier. (L. 49. D. 41. 3.) La L. 4. § 6. D. 41. 3., qui exige, pour cette hypothèse, le retour aux mains du propriétaire, suppose que l'usufruit était éteint depuis le vol.

Il y a retour entre les mains du propriétaire : 1. lorsqu'il en a tellement recouvré la possession *ut avelli non possit* (L. 4. § 12. D. 41. 3.) ; et il faut même qu'il sache qu'elle lui appartient, et qu'elle lui avait été volée (L. 4. § 12. cit. L. 7. § 7. D. 41. 4. L. 86. D. 47. 2.) ; 2. s'il est à même de pouvoir en recouvrer la possession (L. 215. D. 50. 16.) ; 3. Lorsqu'il a consenti à l'aliéner au voleur ou au possesseur. (L. 4. §§ 13. 14. L. 52. pr D. 41. 3. L. 84. D. 47. 2.) Il est probable qu'il en doit être de même lorsque la chose est devenue la propriété du possesseur, même sans la volonté du propriétaire, excepté dans le cas de spécification. (L. 4. § 20. D. 41. 3.)

(1) L'héritier ne pourrait pas l'usucaper; car il continue nécessairement la possession précaire de son auteur.

(2) C'est la loi Plautia *de vi* dont parle Cicéron, pro Milone. 13. ad famil. VIII. 8., et c'est de la loi Julia *de vi* que traite le Digeste, 48. 7. Voyez Gaius, II. 45.

(3) L. 33. § 2. D. 41. 3. L. ult. D. 47. 8. L. 3. C. 7. 26. Au reste, ce qui est dit de l'immeuble possédé par violence ne s'applique pas à l'immeuble *perdu* par suite d'une violence. (L. 4. § 22. L. 33. § 2. D. 41. 3.) ; cela ne s'applique pas non plus à un immeuble vendu par un possesseur de mauvaise foi ; car on ne vole pas les immeubles. Mais Justinien, dans sa Nov. 119. C. 7., déclare un tel immeuble imprescriptible, à moins que le propriétaire n'ait eu connaissance de ce fait ; et s'il acquiert cette connaissance depuis la vente, le vice est purgé.

(4) L. 3. § 3. C. 6. 43.

(5) L. 8. D. 48. 11. L. 48. D. 41. 1.

pour se les faire restituer (*contra non valentem agere non currit prescriptio*, L. 7. § 11. D. 41. 1. L. 23. § 2. D. 41. 3).

*i.* — D'après la loi des Douze Tables, les *quinque pedes*, qui séparaient une propriété d'une autre, ne pouvaient être usucapés (Cic. de leg. I. 21.) (1).

Il ne reste plus qu'une observation à faire sur cette matière. Souvent on regarde comme inséparables les deux idées de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité : mais cela n'est pas toujours vrai; en effet, une chose litigieuse ne peut être aliénée, et cependant elle peut être acquise par la possession de long temps (L. 1. C. 7. 33).

B. Choses non susceptibles d'usucapion par un privilège attribué à la personne du propriétaire.

Ne peuvent être usucapées :

*a.* —Les choses du fisc : mais quant aux biens appartenant à une succession vacante, ils sont susceptibles d'usucapion, tant qu'ils n'ont pas été déclarés au fisc par les agents de celui-ci (§ 9. t.). On place sur la même ligne les biens du prince (L. 6. C. 11. 61. C. 7. 38);

*b.* — Les immeubles appartenant aux églises et aux établissements religieux (Nov. 112. C. 1. Nov. 131. C. 6);

*c.* — Les biens appartenant aux cités (L. 9. D. 41. 3. L. 12. §. 2. D. 6. 2) (2);

*d.* —Les biens des mineurs et des pupilles, d'après l'opinion dominante, ne peuvent être usucapés. Mais le contraire est mieux fondé. Car, avant Justinien, ils pouvaient l'être. On n'en exceptait que les biens protégés spécialement par des lois (3).

Les biens des fous et des absents n'étaient pas non plus à l'abri de l'usucapion (4).

§ XI. Error autem falsæ causæ usucapionem non parit. Veluti, si quis, cum non emerit, emisse se existimans, possideat; vel, cum ei donatum non fuerat, quasi ex donatione possideat.

§ 11. L'erreur fondée sur une fausse cause ne produit pas d'usucapion. Telle est l'erreur de celui qui possède croyant qu'il a acheté, ce qu'il n'a pas fait, ou croyant qu'on lui a fait une donation qui n'a pas existé.

---

(1) Voyez L. 6. C. 3. 39. L. 3. C. eod.

(2) Quelques auteurs pensent qu'ils peuvent être prescrits pas trente ans, à cause de Paul. Sent. V. 2. 4., et de la L. 1. fin. C. 7. 33. Mais, sous Justinien, ils étaient entièrement imprescriptibles, dans tous les cas.

3) Ainsi s'expliquent les L. 10. D. 8. 6., et L. 48, pr. D. 41. 1., en supposant, pour cette dernière loi, qu'au lieu de *pupilli*, on ne doive pas lire *populi*, comme le font penser les Basiliques. Quant à la prescription *longi temporis*, elle ne pouvait courir pendant la minorité (L. 5. C. 7. 35.); mais, depuis Justinien, la prescription de long-temps fut, à ce sujet encore, régie par les principes de l'usucapion. En vain invoque-t-on, contre cette dernière opinion, la L. 5. C. 2. 41.; car cette loi ne concerne que la prescription libératoire. Le seul remède qui restait aux pupilles ou mineurs contre l'usucapion, était la restitution en entier.

(4) L. 7. C. 7. 35. L. 1. § 2. C. 7. 40. L. 5. C. 7. 34.

Voyez *supra*, pag. 287.

§ XII. Diutina possessio, quæ prodesse cœperat defuncto, et heredi et bonorum possessori continuatur, licet ipse sciat prædium alienum; quod si ille initium justum non habuit, heredi et bonorum possessori, licet ignoranti, possessio non prodest. Quod nostra constitutio similer et in usucapionibus observari constituit, ne tempora continuentur.

§ 12. Une longue possession, qui avait commencé utilement pour un défunt, continue à valoir pour son héritier ou son possesseur de biens, quoique cet héritier ou possesseur sache que la chose possédée appartient à autrui. Si, au contraire, le défunt a commencé à posséder d'une manière vicieuse, la continuation de la possession ne pourra être utile à l'héritier ou au possesseur, lors même qu'il serait de bonne foi. Nous avons décidé, dans notre constitution, que ces règles sur la continuation de la possession s'appliqueraient à l'usucapion.

Voyez *supra*, pag. 284.

§ XIII. Inter venditorem quoque et emptorem conjungi tempora, divus Severus et Antoninus rescripserunt.

§ 13. Les empereurs Sévère et Antonin ont décidé par un rescrit que la possession du vendeur accéderait aussi à celle de l'acheteur.

L'acquéreur de bonne foi peut aussi ajouter à sa possession celle de son vendeur, si celui-ci a été lui-même de bonne foi, ainsi que l'ont décidé les empereurs Sévère et Antonin. Mais si le vendeur avait été de mauvaise foi, l'acquéreur de bonne foi pourrait ne compter que sa possession pour arriver à l'usucapion. Voyez *supra*, pag. 284.

§ XIV. Edicto divi Marci cavetur, eum, qui a fisco rem alienam emit, si post venditionem quinquennium præterierit, posse dominum rei per exceptionem repellere. Constitutio autem divæ memoriæ Zenonis bene prospexit his, qui a fisco per venditionem vel donationem vel alium titulum aliquid accipiunt; ut ipsi quidem securi statim fiant, et victores existant, sive conveniantur, sive experiantur; adversus sacratissimum autem ærarium usque ad quadriennium liceat intendere his, qui pro dominio vel hypotheca earum rerum, quæ alienatæ sunt, putaverint sibi quasdam competere actiones. Nostra

§ 14. Un édit de Marc-Aurèle dispose que celui qui a acheté du fisc la chose d'autrui, s'il s'est écoulé cinq ans depuis la vente, peut repousser le propriétaire de cette chose par une exception. Mais une constitution de l'empereur Zénon est venue au secours de ceux qui reçoivent du fisc une chose, à titre de vente, ou de donation, ou autre titre équivalent: elle décide qu'ils seront immédiatement à l'abri de tout trouble, et qu'ils triompheront, soit comme défendeurs, soit comme demandeurs: seulement elle réserve, pendant quatre ans, contre notre trésor sacré, leurs actions à ceux qui croiraient

autem divina constitutio, quam nuper promulgavimus, etiam de his, qui a nostra vel venerabilis augustæ domo aliquid acceperint, hæc statuit, quæ in fiscalibus alienationibus præfatæ Zenonianæ constitutionis continentur.

avoir sur la chose aliénée, un droit de propriété ou un droit d'hypothèque. Une constitution émanée de nous étend, aux aliénations faites par notre maison ou par celle de notre auguste épouse, le privilége assuré par Zénon aux aliénations faites par le fisc.

*Marc-Aurèle, par un édit, a décidé que celui qui, ayant acheté du fisc la chose d'autrui, l'aurait possédée cinq ans, pourrait repousser l'action en revendication du vrai propriétaire par une exception. Mais là s'arrête le privilége accordé par l'empereur : un tel acquéreur, s'il avait perdu la possession, n'avait pas d'action réelle contre un tiers-possesseur (1).

**Zénon est allé plus loin. 1° Il s'est occupé non seulement d'un acheteur, mais d'un acquéreur à quelque titre que ce fût; 2° il a accordé à l'acquéreur, du moment où il avait été mis en possession, non seulement une exception contre le vrai propriétaire, mais encore l'action en revendication contre les tiers. Toutefois il permettait au propriétaire, ainsi dépouillé par l'aliénation du fisc (*ærarium* ou *fiscus* présentent alors la même idée) une action en dommages et intérêts pendant quatre ans; il accordait la même action, et dans le même délai, au créancier hypothécaire dont l'hypothèque avait disparu par suite de cette aliénation.

Enfin Justinien a étendu les mêmes principes aux aliénations de la chose d'autrui, opérées par la maison particulière de l'empereur ou celle de l'impératrice.

## APPENDICE.

Dans la L. 8. §. 1. C. 7. 39, où il s'occupe de la prescription de trente ou quarante ans, Justinien transforma cette prescription, qui autrefois ne procurait qu'une exception contre l'action en revendication, en un véritable moyen d'acquérir la propriété, pourvu que la possession eût été de bonne foi. Mais ici ce ne seront point les principes de l'usucapion qu'il faudra appliquer en général, comme pour la prescription de dix ou vingt ans.

---

(1) Cet édit ne s'appliquait pas aux biens des mineurs de vingt-cinq ans, et il était relatif à des choses qui, vendues par d'autres que le fisc, n'auraient produit aucun droit au possesseur : par exemple, aux choses non susceptibles d'usucapion. Il est évident qu'il était étranger aux choses susceptibles d'usucapion, puisque, d'une part, elles auraient pu être usucapées par un ou deux ans, si elles avaient été vendues par un citoyen romain; à plus forte raison, si elles avaient été vendues par le fisc, toujours favorisé. Mais il est inexact de dire, comme M. Ortolan (*hîc*), qu'il pouvait s'appliquer aux immeubles des provinces; car là personne ne pouvait être *dominus rei* : or, notre texte parle d'un *dominus rei*.

Il existe encore d'autres différences entre cette dernière et la prescription de trente ou quarante ans.

1° Celle-ci s'appliquait à toutes les choses qui n'étaient pas *extra commercium*, à l'exception de celles au sujet desquelles on n'aurait pu autrefois invoquer la prescription extinctive, par exemple, les biens d'un pupille protégés spécialement par une loi prohibitive (1), les biens dotaux, les matériaux employés à la maison d'autrui, les choses comprises dans un pécule adventice régulier;

2° Elle n'exigeait pas de *titulus*;

3° Elle ne commençait à courir que du moment où était né le droit de revendication pour le propriétaire. Ainsi, si je possédais par un tiers, mon usucapion ne commençait que lorsque j'avais connaissance de la prise de possession, tandis que la prescription ordinaire de trente ou quarante ans aurait couru à mon profit dès l'instant que mon représentant avait acquis la possession;

4° Le dernier jour des trente ou quarante ans devait être entièrement écoulé, puisque la prescription *longissimi temporis*, quoique maintenant acquisitive, était régie par les anciens principes de la prescription libératoire; et par conséquent elle était interrompue, comme la prescription des actions perpétuelles, par une *conventio* (2).

## TITULUS VII.

### DE DONATIONIBUS.

## TITRE VII.

### DES DONATIONS.

* *Dare* signifie transférer la propriété. La *datio*, ou translation de propriété, qui est fondée sur une cause antérieure, a lieu *solvendi animo*; elle suppose une obligation préexistante. Si elle est déterminée par une cause future, qui doit se réaliser plus tard, elle a pour but, non d'éteindre, mais de créer une obligation. Alors la *datio* est faite *contrahendi animo*. Si, au contraire, la *datio* n'est fondée ni sur l'intention d'éteindre une obligation préexistante, ni sur l'intention de faire naître une obligation qui soit envisagée comme cause, c'est une *donation* (3).

Telle était l'idée qu'on se faisait, dans le droit classique, de la donation; elle était une translation de propriété (*datio*) avec l'intention, de la part du donateur, de ne pas se constituer un équivalent, une obligation (*donandi animo*).

Outre cette translation de propriété *animo donandi*, on appelle aussi donation l'obligation de transférer la propriété *animo donandi* : ici il y a un lien constitué à titre gratuit, un droit personnel créé, auquel s'est déterminé le donateur sans cause préexistante ou future. Si cette

---

(1) On n'en exceptait pas de même les biens d'un mineur.

(2) Voyez notre Zimmern, p. 436.

(3) C'est un *dare, quo nec contrahitur obligatio, nec distrahitur*. L. 65. § 4. D. 36. 1. L. 49. D. 46. 3.

obligation naît d'un simple pacte, elle n'est point parfaite, en ce sens que l'ayant droit, le donataire, n'a pas d'action : mais si cette obligation naît d'un contrat, elle est une donation parfaite, en ce sens qu'il y a action civile pour le donataire. C'est surtout sous ce second rapport que la donation sera envisagée dans ce titre.

Pr. Est etiam aliud genus acquisitionis, donatio. Donationum autem duo genera sunt : mortis causa, et non mortis causa.

Pr. La donation est aussi un mode d'acquérir. Il y en a deux espèces : la donation à cause de mort, et la donation non à cause de mort.

* Il y a une division générale des donations : elles sont ou *mortis causa*, ou entre vifs.

I. Des donations *mortis causa*.

§ I. Mortis causa donatio est, quæ propter mortis fit suspicionem : cum quis ita donat, ut, si quid humanitus ei contigisset, haberet is, qui accepit; sin autem supervixisset, qui donavit, reciperet, vel si eum donationis pœnituisset, aut prior decesserit is, cui donatum sit. Hæ mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactæ sunt per omnia. Nam, cum prudentibus ambiguum fuerat, utrum donationis, an legati instar eam obtinere oportet, et utriusque causæ quædam habebat insignia, et alii ad aliud genus eam retrahebant; a nobis constitutum est, ut per omnia fere legatis connumeretur, et sic procedat, quemadmodum eam nostra formavit constitutio. Et in summa mortis causa donatio est, cum magis se quis velit habere, quam eum, cui donatur, magisque eum, cui donat, quam heredem suum. Sic et apud Homerum Telemachus donat Piræo :

§ 1. La donation à cause de mort est celle que fait une personne en prévoyance de la mort. Par exemple, si je donne une chose afin que le donataire en devienne propriétaire pour le cas où je viendrais à mourir, et avec l'intention que cette chose me revienne si j'échappe à la mort, ou si je me repens d'avoir donné, ou si je survis au donataire. Cette espèce de donation est, pour le tout, assimilée à un legs. En effet, les anciens jurisconsultes n'étant pas d'accord sur la question de savoir si une telle donation devait produire les effets d'un legs ou d'une donation proprement dite, parce qu'elle présentait des rapports avec l'un et avec l'autre, les uns penchant pour le legs, les autres pour la donation proprement dite, nous avons décidé, par une constitution, que cette espèce de donation serait presqu'entièrement mise sur la même ligne que le legs, toutefois en la soumettant aux règles tracées dans cette constitution. En résumé, il y a donation à cause de mort lorsque le donateur se préfère au donataire, et préfère cependant celui-ci à son héritier. C'est une donation de ce genre que, dans Homère, Télémaque fait à Pirée :

Πείραι (οὐ γάρ τ' ἴδμεν, ὅπως ἔσται τάδε ἔργα).
Εἴ κεν ἐμὲ μνηστῆρες ἀγήνορες ἐν μεγάροισι
Λάθρη κτείναντες πατρώια πάντα δάσωνται,
Σοὶ αὐτὸν ἔχοντά σε βούλομ' ἐπαυρέμεν, ἤ τινα τῶνδε.
Εἰ δέ κ' ἐγὼ τούτοισι φόνον καὶ κῆρα φυτεύσω,
Δὴ τότε μοι χαίροντι φέρειν πρὸς δώματα χαίρων.

« Pirée, ne sachant pas comment tourneront les choses, si de fiers pré-
» tendants, au milieu même de mon palais, après m'avoir tué, ne se parta-
» geront pas les trésors de mon père, j'aime mieux que tu les aies que
» quiconque d'entre eux : mais, s'il arrivait que je portasse parmi eux le
» meurtre et le trépas, alors tu aurais la joie de rapporter ces trésors à ton
» maître triomphant. »

* On appelle donation pour cause de mort, celle qui est subordonnée au décès du donateur (1) avant le donataire. Elle peut être subordonnée à ce décès sous une condition suspensive ou sous une condition résolutoire : dans le premier cas, elle ne produit d'effet que lorsque le donateur prédécède ; dans le second, elle produit ses effets immédiatement (2), mais elle est résolue si le donateur survit au donataire.

** Il y a donc deux sortes de donations pour cause de mort ; 1° sous condition suspensive ; 2° sous condition résolutoire.

L'une ou l'autre de ces donations peut être subordonnée au prédécès du donatenr dans un événement déterminé, comme dans l'exemple de Télémaque s'adressant à Pirée, ou bien au prédécès du donateur d'une manière indéterminée.

*** Si la donation pour cause de mort est faite sous condition suspensive, la chose donnée n'appartiendra au donataire que lorsque la condition sera accomplie ; si la donation est faite sous condition résolutoire, elle produit ses effets immédiatement, elle transfère la propriété aussitôt qu'il y a tradition ; seulement cette propriété est résoluble si le donateur survit au donataire.

Dans l'un et l'autre cas, la donation est révocable à la volonté du donateur ; il a le *jus pœnitendi* : c'est en cela surtout qu'elle diffère de la donation entre vifs sous condition (3). L'insolvabilité du donateur au

---

(1) C'est à tort que l'on considère comme donation pour cause de mort celle qui est subordonnée au décès d'un tiers ; car c'est là une donation entre vifs dont le sort ne dépend plus de la volonté du donateur. (L. 18. pr. D. 39. 6. Conf. avec L. 3. C. 8. 57.) Voyez Mühlenbruch. Doct. Pand. § 759. note 2. L'expression *mortis capio* a un sens plus étendu que *mortis causa donatio*, et cette dernière expression peut elle-même être employée dans un sens trop large.

(2) Cependant ces effets produits immédiatement ne sont que provisoires ; ils ne deviendront définitifs que lors du prédécès du donateur.

(3) Si une donation est faite en vue du prédécès du donateur ou d'un tiers, mais qu'elle ne soit pas révocable, elle est entre vifs, et non à cause de mort ; et réciproquement, si la donation est entièrement exécutée, et que cependant ses effets dépendent du prédécés du donateur, elle est pour cause de mort.

moment de sa mort donnerait même lieu à la rescision de la donation en faveur de ses créanciers.

Cette donation ressemble beaucoup à une disposition particulière faite par testament (*ad exemplum legatorum... per omnia fere legatis*); mais elle en diffère sous certains rapports.

* 1° Elle ressemble à une disposition testamentaire : — A — elle est nulle si le donataire ne survit pas au donateur ; — B — elle donne lieu au droit d'accroissement (1), à la substitution vulgaire (2), à la loi Falcidie (3) ; — C — elle transfère la propriété par elle-même à la mort du donateur.

** 2° Elle en diffère parce que : — A — elle exige l'acceptation du donataire du vivant du donateur ; — B — elle peut tranférer la propriété, mais résolutoire, du vivant du donateur ; — C — elle se réalise indépendamment d'un testament, et sans attendre l'adition d'hérédité ; — D — la capacité du donataire ne s'apprécie qu'au moment du décès du donateur.

La donation pour cause de mort peut être faite par quiconque peut disposer par testament ou par codicille, et même par un fils de famille, du consentement de son père, quoiqu'il n'ait ni pécule castrens, ni pécule quasi-castrens (4). Elle peut être faite en faveur d'une personne capable de recevoir par testament ou par codicille. Elle peut avoir pour objet des choses corporelles ou incorporelles, être à titre particulier ou à titre universel (5).

*** Autrefois, la donation pour cause de mort n'était soumise à aucune formalité ; elle ne transférait aucun droit, suspensif ou résolutoire, que par la tradition ou la stipulation. La loi Cincia ne concernait pas les formes de la donation, et n'avait aucun rapport avec cette espèce de disposition. L'empereur Constantin détermina des formes, et imposa la nécessité de l'insinuation, qui s'appliquait aussi bien à la donation pour cause de mort qu'à la donation entre vifs (6). Justinien voulut : 1° qu'elle ne fût valable qu'autant qu'il y aurait eu promesse acceptée ou tradition (7) ; 2° qu'elle fût constatée par cinq témoins. Aucune autre formalité n'était exigée : peu importait qu'elle fût par écrit ou verbale.

§ II. Aliæ autem donationes sunt, quæ sine ulla mortis cogitatione

§ II. Il y a d'autres donations qui ne sont pas faites en vue de la mort et

(1) L. 1. § 14. C. 6. 51.
(2) L. 10. D. 39. 6.
(3) L. 5. C. 6. 50.
(4) L. 25. § 1. D. 39. 6. L. 7. §§ 4-6. D. 39. 5.
(5) Dans le cas de donation à titre universel, le donataire ne sera pas cependant *loco heredis*. L. 18. § 2. D. 39. 6. L. 42. D. eod.
(6) L. 25. C. 8. 54. fr. Vat. § 249. L. 1. C. Th. 8. 12.
(7) L. 38. D. 39. 6. L. 11. § 2. D. 24. 1. L. 55. D. 44. 7.

fiunt, quas inter vivos appellamus. Quæ omnino non comparantur legatis; quæ, si fuerint perfectæ, temere revocari non possunt. Perficiuntur autem, cum donator suam voluntatem scriptis, aut sine scriptis manifestaverit; et, ad exemplum venditionis, nostra constitutio eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit, ut, etsi non tradantur, habeant plenissimum et perfectum robur, et traditionis necessitas incumbat donatori. Et cum retro principum dispositiones insinuari eas, actis intervenientibus, volebant, si majores ducentorum fuerant solidorum, nostra constitutio et quantitatem usque ad quingentos solidos ampliavit, quam stare et sine insinuatione statuit; et quasdam donationes invenit, quæ penitus insinuationem fieri minime desiderant, sed in se plenissimam habent firmitatem. Alia insuper multa ad uberiorem exitum donationum invenimus, quæ omnia ex nostris constitutionibus, quas super his posuimus, colligenda sunt. Sciendum tamen est, quod, etsi plenissimæ sunt donationes, tamen, si ingrati existant homines, in quos beneficium collatum est, donatoribus per nostram constitutionem licentiam præstavimus, certis ex causis eas revocare : ne, qui suas res in alios contulerunt, ab his quandam patiantur injuriam vel jacturam, secundum enumeratos in nostra constitutione modos.

que nous appelons donations entre vifs. Elles ne ressemblent en rien aux legs; et lorsqu'elles sont parfaites, elles ne peuvent être arbitrairement révoquées. Or, elles sont parfaites lorsque le donateur a exprimé sa volonté de donner, par écrit ou sans écrit : nous avons décidé dans notre constitution que, comme dans la vente, il y aurait dès-lors nécessité de faire la tradition, de telle sorte que, même avant la tradition, leur validité est complète, et il y a obligation de livrer la chose promise à titre gratuit. Et, comme les constitutions anciennes exigeaient, pour leur perfection, qu'elles fussent insinuées lorsqu'elles dépassaient deux cents solides, nous n'avons plus rendu l'insinuation nécessaire que pour les donations qui excéderaient cinq cents solides. Nous avons même affranchi de la nécessité de l'insinuation certaines donations. En outre, nous avons ajouté plusieurs dispositions pour assurer plus puissamment l'exécution des donations, que l'on peut lire dans nos constitutions publiées à ce sujet. Toutefois, quelque parfaites que soient les donations, nous avons permis aux donateurs, dans notre constitution, si les donataires se montrent ingrats, de révoquer leurs donations dans certains cas : il ne faut pas, en effet, que ceux qui ont aliéné leurs biens à titre gratuit soient exposés impunément, de la part des donataires, aux injures et dommages prévus dans notre constitution.

II. Acquisitions à titre gratuit entre vifs.

* 1° Donation entre vifs; 2° donation *propter nuptias;* 3° acquisition *per jus accrescendi.*

** 1° Donation entre vifs. — La donation entre vifs est un contrat consensuel par lequel l'une des parties dispose actuellement et irrévo-

cablement de certains biens ou de tous ses biens en faveur de l'autre partie qui accepte.

Elle est un *contrat* quand elle est acceptée, parce qu'il y a alors concours de deux volontés, et que ce concours donne lieu à une action, au moins depuis Justinien.

*Actuellement*, c'est-à-dire qu'elle n'est pas subordonnée au prédécès du donateur : celui-ci entend se dépouiller de son vivant, et ne se préfère pas au donataire. Elle peut être faite sous une condition qui, par le fait, ne se réalise qu'après la mort du donateur ; mais elle sera toujours actuelle, d'une part, parce qu'elle a pu se réaliser de son vivant, et, d'autre part, parce que sa volonté est liée dès-lors, et qu'il a perdu la faculté de disposer de la même chose, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit.

*Irrévocablement* : Il ne dépend pas de la simple volonté du donateur que la donation produise ou ne produise pas ses effets.

C'est un contrat (ou pacte légitime) consensuel, seulement depuis Justinien, en ce sens que, par cela seul que le donateur a promis (1), et que le donataire a accepté, celui-ci a une action pour contraindre le premier à le rendre propriétaire, par la tradition, de la chose promise, comme dans la vente; avec cette différence cependant que le donateur doit transférer la propriété, tandis que le vendeur ne doit procurer que la possession.

Autrefois la simple convention de donner ne produisait pas d'action ; elle n'était qu'un simple pacte : il eût fallu, pour cela, qu'elle fût revêtue des formes de la stipulation ; que le donataire eût dit verbalement : « me promets-tu telle chose ? » et que le donateur eût répondu, aussi verbalement : « je la promets. » De là naissait pour le donataire une action de droit strict ; par conséquent la donation était parfaite, puisque elle produisait des effets civils. Mais elle n'avait pas encore transféré la propriété ; pour cela il fallait que la chose promise fût payée au donataire.

Lorsque les parties n'avaient fait qu'un simple pacte, la donation n'était pas parfaite : mais si la chose promise avait été livrée (lorsqu'elle était *nec mancipi*), ou mancipée (lorsqu'elle était *mancipi*), il y avait tout à la fois perfection de la donation et translation de propriété (2).

La loi Cincia (3) défendit de donner au delà d'une certaine quotité,

(1) Verbalement ou par correspondance.

(2) Elle était aussi parfaite, et la propriété était en même temps transférée, par la *in jure cessio*.

(3) De l'an 550 de Rome.

excepté lorsque le donataire était parent jusqu'au cinquème degré (1) ou allié (2).

En vertu de la loi Cincia, lorsqu'une donation avait été faite, au delà de la somme déterminée, à une *persona non excepta*, c'est-à-dire, à tous autres qu'aux parents jusqu'au cinquième degré, elle n'était parfaite qu'autant que le donateur avait entièrement réalisé sa libéralité : jusque là il pouvait en paralyser les effets par une exception ou une réplique appuyée sur la loi Cincia. Si donc il avait promis, à titre gratuit, une chose *mancipi* mobilière, même par stipulation, il pouvait opposer à l'action *ex stipulatu* l'exception de la loi *Cincia :* et s'il en avait fait la tradition sans mancipation, il en conservait le *nudum jus quiritium ;* il pouvait donc la revendiquer ; enfin si on lui opposait l'exception *rei donatæ et traditæ*, il la paralysait par la réplique de la loi *Cincia.* Et lors même qu'il aurait eu livré et mancipé ou cédé *in jure* cette chose mobilière, la donation était encore imparfaite tant que le donataire ne l'avait pas possédée pendant la plus grande partie de l'année. Par conséquent, dans ce cas, si, le donateur la revendiquant, le donataire lui opposait l'exception *rei traditæ*, le donateur la repoussait par la réplique de la loi *Cincia.* (Voyez Vangerow, l. c. p. 145.)

Mais si le donateur avait exécuté la donation d'une manière complète, il ne pouvait recourir à la rescision (3). Plus tard les préteurs accordèrent une action rescissoire pour ce cas. L'exception de la loi Cincia ne pouvait plus être opposée efficacement, lorsque le donateur était mort sans avoir changé de volonté (4).

Dès le règne de Constantin (5), on exigea, pour la validité des donations, des solennités destinées à avertir les tiers, lors surtout qu'il s'agissait de donations d'une certaine importance. Les empereurs décrétèrent qu'elles seraient consignées par écrit, et que cet écrit serait rendu public par une insertion dans les actes du magistrat compétent (6), et ce, sans distinguer si les donations étaient ou non faites à des personnes exceptées par la loi *Cincia.*

Enfin Justinien rendit le pacte de donation valable entre les parties par le seul consentement, et en fit un pacte légitime. Dans l'intérêt des tiers il exigea l'insinuation pour les donations qui dépassaient cinq cents solides (7), par conséquent un écrit ; et il maintint jusqu'à cinq cents solides les donations d'une valeur supérieure, qui n'avaient pas

---

(1) Fr. Vat. §§ 298-301.
(2) *Ibid.* § 302.
(3) Ulp. fr. I. init. Fr. V. § 266.
(4) Fr. Vat. §§ 239. 266. 272. 294. 312. 313.
(5) Ces formalités avaient été déjà introduites peu à peu par l'usage.
(6) L. 1-6. C. Th. 8. 12. LL. 25 et 27. C. 8. 54. C'est ce qu'on appelle insinuation.
(7) Auparavant l'insinuation était requise pour les donations qui excédaient deux cents solides.

été insinuées. Mais il dispensa de toute insinuation les donations destinées au rachat des captifs ou à la reconstruction des bâtiments incendiés ou tombés en ruines, ainsi que celles qui étaient faites par l'empereur ou à l'empereur.

Les donations entre vifs étaient irrévocables, si ce n'est pour ingratitude. Les causes d'ingratitude énumérées par Justinien sont : les injures graves, l'attentat à la vie, les violences, les préjudices considérables causés par le dol du donataire. Ces causes pouvaient donner lieu à la révocation de la part du donateur contre le donataire, mais non de la part des héritiers du donateur ou contre les héritiers du donataire ; et la révocation ne pouvait nuire aux tiers (1).

Quant à la révocation pour survenance d'enfants, elle n'était admise qu'en faveur d'un patron donateur contre un affranchi donataire (2).

Les héritiers du donateur, qui avaient à se plaindre de ce que leur auteur avait porté atteinte à la réserve par des donations entre vifs excessives, pouvaient, après sa mort, les attaquer comme inofficieuses. Mais il y avait cette différence principale entre la querelle de donation inofficieuse et la querelle de testament inofficieux, que la première ne faisait annuler les donations que de manière à former la légitime ou la compléter; tandis que la seconde, lorsque rien n'avait été laissé aux héritiers, faisait tomber le testament pour le tout (3).

## APPENDICE.

### De quelques donations particulières entre vifs.

1° La donation faite avec des modalités (*sub modo*). — Elle diffère de la donation conditionnelle en ce qu'elle produit immédiatement ses effets, mais impose seulement au donataire des charges dont l'inexécution entraîne contre lui, non la révocation de la donation (4), mais une action *præscriptis verbis* pour contraindre à l'exécution, ou, pour reprendre la chose donnée, une *condictio ob causam datorum* (5). Cette donation étant mélangée de titre onéreux, n'avait pas besoin d'être insinuée, même quand elle dépassait cinq cents solides; et elle ne pouvait être révoquée pour cause d'ingratitude (6);

---

(1) LL. 10 et 7. C. 8. 56.

(2) L. 8. C. *ibid.* Fr. Vat. § 272. Ce fut Constantin qui introduisit cette cause de révocation : elle est généralisée dans notre code civil, art. 960.

(3) LL. 2. 5. C. 3. 29. Mühlenbruch, l. c. § 774. note 7.

(4) C'est à tort que nos auteurs modernes le disent, et même prétendent que c'est un cas d'ingratitude.

(5) Cette *condictio* fera disparaître les droits acquis, dans l'intervalle, à des tiers.

(6) La L. 10. C. 8. 56, que l'on pourrait objecter, parle de conditions et non de charges ; ou, si

2° La donation remunératoire. — Celle-ci étant fondée sur un devoir, n'était pas révocable pour cause d'ingratitude (1) ; elle n'était pas dispensée de l'insinuation, et elle était nulle si elle était contraire aux prohibitions relatives à l'incapacité ou à la quotité disponible.

§ III. Est et aliud genus inter vivos donationum, quod veteribus quidem prudentibus penitus erat incognitum, postea autem a junioribus divis principibus introductum est, quod ante nuptias vocabatur, et tacitam in se condicionem habebat, ut tunc ratum esset, cum matrimonium fuerit insecutum; ideoque ante nuptias appellabatur, quod ante matrimonium efficiebatur, et nusquam post nuptias celebratas talis donatio procedebat. Sed primus quidem divus Justinus, pater noster, cum augeri dotes et post nuptias fuerat permissum, si quid tale evenerit, etiam ante nuptias donationem augeri et constante matrimonio sua constitutione permisit; sed tamen nomen inconveniens remanebat, cum ante nuptias quidem vocabatur, post nuptias autem tale accipiebat incrementum. Sed nos, plenissimo fini tradere sanctiones cupientes, et consequentia nomina rebus esse studentes, constituimus, ut tales donationes non augeantur tantum, sed et constante matrimonio initium accipiant, et non ante nuptias, sed propter nuptias vocentur, et dotibus in hoc exæquentur, ut, quemadmodum dotes et constante matrimonio non solum augentur, sed etiam fiunt, ita et istæ donationes, quæ propter nuptias introductæ sunt, non solum antecedant matrimonium, sed etiam eo contracto et augeantur et constituantur.

§ 3. Il y a une autre donation entre vifs, inconnue des anciens, qui fut introduite par les derniers empereurs; on l'appelait donation *anténuptiale*; elle était faite sous la condition tacite que le mariage aurait lieu. On l'appelait *anténuptiale* parce qu'elle était faite avant le mariage et ne pouvait l'être après. Mais Justin, notre père, se fondant sur ce qu'il était permis d'augmenter la dot, même après le mariage, décida, par une constitution, qu'on pourrait également augmenter, pendant le mariage, la donation *anténuptiale* : mais alors la dénomination ancienne ne pouvait plus convenir pour une donation qui, si elle avait son principe avant le mariage, avait aussi son accroissement après le mariage. Desirant amener les dispositions législatives à une entière perfection, et donner aux choses des noms qui leur conviennent, nous avons décidé, d'une part, que cette donation pourrait, non seulement recevoir des accroissements, mais encore commencer pendant le mariage, et, d'autre part, que cette donation, au lieu de s'appeler *anténuptiale*, prendrait le nom de *donatio propter nuptias* : ainsi elle a été mise sur la même ligne que la dot; car de même que celle-ci peut être, non seulement augmentée, mais encore constituée pendant le mariage, de même cette donation peut être faite avant le mariage, augmentée et même commencée pendant le mariage.

---

elle parle de charges, c'est que leur exécution n'était pas exigée ; elles étaient seulement recommandées, et il y avait ingratitude à ne pas les accomplir. Ici l'action est accordée aux héritiers ; elle n'est donc pas fondée sur l'ingratitude.

(1) L. 34. § 1. D. 39. 6.

2° Donation *propter nuptias*.—Depuis longtemps la dot était connue chez les Romains ; c'était un patrimoine constitué à la femme et remis au mari en propriété pour subvenir aux charges du ménage. La donation *propter nuptias* était au contraire faite par le mari à la femme. Elle a une date plus récente que la constitution de dot ; les premières traces précises que nous en offrent les textes se trouvent sous Théodose et Valentinien (1). Elle marchait parallèlement avec la constitution de dot. Lorsque celle-ci était constituée nécessairement avant les noces, la donation était faite aussi par le mari à la femme avant cet événement, et alors elle s'appelait *ante nuptias;* elle était également subordonnée à la condition du mariage; si cette condition ne se réalisait pas, la donation *ante nuptias* était réputée non avenue comme la constitution de dot elle-même.

L'empereur Justin ayant permis d'augmenter la dot pendant le mariage, il fut aussi permis d'augmenter pendant le mariage la donation du mari à sa femme ; dès lors celle-ci ne put plus s'appeler *ante nuptias*, elle prit le nom de *propter nuptias :* cette innovation dans la dénomination est due à Justinien, qui ne s'en tint pas à ce changement de nom, mais voulut que, de même que la dot pouvait être entièrement constituée pendant le mariage, de même aussi la donation du mari à la femme pût être faite à la même époque.

* Quel était le but des donations *propter nuptias ?*

C'est ce qu'ont cherché à expliquer nos commentateurs modernes, et c'est ce qu'ils n'ont pas fait d'une manière assez satisfaisante. D'après M. Franke ( Arch. für civ. Prax. t. 26. pr.° cah. p. 63. ), elle avait pour but d'assurer à la femme des dommages et intérêts pour le cas où le mari, par sa mauvaise conduite ( *propter mores* ), mettrait la femme dans la nécessité de divorcer, de même que le mari pouvait faire des retenues sur la dot pour le cas où la mauvaise conduite de sa femme le contraignait à provoquer le divorce (2).

Quoiqu'il en soit, si le mari devenait insolvable, on accordait à la femme une telle préférence sur les objets donnés *propter nuptias*, qu'elle avait une action personnelle et hypothécaire pour se les faire livrer, afin d'assurer sa subsistance et celle de ses enfants; elle avait même une action réelle contre les détenteurs, si ces objets avaient été aliénés frauduleusement.—La donation *propter nuptias* était restituée après la dis-

(1) L. 8. § 4. C. 5. 17.

(2) Voyez, Revue de Législation, n. du mois de mars 1844, l'extrait de l'opinion de M. Frauke, par M. d'Hauthuille : on y verra qu'il est surtout impossible de supposer que la donation *propter nuptias* ait eu pour but de supporter les charges du ménage, puisqu'en admettant qu'elle n'eût pas eu lieu, il fallait toujours que le mari subvînt à ces charges, avec son patrimoine, en cas d'insuffi-
* sance de la dot.

solution du mariage, comme la dot.—S'il avait été convenu que le mari survivant pourrait retenir une partie de la dot, la femme survivante avait le même droit sur la donation *propter nuptias*. Léon et Anthemius (en 468), voulaient que le gain de survie, pour l'un ou pour l'autre, fût proportionné à la donation ou à la dot (1); Justinien décida que ce gain de survie serait de la même valeur pour chacun (2).

## APPENDICE.

### De la constitution de dot et des donations entre époux.

I. *De la constitution de dot.*—On appelle *dot* (3) tout ce qui advient au mari, soit de la femme directement, soit en son nom, avant ou après le mariage, pour soutenir les charges de l'union conjugale (4).

On appelle *profectice* la dot qui vient du père de la femme, ou de son ascendant; qu'elle émane des biens ou du fait de l'un ou de l'autre, peu importe (5). On appelle *adventice* tout autre dot. Pour que la dot soit profectice, il n'est pas nécessaire que la fille, au nom de laquelle elle est constituée, soit sous la puissance du père ou de l'ascendant.

La dot est constitutée du moment qu'elle est assurée au mari; peu importe qu'elle soit livrée. Elle se constitue donc par promesse ou par tradition. Si elle avait été promise par paroles, sans que le mari eût préalablement interrogé le constituant, il y avait *dictio dotis* : si elle avait été promise par paroles, après interrogation du mari, il y avait *promissio dotis*, stipulation; enfin la dot se constituait par la translation de propriété. Il y avait donc, dans l'origine, trois manières de constituer la dot : *dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur* (6).

La *dictio dotis* avait cessé d'être en usage du temps de Justinien; à la

---

(1) L. 9. C. 5. 14.

(2) Nov. 97. C. 1.

(3) La *dot* est une véritable *universitas juris;* les biens qui la constituent sont dotaux; mais les biens dotaux ne sont pas la dot. En effet, on dit que la *dot* se diminue de plein droit, *ipso jure*, par les répétitions que le mari a le droit d'exercer contre sa femme, pour les impenses nécessaires qu'il a faites sur les biens dotaux. Voyez L. 5. D. 25. 1., et la définition exacte qu'a donnée de la dot M. Jalabert, dans sa thèse de licence, soutenue à la faculté d'Aix, le 18 juillet 1844 : cette thèse contient une exposition complète du titre *de jure dotium*.

(4) On trouve souvent, dans des ouvrages modernes, que, lorsque la femme tombait in *manum mariti*, elle ne pouvait avoir de dot, parce que son mari acquérait tous ses biens *per universitatem*, par l'effet de la puissance qui résultait de la *manus*. Mais nous ne voyons pas pourquoi tous les biens de la femme n'auraient pas pu être considérés comme une dot, puisque la femme pouvait ne s'être soumise à la *manus* qu'afin que les biens appartinssent à son mari, et lui servissent à soutenir les charges du mariage. D'un autre côté, pourquoi la femme n'aurait-elle pas pu prendre ou faire prendre pour elle des précautions tendant à lui assurer la restitution de son patrimoine, pour le cas où le mariage serait dissous? N'en prenait-on pas lorsqu'on procédait à l'adrogation d'un impubère? Du reste, cette question est très controversée. Voyez Vangerow, l. c. I. page 307.

(5) L. 5. D. 25. 3. Ulp., fr. VI. 3.

(6) Ulp., fr. VI. 1. 2.

place de la *dictio dotis* figure, à cette dernière époque, la *pollicitatio dotis* c'est-à-dire, la promesse non solennelle et non verbale (1), donnant toutefois lieu à une action civile. Or, comme la promesse de dot, dans une stipulation, ne présentait plus alors une différence aussi caractéristique qu'autrefois, on disait généralement, sous Justinien, que la dot se constituait de deux manières, savoir : par la *datio*, la tradition, et par la *promissio*.

Ces modes de constitution faisaient naître des droits pour le mari, c'est-à-dire, la propriété, lorsqu'il y avait *datio dotis*, et lorsqu'il y avait *promissio*, une action personnelle, tendant à contraindre le constituant à réaliser sa promesse de dot.

A la dissolution du mariage, le mari, de son côté, était soumis à l'obligation de restituer la dot : il était exposé à l'action *ex stipulatu*, si la restitution de la dot avait été stipulée, et, dans le cas contraire, à l'action *rei uxoriæ*. Nous nous occuperons de ces diverses actions lorsque nous expliquerons le § 29 du titre VI du livre IV. Et, dans le titre qui va suivre, Pr., nous dirons quelques mots des droits du mari sur les biens dotaux.

II. *Des donations entre époux.* —Ces donations étaient essentiellement révocables, elles étaient même nulles (2), par le motif qn'on ne devait pas permettre que l'un des époux fût victime de la spéculation que l'autre pouvait faire sur sa trop facile tendresse.

Avant le sénatus-consulte d'Antonin Caracalla, ces donations étaient nulles de plein droit (3); depuis ce sénatus-consulte, elles n'étaient que révocables, et elles se trouvaient validées par le prédécès du donateur sans révocation (4).

Certaines donations entre époux ont toujours été valables et irrévocables; telles étaient celles d'un lieu pour la sépulture, d'un esclave pour l'affranchir, celles faites pour parvenir à une dignité, pour reconstruire un édifice détruit par accident (5).

§ IV. Erat olim et alius modus civilis acquisitionis per jus accrescendi, quod est tale : si communem servum habens aliquis cum Titio solus libertatem ei imposuit, vel vindicta, vel testamento, eo casu pars ejus amittebatur, et socio accrescebat. Sed cum pessimum fuerat exemplo, et liber-

§ 4. Il y avait autrefois un autre mode d'acquérir, du droit civil, savoir : par droit d'accroissement; voici en quoi il consistait : si quelqu'un, ayant un esclave en commun avec Titius, lui accordait tout seul la liberté, soit par la vindicte, soit par testament, il perdait sur cet esclave

(1) Aussi est-ce par suite d'une interpolation que le mot *pollicitatio* se rencontre dans la L. 1. C. 5. 12; car cette loi donne une *condictio* au mari pour la *pollicitation* qui lui aurait été faite. Or, la *pollicitation*, ou promesse non verbale et non solennelle, n'était qu'un pacte, du temps de Sévère et Antonin; elle ne pouvait donner lieu à aucune action. Il est donc évident que, au lieu de *pollicitatio*, qu'on rencontre dans cette loi, on devrait lire *dictio*.

(2) L. 1. D. 24. 1.

(3) L. 3. § 10. D. 24. 1.

(4) L. 32. § 2. D 24. 1. Toutefois, il fallait pour cela qu'elles eussent été exécutées avant le prédécès. Voyez Vangeorw, l. c. p. 337.

(5) L. 5. § 8.–16. D. 24. 1. sent. Paul. 2. 23. § 2. L. 40. D. 24. 1. reg. Ulp. 7. § 1. L. 14. D. 24. 1. L. 11. § 11. D. *Ibid.*

tate servum defraudari, et ex ea humanioribus quidem dominis damnum inferri, severioribus autem lucrum accrescere : hoc, quasi invidiæ plenum, pio remedio per nostram constitutionem mederi necessarium duximus; et invenimus viam, per quam et manumissor; et socius ejus, et qui libertatem accepit, nostro fruantur beneficio, libertate cum effectu procedente (cujus favore et antiquos legislatores multa et contra communes regulas statuisse manifestissimum est), et eo, qui eam imposuit, suæ liberalitatis stabilitate gaudente, et socio indemni conservato, pretiumque servi secundum partem dominii, quod nos definivimus, accipiente.

sa part de propriété, laquelle accroissait à Titius. Mais il était d'un très-mauvais exemple que cet esclave fût privé de la liberté, et que l'intention du maître le plus humain manquât son but, à son détriment, tandis que le maître le plus dur tirerait de là un profit. Ce résultat étant totalement odieux, nous avons pensé devoir remédier à un tel abus par notre constitution, et nous avons imaginé un moyen qui ménage tous les intérêts, ceux de l'affranchissant, ceux du copropriétaire et ceux de l'esclave. Nous avons donc décidé que l'affranchissement conserverait ses effets, et en cela nous n'avons fait que suivre l'exemple des anciens législateurs, qui avaient établi, en faveur de la liberté, plusieurs règles contraires au droit commun : en conséquence, l'affranchissant aura la satisfaction de voir ses intentions exécutées, et le copropriétaire n'aura pas à se plaindre, puisqu'il obtiendra en dédommagement une partie de la valeur de l'esclave, proportionnée à son droit de copropriétaire.

3° Acquisition entre vifs, à titre gratuit, *per jus accrescendi*. — Le droit d'accroissement, dans les legs, est un moyen d'acquérir à titre gratuit, mais par suite d'une disposition de dernière volonté. Les donations dont nous venons de parler ne donnaient pas lieu au droit d'accroissement; mais ce droit se réalisait dans une certaine circonstance dont parle ici Justinien.

Autrefois, dit-il, si, de deux co-propriétaires d'un esclave, l'un l'affranchissait par un mode qui eût dû le rendre citoyen romain (1), il perdait sa co-propriété, et l'autre devenait propriétaire unique de la totalité de l'esclave (2). Mais il était choquant que l'esclave ne profitât pas de la libéralité de l'un de ses maîtres, que celui-ci fût trompé dans ses vues d'humanité, et que le maître le plus dur retirât seul un béné-

(1) Si l'affranchissement n'avait tendu qu'à le rendre Latin-Junien, il ne produisait absolument aucun effet. Notre texte, en signalant la vindicte ou le testament, veut parler des modes du droit civil.

(2) C'est encore un des cas où quelqu'un perdait sa propriété ou son droit, sans que le but qu'il s'était proposé fût atteint.

fice qui ne lui était point adressé. Nous avons, par notre constitution, cherché un remède à une iniquité aussi criante; nous en avons trouvé un qui ménage tous les intérêts, ceux de l'affranchi, du manumisseur et du co-propriétaire peu bienveillant. Le voici : l'esclave sera affranchi, et le propriétaire rebelle à la voix de l'humanité recevra une valeur proportionnée à sa co-propriété.

## TITULUS VIII.

### QUIBUS ALIENARE LICET, VEL NON.

## TITRE VIII.

### A QUI IL EST PERMIS OU NON D'ALIÉNER.

On ne peut aliéner que sa propre chose; car, aliéner, c'est faire passer la propriété de sa tête sur la tête d'autrui; mais on ne peut pas toujours aliéner sa propriété : c'est ce qui va être expliqué au *principium* et au § 2 de ce titre; et réciproquement, on peut quelquefois aliéner ce dont on n'est pas propriétaire : ce sera l'objet du § 1er.

Pr. Accidit aliquando, ut, qui dominus sit, alienare non possit, et contra, qui dominus non sit, alienandæ rei potestatem habeat. Nam dotale prædium maritus invita muliere per legem Juliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit, dotis causa ei datum. Quod nos, legem Juliam corrigentes, in meliorem statum deduximus. Cum enim lex in soli tantummodo rebus locum habebat, quæ Italicæ fuerant, et alienationes inhibebat, quæ invita muliere fiebant, hypotheeas autem earum, etiam volente : utrisque remedium imposuimus, ut etiam in eas res, quæ in provinciali solo positæ sunt, interdicta fiat alienatio vel obligatio, et neutrum eorum, neque consentientibus mulieribus, procedat, ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiæ earum converteretur.

Pr. Il arrive quelquefois qu'un propriétaire ne puisse aliéner et que, au contraire, un non propriétaire puisse aliéner. En effet, le mari ne peut aliéner le fonds dotal sans le consentement de sa femme, depuis la loi Julia, quoiqu'il en soit devenu propriétaire par la translation de propriété qui lui a été faite à titre de dot. Nous avons amélioré la disposition de la loi Julia, et voici comment : cette loi n'était applicable qu'aux fonds d'Italie, et permettait les aliénations faites par le mari avec le consentement de sa femme, tandis qu'elle prohibait les hypothèques consenties par le mari même avec le consentement de sa femme. Nous avons apporté un double remède à ce double inconvénient, en étendant la prohibition d'aliéner aux fonds provinciaux, et en prohibant l'aliénation comme l'hypothèque du fonds dotal, même avec le consentement de la femme, afin que la faiblesse des femmes ne soit pas pour elles une cause de ruine.

* Lorsqu'un immeuble était constitué en dot à une femme par autrui ou par la femme elle-même, le mari en devenait propriétaire (1). Cet immeuble n'était pas dotal, lorsqu'il était constitué avec estimation, parce que, cette estimation valant vente, ce n'était pas l'immeuble qui était constitué en dot, mais le prix de la vente, une somme d'argent. Dans ce dernier cas, il est bien évident que le mari était propriétaire du bien dotal à tout jamais; par conséquent il a toujours pu l'aliéner valablement, et sans aucun consentement de sa femme. Mais s'il était constitué en dot sans estimation, le mari en devenait bien propriétaire; mais il devait le restituer un jour; à la dissolution du mariage, il devait en rendre la propriété à la femme par un mode de translation de propriété, et la femme avait contre lui, dans ce but, une action personnelle. L'immeuble, qui devait être restitué un jour, s'appelait dotal (2).

** Le mari étant propriétaire de l'immeuble dotal, et n'étant tenu, pour sa restitution, que par une action personnelle, il transférait valablement à autrui son droit de propriétaire; l'acquéreur, à la dissolution du mariage, ne pouvait être inquiété par la femme. Or, il pouvait se faire que, à la dissolution du mariage, le mari fût insolvable; que sa femme ne pût exercer contre lui qu'une action personnelle stérile; que, par conséquent, elle ne pût retirer les ressources nécessaires pour convoler à d'autres noces, et donner le jour à des enfants légitimes. La loi *Julia de adulteriis et de fundo dotali* (3) tendit à apporter un remède à cet inconvénient, et à assurer des unions conformes à la morale et à l'intérêt social : elle défendit au mari d'aliéner les biens de la femme, qui, un jour, devait avoir le droit d'en recouvrer la propriété (4); elle prohiba au mari de le soumettre à l'hypothèque, même du consentement de la femme. Cette prohibition sévère, relative à l'hypothèque, avait été sagement établie, parce que la femme aurait pu, comme tout débiteur, se laisser aller plus facilement à l'hypothèque qu'à l'aliénation, dans l'espoir que la dette serait payée. Cette loi Julia n'était relative qu'aux fonds italiens. Justinien l'étendit aux fonds provinciaux, et

---

(1) Le mari était tellement propriétaire du bien dotal, que la femme n'avait qu'une action personnelle pour le réclamer après la dissolution du mariage. La L. 30. C. 5. 12., en disant que la propriété naturelle de ce bien est restée à la femme, signifie seulement que la femme a le droit de le réclamer un jour. Cet espoir déjà fondé, relatif à la propriété, est, si on le veut, une espèce de propriété, comme celle des enfants, qui sont considérés, sous le même rapport, comme des co-propriétaires du chef de famille. Justinien a accordé à la femme, pour ses biens dotaux, l'action en revendication utile, dans la même L. 30., précisément parce qu'elle avait cessé d'être propriétaire par le mariage, et qu'elle ne l'était pas même redevenue de plein droit à la dissolution. Voyez Vangerow, l. c, p. 319.

(2) L. 15. §§ 2 et 3. D. 23. 5.

(3) Paul. Sent. II. 21. Cette loi fut rendue vers l'an 737 de Rome.

(4) La nullité de l'aliénation n'existait qu'en faveur de la femme et de ses héritiers, et l'action en revendication ne leur était ouverte qu'après la dissolution du mariage. Mais le mari pou-

défendit, non seulement d'hypothéquer, mais encore d'aliéner le fonds dotal, même du consentement de la femme (1).

La prohibition d'aliéner s'étendit d'abord à la propriété, et, ensuite aux démembrements de la propriété, aux concessions d'usufruit et de servitudes prédiales : on ne pouvait même aliéner indirectement, en laissant usucaper par autrui; en effet le fonds dotal n'était susceptible d'usucapion, qu'autant que celle-ci avait commencé avant le mariage (2).

La loi Julia ne s'est jamais appliquée aux meubles; le mari a toujours pu les aliéner valablement. Mais la question de savoir si la femme peut, durant le mariage, aliéner l'action en restitution qui lui compète contre son mari, est fort controversée ; elle est résolue négativement dans les ouvrages du pays de droit écrit.

§ I. Contra autem creditor pignus ex pactione, quamvis ejus ea res non sit, alienare potest. Sed hoc forsitan ideo videtur fieri, quod voluntate debitoris intellegitur pignus alienari, qui ab initio contractus pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur. Sed ne creditores jus suum persequi impedirentur, neque debitores temere suarum rerum dominium amittere videantur, nostra constitutione consultum est, et certus modus impositus est, per quem pignorum distractio possit procedere, cujus tenore utrique parti, creditorum et debitorum, satis abundeque provisum est.

§ 1. Au contraire, un créancier peut, en vertu de la convention, aliéner le gage de son débiteur, quoiqu'il n'en soit pas propriétaire. Toutefois, dans ce cas, l'aliénation semble être faite du consentement du débiteur propriétaire, puisque, au moment du contrat, il avait consenti à ce que le créancier vendît ce qui lui avait été donné en gage, s'il n'était pas payé. Mais, pour concilier les intérêts du créancier, qui ne doit pas être entravé dans l'exercice de son droit, avec ceux du débiteur, qui ne doit pas être trop facilement exposé à perdre sa proprieté, nous avons prescrit, dans notre constitution, les règles à suivre pour l'aliénation du gage, et la teneur de notre constitution indique que nous avons suffisamment ménagé les intérêts des créanciers et des débiteurs.

---

vait-il revendiquer, durant le mariage, l'immeuble dotal aliéné par lui ? Oui, car il était resté propriétaire, puisque l'aliénation était radicalement nulle. Si on lui opposait l'exception *rei traditæ*, il opposait à son tour la réplique *ex lege Julia*. L. 1. § 5. D. 21. 3 : mais l'acquéreur avait le droit de rétention jusqu'à ce qu'il eût été indemnisé. Voyez Vangerow, 1 c. p. 317. Voyez notre code civil, art. 1560.

(1) Plus tard, Justinien permit au mari d'aliéner ou d'hypothéquer le fonds dotal, pourvu que le consentement de la femme eût été donné deux fois et à deux ans d'intervalle. Nov. 61. § 2. Voyez sur cette matière la thèse de doctorat soutenue à la faculté d'Aix, le 13 juillet 1844, par M. Jules Crémieu.

L'article 1549 du code civil, en attribuant au mari seul les actions réelles et personnelles relativement aux biens dotaux, est au fond une reproduction des principes du droit de Justinien, lequel reconnaissait bien au mari, sur les biens dotaux, une propriété ; mais donnait à la femme, après la dissolution du mariage, une action réelle utile, relativement à ces biens dotaux. L. 30. C. 5. 12.

(2) L. 16. D. 23. 5. L. 28. D. 50. 16.

Un créancier pouvait recevoir de son débiteur un objet en gage, pour lui assurer l'accomplissement de l'obligation : si, au moment de l'échéance de la dette, celle-ci n'était pas payée, il pouvait faire vendre l'objet donné en gage, toutefois après trois avertissements (1) : alors l'aliénation avait lieu par les voies judiciaires.

*Mais si le débiteur, au moment de la constitution de gage, avait permis l'aliénation pour le cas de non paiement, le créancier pouvait procéder à la vente, en vertu du consentement du débiteur propriétaire. Ici donc la chose du débiteur était aliénée par celui qui n'en était pas propriétaire ; ou, pour parler plus exactement, elle était aliénée par le débiteur lui-même, représenté par le créancier : de telle sorte que notre texte ne nous offrirait qu'une exception apparente au principe, d'après lequel nul ne peut aliéner que le propriétaire.

Or le consentement du débiteur, pour cette aliénation, pouvait être valablement donné après la constitution de gage : il résultait même tacitement de ce que, au moment de cette constitution, une convention contraire n'était pas intervenue. Du reste, les parties pouvaient régler entre elles les formes de l'aliénation, et, à défaut de clauses précises à cet égard, Justinien a déterminé des règles particulières (2).

**Le curateur d'un fou pouvait aussi aliéner les biens de celui-ci, quoiqu'il ne fût pas propriétaire, pourvu que cette aliénation fût dans l'intérêt de son administration; mais la loi des Douze Tables n'avait concédé ce droit qu'aux agnats curateurs (3). Plus tard, le curateur datif des imbéciles et le tuteur des impubères purent aussi aliéner les biens confiés à leur gestion; mais en les aliénant, ils ne faisaient que mettre les acquéreurs en voie d'usucapion (4) ; ceux-ci n'obtenaient la propriété quiritaire qu'après l'usucapion accomplie, et jusque là ils n'étaient protégés que par une exception (5). Voyez *supra*, p. 173 et 174, ce qui a été dit sur l'aliénation à laquelle devaient ou pouvaient procéder les tuteurs dans certains cas.

§ II. Nunc admonendi sumus, neque pupillum, neque pupillam ullam rem sine tutoris auctoritate alienare posse. Ideoque, si mutuam pecuniam alicui sine tutoris auctoritate dederit, non contrahit obligationem, quia

§ 2. Il nous reste à faire savoir que le pupille, ou la pupille, ne peut rien aliéner sans l'autorisation de son tuteur. C'est pourquoi, si, sans cette autorisation, il a prêté une somme d'argent, il n'y a pas de contrat,

(1) L. 4. D. 13. 7.
(2) L. 3. C. 8. 34.
(3) Gaius, II. 64.
(4) L. 16. C. 5. 57.
(5) L. 7. § 1. D. 27. 10. Voyez L. 12. § 1. D. 26. 7.; d'où résulte que le pupille ne pouvait revendiquer les choses aliénées par le tuteur ; mais c'était parce que l'aliénation avait eu lieu dans l'intérêt du pupille.

pecuniam non facit accipientis. Ideoque vindicare nummos possunt, si-cubi extent. Sed si nummi, quos mutuos dedit, ab eo, qui accepit, bona fide consumpti sunt, condici possunt, si mala fide, ad exhibendum de his agi potest. At ex contrario omnes res pupillo et pupillæ sine tutoris auctoritate recte dari possunt. Idcoque, si debitor pupillo solvat, necessaria est tutoris auctoritas: alioquin non liberabitur. Sed etiam hoc evidentissima ratione statutum est in constitutione, quam ad Cæsarienses advocatos, ex suggestione Triboniani, viri eminentissimi, quæstoris sacri palatii nostri, promulgavimus, qua dispositum est, ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem solvere, ut prius sententia judicialis, sine omni damno celebrata, hoc permittat. Quo subsecuto, si et judex pronuntiaverit, et debitor solverit, sequitur hujusmodi solutionem plenissima securitas. Sin autem aliter, quam disposuimus, solutio facta fuerit, pecuniam autem salvam habeat pupillus, aut ex ea locupletior sit, et adhuc eandem summam petat, per exceptionem doli mali summoveri poterit; quodsi aut male consumpserit, , aut furto amiserit, nihil proderit debitori doli mali exceptio, sed nihilominus damnabitur, quia temere, sine tutoris auctoritate, et non secundum nostram dispositionem solverit. Sed ex diverso pupilli vel pupillæ solvere sine tutore auctore non possunt, quia id, quod solvunt, non fit accipientis, cum scilicet nullius rei alienatio eis sine tutoris auctoritate concessa est.

parce qu'il n'a pu rendre l'emprunteur propriétaire de la somme. Il pourra donc revendiquer ses écus, s'ils existent encore. Mais si l'emprunteur les a consommés de bonne foi, le pupille aura, pour les réclamer, la *condictio*; et si c'est de mauvaise foi qu'ils ont été consommés, le pupille aura contre l'emprunteur l'action *ad exhibendum*. Au contraire on peut rendre propriétaire le pupille ou la pupille sans l'autorisation de son tuteur. En conséquence, si le débiteur du pupille lui fait un paiement sans cette autorisation, il ne sera pas libéré. Dans une constitution adressée aux avocats de Césarée, que nous avons promulguée d'après les conseils de Tribonien, homme très-éminent, questeur de notre palais, nous avons fixé les principes à ce sujet, et nous avons décidé que le débiteur d'un pupille ne pourrait payer valablement au tuteur ou au curateur qu'en vertu d'une sentence du juge, obtenue sans frais, et que le payement ainsi fait ne laisserait plus aucune crainte au débiteur. Mais si le payement n'a point été réalisé avec toutes ces précautions, il ne sera pas valable; toutefois, si le pupille vient ensuite réclamer la même somme au débiteur, celui-ci pourra lui opposer une exception de dol, s'il a encore la somme entre ses mains, ou s'il s'en est enrichi: si, au contraire, le pupille l'a dissipée ou perdue par l'effet d'un vol, l'exception de dol ne pourra lui être opposée par le débiteur, lequel alors ne pourra éviter une condamnation, attendu qu'il doit s'imputer d'avoir payé la première fois à un pupille non autorisé et contrairement à notre constitution. Quant aux pupilles, ils ne peuvent rien payer sans l'autorisation de leur tuteur, parce qu'ils ne peuvent rendre leur créancier

propriétaire de la chose payée, toute aliénation leur étant interdite sans cette autorisation.

*Le pupille, quoique propriétaire, ne pouvait rien aliéner sans l'autorisation de son tuteur. S'il prêtait une somme d'argent sans cette autorisation, comme le prêt de consommation exige une translation de propriété, laquelle ici était impossible, il n'y avait pas prêt, nulle action ne naissait de là pour le pupille, nulle obligation de prêt pour l'emprunteur; les écus étant restés la propriété du pupille, celui-ci pouvait les revendiquer. Evidemment il n'aurait pu les réclamer par une action personnelle; car cette action aurait tendu à le rendre propriétaire (*dare*) : or, il ne pouvait pas le devenir, puisqu'il n'avait pas cessé de l'être.

**Mais si ces écus avaient été consommés (1) par celui qui les avait reçus, le pupille ne pouvait plus les revendiquer; cependant il devait avoir une action contre l'emprunteur, pour rétablir dans son patrimoine une valeur qu'il n'avait pas eu la capacité d'en faire sortir. Cette action, qui ne pouvait plus être la revendication, était personnelle; elle ne naissait pas du prêt, car il n'y avait pas de prêt; mais de cette circonstance que la somme livrée l'avait été pour une cause qui ne s'était pas réalisée; pour acquérir une créance qui n'avait pu naître. Cette action personnelle s'appelait *condictio;* elle tendait à faire redevenir le pupille propriétaire d'une somme égale; à rien de plus, parce que l'on suppose de bonne foi celui qui l'a consommée. Si, au contraire, il avait consommé la somme de mauvaise foi, le pupille avait contre lui l'action personnelle prétorienne appelée *ad exibendum*, qui pouvait entraîner des conséquences plus fâcheuses. En effet, lorsque le possesseur d'une chose appartenant à autrui avait cessé par dol de posséder cette chose, il n'était pas moins soumis à la revendication; il était condamné comme s'il possédait encore, et même à la valeur de la chose réclamée, valeur appréciée par le demandeur sur serment : or, cette appréciation s'élevait naturellement au-dessus de la valeur réelle. Comme ici il s'agissait d'une chose mobilière, le propriétaire devait se la faire exhiber pour ensuite la revendiquer : or, le pupille se contentait de l'action tendant à l'exhibition, parce que, par cette action, il parvenait à faire condamner le défendeur, comme ne voulant pas exhiber, à une valeur appréciée par lui sur serment (2).

*** Recevoir en paiement et donner quittance valable, c'est aliéner sa

---

(1) Soit en les dépensant, soit en les mêlant avec d'autres. Inst. II. 4. § 2. L. 78. D. 46. 3.

(2) On appelle *arbitraires* les actions dans lesquelles le juge commençait par ordonner l'exhibition ou la restitution, et ensuite, lorsque son ordre n'était pas exécuté, condamnait à une somme d'argent représentative de la chose en litige, et même d'après l'appréciation sur serment du demandeur, dans notre hypothèse. Voyez *infra*, Inst. IV. 6. § 31.

créance. Le pupille ne pouvait donc valablement recevoir un paiement sans l'autorisation de son tuteur : mais s'il ne pouvait libérer un débiteur, celui-ci le rendait propriétaire de la chose payée ; car il avait voulu lui transférer la propriété de la chose due, et le pupille pouvait en acquérir la propriété sans l'intervention de son tuteur. En effet, il ne pouvait aliéner; mais il pouvait acquérir sans autorisation.

*Que pouvait donc faire un débiteur qui avait imprudemment payé à un pupille non autorisé ? Il ne pouvait revendiquer la chose due, puisqu'il avait cessé d'en être propriétaire : il ne pouvait non plus exercer d'action personnelle, puisque le pupille, en recevant, n'avait pu s'obliger. Mais si le pupille s'était enrichi de la chose payée ; s'il l'avait encore dans son patrimoine, ou s'il l'avait fait servir à la conservation ou à l'augmentation de son patrimoine, nul ne devant s'enrichir aux dépens d'autrui, lorsque le pupille ensuite exerçait contre le débiteur l'action attachée à sa créance non éteinte, celui-ci la paralysait par une exception de dol, jusqu'à concurrence de ce dont le pupille s'était enrichi.

** Mais supposons que le débiteur ait eu le soin de ne payer qu'au pupille autorisé : un grave danger menacerait encore le débiteur : voici comment. Si le pupille, étant devenu pubère et voulant se faire rendre compte par le tuteur, le trouvait insolvable et n'avait aucun moyen, même subsidiaire, d'obtenir satisfaction au sujet de la chose payée, le magistrat lui accordait la restitution *in integrum*, de même qu'à tout mineur de vingt-cinq ans qui se trouvait lésé par suite d'un acte valable, et par conséquent l'autorisait à poursuivre, par une action utile, le débiteur comme s'il n'avait pas payé : de sorte que celui-ci se trouvait contraint à payer une seconde fois. Pour éviter cette conséquence rigoureuse de la restitution en entier, et obtenir une *plenissima securitas*, le débiteur devait, non seulement ne payer qu'au pupille autorisé de son tuteur, mais encore exiger préalablement un décret du magistrat (*sententia judicialis*) qui ordonnât le paiement. Alors il était à l'abri de tout danger; car le magistrat qui avait ordonné le paiement n'aurait pu ensuite le considérer comme nul (1). Justinien l'a décidé ainsi dans une constitution adressée aux avocats de Césarée, à la suggestion de Tribonien.

Ce qui vient d'être dit du paiement fait au pupille non autorisé de son tuteur, s'applique à l'adulte non assisté de son curateur : et pour payer avec pleine sécurité à l'adulte assisté, il faut aussi recourir préalablement à la *sententia judicialis*.

Enfin le pupille ne peut valablement payer une dette sans l'autorisa-

---

(1) Ceci n'est qu'une conséquence du principe général consacré par Constantin, d'après lequel le tuteur ne pouvait aliéner valablement un immeuble sans un décret du magistrat. L. 22. C. 5. 37.

tion de son tuteur ; car payer c'est aliéner la chose donnée en paiement : il faut donc appliquer, dans cette hypothèse, ce qui a été dit ci-dessus pour le prêt fait par un pupille non autorisé (1).

## TITULUS IX.

### PER QUAS PERSONAS NOBIS ACQUIRITUR.

Pr. Acquiritur nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eos, quos in potestate habemus; item per eos servos, in quibus usumfructum habemus; item per homines liberos, et servos alienos, quos bona fide possidemus. De quibus singulis diligentius dispiciamus.

## TITRE IX.

### PAR QUELLES PERSONNES ON ACQUIERT.

Pr. Nous pouvons acquérir, non seulement par nous-mêmes, mais encore par ceux que nous avons sous notre puissance paternelle ou dominicale, et aussi par les esclaves dont nous avons l'usufruit, ainsi que par les hommes libres et les esclaves d'autrui, que nous possédons de bonne foi. Examinons avec soin chacun de ces cas.

* Nous pouvons acquérir, non-seulement par nous-mêmes; mais encore : 1° par nos fils de famille ; 2° par nos esclaves ; 3° par les esclaves d'autrui dont nous avons l'usufruit, et par des hommes libres ou des esclaves d'autrui que nous possédons de bonne foi.

1° Par nos fils de famille.

§ I. Igitur liberi vestri utriusque sexus, quos in potestate habetis, olim quidem, quicquid ad eos pervenerat (exceptis videlicet castrensibus peculiis), hoc parentibus suis acquirebant, sine ulla distinctione; et hoc ita parentum fiebat, ut esset eis licentia, quod per unum vel unam eorum acquisitum est, alii, vel extraneo, donare, vel vendere,

§ 1. Autrefois tout ce qui advenait aux enfants de l'un ou de l'autre sexe appartenait à l'ascendant qui les avait sous sa puissance, à l'exception cependant des pécules castrens : et l'ascendant devenait tellement le maître des choses acquises ainsi par un enfant, qu'il pouvait les donner à un autre enfant ou à un étranger, ou les vendre, ou en dis-

---

(1) En se reportant à la note 2 de la page 171, on comprendra mieux maintenant notre réponse à l'objection tirée des L. 41. D. 12. 6. et L. 59. D. 44. 7. En effet, lorsqu'un pupille paie une obligation naturelle contractée par lui seul, il ne fait pas de paiement, parce qu'il ne peut aliéner. Il peut donc revendiquer la chose donnée en paiement à son créancier naturel sans craindre l'exception, ou le droit de rétention ; car le créancier n'a aucun titre pour retenir la chose donnée par le pupille. Le paiement? Il n'y en a pas. C'est donc sous ce rapport seulement que ces lois portent que le pupille qui s'est obligé seul n'est pas même obligé naturellement ; c'est comme si elles énonçaient ceci : S'il arrive qu'un pupille paye une chose, en vertu d'une obligation contractée par lui seul, il pourra la répéter, parce qu'il n'a pu l'aliéner ; on ne peut lui opposer l'exception qu'on oppose ordinairement à celui qui acquitte *volontairement* une obligation naturelle. Sous ce rapport, il n'est donc pas obligé même naturellement. Mais s'il paie, étant pubère, l'obligation qu'il avait contractée étant pupille, comme alors il a pu aliéner la chose donnée en paiement, il ne pourra la répéter. Donc il y avait réellement pour lui obligation naturelle.

vel, quocumque modo voluerant, applicare. Quod nobis inhumanum visum est, et generali constitutione emissa, et liberis pepercimus, et patribus debitum reservavimus. Sancitum etenim a nobis est, ut, si quid ex re patris ei obveniat, hoc, secundum antiquam observationem, totum parenti acquirat (quæ enim invidia est, quod ex patris occasione profectum est, hoc ad eum reverti?); quod autem ex alia causa sibi filiusfamilias acquisivit, hujus usumfructum quidem patri acquirat, dominium autem apud eum remaneat, ne, quod ei ex suis laboribus vel prospera fortuna accessit, hoc, in alium perveniens, luctuosum ei procedat.

poser de toute autre manière. Cela nous a semblé contraire aux sentiments d'humanité, et, par une constitution générale que nous avons promulguée, nous avons veillé aux intérêts des enfants, tout en ménageant les droits des ascendants. Car nous avons décidé que tout ce qui adviendrait de leur père aux enfants, appartiendrait au père, suivant les anciens principes; en effet, comment trouver extraordinaire que ce qui vient du père lui retourne? Mais nous avons voulu que tout ce qui serait acquis à un fils de famille de toute autre source, n'appartînt au père que pour l'usufruit, la nue-propriété étant réservée à ce fils, de peur que ce qu'il aurait acquis par ses labeurs ou par une faveur de la fortune ne fût pour lui, en passant à d'autres, une cause de chagrin.

§ II. Hoc quoque a nobis dispositum est et in ea specie, ubi parens, emancipando liberum, ex rebus, quæ acquisitionem effugiunt, sibi partem tertiam retinere, si voluerat, licentiam ex anterioribus constitutionibus habebat, quasi pro pretio quodammodo emancipationis, et inhumanum quiddam accidebat, ut filius rerum suarum, ex hac emancipatione, dominio pro parte defraudetur, et, quod honoris ei ex emancipatione additum est, quod sui juris effectus est, hoc per rerum deminutionem decrescat. Ideoque statuimus, ut parens pro tertia bonorum parte dominii, quam retinere poterat, dimidiam, non dominii rerum, sed ususfructus retineat: ita etenim et res intactæ apud filium remanebunt, et pater ampliore summa fruetur, pro tertia dimidia potiturus.

§ 2. D'après des constitutions anciennes, le père qui émancipait son fils pouvait retenir le tiers des biens de celui-ci, dont il n'avait pas la propriété, comme prix de l'émancipation : or cette décision avait quelque chose d'inhumain, en ce que le fils ne pouvait être émancipé qu'au détriment de sa fortune, de telle sorte que ce qu'il gagnait en honneur, par suite de l'émancipation, était acheté par le sacrifice d'une partie de son patrimoine. C'est pourquoi nous avons voulu que le père, au lieu du tiers en propriété des biens de l'émancipé, eût la moitié en usufruit : de cette manière le fils conservera, en propriété, l'intégralité de ses biens, et le père, qui est privé du tiers en propriété, aura une jouissance plus considérable au moyen de l'usufruit de moitié.

* Les enfants placés sous la puissance paternelle, les femmes *in manu*, les hommes libres, enfants de famille, soumis au *mancipium*, ne pou-

vaient rien avoir en propre : tout ce qu'ils acquéraient, droits réels ou créances, appartenait à celui qui exerçait sur eux sa puissance ; ou plutôt, n'étant que les organes de celui-ci, ils acquéraient directement pour lui (1). Quant aux acquisitions faites par l'esclave, il en devait être de même à plus forte raison : il en sera parlé au paragraphe troisième. Le *mancipium* et la *manus* n'existant plus du temps de Justinien, nous ne nous occuperons ici que du fils de famille.

A. —Pécule profectice.

* Tout ce qu'acquérait le fils appartenait au père : mais celui-ci lui confiait quelquefois l'administration de certains biens, qu'il séparait du patrimoine général. Ce petit patrimoine particulier (*peculiare*) prit le nom de *pécule ;* on lui ajouta plus tard la qualification de *profectice*, pour le distinguer d'autres pécules qui s'introduisirent dans la suite, parce qu'il provenait du chef de famille lui-même. Ce pécule était le même que celui confié à l'esclave. Le père conservait évidemment la propriété de ce pécule, et il pouvait même en retirer l'administration à son fils lorsqu'il le voulait. Quant aux dettes contractées par celui-ci dans cette administration, le père en était tenu par une action prétorienne, appelée *de peculio*, jusqu'à concurrence de ce même *pécule.*

B. —Pécule castrens.

** Sous Auguste, Néron et Trajan, ce que les fils de famille avaient acquis à l'occasion du service militaire, par exemple, leur solde, le butin, et ce qui leur avait été donné, par leurs amis ou parents, au moment de leur départ pour une expédition (2), constituait pour eux un patrimoine particulier, appelé pécule castrens, à l'égard duquel ils étaient considérés comme chefs de famille : ils pouvaient en disposer entre vifs, à titre gratuit ou à titre onéreux, ou par disposition de dernière volonté.

C. —*Quasi-castrense peculium.*

*** Le pécule quasi-castrens était déjà connu du temps d'Ulpien. Constantin en développa les règles, qui, plus tard encore, furent étendues

---

(1) Ulp., XIX. 18.

(2) L. 11. D. 49. 7 L. 1. C. 12. 37. L. 4. C. 3. 36. Dans le pécule castrens entraient : 1. ce qui avait été donné en choses mobilières au fils de famille au moment de son départ pour une expédition (et non au moment où il était enrôlé), par des parents ou amis. L. 3. § 4. D. 24. 1. L. 6. 11. D. 49. 17. L. 4. C. 3. 36. Les donations faites pour acquérir immédiatement les choses nécessaires à l'expédition, entraient dans le pécule castrens ; il en était de même de l'argent donné pour leur acquisition, lorsque l'acquisition en avait été réellement faite. L. 3. D. 49. 7. ; 2. ce qui avait été donné en choses mobilières ou immobilières au fils de famille en expédition, par les personnes avec lesquelles l'état militaire l'avait mis dans des rapports intimes, soit entre vifs, soit par disposition de dernière volonté. L. 5. 8. D. 49. 7. L. 1. 4. C. 12. 37. Si le disposant était un parent, il suffisait qu'il eut été aussi au service militaire : peu importait, s'il s'agissait de dispositions de dernière volonté, que le testament eût été fait *post commilitium*. L. 16. § 1. L. 19. D. 49. 7. L. 4. C. 12. 37. ; 3. d'après un rescrit d'Adrien, le militaire, si sa femme l'avait institué héritier pendant une expédition, acquérait cette hérédité pour son pécule castrens ; mais ce rescrit ne s'appliquait pas à des legs ou à des donations, ou à un testament fait par la femme avant la *militia*. L. 13. D. 49. 7.

par d'autres empereurs. Il se composait de tout ce que les officiers du palais, fils de famille, avaient gagné dans leurs fonctions, par économie ou dons de l'empereur (1). Sous Théodose et Valentinien, les bénéfices des avocats prétoriens et des fonctionnaires du prétoire préfectoral formaient aussi un pécule quasi-castrens. Il en fut de même, sous Honorius et Théodose, des bénéfices des assesseurs et avocats de toutes les juridictions; et, sous Léon et Anthémius, des gains faits par les avocats plaidant pour les parties, et par les évêques, les chefs de presbytères et les diacres orthodoxes; et enfin, sous Justinien, de toute libéralité impériale (2).

A l'égard de ce pécule, les fils de famille avaient les mêmes droits que sur le pécule castrens.

D.—Pécule adventice.

Il y a deux sortes de pécules adventices, le régulier et l'irrégulier.

*On entend par pécule adventice régulier toute acquisition que le fils de famille a faite de toute autre source que du patrimoine du père, et qui ne fait partie ni du pécule castrens, ni du pécule quasi-castrens (3).

C'est à Constantin qu'il doit son origine : alors il ne se composait que des biens maternels (4). Sous Arcadius et Honorius, il comprenait tout ce que le fils de famille recueillait par succession ou par donation des ascendants ou descendants de la ligne maternelle. Sous Justinien, il prit l'extension indiquée dans la définition que nous venons d'en donner.

Ce pécule appartenait, quant à la propriété, aux enfants, et, quant à l'usufruit, au chef de famille : et cet usufruit cessait avec la puissance paternelle. Tant que durait cette puissance, les enfants ne pouvaient en disposer d'aucune manière.

(1) C. 12. 31.

(2) Si un père de famille, étant chargé de remettre une hérédité, par fidéi-commis, à son fils, l'administrait mal, d'après un rescrit d'Adrien, il devait le restituer immédiatement. Or, cette hérédité restituée devait tomber dans le pécule quasi-castrens du fils, et non dans son pécule adventice. En effet, le pécule adventice était inconnu du temps d'Adrien.

(3) Les *lucra nuptialia*, que perd un veuf en se remariant, et que gagnent les enfants du premier lit, ne sortent pas de la substance même du chef de famille; il en est de même de la dot que le mari conserve en usufruit après divorce, et dont la propriété appartient aux enfants. Aussi ne font-ils pas partie du pécule adventice régulier : car les enfants, pour être propriétaires de ces biens, n'ont pas besoin de se trouver sous la puissance paternelle; et le père n'en perd pas l'usufruit lorsque s'éteint sa puissance; si l'enfant qui y a droit était adopté, l'usufruit en resterait au père naturel.

On doit considérer aussi, comme tombant dans le pécule adventice, ce qui est donné au fils à l'occasion de son père, pourvu que l'intention du donateur n'ait pas été de se servir du fils seulement comme intermédiaire. Voy. Vangerow, l. c. p. 337. Quant aux acquisitions du fils *ex laboribus suis*, et qui accroissent les pécules adventices, il faut supposer que ces travaux n'ont pas trait au père, par exemple, les intérêts que percevrait un enfant de famille d'un capital qui lui appartiendrait, ou les bénéfices qu'il retirerait de ses talents ou de son enseignement.

(4) L. 4. C. 6. 60.

Le père, craignant de perdre l'usufruit du pécule adventice, devait être peu disposé à émanciper le fils qui en était propriétaire. Aussi, pour l'engager à l'émancipation, des constitutions impériales lui assuraient-elles en pleine propriété le tiers du pécule adventice appartenant au fils émancipé.

Il arrivait de là un autre inconvénient. Ce tiers, gagné par le père en échange de la puissance paternelle qu'il avait perdue, entrait irrévocablement dans son patrimoine, et, lors de son décès, appartenait par égales portions à tous ses enfants : l'émancipé, qui arrivait à la succession au moyen du droit prétorien, avait la douleur de voir ses frères et sœurs s'enrichir d'une partie du pécule, qui peut-être lui avait coûté bien des sueurs. Aussi Justinien, pour éviter ce résultat choquant, voulut que le père émancipateur n'eût plus que la moitié en usufruit du pécule adventice : de cette manière le père avait une jouissance plus grande, et, à sa mort, le fils émancipé voyait se compléter de nouveau son ancien pécule adventice.

* Le pécule adventice irrégulier était celui dont la jouissance n'appartenait pas au père de famille; par exemple, une hérédité qu'aurait acceptée le fils malgré son père (1); une donation faite au fils sous la condition expresse que le père n'en aurait pas l'usufruit; la part d'une succession *ab intestat* que le fils aurait partagée avec son père (2); l'acquisition faite par un enfant, du bien de sa mère, pour cause de divorce *bona gratia* (3).

Le fils pouvait jouir entièrement de ce pécule; mais il ne pouvait en disposer comme d'un pécule castrens. Sous ce rapport, il avait le caractère d'un pécule adventice.

2° Par nos esclaves.

§ III. Item vobis acquiritur, quod servi vestri ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur, vel ex qualibet alia causa acquirunt. Hoc etenim vobis et ignorantibus et invitis obvenit. Ipse enim servus, qui in potestate alterius est, nihil suum habere potest. Sed si heres institutus sit, non alias, nisi jussu vestro, hereditatem adire potest; et, si jubentibus vobis adierit, vobis hereditas acquiritur, perinde ac si vos ipsi heredes instituti essetis. Et convenienter scilicet legatum per eos vo-

§3. Vous acquérez également tout ce qui advient à vos esclaves par tradition, par stipulation ou par toute autre voie : tout cela vous est même acquis à votre insu et malgré vous : car l'esclave, lequel se trouve sous la puissance d'autrui, ne peut rien avoir en propre. Mais, s'il est institué héritier, il ne peut faire adition d'hérédité que par votre ordre; et, lorsqu'il a fait adition par votre ordre, l'hérédité vous appartient comme si vous-même aviez été institué héritier; conséquemment vous ac-

(1) L. 8. pr. §. 1. C. 6. 61.
(2) Nov. 118. c. 2.
(3) Nov. 134. c. 11.

bis acquiritur. Non solum autem proprietas per eos, quos in potestate habetis, acquiritur vobis, sed etiam possessio : cujuscumque enim rei possessionem adepti fuerint, id vos possidere videmini. Unde etiam per eos usucapio vel longi temporis possessio vobis accedit.

quérez aussi par eux le legs qui leur a été fait. Vous acquérez, par ceux qui sont sous votre puissance, non seulement la propriété, mais encore la possession, puisque tout ce qu'ils possèdent est censé possédé par vous. D'où il faut conclure que par eux vous avez les avantages résultant de l'usucapion ou de la possession de long temps.

* Tout ce que l'esclave acquérait était acquis à son maître, soit que cette acquisition provînt d'une tradition, but d'une vente ou d'une donation, soit qu'elle fût le résultat de l'exécution d'une obligation née d'une stipulation (1), ou de tout autre cause translative de propriété. Le maître acquérait ainsi par son esclave, même à son insu et malgré lui. Mais s'il s'agissait d'une hérédité à laquelle l'esclave fût appelé par un testament, lui seul, à la vérité pouvait procéder à l'adition d'hérédité; toutefois, il ne le pouvait que sur l'ordre de son maître : car cette acquisition n'était pas ordinaire; son objet était une masse composée d'un actif et d'un passif : or, jamais l'esclave ne pouvait obliger son maître sans son consentement.

Quant au legs, il ne grevait d'aucune dette celui qui l'obtenait, et le droit à cette libéralité s'ouvrait, quand elle était pure et simple, au moment du décès du testateur, sans qu'il y eût besoin d'un acte exprès de la part du légataire (2). Si un legs était fait à un esclave, il appartenait donc au maître qu'avait cet esclave à l'ouverture du legs, à son insu et même malgré lui, et dans tous les cas, sans que son ordre fût nécessaire ( *jussus* ) (3).

Le legs ainsi fait à l'esclave s'attachait à sa personne; de sorte que, si le maître, qu'il avait au moment de la confection du testament, n'était pas le même que celui sous la puissance duquel il se trouvait au moment de l'ouverture du droit au legs, c'était ce dernier qui acquérait le legs et non l'ancien maître. Et si l'esclave se trouvait affranchi à ce même moment, l'acquisition en était faite à lui-même (4).

** Un maître acquérait, non seulement la propriété, par son esclave, mais encore la possession. Or, ainsi que nous l'avons vu plus haut (5), on ne peut posséder sans *animus* : l'esclave pouvait avoir le *corpus* et

---

(1) L'esclave pouvait stipuler *ex persona domini*, et, en stipulant, il acquérait une créance à son maître; mais l'acquisition de la créance elle-même par l'esclave est l'objet des titres 17 et 28 du 3e. livre. Ici il ne s'agit que de la propriété.

(2) Cependant le légataire pouvait fort bien ne pas accepter.

(3) Ulp. XIX, 19,

(4) Voy. Les §§ 32 et 33 du titre 20 de ce livre.

(5) P. 218

l'acquérir à son maître; mais l'*animus* du maître était nécessaire. L'esclave ne pouvait donc acquérir la possession à son maître à l'insu de celui-ci et surtout malgré lui. Toutefois, si le maître avait confié l'administration d'un pécule à son esclave, il avait l'intention (l'*animus*) de posséder par lui tous les objets qui y étaient introduits, par conséquent la possession d'un objet pouvait lui être acquise à son insu, en ce sens qu'il n'avait pas besoin d'avoir une connaissance spéciale de chaque prise de possession (1), quand cette possession était relative au pécule.

Par cette possession, le maître arrivait à la propriété au moyen de l'usucapion : mais, dans le dernier cas, celui où la possession lui était acquise à son insu, l'usucapion ne commençait à courir que du moment où il avait eu connaissance de l'acquisition de la possession, sans doute, parce que l'usucapion suppose nécessairement la bonne foi.

Tout ce que nous venons de dire de l'acquisition de la possession par un esclave relativement à son maître, s'applique au fils de famille en ce qui concerne le père, si le fils ne l'a acquise ni pour son pécule castrens, ni pour son pécule quasi-castrens, ni pour son pécule adventice. Si l'esclave avait plusieurs maîtres, il acquérait à chacun de ses maîtres en proportion de la part de chacun dans la copropriété, à moins qu'il n'eût acquis par l'ordre, ou qu'il n'eût obtenu l'acquisition au nom de l'un d'entre eux seulement, auquel cas celui-ci acquérait la totalité.

3° — Par les esclaves dont nous avons l'usufruit, par l'homme libre ou l'esclave d'autrui que nous possédons de bonne foi.

§ IV. De his autem servis, in quibus tantum usumfructum habetis, ita placuit, ut, quicquid ex re vestra, vel ex operibus suis acquirant, id vobis adjiciatur, quod vero extra eas causas persecuti sunt, id ad dominum proprietatis pertineat. Itaque si is servus heres institutus sit, legatumve quid ei aut donatum fuerit, non usufructuario, sed domino proprietatis acquiritur. Idem placet et de eo, qui a vobis bona fide possidetur, sive is liber sit, sive alienus servus : quod enim placuit de usufructuario, idem placet et de bona fide possessore. Itaque quod extra duas istas causas acquiritur, id vel ad ipsum pertinet, si liber est, vel

§ 4. Quant aux esclaves dont vous avez l'usufruit seulement, il est admis qu'ils vous acquièrent tout ce qui leur provient de votre chose ou de leur travail, le surplus appartenant à leur nu-propriétaire. C'est pourquoi ce ne sera pas son usufruitier, mais son nu-propriétaire qui profitera des hérédités pour lesquelles il est institué, ou des legs qui lui son faits. On suit la même règle quant aux acquisitions faites par la personne que vous possédez de bonne foi, qu'elle soit libre ou l'esclave d'autrui : car ce que nous avons dit de l'usufruitier s'applique au possesseur de bonne foi. Si donc la persomne ainsi possédée acquiert des biens autre-

(1) L. 1. § 5. L. 3. § 12. D. 41. 2.

ad dominum, si servus est. Sed bonæ fidei possessor cum usuceperit servum, quia eo modo dominus fit, ex omnibus causis per eum sibi acquirere potest; fructuarius vero usucapere non potest, primum, quia non possidet, sed habet jus utendi fruendi, deinde, quia scit servum alienum esse. Non solum autem proprietas per eos servos, in quibus usumfructum habetis, vel quos bona fide possidetis, vel per liberam personam, quæ bona fide vobis servit, acquiritur vobis, sed etiam possessio: loquimur autem in utriusque persona secundum definitionem, quam proxime exposuimus, id est si quam possessionem ex re vestra, vel ex operibus suis adepti fuerint.

ment que par votre chose ou par son travail, ces biens appartiennent à elle-même si elle est libre, ou à son maître si elle est esclave. Cependant le possesseur de bonne foi, lorsqu'il aura usucapé l'esclave d'autrui, en sera propriétaire, et par conséquent acquerra par lui à toutes sortes de titres, tandis que l'usufruitier d'un esclave ne peut l'usucaper, d'abord parce qu'il ne le possède pas, n'ayant à son égard que le droit d'usage et de jouissance, et ensuite parce qu'il sait bien qu'il appartient à autrui. Au reste, ce n'est pas seulement la propriété, mais encore la possession que vous acquérez par les esclaves dont vous avez l'usufruit ou que vous possédez de bonne foi; toutefois, avec la distinction que nous avons faite ci-dessus, à l'égard des uns et des autres, c'est-à-dire, s'ils ont acquis la possession par votre chose ou par leur travail.

*Par l'esclave dont on n'avait que l'usufruit, on pouvait gagner: 1° les acquisitions qu'il faisait par ses travaux ou son industrie (*ex operibus suis*), puisque tout cela appartenait à l'usufruitier. on pouvait le faire travailler pour d'autres, et retenir le prix de son travail (1); 2° les acquisitions qu'il faisait avec la chose de l'usufruitier (*ex re vestra*), par exemple, si cet esclave avait vendu ou loué la chose de son usufruitier, s'il avait acheté une chose des deniers de celui-ci. Mais les legs, les institutions d'héritier, les donations qui s'adressaient à cet esclave, les trésors qu'il avait découverts, appartenaient au nu-propriétaire.

Si l'on possédait de bonne foi l'esclave d'autrui, on acquérait les produits de son industrie ou de son travail, comme on acquérait les fruits d'un immeuble qu'on possédait de bonne foi (2). Il en était de même d'un homme libre possédé de bonne foi comme s'il était esclave. On acquérait aussi par eux tout ce qu'ils acquéraient *ex re nostra*. Quant aux autres choses acquises, elles appartenaient au propriétaire véritable ou à l'homme libre lui-même.

---

(1) Si je n'en avais que l'usage, je n'acquérais par lui que ce qui était le résultat de l'usage que je pouvais en faire dans mes propres affaires, en lui faisant cultiver mes terres et en vendre les fruits, en le mettant à la tête de mon commerce, L. 17. § 2. D. 7. 8; mais je ne pouvais le faire travailler pour d'autres.

(2) Voy. *supra*, p. 242, et la différence avec les fruits de la chose dont on avait l'usufruit, *supra* p. 243.

§ V. Ex his itaque apparet, per liberos homines, quos neque juri vestro subjectos habetis, neque bona fide possidetis, item per alienos servos, in quibus neque usumfructum habetis, neque justam possessionem, nulla ex causa vobis acquiri posse. Et hoc est, quod dicitur, *per extraneam personam nihil acquiri posse :* excepto eo, quod per liberam personam, veluti per procuratorem, placet, non solum scientibus, sed etiam ignorantibus vobis acquiri possessionem, secundum divi Severi constitutionem, et per hanc possessionem etiam dominium, si dominus fuit, qui tradidit, vel usucapionem, aut longi temporis præscriptionem, si dominus non sit.

§ 5. De ce qui précède il résulte que vous ne pouvez rien acquérir par les hommes libres qui ne sont pas sous votre puissance, et que vous ne possédez pas de bonne foi, ni par les esclaves d'autrui dont vous n'avez ni l'usufruit ni la possession civile. C'est ce qu'exprime la règle : *on ne peut rien acquérir par une personne externe.* On fait cependant à cette règle une exception : en effet, vous pouvez acquérir la possession par une personne libre, par exemple, par un procureur, et même à votre insu, conformément à une constitution de Sévère ; et cette possession vous conduira à la propriété, si c'est le propriétaire qui a fait la tradition; et si ce n'est pas le propriétaire, elle vous menera à l'usucapion ou à la prescription de long temps.

* Ce qui précède indique quelles sont les personnes par lesquelles nous pouvons acquérir ; et nous savons que si nous le pouvons, c'est parce que ces personnes sont nos organes, nos intermédiaires : or, ce motif ne peut s'appliquer à des personnes étrangères ( *extraneæ personæ* ) à notre puissance, sur lesquelles nous n'avons ni la puissance paternelle, ni la puissance dominicale, et dont nous n'avons ni l'usufruit, ni la possession civile. Aussi notre mandataire, homme libre, acquiert pour lui et ne peut acquérir qu'en son nom les choses qui lui sont dues en vertu d'un contrat qu'il aurait fait. Si donc il a reçu de moi le mandat de m'acheter une maison, qu'il l'achète, qu'il la fasse livrer, lui seul à l'action *empti*, et lui seul est devenu propriétaire de la maison qui lui a été livrée, parce qu'il a acquis la possession en son propre nom de celui qui l'a lui avait vendue (1). Ensuite, par l'action de mandat, je le containdrai à me vendre et à me livrer cette même maison, et alors j'en deviendrai propriétaire par moi-même; et s'il ne veut pas me la vendre et me la livrer, je n'obtiendra contre lui que des dommages et intérêts.

(1) Cependant si le vendeur n'avait fait la tradition de la maison, à mon mandataire, que dans l'intention de m'en rendre propriétaire, j'en aurais acquis la propriété par lui, quoique l'achat eut été fait en son nom, parce que, autre chose est l'acquisition d'une action personnelle, résultant de l'achat, autre chose est l'acquisition de la propriété par la tradition : or, la translation de la propriété par la tradition tient surtout à la volonté du propriétaire. Mais il faudrait, pour cela, que mon mandataire, en achetant, eût dit qu'il entendait acheter pour moi, et que mon mandataire eût, par conséquent, entendu prendre possession en mon nom. Voy. L. 13. D. 41. 1.—Au reste, on a admis chez les romains que le mandant, s'il n'acquérait pas des actions directes par son mandataire, acquérait par lui des actions utiles. LL. 27. 28. D. 3. 2. L. 14. § 6. D. 13. 7. LL. 8. 10. § 6. D. 17. 1.

Mais si, ayant acheté une maison, je donne à quelqu'un le mandat d'en recevoir la possession de mon vendeur, comme je puis posséder par autrui, je recevrai la tradition par lui, et cette tradition ne pourra lui être faite qu'en mon nom, puisque je suis l'acheteur. Par cette possession acquise je deviendrai propriétaire si le vendeur était propriétaire, et, s'il ne l'était pas, j'usucaperai par mon mandataire. De même si je donne mission à mon ami de s'emparer pour moi d'une chose *nullius*, je posséderai par mon ami et je deviendrai immédiatement propriétaire.

* Je ne puis donc faire les acquisitions civiles par un simple mandataire, acquérir des créances, des droits réels ou la propriété; mais je puis faire des acquisitions naturelles (1), obtenir la possession; quand au seul fait de ma possession sera attachée l'acquisition de la propriété, celle-ci sera plutôt une conséquence du droit civil, que le produit de l'acte d'un tiers.

Pour posséder par autrui il faut que je le sache, puisqu'il est indispensable que mon *animus* figure dans cette possession. Cependant un texte (2) porte que la possession sera acquise, par un tiers, *non solum scientibus sed et ignorantibus*. Si un tiers acquiert une possession en mon nom, mais sans mandat, la possession ne me sera acquise que lorsque j'en aurai connaissance, parce qu'il faut mon *animus* : mais si c'est mon procureur, qui a pris possession en mon nom, elle me sera acquise immédiatement sans que j'aie conscience de la prise de possession : c'est à cette hypothèse que se réfère le texte auquel nous avons fait allusion: ici on ne peut pas dire qu'il n'y ait pas un *animus* de ma part; ma volonté exprimée d'avance suffit, comme pour la possession relative au pécule qu'aquiert mon esclave : toutefois l'usucapion ne commencera que lorsque j'aurai conscience de la possession; parce que pour l'usucapion, il faut autre chose que la possession, savoir, la bonne foi(3).

§ VI. Hactenus tantisper admonuisse sufficit, quemadmodum singulæ res acquiruntur : nam legatorum jus, quo et ipso singulæ res vobis acquiruntur, item fideicommissorum, ubi singulæ res vobis relinquuntur, opportunius inferiore loco referemus. Videamus itaque nunc, quibus modis per universitatem res vobis acquiruntur. Si cui ergo heredes facti sitis, sive cujus bonorum possessio-

§ 6. Qu'il nous suffise du peu qui précède relativement aux modes d'acquérir à titre singulier : car, quant aux legs et aux fidéicommis, qui sont aussi des modes d'acquérir à titre singulier, nous aurons l'occasion d'en parler plus loin, dans un lieu plus opportun. Occupons-nous donc maintenant des modes d'acquérir à titre universel. Or, nous acquérons à titre universel lorsque nous

(1) L. 55. D. 41. 1. L. 1. C. 3. 27.
(2) L. 1. C. 7. 32.
(3) Ibid.

nem petieritis, vel si quem arrogaveritis, vel si cujus bona libertatum conservandarum causa vobis addicta fuerint, ejus res omnes ad vos transeunt. Ac prius de hereditatibus dispiciamus, quarum duplex condicio est : nam vel ex testamento, vel ab intestato ad vos pertinent. Et prius est, ut de his dispiciamus, quæ vobis ex testamento obveniunt. Qua in re necessarium est initium, de ordinandis testamentis exponere.

devenons héritiers ou possesseurs de biens, ou lorsque nous adrogeons, ou bien encore quand l'universalité des biens d'un défunt nous est adjugée afin que nous maintenions les libertés accordées par ce dernier. Parlons d'abord des hérédités, qui sont de deux espèces : les unes nous sont déférées par testament, et les autres *ab intestat.* En premier lieu, traitons des hérédités testamentaires. Or, avant d'aborder cette matière, il est nécessaire d'exposer les principes sur les formalités des testaments.

## *Questions sur les titres VI, VII, VIII et IX.*

*De l'usucapion. — Qu'est-ce que l'usucapion? pag.* 280 **. — Libérait-elle des servitudes et hypothèques?* 280 ***. — Sous ce rapport ne différait-elle pas de la prescription?* 281. *— Quel était le but de l'usucapion?* 283 **. — Combien de conditions sont nécessaires pour l'usucapion?* 282 ***. — Qu'entendez-vous par possession civile?* 283 *I. — Quel était le délai voulu pour l'usucapion?* 282 **. — Les successeurs universels joignaient-ils à leur possession celle de leur auteur?* 284 **. —* Quid *des successeurs à titre particulier, quant à la jonction des possessions?* 284 ***. — Qu'entend-on par juste titre?* 285 **. — Qu'entend-on par bonne foi?* 288 *IV. — A quelle époque doit-elle exister?* 288. *— Quelles sont les choses non susceptibles d'usucapion?* 291 - 294. *— Qu'a décidé Marc-Aurèle relativement aux choses non susceptibles d'usucapion, appartenant à autrui, et vendues par le fisc?* 296 **. Qu'ont décidé Zénon et Justinien relativement aux choses d'autrui, vendues par le fisc?* 296 ***.*

*Des donations. — Que signifie le mot* dare? *— Qu'entend-on par donation, en général?* 297 **. — Quelle est la division la plus générale des donations?* 298 **. — Qu'est-ce qu'une donation pour cause de mort?* 299 **. — Combien y a-t-il de sortes de donations pour cause de mort?* 299 ***. — Quels sont les effets des deux espèces de donations pour cause de mort?* 299 ****. — En quoi la donation pour cause de mort ressemble-t-elle à une disposition testamentaire?* 300 **. — En quoi en diffère-t-elle* 300 ***. — A quelles formalités était soumise la donation pour cause de mort?* 300****. — *Comment se divisent les acquisitions à titre gratuit entre vifs?* 301**. — *Qu'est-ce qu'une donation entre vifs?* 301***. — *Comment cette donation devenait-elle parfaite?* 302-305. — *Qu'est-ce que la donation* propter nuptias? 306. 2° *— Quel était le but des donations* propter nuptias? 306**. — *Qu'est-ce que l'acquisition* per jus accrescendi? 309. 3°

*De ceux qui peuvent ou ne peuvent pas aliéner. — Le mari pouvait-il*

*aliéner l'immeuble dotal?* 311 * *et* **. — *Quels étaient ceux qui, n'étant pas propriétaires, pouvaient aliéner?* 313 * *et* **. — *Le pupille pouvait-il aliéner?* 315 *, ** *et* ***. — *Que devait faire un débiteur du pupille pour payer sans danger?* 316 * *et* **.

*Par quelles personnes on peut acquérir.* — *Par quelles personnes pouvons-nous acquérir?* 317 *. — *Qu'acquérait-on par les fils de famille?* 318 *. — *Qu'est-ce qu'un pécule profectice?* 319 * — *Qu'est-ce qu'un pécule castrens?* 319? **. — *Qu'est-ce qu'un pécule quasi-castrens?* 319 ***. — *Qu'est-ce qu'un pécule adventice?* 320 *. — *Qu'acquiert-on par les esclaves?* 322 *. — *Un maître n'acquiert-il que la propriété par les esclaves* 322 **. — *Qu'acquérons-nous par l'esclave dont nous avons l'usufruit, par l'esclave d'autrui ou un homme libre que nous possédons de bonne foi?* 324. — *Peut-on acquérir par les personnes externes?* 325 *. — *Quelles acquisitions peut-on faire par les personnes externes?* 326 *

## TITULUS X.

### DE TESTAMENTIS ORDINANDIS.

## TITRE X.

### DE LA FORME DES TESTAMENTS.

* Le testament est un acte par lequel on dispose de l'universalité de ses biens en faveur d'un héritier institué, suivant les solennités requises (1).

**Pr. Testamentum ex eo appellatur quod testatio mentis sit.**

Pr. L'étymologie du mot testament est : *témoignage de la volonté.*

Les solennités des testaments varièrent suivant les époques. Dans l'enfance du peuple romain, elles se composaient de formes rigoureuses, destinées à frapper les sens ; et surtout elles étaient basées sur ce principe, que le citoyen ne pouvait déroger à la loi des successions *ab intestat* qu'en avertissant le peuple de cette dérogation. De là les testaments *calatis comitiis, in procinctu, per æs et libram.* (§ 1.)

Le droit prétorien, qui avait introduit peu à peu une autre espèce de succession, appelée *bonorum possessio*, à côté de l'hérédité civile, et quelquefois en contradiction avec cette dernière, admit des formes plus simples et de nature cependant à bien fixer les volontés d'un défunt: ce fut le testament prétorien. (§ 2.)

---

(1) Ulpien le définit ainsi : *testamentum est mentis nostræ justa contestatio, in id solenniter facta, ut post mortem nostram valeat.* Ulp. frag. XX. 1. Voici la définition de Modestin : *testamentum est voluntatis nostræ justa sententia, de eo quod quis post mortem suam fieri vult.* L. 1. D. 28. 1. Mais un codicille était aussi l'expression d'une dernière volonté; il pouvait être fait avec les solennités ou les conditions requises : cependant ce n'était pas un testament, parce qu'il ne contenait pas une institution d'héritier. Si les définitions d'Ulpien et de Modestin ne sont pas complètes, celle de notre pr. est ridicule ; elle est l'œuvre d'un amateur d'étymologies. En effet, elle s'appliquerait à toute manifestation de la volonté même entre vifs : un mandat serait un testament ! !

BIBLIOTHÈQUE

En outre, les constitutions impériales, empruntant les principes de l'ancien droit civil, les combinant avec les principes du droit prétorien, et y faisant des additions réclamées par la raison, amenèrent le testament tripartit. (§§ 3, 4 et 5.)

Enfin le § 14 de notre titre mentionne une espèce particulière de testament, appelé *nuncupatif*.

Dans les §§ 6, 7, 8, 9, 10 et 11, notre titre traite des personnes qui peuvent ou ne peuvent pas figurer dans un testament en qualité de témoins; et les §§ 12 et 13 parlent de la matière sur laquelle un testament peut être rédigé et des différents exemplaires qu'on peut en faire.

§ I. Sed ut nihil antiquitatis penitus ignoretur, sciendum est, olim quidem duo genera testamentorum in usu fuisse, quorum altero in pace et in otio utebantur, quod calatis comitiis appellabant, altero, cum in prælium exituri essent, quod procinctum dicebatur. Accessit deinde tertium genus testamentorum, quod dicebatur per æs et libram, scilicet, quia per emancipationem, id est imaginariam quandam venditionem, agebatur, quinque testibus et libripende, civibus romanis puberibus, præsentibus, et eo, qui familiæ emptor dicebatur. Sed illa quidem priora duo genera testamentorum ex veteribus temporibus in desuetudinem abierunt; quod vero per æs et libram fiebat, licet diutius permansit, attamen partim et hoc in usu esse desiit.

§ 1. Pour ne rien laisser ignorer du droit ancien, nous rappellerons qu'autrefois il y avait deux manières de tester, l'une en temps de paix, donnant lieu au testament appelé *calatis comitiis*, l'autre en temps de guerre, au moment du départ pour une expédition, donnant lieu au testament appelé *in procinctu*. Ensuite on imagina une autre espèce de testament, appelé *per æs et libram* (par l'airain et la balance), parce qu'il se réalisait au moyen d'une mancipation, c'est-à-dire, au moyen d'une vente imaginaire, en présence de cinq témoins et d'un porte-balance, tous citoyens et pubères, et d'un acheteur de l'hérédité. Les deux premières espèces de testament sont, depuis longtemps, tombées en désuétude; quant au testament par l'airain et la balance, quoi qu'il ait été plus longtemps en usage, il n'a plus été pratiqué, du moins en partie.

* Dans le principe il y eut chez les Romains deux sortes de testaments, l'un pour le temps de paix, appelé *calatis comitiis*, l'autre pour le temps de guerre, appelé *in procinctu*. Le premier s'appelait *calatis comitiis*, parce qu'il avait lieu dans les comices convoqués (1), pour cet objet, deux fois par an (2). Le premier se faisait en présence de l'armée par le militaire sur le point d'entrer en campagne (3). Alors, en effet, il ne

(1) Du mot grec καλειν, qui signifie appeler, convoquer. Le verbe *calare* a le même sens.

(2) Gaius. II. 101 Aul. Gell. 15. 27.

(3) *Procinctus est enim expeditus et armatus exercitus.* Gaius, II. 101.



BIBLIOTHÈQUE ROYALE I

pouvait pas attendre l'une des époques du testament ordinaire, et cependant il allait exposer sa vie sur les champs de bataille (1). Le militaire pouvait faire ainsi son testament, non seulement lorsqu'il quittait son foyer pour voler où l'appelait la patrie, mais encore au moment où le combat allait se livrer (2).

Notre texte désigne ce testament sous le nom de *procinctum ;* mais c'est par corruption des textes d'Ulpien et de Gaius, qui l'appellent *in procinctu.*

Plus tard, les militaires obtinrent le droit de faire leur testament devant un certain nombre de leurs compagnons d'armes : ce qui conduisit ensuite au testament militaire, dont il sera question au titre suivant.

* Ce double testament tomba bientôt en désuétude ; car comme on pouvait tout-à-coup se trouver frappé d'une maladie grave, il était impossible d'attendre l'une des deux époques du testament *calatis comitiis,* et tout le monde n'était pas militaire, près de partir pour une expédition, ou de prendre part à un combat. On recourut à la forme de la mancipation : le testateur réunissait cinq citoyens romains pubères, représentant les cinq classes du peuple romain, un porte-balance (*libripens*), et celui qu'il voulait instituer héritier : il mancipait à celui-ci, non son hérédité (3), mais sa *familia.* L'acheteur offrait un prix fictif pour cette acquisition ; ce prix consistait en un lingot d'airain (premier mode de numéraire chez les Romains), il touchait un plateau de la balance avec ce lingot comme s'il avait voulu le faire peser. Avant de recevoir la propriété des biens du testateur, l'héritier prononçait ces mots : « *Familiam pecuniamque tuam endo mandata tutela custodelaque* « *mea (recipio, eaque) quo tu jure testamentum facere possis secundum* « *legem publicam hoc ære æneaque libra esto mihi empta.* » Et, après avoir touché le plateau de la balance de son lingot d'airain, il l'offrait au testateur en paiement de son acquisition (4).

** On trouva qu'une telle institution irrévocable présentait bien des inconvénients. On admit donc que le *familiæ emptor* ne serait plus qu'un comédien, figurant dans la mancipation pour la forme, a peu près comme le *libripens* et les témoins ; et le véritable héritier fut institué dans des tablettes que le testateur remettait au *familiæ emptor* lors de la noncupation qu'il ajoutait aux formes ci-dessus, en s'énonçant ainsi : « *hæc ita, ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita* « *testor, itaque vos, quirites, testimonium mihi perhibetote ;* » de telle

(1) Cic. de nat. Deor, 2. 3.

(2) Vell. Paterc. 2. 5.

(3) Il ne pouvait manciper son hérédité, puisqu'elle n'était pas ouverte et que d'ailleurs, comme chose *nec mancipi*, elle n'aurait pas été susceptible de mancipation.

(4) Gaius II, 104. Cette mancipation transférait la propriété, mais non la possession, qui restait au testateur jusqu'à sa mort.

sorte que la mancipation n'était plus absolument qu'imaginaire (1), et que le testament dès lors se composa de deux parties bien distinctes, la mancipation et la noncupation.

Ainsi les deux premières manières de tester étaient entièrement tombées en désuétude du temps de Gaius, et la troisième manière avait éprouvé de profondes modifications, puisque la mancipation n'était plus qu'un simulacre, tant comme vente que comme moyen d'instituer un héritier.

§ II. Sed prædicta quidem nomina testamentorum ad jus civile referebantur. Postea vero ex edicto prætoris alia forma faciendorum testamentorum introducta est : jure enim honorario nulla emancipatio desiderabatur, sed septem testium signa sufficiebant, cum jure civili signa testium non erant necessaria.

§ 2. Les testaments dont il vient d'être question étaient du droit civil. Mais ensuite l'édit du préteur introduisit une autre manière de tester : or, dans cette nouvelle manière de tester, la mancipation n'était pas requise; on se contentait des cachets de sept témoins, lesquels n'étaient pas nécessaires d'après le droit civil.

*Les trois espèces de testaments ci-dessus étaient régies par les principes du droit civil ; ils avaient pour but l'institution d'un héritier proprement dit. Les préteurs introduisirent un autre testament, dont le but était d'investir une personne de la possession des biens du testateur (*bonorum possessio*). Dans ce testament aucune mancipation n'était requise; il suffisait de la présence de sept témoins et de l'apposition d'un cachet par chacun d'eux (2).

Un testament nul d'après le droit civil, pouvait produire ses effets d'après le droit prétorien, si d'ailleurs les formalités du droit prétorien avaient été observées (3).

§ III. Sed cum paulatim, tam ex usu hominum, quam ex constitutionum emendationibus, cœpit in unam consonantiam jus civile et prætorium jungi, constitutum est, ut uno eodemque tempore (quod jus civile quodammodo exigebat) septem testibus adhibitis, et subscriptione testium (quod ex constitutionibus inventum est), et (ex edicto prætoris) signacula testamentis imponerentur : ut hoc jus tripertitum esse

§ 3. Mais, comme peu à peu l'usage et les constitutions impériales amenèrent une fusion entre le droit civil et le droit prétorien, on admit une autre forme de testament d'après les règles suivantes : le testament devait être fait d'un seul contexte (ce que le droit civil exigeait déjà, pour ainsi dire), en présence de sept témoins, dont la signature était apposée au bas (conformément à des constitutions), et dont les cachets étaient empreints

(1) Gaius, II. 104. Ulp. fr. XX. 2. et 6.

(2) Cette dernière formalité ne se rattachait pas aux anciennes formes de tester; elle était une véritable innovation.

(3) Gaius, II. 119 et 147. Ulp. fr. XVIII. 6.

videatur, ut testes quidem et eorum præsentia uno contextu testamenti celebrandi gratia a jure civili descendant, subscriptiones autem testatoris et testium ex sacrarum constitutionum observatione adhibeantur, signacula autem et numerus testium ex edito prætoris.

(en vertu du droit prétorien). De sorte que ce testament était le résultat de trois droits : du droit civil, quant à la nécessité des témoins et à l'unité de contexte ; des constitutions impériales, quant à la signature des témoins et du testateur ; et du droit prétorien, quant au nombre et aux cachets des témoins.

§ IV. Sed his omnibus ex nostra constitutione, propter testamentorum sinceritatem, ut nulla fraus adhibeatur, hoc additum est, ut per manum testatoris vel testium nomen heredis exprimatur, et omnia secundum illius constitutionis tenorem procedant.

§ 4. Pour donner plus de sincérité aux testaments et en éloigner toute fraude, nous avons ajouté à toutes ces formalités, par notre constitution, une dernière précaution : nous avons voulu que le nom de l'héritier fût écrit par le testateur ou par l'un des témoins, et qu'en général toute notre constitution fût observée.

* Peu à peu les usages et les constitutions impériales ayant corrigé et amélioré l'ancien droit civil, ayant tempéré la rigidité de ses formes par des règles que dictait l'équité, le droit prétorien lui-même, enfant de l'équité, s'étant trouvé par là au niveau du droit civil, et ces deux droits n'en formant plus qu'un seul, on finit par établir un seul mode de testament, dans lequel on conserva les anciens principes fondamentaux, ceux du droit prétorien, et on ajouta des formalités que la prudence réclamait. Ce testament, formé de trois législations, s'est appelé *tripartit*. On emprunta l'unité de contexte au droit civil qui l'exigeait implicitement (1), ainsi que la nécessité de la présence de témoins convoqués spécialement : au droit prétorien on emprunta le nombre des témoins (2) et l'apposition de leurs cachets ; et les constitutions impériales exigèrent en outre que le testament fût signé par le testateur et les témoins. Justinien, pour que la volonté du testateur fût plus certaine, et qu'aucune fraude ne fût possible, exigea encore que le nom de l'héritier fût écrit par le testateur ou par l'un des témoins. Mais cette formalité additionnelle fut ensuite supprimée par une Novelle du même empereur (3).

---

(1) En effet, la mancipation ne permettait pas la division : le tout devait se faire en même temps. Il en était de même de la solennité des comices. Ainsi on ne pouvait interrompre les formalités du testament pour se livrer à un autre acte ou à d'autres occupations, si ce n'est pour satisfaire à des besoins imposés par la nature, ou à cause de l'indisposition du testateur. L. 28 C. 6. 23. L. 21. §. 3, D. 28 1.

(2) Quant au nombre (sept) des témoins, il émanait du droit civil, et c'est par imitation que le droit prétorien l'avait admis. En effet, le *libripens*, *l'emptor familiæ* ne figurant plus que par pure forme, et les cinq témoins, avec eux, formaient bien le nombre de sept.

(3) Nov. 119. 9.

D'après ce qu i précède, le testateur présentait à sept témoins son testament (écrit par lui ou par un autre). S'il l'avait écrit lui-même et s'il était fait mention de cette circonstance, il n'avait pas besoin de le signer; dans le cas contraire, sa signature était exigée. Puis chaque témoin apposait sa subscription, le testament était clos, et cacheté par chacun des mêmes témoins (1).

Si le testateur voulait faire un testament secret, il le présentait à sept témoins cacheté et lié ou seulement clos, à l'exception de la fin de l'écriture; il déclarait que c'était son testament : puis, à la suite de l'écriture, il apposait sa signature, les témoins la leur et leur cachet ensuite. Si le testateur ne pouvait écrire, on appelait un huitième témoin.

§ V. Possunt autem testes omnes et uno anulo signare testamentum (quid enim, si septem anuli una sculptura fuerint?), secundum quod Pomponio visum est. Sed et alieno quoque anulo licet signare.

§ 5. Toutefois tous les témoins pouvaient se servir du cachet appartenant à l'un d'eux; car, comme le dit Pomponius, il aurait pu se faire que le cachet de chaque témoin portât la même empreinte. Ils pouvaient même se servir du cachet n'appartenant pas à l'un d'eux.

* Un même cachet pouvait servir pour tous; car, si chacun s'était servi d'un cachet différent portant la même empreinte (ce qui n'était pas défendu), c'était absolument comme si tous avaient apposé le même cachet. Telle était la manière de voir de Pomponius. Il n'était pas même nécessaire que l'unique cachet appartînt à l'un d'eux.

§ VI. Testes autem adhiberi possunt hi, cum quibus testamenti factio est. Sed neque mulier, neque impubes, neque servus, neque mutus, neque surdus, neque furiosus, nec cui bonis interdictum est, nec is, quem leges jubent improbum intestabilemque esse, possunt in numero testium adhiberi.

§ 6. On peut employer comme témoins ceux avec qui l'on a faction de testament. Mais ne peuvent être témoins ni une femme, ni un impubère, ni un esclave, ni un muet, ni un sourd, ni un interdit, ni celui que les lois déclarent indigne et incapable d'être témoin.

** On ne peut prendre comme témoins, dans les testaments, que ceux avec qui existe la faction de testament. Avoir faction de testament, c'est avoir le droit de faire un testament romain : ceci s'appelle la faction de testament active; il en sera parlé au titre XI de ce livre. — Avoir faction de testament est aussi avoir le droit de figurer dans un testament comme héritier, comme légataire ou comme témoin : ceci

---

(1) Valentinien III et Théodose II, ont établi cette nouvelle forme de tester. Toutefois il paraît que le testament *per æs et libram* (par mancipation) s'est conservé en Occident, même jusqu'au moyen âge.

s'appelle la faction de testament passive; on dit de ceux qui en sont privés que le testateur n'a pas faction de testament avec eux. Il sera traité de cette dernière faction de testament au titre XIV de ce même livre, et, en ce qui concerne les légataires, au titre XX.

* Nous n'avons à nous occuper de la faction de testament passive, dans notre titre, que relativement aux témoins. Pour apprécier les incapacités, en cette matière, il ne faut pas perdre de vue que, nonobstant les changements apportés dans les testaments par les législations qui se sont succédé, les anciens principes dominaient encore, la mancipation perçait en plusieurs endroits avec quelques-unes de ses exigences, à travers l'enveloppe des formes nouvelles : donc il fallait être 1° citoyen romain (1); 2° mâle (2); 3° pubère (3); 4° sain d'espr (4); 5° ne pas être interdit (5).

** Le testament ancien se trouvant composé d'une mancipation et d'une *noncupation*, les témoins devaient pouvoir rapporter plus tard les paroles prononcées par l'*emptor familiæ* et par le testateur; pour les rapporter, il fallait qu'ils les eussent entendues : donc ne pouvaient être témoins : 1° le muet, 2° le sourd.

Par *improbus*, on entend une personne couverte d'infamie; par ce motif, il était placé sur la même ligne que l'interdit. L'*intestabilis* est celui qui a encouru l'incapacité de servir désormais de témoin, parce qu'il aurait refusé de rendre témoignage relativement à un autre testament, d'assister à l'ouverture qui en aurait été faite pour reconnaître sa signature et l'empreinte de son cachet.

---

(1) C'est par ce motif que l'esclave ne pouvait être témoin dans un testament. D'ailleurs il n'aurait pu figurer dans une mancipation quelconque, *ex persona domini*, ni comme mancipant, ni comme recevant l'objet mancipé. C'était, en effet, un de ces actes solennels qui ne permettait pas d'agir par un organe : et enfin il était exclu *ab omnibus officiis civilibus*. Il en était de même d'un pérégrin, et de celui qui avait éprouvé la moyenne déchéance d'état, parce qu'il était pérégrin. Un Latin Junien pouvait être témoin dans un testament, parce qu'on avait faction de testament avec lui pour le faire héritier : en effet, ayant le *jus commercii*, il pouvait figurer dans la mancipation comme *emptor familiæ*: or, il était bien naturel de l'admettre comme témoin dans un testament, où le *jus commercii* lui donnait le droit de jouer un rôle principal. Ulp. fr. XX. 3. Mais on ne pouvait le nommer tuteur dans un testament. Ulp. fr. XI. 16.

(2) Une femme ne pouvait entrer dans les comices, et par conséquent ne pouvait servir de témoin dans un testament, puisque un tel témoiu devait représenter une des classes du peuple romain. C'est sans doute à cela qu'il faut attribuer son incapacité absolue de témoigner dans les temps les plus anciens. Cependant peu à peu on l'admit comme témoin, non seulement en justice, mais encore dans des actes publics, lorsque la nécessité l'exigeait : or, cette nécessité n'apparaissait pas suffisamment lorsqu'il s'agissait d'un testament; et d'ailleurs les souvenirs de l'ancienne mancipation y mettaient obstacle.

(3) L'impubère ne pouvait servir de témoin dans la mancipation, Gaius, I. 119.

(4) Le *furiosus* était incapable, non seulement d'être témoin dans un testament, mais encore de concourir à un acte quelconque : car, pour cela, il était de toute nécessité d'avoir la conscience de ses faits : un témoin surtout avait besoin d'intelligence, afin de pouvoir plus tard attester ce qu'il avait vu et entendu.

(5) Parce que, le *commercium* lui étant interdit, il ne devait en aucune manière intervenir dans une mancipation, ni comme témoin, ni comme mancipant, ni comme *familiæ emptor*; Ulp. fr. XIX. 4. XX. 13. L. 18. D. 28. 1.

§ VII. Sed cum aliquis ex testibus testamenti quidem faciendi tempore liber existimabatur, postea vero servus apparuit, tam divus Hadrianus Catonio Vero, quam postea divi Severus et Antoninus rescripserunt, *subvenire se ex sua liberalitate testamento, ut sic habeatur, atque si, ut oportet, factum esset, cum eo tempore, quo testamentum signaretur, omnium consensu hic testis liberorum loco fuerit, nec quisquam esset, qui ei status quæstionem moveat.*

§ 7. Mais si l'un des témoins avait eté considéré comme homme libre au moment de la confection d'un testament, et si ensuite on découvrait qu'il était esclave, l'empereur Adrien, dans un rescrit envoyé à Catonius Verus, et ensuite les empereurs Sévère et Antonin ont pensé devoir protéger ce testament et le déclarer valable, comme si cette irrégularité n'eût pas existé, toutefois sous la condition que, au moment où le testament était revêtu du cachet d'un tel témoin, tout le monde l'eût considéré comme libre, et que son état ne fût contesté par personne.

*Si, au moment de la confection du testament, l'un des témoins était considéré comme libre et citoyen romain, quoiqu'il fût esclave, et si ensuite on découvrait l'erreur dans laquelle on avait été généralement sur son état, le testament ne restait pas moins valable. C'est ce que décidèrent premièrement Adrien dans un rescrit à Catonius Verus (1), et secondement Sévère et Antonin, dans un autre rescrit; ces empereurs voulurent que l'on maintînt un testament, quoique l'un des témoins fût esclave au moment de la confection (2), pourvu que l'on eût ignoré cette circonstance et qu'il n'y eût pas eu de discussion, à cette époque, sur l'état de cet esclave.

§ VIII. Pater, nec non is, qui in potestate ejus est, item duo fratres, qui in ejusdem patris potestate sunt, utrique testes in unum testamentum fieri possunt: quia nihil nocet, ex una domo plures testes alieno negotio adhiberi.

§ 8. Le père et l'enfant sous sa puissance, ainsi que deux frères se trouvant sous la même puissance, pouvaient être tous deux témoins dans un testament, parce que rien n'empêchait d'invoquer le témoignage de deux personnes de la même famille pour le testament d'autrui.

Jusqu'ici nous nous sommes occupé des incapacités absolues d'être témoins; nous avons à examiner maintenant les incapacités relatives.

**Le père et le fils, deux frères de la même famille, peuvent témoigner ensemble dans le testament du chef d'une autre famille; rien ne s'oppose, en effet, au témoignage de plusieurs membres d'une même famille, pour le testament d'autrui.

---

(1) L. 1. C. 6. 23.

(2) La capacité des témoins était appréciée au moment de la rédaction du testament; peu importait l'incapacité survenue depuis.

Mais il n'en est pas de même du témoignage d'un fils pour le testament de son père.

§ IX. In testibus autem non debet esse, qui in potestate testatoris est. Sed si filiusfamilias de castrensi peculio post missionem faciat testamentum, nec pater ejus recte testis adhibetur, nec is, qui in potestate ejusdem patris est : reprobatum est enim in ea re domesticum testimonium.

§ 9. Mais on ne peut pas employer comme témoin le fils dans le testament de son père. Et même, si le fils fait un testament sur son pécule castrens, après son congé obtenu, ne peuvent lui servir de témoin ni son père, ni un enfant sous la puissance du même père; car, en cette matière, on rejette tout témoignage domestique.

* Le testament, par reminiscence de la mancipation, étant considéré comme un contrat, ne devaient être témoins ni les enfants de famille du testateur, ni ceux du *familiæ emptor*, qui était l'acheteur apparent, ni ceux de l'héritier véritable, qui avait été représenté dans l'achat de la *familia* par l'acheteur apparent. En effet, il était de principe que le témoignage domestique ne pouvait être admis. Mais cette incapacité relative des fils de famille tenait au lien de la puissance paternelle : elle disparaissait donc à l'égard d'un fils émancipé.

**Cette incapacité était fondée sur ce que les enfants de famille étaient pour ainsi dire copropriétaires du patrimoine paternel. Si donc un fils de famille, ayant été soldat, faisait son testament sur son pécule castrens après être retourné dans ses pénates (*post missionem*) (1), on pouvait se demander si son père, sous la puissance duquel il se trouvait, pouvait y figurer comme témoin; en effet, le pécule castrens était un patrimoine tout à fait distinct du patrimoine paternel; en ce qui le concernait, le fils était affranchi de la puissance paternelle : on se faisait la même question relativement aux frères du testateur placés sous la même puissance. Ulpien (2) admettait l'affirmative, en suivant l'opinion de Marcellus : mais Gaïus (3), sans s'arrêter à cette considération que, relativement au pécule castrens, le fils de famille était comme un *sui juris*, tenait pour la négative. Son opinion a passé dans les Institutes.

§ X. Sed neque heres scriptus, neque is, qui in potestate ejus est, neque pater ejus, qui habet eum in potestate, neque fratres, qui in ejusdem patris potestate sunt, testes adhiberi possunt : quia totum hoc

§ 10. On ne peut non plus admettre pour témoins, dans un testament, ni l'héritier institué, ni l'enfant qu'il a sous sa puissance, ni son père exerçant sur lui la puissance paternelle, ni ses frères qui se trouvent avec lui

---

(1) S'il faisait son testament dans les camps, ce testament n'était pas soumis aux règles ordinaires; c'était un testament militaire.

(2) L. 20. § 2. D. 28. 1.

(3) Gaius, II. 106.

negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter heredem et testatorem agi. Licet enim totum jus tale conturbatum fuerat, et veteres, qui familiæ emptorem, et eos, qui per potestatem ei coadunati fuerant, testamentariis testimoniis repellebant, heredi, et his, qui conjuncti ei per potestatem fuerant, concedebant testimonia in testamentis præstare, licet hi, qui id permittebant, hoc jure minime abuti debere eos suadebant: tamen nos, eandem observationem corrigentes, et, quod ab illis suasum est, in legis necessitatem transferentes, ad imitationem pristini familiæ emptoris, merito nec heredi, qui imaginem vetustissimi familiæ emptoris obtinet, nec aliis personis, quæ ei, ut dictum est, conjunctæ sunt, licentiam concedimus, sibi quodammodo testimonia præstare; ideoque nec hujusmodi veterem constitutionem nostro codici inseri permisimus.

sous la même puissance; parce que aujourd'hui le testament est considéré comme un acte entre le testateur et l'héritier institué. Autrefois la confusion du droit, à cet égard, était telle que l'on excluait du droit d'être témoin dans un testament, l'acheteur de l'hérédité et ceux qui étaient sous sa puissance ou sous la puissance desquels il se trouvait, tandis qu'on y admettait l'héritier proprement dit et tous ceux avec qui il avait des rapports de puissance paternelle, en conseillant toutefois d'éviter ce témoignage. Mais, voulant corriger cet usage, et faire de ce conseil une disposition prohibitive, nous avons décidé qu'on ne pourra employer comme témoins ni l'héritier inscrit dans le testament, ni les personnes avec lesquelles il est en rapport de puissance paternelle, appliquant à cet héritier ce qui était observé jadis pour l'acheteur de l'hérédité, afin qu'ils ne rendent pas, pour ainsi dire, témoignage pour eux-mêmes. Par conséquent, nous n'avons pas voulu qu'on insérât dans notre Code les anciennes constitutions rendues à ce sujet.

*Lorsqu'on eut admis que ce ne serait pas le *familiæ emptor* qui serait héritier, mais celui dont le nom figurait dans le testament écrit et était resté caché aux témoins, on continua à considérer les enfants de l'*emptor familiæ* comme étant incapables d'être témoins, et l'on regarda comme capables de l'être l'héritier dénommé dans le testament écrit, ainsi que ses enfants. Toutefois les jurisconsultes conseillaient d'exclure du témoignage cet héritier et ceux qui avaient avec lui des rapports de puissance paternelle (1). Ce conseil devint bien plus sérieux, et, pour ainsi dire, il devint un ordre dicté par la raison, lorsqu'il n'y eut plus de *emptor familiæ*, lorsqu'il n'y eut plus d'autre héritier que celui dont le nom figurait dans l'écrit testamentaire. Il n'est donc pas étonnant que ce conseil, dicté par la sagesse à Gaius, fût converti en prohibition par Justinien.

(1) Gaius, II. 105. Ulp. fr. XX. 3.

§ XI. Legatariis autem et fideicommissariis, quia non juris successores sunt, et aliis personis eis conjunctis testimonium non denegamus, —imo in quadam nostra constitutione et hoc specialiter concessimus, — et multo magis his, qui in eorum potestate sunt, vel qui eos habent in potestate, hujusmodi licentiam damus.

§ 11. Nous ne refusons pas le droit d'être témoins aux légataires, ni aux fidéicommissaires, ni aux personnes qui se trouvent avec eux dans des rapports de puissance paternelle, parce qu'ils ne sont pas des successeurs universels. Nous avons même spécialement permis, dans une constitution, le témoignage aux légataires et aux fidéicommissaires, et, à plus forte raison, à ceux qui sont sous leur puissance, ou sous la puissance desquels ils se trouvent.

* Les légataires et les fidéicommissaires à titre particulier n'ont jamais pu être considérés comme ayant une ressemblance quelconque avec le *familiæ emptor*, l'acheteur de l'hérédité; car ils ne sont pas, comme ce dernier, des successeurs universels (*juris successores*). Donc on pouvait les prendre comme témoins, eux ou les enfants placés sous leur puissance, ou ceux sous la puissance desquels ils se trouvaient.

C'était parce que l'héritier était censé *contracter* avec le testateur, par reminiscence de la mancipation, que ni lui ni ses enfants ne pouvaient être témoins. Ce motif d'incapacité ne pouvait s'appliquer aux légataires. Mais chez nous l'incapacité relative de témoigner dans un testament est fondée sur l'intérêt que pourrait avoir une personne à déguiser la vérité; aussi le légataire est-il incapable (1) d'être témoin, et cette incapacité s'étend à ses parents ou alliés, jusqu'au quatrième dégré inclusivement.

§ XII. Nihil autem interest, testamentum in tabulis, an in chartis membranisve, vel in alia materia fiat.

§ 12. On peut rédiger son testament, soit sur des tablettes, soit sur du papier, soit sur du parchemin, ou sur toute autre matière.

§ XIII. Sed et unum testamentum pluribus codicibus conficere quis potest, secundum obtinentem tamen observationem omnibus factis. Quod interdum et necessarium est, si quis navigaturus et secum ferre, et domi relinquere judiciorum suorum contestationem velit, vel propter alias innumerabiles causas, quæ humanis necessitatibus imminent.

§ 13. On peut rédiger son testament en plusieurs originaux, pourvu qu'on observe, dans chacun, les solennités requises. Il est même quelquefois nécessaire d'en agir ainsi: par exemple, si, étant sur le point de faire un voyage en mer, on veut emporter un exemplaire de son testament et en laisser un autre à son domicile: les autres cas de nécessité sont innombrables.

(1) Art. c. civ. 975.

* Il faut bien se garder de confondre les exemplaires d'un testament avec de simples copies. Les premiers sont de véritables originaux revêtus chacun des mêmes solennités, et ayant chacun la même autorité et la même force, tandis que de simples copies ne tirent leur autorité que de l'original et ne peuvent le remplacer entièrement. C'est pour cela qu'on exige, pour chaque exemplaire, l'observation des solennités.

§ XIV. Sed hæc quidem de testamentis, quæ in scriptis conficiuntur. Si quis autem voluerit sine scriptis ordinare jure civili testamentum, septem testibus adhibitis, et sua voluntate coram eis nuncupata, sciat hoc perfectissimum testamentum jure civili firmumque constitutum.

§ 14. Ce que nous venons de dire se réfère aux testaments écrits. Mais le droit civil admettait aussi, comme très-valable, un testament non écrit : il suffisait pour cela que le testateur eût déclaré de vive voix sa volonté en présence de sept témoins.

** Dans le testament par mancipation (*per æs et libram*), on avait admis une noncupation, c'est-à-dire, une prononciation de paroles de la part de l'*emptor familiæ*, qui n'était héritier que pour la forme, et de la part du testateur (1). Celui-ci, présentant un écrit, disait que dans cet écrit était le nom de son véritable héritier. Cette noncupation toute seule est devenue un testament civil; et, comme il n'y avait pas d'écrit, le testateur, en présence des témoins, indiquait à haute voix celui qu'il voulait pour son héritier.

Théodose, tout en réglant de nouveau la forme des testaments, conserva le testament purement noncupatif, d'un seul contexte et en présence de sept témoins. Quoique ce testament ne contînt pas ce que le droit prétorien considérait comme essentiel, l'apposition des sept cachets, cependant le préteur l'admettait comme testament civil, et, exécuteur du droit civil, il accordait la possession de biens à l'héritier qui s'y trouvait institué (2). Ce testament s'appelle *noncupatif*.

## TITULUS XI.

### DE MILITARI TESTAMENTO.

Pr. Supradicta diligens observatio in ordinandis testamentis militibus, propter nimiam imperitiam, constitutionibus principalibus remissa est. Nam quamvis hi neque legi-

## TITRE XI.

### DU TESTAMENT MILITAIRE.

Pr. Les solennités requises pour les testaments ordinaires n'étaient point exigées des militaires, à cause de leur peu d'expérience, et cela en vertu de constitutions impériales. Par con-

(1) Gaius, II. 104.
(2) L. 2. C. 11.

timum numerum testium adhibuerint, neque aliam testamentorum sollemnitatem observaverint, recte nihilominus testantur, videlicet cum in expeditionibus occupati sunt : quod merito nostra constitutio induxit. Quoque enim modo voluntas ejus suprema sive scripta inveniatur, sive sine scriptura, valet testamentum ex voluntate ejus. Illis autem temporibus, per quæ, citra expeditionum necessitatem, in aliis locis vel in suis sedibus degunt, minime ad vindicandum tale privilegium adjuvantur. Sed testari quidem, etsi filiifamilias sunt, propter militiam conceduntur, jure tamen communi, eadem observatione et in eorum testamentis adhibenda, quam et in testamentis paganorum proxime exposuimus.

séquent leur testament est valable quoiqu'ils n'aient pas appelé le nombre légal de témoins, ou qu'ils aient omis les autres formalités, pourvu cependant qu'ils aient testé pendant une expédition, condition qu'a introduite notre constitution. Car, de quelque manière qu'un militaire ait fait son testament, par écrit ou sans écrit, il sera valable par le seul effet de sa volonté. Mais s'il n'est plus occupé dans une expédition, s'il se trouve hors des camps ou dans ses pénates, il n'aura plus ce privilége. Toutefois il conservera le droit de tester, quoique fils de famille, par une faveur que nous lui accordons parcequ'il a été militaire, à la condition cependant qu'alors il observera les règles exigées pour les testaments des non militaires.

* Les testaments ordinaires tiraient leur force de la volonté du testateur et des solennités qui l'accompagnaient. Mais, au milieu des camps, le citoyen romain ne pouvait recourir aux lumières des jurisconsultes pour l'observation des formalités (*propter nimiam imperitiam*) ; sept témoins ne pouvaient pas facilement être convoqués spécialement. On dut donc permettre aux militaires de faire des testaments où la volonté du testateur fut tout, et la forme rien (*valet ex voluntate ejus*).

Quoique Justinien semble s'approprier l'honneur de n'avoir permis le testament militaire qu'aux citoyens en expédition, il est certain que, avant Ulpien, il en était déjà ainsi (1).

** Le privilége du testament militaire fut établi temporairement par Jules César, confirmé par Titius et Domitien, puis érigé en règle générale par Nerva et ensuite par Trajan. Ainsi un militaire en expédition pouvait tester par écrit ou sans écrit. Mais ce privilége lui était refusé soit avant une expédition, soit après.

Pour les fils de famille qui avaient été militaires, un autre privilége consista à leur permettre de tester, après être rentrés sous le toit paternel, relativement à leur pécule castrens; seulement il fallait qu'ils observassent les formes des testaments ordinaires (*paganorum*) (2).

---

(1) Ulp. fr. XXIII. 10. L. 4. D. 29. 1. Voyez aussi LL. 1. 15. C. 6 21.

(2) Ils avaient pu d'abord tester militairement sur un pécule lorsqu'ils étaient en expédition.

§ I. Plane de militum testamentis divus Trajanus Statilio Severo ita rescripsit : *id privilegium, quod militantibus datum est, ut quoquo modo facta ab his testamenta rata sint, sic intelligi debet, ut utique prius constare debeat, testamentum factum esse, quod et sine scriptura a non militantibus quoque fieri potest. Is ergo miles, de cujus bonis apud te quæritur, si, convocatis ad hoc hominibus, ut voluntatem testaretur, ita locutus est, ut declararet, quem vellet sibi esse heredem, et cui libertatem tribuere, potest videri sine scripto hoc modo esse testatus, et voluntas ejus rata habenda est. Cæterum si (ut plerumque sermonibus fieri solet) dixit alicui : ego te heredem facio, aut tibi bona mea relinquo; non oportet hoc pro testamento observari. Nec ullorum magis interest, quam ipsorum, quibus id privilegium datum est, ejusmodi exemplum non admitti : alioquin non difficulter post mortem alicujus militis testes existerent qui affirmarent, se audisse dicentem aliquem, relinquere se bona, cui visum sit, et per hoc judicia vera subvertantur.*

§ 1. L'empereur Trajan a répondu en ces termes à Statilius Severus, relativement aux testaments des militaires : « Le privilége, que nous » avons accordé aux militaires, de » valider leur testament en quelque » forme qu'ils aient été faits, doit » s'entendre en ce sens qu'ils sont » valables, pourvu toutefois qu'il soit » bien constant qu'ils ont voulu tes- » ter, quand même ils ne seraient pas » écrits; car les non militaires peuvent » les faire aussi sans écrit. Si donc le » militaire, de la succession duquel » il s'agit, a exprimé sa volonté en » présence de témoins appelés à cet » effet, et a fait connaître par paroles » celui qu'il voulait instituer héritier, » ou l'esclave qu'il voulait affranchir, » il sera regardé comme ayant fait un » testament sans écrit, et sa volonté » devra produire tous ses effets. Mais » si, comme il peut arriver, il a dit à » quelqu'un : je te fais héritier, ou » je te laisse mes biens..., ces paro- » les ne seront pas pour cela regar- » dées comme un testament. Il est en » effet du plus grand intérêt, pour » ceux à qui le privilége du testa- » ment militaire est accordé, qu'on » n'admette pas trop facilement l'exis- » tence d'un testament; sans quoi il » serait bien facile de trouver, après » la mort d'un militaire, des témoins » qui affirmeraient lui avoir entendu » dire qu'il laissait ses biens à telle » personne; et par là on arriverait » à méconnaître les véritables inten- » tions du défunt. »

* Trajan, dans le rescrit adressé à Statilius Severus, relativement au testament militaire, explique que, si ce testament est affranchi de toute forme, il faut, dans tous les cas, qu'il soit constant que le militaire a voulu le faire : Or, cette constatation est possible, quoiqu'il soit sans écrit, puisque les non militaires eux-mêmes peuvent tester sans écrit, et que l'on suppose que leur volonté ainsi exprimée peut être prouvée.

On examinera donc si le militaire a appelé des témoins (1), si devant eux il a sérieusement désigné son héritier, affranchi des esclaves, et indiqué ceux qu'il veut affranchir. Il ne suffirait pas que dans une conversation ordinaire il eût dit à quelqu'un : je te fais héritier, ou je te donne tous mes biens. Il est de l'intérêt des militaires qu'on n'attache pas trop facilement à leurs paroles un sens qu'elle n'ont pas eu.

§ II. Quinimo et mutus et surdus miles testamentum facere potest.

§ 2. Bien plus, le soldat muet et le soldat sourd peuvent faire un testament.

* Les sourds et les muets ne pouvaient faire un testament ordinaire, à cause des solennités requises. Mais il en était autrement des testaments militaires. On veut parler ici des sourds et des muets qui ne l'étaient pas de naissance (car, nés ainsi, ils n'eussent pas été militaires), et qui étaient sur le point de recevoir leur congé.

§ III. Sed hactenus hoc illis a principalibus constitutionibus conceditur, quatenus militant et in castris degunt; post missionem vero veterani, vel extra castra si faciant adhuc militantes testamentum, communi omnium civium romanorum jure facere debent. Et quod in castris fecerint testamentum, non communi jure, sed quomodo voluerint, post missionem intra annum tantum valebit. Quid igitur, si intra annum quidem decesserit, condicio autem heredi adscripta post annum extiterit? An quasi militis testamentum valeat? Et placet valere quasi militis.

§ 3. Ce privilége accordé, par les constitutions impériales, aux militaires, ne peut s'appliquer qu'à ceux qui sont en service et dans les camps. Les vétérans qui ont reçu leur congé, ou les militaires hors des camps, ne peuvent tester valablement qu'autant qu'ils accomplissent les formalités des testaments ordinaires. Et même le testament qu'ils ont fait dans les camps, sans formalités, ne conserve sa validité, après le congé, que pendant un an. Qu'arrivera-t-il si le militaire en congé meurt avant l'expiration de l'année, et laissant un héritier institué sous une condition qui ne se réalise qu'après l'expiration de l'année? Son testament militaire produira-t-il ses effets? On a admis qu'il doit les produire.

** Le privilége de tester sans formalités aucunes ne peut appartenir qu'aux militaires. Il ne s'applique jamais ni à ceux qui ne sont pas

---

(1) Il n'est pas nécessaire qu'ils aient été convoqués spécialement, ni qu'ils soient deux : un seul peut suffire. C'est en interprétant mal la L. 12. D. 22. 5. la L. 20. D. 48. 18. et la L. 9. § 1. C. 4. 20, que M. Ducaurroy, *hic*, exige au moins deux témoins. Voyez la réfutation de cette erreur dans le *Traité des preuves*, p. 209, par M. Bonnier, professeur à l'école de droit de Paris. Le témoin unique de la L. 20, auquel il ne faut pas croire, était suspect comme fils de l'affranchi de la partie qui le produisait. La L. 12 signifie seulement que, pour satisfaire à des lois qui exigent plusieurs témoins, deux suffisent. Quant à la L. 9. § 1. C. 4. 20, elle est du bas empire, d'une époque où s'introduisit la maxime : *testis unus testis nullus*.

encore enrégimentés (*in numeris*), aux recrues ou nouvelles levées (*lecti tirones*), ni aux militaires en congé. Il faut même, pour la validité du testament militaire, que le testateur soit en expédition, dans les camps; partout ailleurs il ne pourrait tester qu'en observant les solennités requises pour les testaments ordinaires.

Un testament militaire, fait valablement, conservera sa validité une année encore, non depuis sa confection, mais depuis la cessation de l'état militaire, pourvu qu'elle soit le résultat d'un congé honorable ou accidentel. Si le testateur est renvoyé pour cause honteuse, son testament militaire cesse à l'instant d'être valable.

* Mais on s'est posé cette question : que décider d'un testament dont le testateur meurt dans l'année qui suit le congé honorable, et dont l'héritier institué ne peut faire adition d'hérédité qu'après l'année, parce qu'il n'a été institué héritier que sous une condition qui ne se réalise qu'après l'année ? Ce qui fait difficulté, c'est que, pendant l'intervalle qui s'écoule entre le décès du testateur et l'adition d'hérédité, la personne du défunt est censée représentée et continuée par l'hérédité. Mais cette fiction n'a pu être jamais applicable à l'espèce : car, si une année a été donnée au vétéran, c'est pour qu'il puisse recommencer son testament; or, pour le recommencer, il ne suffit point de vivre fictivement. Le testament militaire, dans notre hypothèse, aura donc conservé sa validité.

§ IV. Sed et, si quis ante militiam non jure fecit testamentum, et miles factus et in expeditione degens resignavit illud et quædam adjecit sive detraxit, vel alias manifesta est militis voluntas hoc valere volentis, dicendum est, valere testamentum quasi ex nova militis voluntate.

§ 4. Si quelqu'un a fait un testament irrégulier avant d'être militaire, et si, depuis qu'il l'est devenu, et pendant une expédition, il a décacheté ce testament et y a ajouté, ou en a retranché quelque chose, ou s'il a manifesté de toute autre manière la volonté, comme militaire, de le rendre valable, il faut admettre que cette volonté nouvelle, du testateur devenu militaire, suffit pour le rendre valable.

§ V. Denique et, si in arrogationem datus fuerit miles, vel filiusfamilias emancipatus est, testamentum ejus quasi militis ex nova voluntate valet, nec videtur capitis deminutione irritum fieri.

§ 5. Si un testateur, devenu militaire, s'est donné en adrogation, ou si, étant fils de famille, il a été émancipé, son testament vaudra en vertu d'une nouvelle volonté de militaire; il ne devient pas nul à cause de sa déchéance d'état.

* Si, avant d'entrer au service, un citoyen avait fait un testament nul pour cause d'inobservation des formes requises, ce testament res-

terait nul, quoique ensuite le testateur fût devenu militaire : sa volonté de *militaire* ne pourrait pas à elle seule faire disparaître cette nullité ; il faudrait pour cela que cette volonté eût été manifestée par la rupture des cachets et l'addition ou le retranchement de quelques dispositions, ou bien par tout autre acte révélant clairement la volonté de donner de l'efficacité à ce testament. En effet, comme un militaire peut tester même sans écrit, à plus forte raison peut-il confirmer un ancien testament nul, et, par cette confirmation, lui donner l'existence qu'il n'avait pas, tout comme s'il en faisait un nouveau.

* Mais si un militaire fait un testament qui, d'après les principes sur la capacité des personnes, devrait devenir *irritum* par une déchéance d'état du testateur (1), par cela seul que le testateur, encore militaire, garde le silence sur son testament antérieur, il est censé vouloir le maintenir pour les biens dont il peut disposer depuis son changement d'état, ou plutôt il n'est pas infirmé (*nec... irritum fieri*).

Supposons donc qu'un père de famille *militaire* ait fait un testament sur tous ses biens ou sur les biens qu'il a acquis dans les camps (2), si ensuite, étant encore militaire, il se donne en adrogation, et cesse par conséquent d'être père de famille (événement qui, s'il n'était pas militaire, rendrait pour toujours son testament *irritum*), son testament sera maintenu intégralement s'il n'avait pour objet que les biens acquis dans les camps, et il sera réduit seulement au pécule castrens, s'il s'étendait à tout son patrimoine. C'est dans ce dernier cas que l'on est obligé de supposer une nouvelle volonté de la part du testateur : car, dans le premier cas, le militaire n'ayant testé que sur les biens acquis dans les camps, par un privilége spécial attaché à ses fonctions, son testament ne pouvait être dérangé par l'adrogation, puisqu'un fils de famille a toujours le droit d'avoir un testament relatif à son pécule castrens ; sa personne n'a pas changé sous ce rapport.

Supposons aussi qu'un fils de famille militaire ait testé sur son pécule castrens, et qu'étant militaire il devienne *sui juris* par une émancipation, son testament restera valable relativement aux biens castrens, parce que, comme militaire, il peut avoir un testament sur une partie seulement de son patrimoine (3).

---

(1) On verra plus loin, Titre 17. § 3, que, si un testateur éprouve une déchéance d'état, son testament devient inutile (*irritum*) et qu'il ne reprend pas sa validité par le retour du testateur dans son état primitif, parceque le testateur est devenu une autre personne, avec un autre patrimoine.

(2) Un militaire pouvait ne tester que sur une partie de ses biens, mourir partie testat et partie intestat.

(3) Ce testament s'étendra-t-il, après l'émancipation, sur tout le patrimoine du militaire émancipé ? C'est ce dont nous doutons beaucoup ; les textes disent seulement *testamentum ejus valet*, L. 22. D. 29. 1. Ils le disent du fils émancipé comme du fils donné en adoption : or le testament de ce dernier ne peut être maintenu que pour le pécule castrens.

Il en serait de même d'un fils de famille militaire donné en adoption.

Quant aux vétérants, ils ne peuvent tester qu'en se conformant aux règles ordinaires. Ces mêmes règles sont aussi applicables aux testaments relatifs au pécule quasi-castrens (1), ainsi que nous allons le voir.

§ VI. Sciendum tamen est, quod, ad exemplum castrensis peculii, tam anteriores leges, quam principales constitutiones quibusdam quasi castrensia addiderunt peculia, et quorum quibusdam permissum erat, etiam in potestate degentibus, testari : quod nostra constitutio latius extendens, permisit omnibus, in his tantummodo peculiis, testari quidem, sed jure communi. Cujus constitutionis tenore perspecto, licentia est, nihil eorum, quæ ad præfatum jus pertinent, ignorare.

§ 6. Il faut savoir que, à l'exemple du pécule castrens, des lois et des constitutions antérieures ont accordé à quelques personnes des pécules quasi-castrens, en permettant à quelques-unes d'entr'elles de disposer de ces pécules par testament, lors même qu'elles seraient sous la puissance paternelle. Notre constitution, donnant de l'extension à cette faveur, permet à tout le monde de tester relativement à ces pécules, mais en se conformant aux règles du testament ordinaire. La teneur de notre constitution ne laisse rien ignorer à cet égard.

Des constitutions impériales (2) avaient accordé le droit d'avoir des pécules quasi-castrens à quelques personnes privilégiées, aux consuls, proconsuls, préfets de légion, présidens de province. Justinien permit le pécule quasi-castrens à tout le monde sans distinction, et dès lors tous purent en disposer par un testament, toutefois pourvu qu'il fût fait avec les formalités ordinaires. Les règles concernant ces pécules sont exposées au Code (3).

## TITULUS XII.

### QUIBUS NON EST PERMISSUM TESTAMENTA FACERE.

Pr. Non tamen omnibus licet facere testamentum. Statim enim hi, qui alieno juri subjecti sunt, testamen-

## TITRE XII.

### DE CEUX QUI NE PEUVENT TESTER.

Pr. Il n'est pas permis à tout le monde de faire un testament. Et d'abord ceux qui sont soumis à la puis-

(1) L. 57. C. 3. 28.

(2) Le texte semble dire que des lois antérieures aux constitutions avaient établi le pécule quasi-castrens; et plusieurs textes du Digeste mentionnent son existence ( L. 1. § 6. D. 36. 1. L. 3. § 5. D. 37. 1. L. 1. § 15. D. 37. 6. L. 7. §. 6. D. 39. 5. ) : mais ce qu'il y a seulement de certain, c'est que Constantin, et ses successeurs, ont permis un pécule quasi-castrens à certaines personnes; L. 15. C. Th. 6. 35. L. 2. C. Th. 1. 12. L. 3. C. Th. 2. 10 Nov. de Valentinien 53. L. 6. C. 12. 37.

(3) L. 37. C. 3. 28. L. 12. C. 6. 22.

tum faciendi jus non habent, adeo quidem, ut, quamvis parentes eis permiserint, nihilo magis jure testari possunt : exceptis his, quos antea enumeravimus, et præcipue militibus, qui in potestate parentum sunt, quibus de eo, quod in castris acquisierint, permissum est ex constitutionibus principum testamentum facere. Quod quidem jus initio tantum militantibus datum est, tam ex auctoritate divi Augusti, quam Nervæ, nec non optimi imperatoris Trajani ; postea vero, subscriptione divi Hadriani, etiam dimissis militia, id est veteranis, concessum est. Itaque, si quidem fecerint de castrensi peculio testamentum, pertinebit hoc ad eum, quem heredem reliquerint ; si vero intestati decesserint, nullis liberis vel fratribus superstitibus, ad parentes eorum jure communi pertinebit. Ex hoc intellegere possumus, quod in castris acquisierit miles, qui in potestate patris est, neque ipsum patrem adimere posse, neque patris creditores id vendere vel aliter inquietare, neque patre mortuo cum fratribus commune esse, sed scilicet proprium ejus esse id, quod in castris acquisierit, quanquam jure civili omnium, qui in potestate parentum sunt, peculia perinde in bonis parentum computantur, acsi servorum peculia in bonis dominorum numerantur : exceptis videlicet his, quæ, ex sacris constitutionibus et præcipue nostris, propter diversas causas non acquiruntur. Præter hos igitur, qui castrense peculium vel quasi-castrense habent, si quis alius filiusfamilias testamentum fecerit, inutile est, licet suæ potestatis factus decesserit.

sance d'autrui ne peuvent tester, même avec la permission de ceux sous la puissance desquels ils se trouvent : nous exceptons cependant les fils de famille dont nous avons parlé, surtout lorsqu'ils sont militaires, qui ont le droit, en vertu de constitutions impériales, de tester sur leur pécule castrens. Ce droit, dans l'origine, n'appartenait aux fils de famille que pendant qu'ils étaient au service, d'après l'autorité d'Auguste, de Nerva et de Trajan ; mais ensuite, d'après une décision d'Adrien, il fut accordé aussi à ceux qui avaient reçu leur congé, c'est-à-dire, qui étaient vétérans. Si donc un fils de famille dispose par testament de son pécule castrens, il appartiendra à l'héritier institué ; et s'il meurt intestat, sans laisser ni enfants, ni frères, ce pécule appartiendra au père, d'après le droit commun. D'après cela il est facile de comprendre que tout ce qu'acquiert dans les camps un fils de famille militaire, ne peut lui être enlevé par son père, et que les créanciers de celui-ci ne peuvent rien lui vendre, ni l'inquiéter en quoi que ce soit relativement à ce pécule ; et, après la mort du père de famille, le fils qui a un tel pécule n'est pas obligé de le partager avec ses frères, quoique les autres pécules fassent partie du patrimoine paternel, comme le pécule des esclaves fait partie du patrimoine de leur maître ; on doit cependant excepter de cette règle certains biens qui ne sont pas acquis au père, pour certaines raisons, d'après des constitutions impériales, et principalement les nôtres. Ainsi, excepté lorsqu'il dispose de son pécule castrens ou quasi-castrens, tout autre testament que ferait un fils de famille serait nul, lors même qu'il mourrait *sui juris*.

Sans nous jeter dans la question, toute philosophique, de savoir si le droit de tester est conforme aux règles de la raison, ou si plutôt la succession *ab intestat* n'est pas celle que réclame la loi naturelle, qu'il nous suffise de dire que la loi des XII Tables trouva l'ordre de succession *ab intestat* établi en conséquence d'une loi politique (1), et ne fit que consacrer à ce sujet ce qui existait déjà.

Dans les premiers temps de Rome, il n'était pas permis de faire un testament, parce que cette faculté aurait froissé la loi politique dont nous venons de parler. Mais, comme le dit encore Montesquieu, il eût été dur qu'on fût privé dans ses derniers moments du commerce des bienfaits. Il fut donc permis de disposer de ses biens dans une assemblée du peuple, et la loi des XII Tables décida que celui qui ferait son testament pourrait choisir pour son héritier, et même pour son légataire, le citoyen qu'il voudrait (2). C'est ce qu'on appelle la faction de testament active.

* Le droit de faire un testament fut donc une concession de la loi : et la loi d'un pays ne fait une concession, par dérogation à la constitution politique, qu'aux citoyens : elle ne peut s'occuper des étrangers. Donc, la faction de testament active n'appartenait qu'aux citoyens romains.

Le testament se faisait devant le peuple, par une loi, dans l'origine. Plus tard, il put se faire par la mancipation, *per æs et libram* : la faction de testament active aurait pû être étendue à tout ceux qui avaient le *jus commercii*, c'est-à-dire, le droit d'aliéner par l'un des modes du droit civil, et spécialement par la mancipation. Donc le droit de tester aurait pu appartenir aux Latins Juniens, sous ce rapport. Mais, d'une part, on ne pouvait par testament que disposer d'un patrimoine romain, d'une *familia*; or, le Latin Junien n'avait pas de *familia*; et d'autre part, la loi *Junia* l'avait privé de disposer de ses biens par testament (3), il n'avait donc pas la faction de testament active.

** Pour avoir faction de testament active, il fallait donc nécessairement deux choses : 1° être citoyen romain; 2° avoir une *familia*, c'est-à-dire, être chef de famille, *sui juris*.

Cette dernière condition ne se rencontrait pas dans le fils de famille; aussi ne pouvait-il tester, même du consentement de celui sous la puissance duquel il se trouvait (4), à moins qu'il n'eut un pécule castrens ou quasi-castrens, ainsi qu'il a été dit plus haut (5); parce que ces pécules étaient considérés comme un patrimoine particulier, à l'oc-

---

(1) Montesquieu, Espr. des lois, liv. 27.

(2) Ibid.

(3) Ulp. fr. XX. 14. Quant au déditice, il était placé sur la même ligne que le pérégrin. Il n'avait pas le *jus commercii*, à plus forte raison, pas le droit de faire un testament.

(4) Car ce consentement ne pouvait faire que le fils eût une *familia*; mais celui-ci pouvait faire une donation pour cause de mort, du consentement de son père, sur le pécule profectice.

(5) Voyez p. 319.

casion desquels le fils de famille exerçait tous les droits d'un *pater-familias*.

Ce que nous venons de dire avait été établi surtout pour les militaires fils de famille. D'abord le droit de tester sur leur pécule castrens ne leur avait été attribué que pendant la durée de leur service, par des décisions d'Auguste, de Nerva et de Trajan. Ensuite Adrien l'accorda même à ceux qui avaient cessé d'être militaires.

* Si donc un fils de famille avait testé sur son pécule castrens, ce pécule était dévolu à celui qui avait été institué héritier; mais, s'il mourait sans testament, son pécule appartenait par droit de succession *ab intestat*, à ses enfants, à défaut de ceux-ci à ses frères, et au père en troisième ordre (1).

Le pécule castrens étant un patrimoine à part, appartenant au fils de famille, il résulte encore de là qu'il ne pouvait lui être ravi par son père; que les créanciers de celui-ci ne pouvaient le faire vendre pour se payer, ou inquiéter en quoi que ce fût le fils qui en était propriétaire; qu'à la mort du père, il restait en propre au fils qui l'avait acquis, et n'était point partagé entre ses frères et lui : il n'en était pas de même du pécule profectice : celui-ci faisait partie du patrimoine du père, comme le pécule des esclaves du patrimoine du maître.

§ I. Præterea testamentum facere non possunt impuberes, quia nullum eorum animi judicium est; item furiosi, quia mente carent. Nec ad rem pertinet, si impubes, postea pubes factus, aut furiosus, postea compos mentis factus fuerit et decesserit. Furiosi autem, si per id tempus fecerint testamentum, quo furor eorum intermissus est, jure testati esse videntur; certe eo, quod ante furorem fecerint, testamento valente : nam neque testamenta recte facta, neque aliud ullum negotium recte gestum postea furor interveniens perimit.

§ 1. En outre, ne peuvent faire de testament, ni les impubères, parce qu'ils n'ont point de jugement, ni les fous, parce qu'ils manquent de raison. Peu importe que les impubères deviennent ensuite pubères, ou que les fous recouvrent ensuite leur bon sens avant leur mort. Quant aux fous, s'ils ont fait un testament dans un intervalle lucide, il sera valable; et celui qu'ils ont fait avant leur folie est indubitablement valable : en effet, un testament régulièrement fait, ou tout autre acte régulièrement formé, ne devient pas nul à cause d'une folie survenue postérieurement.

§ II. Item prodigus, cui bonorum suorum administratio interdicta est,

§ 2. Le prodigue, à qui l'administration de ses biens est interdite, ne

(1) D'après les L. 2. D. 49. 17. et L. 5. C. 12. 37., le pécule castrens dont le fils n'avait pas disposé par testament, était conservé au père par la force de sa puissance ; mais Justinien n'accorde au père le pécule que d'après le droit commun, en troisième ordre, comme pour le pécule adventice. LL. 3. et 4. C. 6. 61. L. fin. C. 6. 59. Quant à ce dernier pécule, il n'appartenait jamais qu'aux héritiers *ab intestat*, puisqu'il ne pouvait être l'objet d'un testament : il ne pouvait être l'objet d'une donation pour cause de mort, même du consentement du père.

testamentum facere non potest, sed id, quod ante fecerit, quam interdictio ei bonorum fiat, ratum est.

peut non plus faire de testament; mais celui qu'il aurait fait avant son interdiction conserverait ses effets.

§ III. Item mutus et surdus non semper testamentum facere possunt. (Utique autem de eo surdo loquimur, qui omnino non exaudit, non qui tarde exaudit; nam et mutus is intellegitur, qui eloqui nihil potest, non qui tarde loquitur). Sæpe etiam literati et eruditi homines variis casibus et audiendi et loquendi facultatem amittunt : unde nostra constitutio etiam his subvenit, ut certis casibus et modis, secundum normam ejus, possint testari, aliaque facere, quæ eis permissa sunt. Sed si quis, post testamentum factum, valetudine aut quolibet alio casu mutus aut surdus esse cœperit, ratum nihilominus ejus permanet testamentum.

§ 3. Le sourd et le muet ne peuvent pas toujours faire un testament (nous entendons parler d'un individu totalement sourd, et non de celui qui a l'ouïe dure; de même par muet, nous voulons dire celui qui est entièrement privé de la parole, et non celui qui parle difficilement). Mais il arrive souvent que des personnes instruites perdent par différents accidents la parole ou l'ouïe : or nous avons cru devoir venir à leur secours par notre constitution, et leur permettre dans certains cas, et moyennant l'observation de certaines formalités, de faire des testaments et d'autres actes. Au reste le testament d'une personne qui, après l'avoir fait, est affecté de surdité ou de mutisme, par suite de maladie ou de tout autre accident, conserve sans aucun doute toute sa validité.

§ IV. Cœcus autem non potest facere testamentum, nisi per observationem, quam lex divi Justini, patris mei, introduxit.

§ 4. L'aveugle ne peut faire un testament qu'en observant la constitution promulguée à ce sujet par l'empereur Justin, notre père.

§ V. Ejus, qui apud hostes est, testamentum, quod ibi fecit, non valet, quamvis redierit : sed quod, dum in civitate fuerat, fecit, sive redierit, valet jure postliminii, sive illic decesserit, valet ex lege Cornelia.

§ 5. Le testament fait chez les ennemis par un prisonnier n'est pas valable, quoiqu'il revienne ensuite dans sa patrie; mais s'il a testé avant d'être prisonnier, son testament restera valable, en vertu du *jus postliminii*, s'il revient, et, en vertu de la loi Cornelia, s'il meurt en captivité.

* Le droit d'avoir un testament s'appelle la *capacité de droit* : pour cette capacité, il fallait être citoyen romain et chef de famille. Ces deux conditions ne suffisaient point pour avoir le droit de faire un testament, c'est-à-dire la *capacité de fait*. En effet, avoir la jouissance d'un droit et pouvoir l'exercer sont deux choses distinctes.

Ainsi un impubère *sui juris* peut avoir un testament, il a la capacité de droit : mais il ne peut le faire, il n'a pas la capacité de fait ; ce sera

son père qui le fera pour lui (1). Pour la capacité de fait, il faut l'*animi judicium*, une intelligence mure et réfléchie : or, l'impubère ne l'a pas encore : s'il faisait un testament, il serait nul, quoique plus tard il devînt pubère, parce que la capacité de fait est exigée au moment de la confection du testament.

Ainsi le fou, père de famille, peut avoir un testament ; mais il ne peut le faire, parce qu'il manque entièrement d'intelligence, peu importe qu'ensuite il retrouve l'usage de sa raison et meure sain d'esprit (2). Toutefois, le fou peut tester dans un intervalle lucide, parce qu'alors le motif d'incapacité de fait n'existe pas. De même, s'il a testé avant son état de folie, il a testé valablement, parce qu'il avait la capacité de fait au moment de la confection du testament et parce qu'il suffit, pour qu'il meure avec un testament valable, qu'il conserve jusqu'à sa mort la capacité de droit.

Ainsi le prodigue interdit ne peut faire de testament, par le motif ci-dessus; mais le testament qu'il aurait fait avant son interdiction resterait valable, pourvu qu'il eût conservé sa capacité de droit jusqu'à sa mort.

Ainsi le muet est incapable d'exercer le droit de tester, parce qu'il ne pourrait prononcer les paroles de la noncupation, le sourd, parce qu'il ne pourrait entendre les paroles prononcées par le *familiæ emptor*. Cette incapacité rendait également nul le testament prétorien, parce qu'il fallait requérir les témoins de vive voix et les entendre (3).

Le sourd, dont parle notre texte, est celui qui n'entend pas, d'une manière absolue, et le muet, celui qui est entièrement privé de la parole.

* Du reste, Justinien distingue entre les sourds-muets de naissance, et ceux qui le sont devenus par accident. Les premiers sont incapables de tester; les seconds peuvent faire un testament par écrit. Le sourd qui n'est pas muet, peut tester suivant les formes ordinaires, et le muet qui n'est pas sourd le peut par écrit : peu importe, dans ces deux derniers cas, que l'infirmité date de la naissance ou d'une époque postérieure (4).

** Quant à l'aveugle, il a toujours eu la faculté de faire un testament noncupatif, puisqu'il pouvait requérir et entendre les témoins (5). Toutefois, Justin, père adoptif de Justinien, voulait (6) que, outre les

---

(1) Voyez au titre 16 de ce livre.

(2) Nous verrons au même titre 16 qui peut tester pour lui.

(3) Les sourds et les muets étaient capables de tester lorsqu'ils étaient militaires, ou dispensés des formes ordinaires par une faveur spéciale du prince. L. 7. D. 28. 1.

(4) L. 10. C. 6. 22.

(5) Paul. Sent., III. 4. § 4.

(6) L. 8. C. 6. 22.

sept témoins, il y eût un tabellion, ou un huitième témoin, qui écrivît le testament sous la dictée de l'aveugle, lorsque le testament était non-cupatif; ou que, si le testament avait été écrit d'avance, on en donnât lecture à l'aveugle en présence des témoins.

* Enfin, le captif ne pouvait faire de testament, parce qu'il lui manquait la capacité de droit; car le prisonnier était esclave. Mais le testament qu'un citoyen romain avait fait avant sa captivité était valable. En effet, s'il revenait dans sa patrie, il était réputé n'avoir jamais éprouvé la grande déchéance d'état résultant de la captivité, et par conséquent avoir conservé la capacité de droit sans interruption. Ainsi le voulait la fiction du *jus postliminii*. S'il mourait chez les ennemis, il était réputé mort au moment même où avait commencé sa captivité : il était donc considéré comme ayant eu jusqu'à sa mort la capacité de droit. Cette seconde fiction avait été créée par la loi *Cornelia* (1) *testamentaria*. Cette fiction était ici indispensable; car, si le testateur avait été atteint, pendant un instant quelconque, par la captivité, il aurait encouru la mort civile : or, un mort civilement ne pouvait laisser un héritier testamentaire, puisqu'il avait perdu la capacité de droit.

** Les femmes pubères, à l'époque où elles étaient en tutelle perpétuelle, n'avaient la capacité de fait pour le testament, qu'autant qu'elles étaient autorisées par leur tuteur (2); mais sous Justinien, il y avait long-temps que cette tutelle avait disparu.

*** En résumé, pour la validité du testament, il faut : 1° que le testateur soit capable de fait et de droit au moment de la confection; 2° qu'il reste capable de droit jusqu'au moment de la mort naturelle. La petite déchéance d'état arrivée depuis la confection et avant la mort annulait le testament, d'après le droit civil; mais non d'après le droit prétorien, pourvu que le testament fût revêtu des formalités prétoriennes. Quant à la moyenne ou à la grande déchéance d'état, elles annulaient le testament d'après l'un et l'autre droits (3).

## TITULUS XIII.

### DE EXHEREDATIONE LIBERORUM.

Pr. Non tamen, ut omnimodo va-

## TITRE XIII.

### DE L'EXHÉRÉDATION DES ENFANTS.

Pr. Pour qu'un testament soit va-

---

(1) An de Rome 686.

(2) Ulp., fr. XX. 15. Gaius, I. 192. 193. Les pupilles ne pouvaient pas tester, même avec l'autorisation de leur tuteur. Pourquoi cette différence entre eux et les femmes pubères placées en tutelle? Sans doute parce que les impubères n'avaient pas aussi besoin de tester; ils avaient l'expectative de la puberté, et d'ailleurs leur père avait pu tester pour eux; et enfin, l'*animi judicium*, que n'avaient pas les impubères, ne manquait pas aux femmes pubères qui se trouvaient en tutelle.

(3) Voyez titre 17. § 6 de ce livre.

ɹeat testamentum, sufficit hæc observatio, quam supra exposuimus. Sed, qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum heredem instituat, vel exheredem nominatim faciat: alioquin, si eum silentio præterierit, inutiliter testabitur, adeo quidem, ut, etsi vivo patre filius mortuus sit, nemo heres ex eo testamento existere possit, quia scilicet ab initio non constiterit testamentum. Sed non ita de filiabus, vel aliis per virilem sexum descendentibus liberis utriusque sexus fuerat antiquitati observatum: sed, si non fuerant heredes scripti scriptæve, vel exheredati exheredatæve, testamentum quidem non infirmabatur, jus autem accrescendi eis ad certam portionem præstabatur. Sed nec nominatim eas personas exheredare parentibus necesse erat, sed licebat et inter ceteros hoc facere.

lable, il ne suffit pas que toutes les règles ci-dessus ayent été observées : il faut encore que le testateur ait institué héritier le fils qui est sous sa puissance, ou qu'il l'ait exhérédé nominativement : car, s'il l'a passé sous silence, son testament sera tellement nul que l'héritier, institué dans son testament, ne sera pas héritier, lors même que le fils omis serait mort du vivant du père ; parce que le testament était nul dès le principe. Quant aux filles et autres enfants, de l'un et de l'autre sexe, descendants par mâles, autrefois il en était autrement : s'ils n'avaient été ni institués, ni exhérédés, le testament n'était pas nul pour cela, seulement ces enfants venaient à la succession pour une certaine portion. Et il n'était pas même nécessaire de les exhéréder nominativement ; il suffisait qu'ils fussent exhérédés collectivement.

§ I. Nominatim autem exheredari quis videtur, sive ita exheredetur : *Titius, filius meus, exheres esto,* sive ita : *filius meus exheres esto,* non adjecto proprio nomine, scilicet si alius filius non extet. Postumi quoque liberi vel heredes institui debent, vel exheredari. Et in eo par omnium condicio est, quod et in filio postumo et in quolibet ex ceteris liberis, sive feminini sexus, sive masculini, præterito, valet quidem testamentum, sed postea agnatione postumi sive postumæ rumpitur, et ea ratione totum infirmatur : ideoque si mulier, ex qua postumus aut postuma sperabatur, abortum fecerit, nihil impedimento est scriptis heredibus ad hereditatem adeundam. Sed feminini quidem sexus personæ vel nominatim, vel inter ceteros exheredari solebant, dum tamen, si inter

§ 1. On exhérède nominativement en disant : *que Titius, mon fils, soit exhérédé ;* ou bien : *que mon fils soit exhérédé*, sans ajouter son nom dans le cas où l'on n'a pas d'autres fils. Quant aux posthumes, ils doivent être aussi institués ou exhérédés ; mais ici l'on ne distingue pas entre les descendants et les descendantes ; le testament est d'abord valable, mais il est rompu par la naissance d'un posthume ou d'une posthume ; il est même rompu pour le tout. Si donc la femme du testateur fait une fausse-couche, les héritiers institués viendront sans difficulté à l'hérédité qui leur était déférée. Les posthumes du sexe féminin étaient exhérédées nominativement ou collectivement ; toutefois, si elles n'étaient exhérédées que collectivement, le testateur devait leur léguer quelque

ceteros exheredentur, aliquid eis legetur, ne videantur per oblivionem præteritæ esse; masculos vero postumos, id est filium et deinceps, placuit, non aliter recte exheredari, nisi nominatim exheredentur, hoc scilicet modo : *quicumque mihi filius genitus fuerit, exheres esto.*

§ II. Postumorum autem loco sunt et hi, qui, in sui heredes locum succedendo, quasi agnascendo, fiunt parentibus sui heredes. Ut ecce, si quis filium, et ex eo nepotem neptemve, in potestate habeat, quia filius gradu præcedit, is solus jura sui heredis habet, quamvis nepos quoque et neptis ex eo in eadem potestate sunt; sed si filius ejus vivo eo moriatur, aut qualibet alia ratione exeat de potestate ejus, incipit nepos neptisve in ejus locum succedere, et eo modo jura suorum heredum quasi agnatione nanciscuntur. Ne ergo eo modo rumpatur ejus testamentum, sicut ipsum filium vel heredem instituere, vel nominatim exheredare debet testator, ne non jure faciat testamentum, ita et nepotem neptemve ex filio necesse est ei vel heredem instituere, vel exheredare, ne forte, vivo eo filio mortuo, succedendo in locum ejus nepos neptisve, quasi agnatione rumpant testamentum. Idque lege Junia Velleia provisum est, in qua simul exheredationis modus ad similitudinem postumorum demonstratur.

chose, pour montrer qu'il ne les avait pas omises par oubli. Mais les posthumes du sexe masculin, c'est-à-dire, les fils ou petits-fils posthumes, ne pouvaient être exhérédés que nominativement, par exemple, en ces termes : *que tout fils qui naîtra de moi soit exhérédé.*

§ 2. On assimile aux posthumes les petits-enfants qui, prenant la place de leur père, deviennent, par quasi-agnation, les héritiers siens de leur aïeul. Par exemple, si un chef de famille a sous sa puissance un fils et un petit-fils de ce dernier, le fils, étant le premier en degré, sera seul héritier sien, quoique le petit-fils ou la petite-fille soient sous la même puissance paternelle : mais si, du vivant du chef de famille, le fils vient à mourir ou à sortir de la puissance paternelle de toute autre manière, le petit-fils ou la petite-fille prendra la place du fils, et par conséquent deviendra héritier sien par une quasi-agnation. De peur donc que son testament ne soit rompu, de même que pour échapper à ce résultat, le chef de famille doit instituer ou exhéréder nominativement son fils, de même il doit instituer ou exhéréder son petit-fils ou sa petite-fille. C'est ce qu'a décidé la loi Junia Velleia, qui a indiqué ce mode d'exhérédation à l'instar de l'exhérédation des posthumes.

* Dans l'origine, la liberté de tester n'avait point de limites (1); peu à peu on lui en fixa; on força le testateur à respecter des rapports avec certaines personnes, et se développa l'idée des héritiers nécessaires et des légitimaires. Pour mettre plus de clarté dans cette matière, nous devrions examiner : 1° dans quels cas le testateur devait instituer ou déshériter certaines personnes; 2° à qui il devait laisser une légitime;

(1) L. 120. D. 50. 16. L. 4. C. 6. 28.

3° l'obligation où il était d'instituer certaines personnes. Ceci fut introduit par la Novelle 115.

Mais les n^os^ 2 et 3 seront traités au titre 18 de ce livre. Nous ne nous occuperons donc que du 1°.

* La nécessité, pour la validité d'un testament, d'instituer ou d'exhéréder certaines personnes, existait déjà à une époque reculée, et certainement avant Cicéron (1). Elle était fondée sur l'idée que le *suus* était pour ainsi dire co-propriétaire, du vivant du chef de famille, du patrimoine de celui-ci (2); que, pour faire disparaître cette quasi co-propriété, le chef de famille devait, en instituant un héritier de son choix, exhéréder le *suus heres*. Pour procéder avec méthode, nous parlerons : 1° de l'ancien droit civil; 2° du droit prétorien; 3° du droit de Justinien.

** I°. *Ancien droit civil.*—Si le chef de famille voulait tester valablement en faveur d'un héritier de son choix, et au détriment d'un enfant immédiatement placé sous sa puissance; il devait instituer aussi ce dernier ou l'exhéréder.

Il n'était nécessaire d'exhéréder que les *sui heredes* (3), c'est-à-dire les enfants qui n'étaient séparés du chef de famille par aucun autre, soit qu'ils fussent fils ou filles, soit qu'ils fussent petits-fils ou petites-filles, et que leur père fût sorti de la famille par décès ou déchéance d'état.

***L'exhérédation devait être *nominative* pour le fils *suus heres*, c'est-à-dire, exprimée d'une manière précise; mais le nom de l'enfant n'était pas indispensable (*filii mei*, ou *filius meus*, *exheredes*, ou *exheres*, *sunto* ou *sit*). S'il s'agissait d'un *suus heres*, petit-fils, ou d'une *sua heres*, fille ou petite-fille (4), il suffisait de les exhédérer *inter ceteros*, c'est-à-dire, l'un ou l'autre était censé compris dans cette clause ou formule insérée dans le testament : *ceteri exheredes sunto.*

****Si le fils *suus* avait été exhérédé seulement *inter ceteros* ou entièrement omis (prétérit), le testament était nul, quand même ce fils serait venu à mourir avant le testateur. Telle était l'opinion des Sabiniens, qui donnaient pour motif : *quia scilicet ab initio non constiterit.* Cette opinion est adoptée par Justinien. Les Proculéiens, au contraire, considé-

---

(1) De Orat. 38. 57. pro Cæcin.

(2) L. 11. D. 28. 2. Gaius, II. 157. Inst., II. 19. § 7.

(3) Ils étaient appelés *sui heredes: sui*, parce qu'ils étaient sous la puissance paternelle; *heredes*, parce qu'ils étaient considérés comme co-propriétaires (*heres* vient de *herus*, maître). Quant aux enfants placés plus bas sur l'échelle de la puissance paternelle, nous verrons qu'on devait aussi les exhédérer pour le cas où ils seraient immédiatement sous la puissance paternelle, au moment du décès du père de famille.

(4) Ce que nous disons de la fille *sua heres* s'appliquait à l'*uxor* qui était *in manu* de son mari chef de famille, ou *in manu* d'un fils de famille. Dans le premier cas, elle était *sua heres* de son mari; dans le second cas, elle était *sua heres* du père de son mari, si celui-ci était mort.

rant que cette nullité n'avait été établie qu'en faveur du fils omis ou mal exhérédé, regardaient le testament comme valable, si le testateur avait survécu à ce fils (1).

* Lorsque le petit-fils, la fille ou la petite-fille n'avaient pas été exhérédés *inter ceteros*, c'est-à-dire, lorsque le testament ne contenait pas la formule *ceteri exheredes sunto*, il n'était pas nul pour cela; mais ces enfants omis avaient le droit de concourir pour une portion déterminée avec l'héritier institué. Si cet héritier institué était un *suus heres*, ils venaient partager avec lui l'hérédité, comme s'ils avaient été institués avec lui (2); si cet héritier était un étranger, ils prenaient la moitié de toute la succession (3).

Jusqu'ici nous n'avons parlé que des enfants placés immédiatement sous la puissance paternelle au moment de la confection du testament. Mais nous devons encore parler de ceux qui se trouvent immédiatement placés sous cette puissance depuis la confection du testament. On les appelle *posthumes*.

1° On appelle posthumes proprement dits les enfants du testateur nés depuis la confection du testament, et placés à leur naissance immédiatement sous la puissance paternelle. 2° On appelle quasi-posthumes (*qui postumorum loco sunt*) : — A — les enfants adoptés ou adrogés comme fils, ou légitimés depuis le testament (4); — B — ceux qui, étant nés au moment de la confection du testament, se sont trouvés, depuis la même époque, immédiatement placés sous la puissance paternelle : par exemple, le petit-fils dont le père est sorti de la famille depuis le testament et avant le décès du testateur (5); — C — enfin, l'enfant devenu *suus heres* de son père par le décès de l'aïeul (6).

Anciennement on ne pouvait, en instituant ou exhérédant les posthumes, empêcher la rupture du testament. En effet, quant aux posthumes proprement dits, l'institution ou l'exhérédation était nulle, comme s'appliquant à des personnes incertaines; quant aux autres, l'institution ou l'exhérédation ne produisait pas pour résultat de mettre

---

(1) Gaius, II. 123.

(2) Dans ce cas, on est tenté de penser qu'il en était tout comme si le testament avait été annulé, et comme si tous les *sui heredes* étaient venus à l'hérédité *ab intestat*. Mais ce serait une erreur; car les legs et les libertés étaient maintenus lorsque le testament conservait sa validité.

(3) Supposons que le testateur ait omis sa fille, et ait institué pour héritiers son fils et deux étrangers; elle viendra prendre une portion virile dans le tiers qui advient à son frère, c'est-à-dire, un sixième de la succession, et elle prendra la moitié des deux tiers dévolus aux deux étrangers, c'est-à-dire, deux sixièmes de la succession. Elle aura donc à elle seule la moitié de la succession, quoiqu'elle ait été omise, tandis que son frère institué n'en aura qu'un sixième. Gaius, II. 124. Ulp., fr. XXII. 17. Paul. Sent. III. 4 B. § 8. Théoph. *hic*.

(4) Gaius, II. 138. Ulp., fr. XXIII. 3. Inst. II. 17. § 1. L. 8. D. 29. 1.

(5) L. 29. pr. §§ 1-5. D. 28. 2.

(6) L. 28. § 1. D. 28 2,

le testament à l'abri de la rupture ; car ils n'étaient pas *sui heredes*, pas co-propriétaires, au moment de la confection du testament, par conséquent pas susceptibles d'exhérédation.

De bonne heure on permit au testateur d'instituer ou d'exhéréder l'enfant qui devait naître après sa mort (1). C'était indispensable ; car il aurait été impossible au testateur de recommencer alors son testament. Ce qui fut admis pour un fils ou une fille, fut également appliqué au petit-fils né depuis la mort de l'aïeul, et conçu sous sa puissance, dont le père était déjà sorti de la puissance de l'aïeul au moment de la confection du testament.

Aquilius Gallus, le contemporain et l'ami de Cicéron, fit faire un nouveau pas à la théorie des posthumes ; il introduisit une formule au moyen de laquelle un aïeul, chef de famille, pouvait instituer son petit-fils devant naître après sa mort, même lorsque le père de celui-ci était encore en puissance au moment de la confection du testament, pour le cas où il mourrait ensuite du vivant de l'aïeul : c'est ce qu'on appelle le posthume aquilien (2). En vertu de cette formule, il fut permis également à un bisaïeul, chef de famille, d'instituer son *pronepos*, arrière-petit-fils, posthume, soit qu'au moment de la confection du testament le fils fut déjà mort et le petit-fils encore vivant, soit que le petit-fils fût déjà mort à cette époque et le fils encore vivant, soit que le fils et le petit-fils vécussent à cette même époque, et qu'ils dussent tous deux mourir avant le testateur (3).

* La loi *Junia Velleia* (4) alla encore plus loin, en prenant des dispositions tendant à empêcher qu'un testament ne fût rompu par la survenance de posthumes du vivant du testateur. Cette loi se divise en deux chefs.

*Premier chef.* — Il s'applique aux descendants nés depuis le testament, et du vivant du testateur, qui sont *sui heredes* dès leur naissance (5). Il comprend non seulement le fils, mais encore le petit-fils, et, dans ce dernier cas, il ne distingue pas si le fils est ou n'est pas mort au moment de la confection du testament; il suffit qu'au moment de la naissance du petit-fils le fils n'existe plus. Ces posthumes, appelés Velléiens du premier chef, doivent être institués ou exhérédés (6). Par ce moyen on évite la rupture du testament.

*Deuxième chef.* — Il s'applique, au contraire, aux descendants nés

---

(1) Ou conçu avant sa mort; car il fallait qu'il se fût trouvé sous sa puissance. Fr. Ulpien, XXII. 19.

(2) L. 29. D, 28. 2. Mais il faut supposer que le fils avait été institué valablement; parce qu'une exhédération *post mortem exheredati* était nulle. L. 29. D. ib. L. 10. § 2. D. 26. 2.

(3) L. 29. §§ 2-4. D. 28. 2.

(4) Probablement de l'an 763 de Rome.

(5) L. 29. § 12. § 13 D. 28. 2.

(6) Il n'en était pas ainsi auparavant.

déjà au moment de la confection du testament, mais qui ne sont pas encore *sui heredes*, parce qu'ils sont précédés par d'autres (1). L'institution de tels descendants était déjà permise avant la loi *Junia Velleia*. Le but de cette loi est donc d'empêcher la rupture du testament, lorsqu'un tel descendant est institué ou exhérédé, et lorsque les personnes qui le précèdent dans la puissance paternelle ont disparu du vivant du testateur, que par conséquent il est devenu *suus heres* (posthume Velléien du second chef) (2). Ce chef s'applique, non seulement au petit-fils, mais encore à l'arrière-petit-fils : quant à ce dernier, peu importe que le petit-fils d'abord et le fils ensuite, ou que le fils et le petit-fils ensuite, soient morts avant le père de famille, pourvu que, si le petit-fils a survécu, il ait été institué ou exhérédé; sans quoi, étant devenu *suus heres* à la mort du fils, ce petit fils aurait rompu le testament (3).

* Les posthumes proprement dits, les posthumes Aquiliens, les posthumes Velléiens de l'un et de l'autre chefs, devaient être exhérédés, savoir : les mâles (fils, petits-fils, ou arrière-petits-fils), nominativement, c'est-à-dire, par cette expression : *postumus meus filius*, ou *nepos*, ou *pronepos exheres esto*; et si cette exhérédation n'avait pas été nominative, le testament devenait entièrement nul. Première différence avec l'exhérédation des héritiers siens, qui ne devait être nominative que pour les fils, et dont l'omission n'entraînait la nullité du testament que quand il s'agissait de ceux-ci.

**Quant aux posthumes des trois mêmes catégories, filles, petites-filles ou arrière-petites-filles, il suffisait de les exhéréder *inter ceteros*, pourvu qu'on leur fît un legs, afin de démontrer qu'en insérant dans le testament la clause *ceteri exheredes sunto*, on les avait eu présentes à l'esprit. L'omission de cette exhérédation *inter ceteros* entraînait aussi la nullité du testament. Seconde différence entre celles-ci et les héritières siennes qui, lorsqu'elles n'avaient pas été exhérédées *inter ceteros* n'avaient que le droit de venir prendre une part dans l'hérédité.

§ III. Emancipatos liberos jure civili neque heredem instituere, neque exheredare necesse est, quia non sunt sui heredes. Sed prætor omnes, tam feminini sexus quam masculini, si heredes non instituantur, exheredari jubet, virilis sexus nominatim, feminini vero et inter ceteros. Quodsi

§ 3. D'après le droit civil, il n'était nécessaire ni d'instituer héritiers, ni d'exhéréder les enfants émancipés, parce qu'ils n'étaient pas héritiers siens. Mais le préteur veut qu'on institue ou qu'on exhérède les enfants des deux sexes, ceux du sexe masculin nominativement, et ceux du

(1) L. 29. §§ 13-15. D. ib.

(2) Auparavant, le testament qui les avait institués ou exhérédés était rompu par cela seul qu'ils devenaient *sui heredes* avant la mort du testateur.

(3) L. 29. § 13. D. ib.

neque heredes instituti fuerint, neque ita, ut diximus, exheredati, promittit prætor eis contra tabulas testamenti bonorum possessionem.

sexe féminin collectivement. Et si on omet de les instituer ou de les exhérèder, ainsi qu'il vient d'être dit, il leur promet la possession de biens *contra tabulas*.

*II° *Droit prétorien.*—D'après le droit civil, le chef de famille n'était pas obligé, pour empêcher la nullité de son testament, d'instituer ou d'exhéréder un enfant émancipé ou donné en adoption, en un mot, sorti de la famille par une petite déchéance d'état, parce qu'un tel enfant ne pouvait plus être considéré comme co-propriétaire du patrimoine du chef de famille. Mais le droit prétorien avait établi, à côté du droit civil, un droit de succession, appelé *possession de biens*, dont ne pouvait être déchu que par une exhérédation un descendant placé au premier degré ; et, d'un autre côté, ce même droit prétorien ne tenait aucun compte de la petite déchéance d'état.

Le fils du fils émancipé devait être également exhérédé par l'aïeul, quoiqu'il fût conçu et né depuis l'émancipation, parce que le préteur l'admettait aussi à la possession de biens de l'aïeul. Enfin l'héritier sien lui-même, protégé par le droit civil, l'était également par le droit prétorien ; de sorte que, s'il n'avait pas été exhérédé légalement, il pouvait se pourvoir contre le testament par la possession de biens appelée *contra tabulas* ( contre les tablettes du testament) : ou agir tout comme s'il n'y avait pas de testament.

**Pour ne pas violer le droit prétorien, le testateur devait instituer ou déshériter tous les enfants mâles nominativement, et les femmes *inter ceteros* au moins: dans le cas contraire, l'enfant, mâle ou femme, faisait rescinder le testament en obtenant la possession de biens *contra tabulas* (1).

***Cependant la nullité civile du testament présentait quelque différence avec la rescision prétorienne de ce même testament. En effet, le testament nul, faute d'exhérédation, était comme non existant aux yeux du droit civil, tandis que le testament rescindable existait, mais était paralysé dans ses effets par la possession de biens, obtenue du préteur. Toutefois, un testament nul, d'après le droit civil, était exécuté par le préteur, comme s'il n'était que rescindable, si les enfants omis ne demandaient pas la possession de biens. Il en était de même si le posthume, dont la naissance avait rompu le testament, mourait avant le testateur.

Un enfant non exhérédé, mais institué seulement pour une partie quelconque, ne pouvait invoquer ni la nullité civile, ni la rescision pré-

(1) Antonin restreignit la possession de biens, pour les filles ou petits-fils, à la portion que le droit civil leur accordait en concours avec les institués. Gaius, II. 126.

torienne. Mais, si un autre enfant omis obtenait la possession de biens *contra tabulas*, l'institué en profitait, et pouvait avoir ainsi une portion plus forte que celle que lui offrait son institution.

§ IV. Adoptivi liberi, quamdiu sunt in potestate patris adoptivi, ejusdem juris habentur, cujus sunt justis nuptiis quæsiti : itaque heredes instituendi, vel exheredandi sunt, secundum ea, quæ de naturalibus exposuimus. Emancipati vero a patre adoptivo, neque jure civili, neque quod ad edictum prætoris attinet, inter liberos numerantur. Qua ratione accidit, ut ex diverso, quod ad naturalem parentem attinet, quamdiu quidem sint in adoptiva familia, extraneorum numero habeantur ; ut eos neque heredes instituere, neque exheredare necesse sit. Cum vero emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipiunt in ea causa esse, in qua futuri essent, si ab ipso naturali patre emancipati fuissent.

§ 4. Les enfants adoptifs, tant qu'ils sont sous la puissance du père adoptif, sont, quant à ce dernier, comme s'ils étaient nés du mariage. Ils doivent donc être institués ou exhérédés, conformément à ce que nous avons dit des enfants nés du mariage. Mais, une fois émancipés par le père adoptif, ils ne sont plus les enfants de celui-ci, ni d'après le droit civil, ni d'après le droit prétorien. C'est pourquoi, et à l'inverse, tant qu'ils sont dans la famille adoptive, ils sont considérés comme des étrangers quant à la famille de leur père naturel; par conséquent il n'y a pas nécessité pour celui-ci de les instituer ou de les exhéréder. Mais, s'ils sont émancipés par le père adoptif, ils sont dans la position de fils émancipés par leur père naturel.

§ V. Sed hæc quidem vetustas introducebat. Nostra vero constitutio inter masculos et feminas in hoc jure nihil interesse existimans, quia utraque persona in hominum procreatione similiter naturæ officio fungitur, et lege antiqua duodecim tabularum omnes similiter ad successiones ab intestato vocabantur, quod et prætores postea secuti esse videntur, ideo simplex ac simile jus, et in filiis et in filiabus, et in ceteris descendentium per virilem sexum personis, non solum natis, sed etiam postumis, introduxit, ut omnes, sive sui, sive emancipati sunt, aut heredes instituantur, aut nominatim exheredentur, et eundem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmanda, et hereditatem auferendam, quem filii sui vel emancipati habent, sive jam nati sunt, sive,

§ 5. Tels étaient les principes du droit ancien. Mais notre constitution a supprimé toute différence, en cette matière, entre les deux sexes, parce que chaque sexe contribue également à la procréation des enfants, et parce que la loi des XII Tables, imitée en cela par le droit prétorien, admettait les deux sexes, sans aucune distinction, à la succession *ab intestat* du chef de famille : c'est pourquoi nous avons établi une règle simple et uniforme pour les fils et les filles, et pour les autres descendants par mâles, nés ou à naître, d'après laquelle tous, soit siens, soit émancipés, doivent être institués héritiers ou exhérédés nominativement; de manière que la prétérition des uns comme des autres, qu'ils soient nés ou à naître, siens ou émancipés, entraînera également l'infirmation du

adhuc in utero constituti, postea nati sunt. Circa adoptivos autem filios certam induximus divisionem, quæ constitutioni nostræ, quam super adoptivis tulimus, continetur.

testament et la déchéance, quant à l'hérédité, des héritiers institués. Quant aux enfants adoptifs, nous avons introduit une distinction qui se trouve dans notre constitution sur les enfants adoptifs.

*Autrefois, les enfants adoptés se trouvaient sous la puissance du père adoptif : celui-ci seul devait les instituer ou les exhéréder, soit d'après le droit civil, soit d'après le droit prétorien. S'ils étaient émancipés après la mort du père naturel, ils n'avaient aucun moyen de critiquer le testament de leur père adoptif, ni d'invoquer la nullité pour défaut d'exhérédation; d'après le droit civil, puisqu'ils n'étaient plus sous sa puissance ; d'après le droit prétorien, puisqu'aucun lien du sang ne les unissait au père adoptif. Ils ne pouvaient non plus critiquer le testament de leur père naturel, d'après le droit civil, puisqu'au moment de sa mort ils n'étaient pas sous sa puissance ; ni d'après le droit prétorien, puisqu'à ce même moment le préteur ne pouvait être tenté de les protéger, les trouvant avec l'espoir de la succession du père adoptif.

Mais s'ils étaient sortis de la puissance du père adoptif avant le décès de leur père naturel, le préteur les protégeait par la possession de biens *contra tabulas*, dans le cas où ils n'auraient été par lui ni institués ni exhérédés. Alors, en effet, ils se trouvaient dans la même position que ceux qui avaient été émancipés par le père naturel lui-même ; à la mort de celui-ci, ils étaient sans espoir de succession.

** III. Mais Justinien supprima trois différences qui existaient avant lui.

Il voulut : 1° que l'omission de la fille ou des petits-fils entraînât la nullité du testament, comme l'omission d'un fils ;

2° Que les filles et petits-fils fussent exhérédés nominativement ;

3° Que les posthumes du sexe féminin fussent exhérédés comme ceux du sexe masculin.

Quant aux enfants donnés en adoption, à l'exception de ceux donnés en adoption à un aïeul paternel ou maternel, pour lesquels les anciens principes furent conservés, ils étaient censés rester sous la puissance du père naturel ; celui-ci devait les exhéréder, et le père adoptif pouvait impunément les passer sous silence:

§ VI. Sed si in expeditione occupatus miles testamentum faciat, et liberos suos jam natos vel postumos nominatim non exheredaverit, sed silentio præterierit, non ignorans, an habeat liberos, silentium ejus pro exheredatione nominatim facta vale-

§ 6. Lorsqu'un militaire, employé dans une expédition, fait un testament sans exhéréder nominativement ses enfants nés et à naître, s'il les passe sous silence, mais sachant qu'il a des enfants, il sera censé les avoir exhérédés nominativement, et cela con-

re, constitutionibus principum cautum est.

formément à des constitutions impériales.

* Dans un testament militaire, affranchi de toutes formalités, le testateur n'était pas obligé d'instituer ou d'exhéréder ses enfants; leur omission équivalait à une exhérédation même nominative, pourvu cependant qu'il fût constant que le testateur sût avoir des enfants nés ou conçus. Ainsi, l'existence d'enfants inconnus au moment de la confection du testament le rendait nul, ou leur survenance après le testament l'infirmait.

§ VII. Mater vel avus maternus necesse non habent liberos suos aut heredes instituere, aut exheredare, sed possunt eos omittere. Nam silentium matris aut avi materni ceterorumque per matrem ascendentium tantum facit, quantum exheredatio patris. Neque enim matri filium filiamve, neque avo materno nepotem neptemve ex filia, si eum eamve heredem non instituat, exheredare necesse est, sive de jure civili quæramus, sive de edicto prætoris, quo præteritis liberis contra tabulas bonorum possessionem promittit. Sed aliud eis adminiculum servatur, quod paulo post vobis manifestum fiet.

§ 7 La mère et l'aïeul maternel ne sont pas obligés d'instituer leurs enfants héritiers ou de les exhéréder; ils peuvent les passer sous silence : car le silence de la mère, ou de l'aïeul maternel et des autres ascendants maternels produit le même effet que l'exhérédation émanée du père, soit d'après le droit civil, soit d'après le droit prétorien, qui donne aux enfants omis la possession de biens *contra tabulas* : la mère, en effet, n'est pas obligée d'exhéréder son fils ou sa fille, ni l'aïeul maternel son petit-fils ou sa petite-fille provenant de sa fille; mais ces enfants omis ont une autre ressource, dont il sera parlé bientôt.

** L'exhérédation n'étant nécessitée qu'à cause des rapports de puissance paternelle, il est clair que la mère ou un ascendant maternel quelconque peut tester valablement, sans s'inquiéter de l'institution ou de l'exhérédation des enfants de la ligne maternelle. C'est en ce sens que l'on dit que le silence de la mère ou de l'ascendant maternel équivaut à une exhérédation nominative. Ce silence ne peut donner lieu à la nullité ou à l'infirmation du testament, d'après le droit civil, ni même à la possession de biens *contra tabulas*, sauf la querelle d'inofficiosité, ainsi que nous le verrons au titre XVIII de ce livre.

## TITULUS XIV.

### DE HEREDIBUS INSTITUENDIS.

§ Pr. Heredes instituere permissum est, tam liberos homines, quam

## TITRE XIV.

### DES HÉRITIERS A INSTITUER.

Pr. Nous pouvons instituer héritiers tant des hommes libres que des

servos, et tam proprios, quam alienos. Proprios autem olim quidem, secundum plurium sententias, non aliter quam cum libertate, recte instituere licebat. Hodie vero etiam sine libertate, ex nostra constitutione, heredes eos instituere permissum est. Quod non per innovationem induximus, sed quoniam et æquius erat, et Atilicino placuisse Paulus suis libris, quos tam ad Masurium Sabinum, quam ad Plautium scripsit, refert. Proprius autem servus etiam is intellegitur, in quo nudam proprietatem testator habet, alio usumfructum habente. Est autem casus, in quo nec cum libertate utiliter servus a domina heres instituitur, ut constitutione divorum Severi et Antonini cavetur, cujus verba hæc sunt : *Servum adulterio maculatum non jure testamento manumissum ante sententiam ab ea muliere videri, quæ rea fuerat ejusdem criminis postulata, rationis est; quare sequitur, ut in eundem a domina collata institutio nullius momenti habeatur.* Alienus servus etiam is intellegitur, in quo usumfructum testator habet.

esclaves, nos propres esclaves ou ceux d'autrui. Quant à nos propres esclaves, autrefois, d'après l'opinion de plusieurs jurisconsultes, nous ne pouvions les instituer valablement qu'en leur donnant la liberté. Mais aujourd'hui, en vertu de notre constitution, nous pouvons les instituer sans exprimer que nous leur donnons la liberté. Et, en cela, nous n'avons pas fait d'innovation; car Paul, dans des livres qu'il a adressés à Masurius Sabinus et à Plautius, rapporte que Atilicinus admettait cette opinion comme étant plus équitable. Or l'esclave, dont nous avons la nue-propriété, est aussi notre esclave. Il est cependant un cas dans lequel une femme ne pourrait pas utilement instituer héritier son esclave, même en lui donnant la liberté, ainsi que cela résulte d'une constitution de Sévère et d'Antonin, dont voici les termes : « Il est conforme à la raison » qu'un esclave ne puisse être affranchi dans le testament d'une femme » accusée de s'être rendue coupable » d'adultère avec lui, avant qu'un » jugement ait statué sur cette accusation : d'où il faut conclure que, » si elle l'institue héritier, cette ins- » titution sera nulle. » On regarde comme esclave d'autrui celui sur lequel le testateur n'a que l'usufruit.

* Ici nous avons à nous occuper de la faction de testament passive, relativement aux personnes instituées héritières. Il ne faut pas confondre celles qui n'ont pas le droit d'être instituées avec celles qui, quoique ayant le droit de figurer dans un testament comme instituées, n'ont cependant pas la capacité voulue pour profiter de cette institution. Des premières, le testateur dit : *Mihi cum Titio non est testamenti factio;* des secondes : *Titius nihil capere potest ex meo testamento. Mihi cum Titio non est testamenti factio* signifie : Je ne puis entrer avec Titius dans des rapports testamentaires, je ne puis songer à lui pour héritier. La disposition qui le concernerait serait entièrement nulle (1); lors même

(1) L. 49. § 1. D. 28. 5. Inst. II. 19. § 4.

que, depuis la confection du testament, il acquerrait l'aptitude requise (1). La faction passive est rigoureusement exigée à l'époque de la confection (*ut constiterit institutio*).

* Il en est autrement du *jus capiendi*, pour lequel on ne considère que le moment où l'hérédité doit être acquise, sans se reporter à l'époque de la confection du testament (2).

Ainsi, le testateur romain n'avait pas faction de testament avec un pérégrin; cette institution eût été nulle, quoique le pérégrin fût devenu citoyen romain dans l'intervalle de la confection du testament à la mort du testateur. Au contraire, il avait faction de testament avec un Latin Junien; mais celui-ci ne pouvait *capere*. S'il devenait citoyen depuis la confection du testament, et s'il l'était encore lors de la dévolution de l'hérédité, ou même s'il le devenait dans les cent jours de cette dévolution (3), il pouvait recueillir tous les bénéfices attachés à l'institution.

Notre texte ne traite que de la faction de testament passive. On n'a faction de testament qu'avec ceux qui peuvent figurer dans la mancipation comme *emptores familiæ :* or, ne pouvaient y figurer en cette qualité que ceux qui pouvaient avoir une *familia*, les citoyens romains. Le Latin Junien avait le droit de figurer dans une mancipation, puisqu'il avait le *jus commercii ;* mais il ne pouvait manciper une *familia*, puis-

---

(1) LL. 207. 210. D. 50. 17.

(2) C'est ainsi qu'il faut entendre la L. 52. D. 31. et la L. 62. D. 28. 5.

(3) Gaius, I. 23. Ulp., fr. XXII. 3. La loi *Julia* et *Pap. Popp.* établissait une différence entre le *pro non scripto* et le *caducum :* dans le premier cas, il y avait bénéfice par droit d'accroissement pour les autres bénéficiaires; dans le second cas, le bénéfice n'était dévolu qu'à certaines personnes privilégiées qui figuraient dans le testament; celles-ci n'avaient pas le droit d'accroissement, mais le *jus vindicandi caduca*. Ulp., fr. XVIII. L. un. C. 6 51. Or, on considérait *pro non scriptis* toutes les dispositions nulles dès la confection du testament, par conséquent celles faites en faveur de personnes avec qui n'existait pas la faction de testament (L. 3. pr. D. 34. 8.), tandis qu'on regardait comme caduques celles qui s'adressaient à celui qui *capere non poterat*. Ulp., fr. XVII. 1. Toutefois ceci n'était vrai qu'en règle générale; car il y avait des cas où la caducité n'était pas la conséquence inévitable de l'incapacité de *capere*, par exemple, dans le cas d'indignité.

M. Ortolan (*hic*) a bel et bien confondu ceux avec qui le testateur n'avait pas faction de testament et ceux qui ne pouvaient *capere;* car, après avoir dit que les pérégrins n'avaient pas faction de testament, il ajoute : *Ni les Latins Juniens, à moins qu'ils ne devinssent citoyens avant l'adition.*

D'après la loi Voconia (585 de Rome), une femme ne pouvait être instituée héritière par un testateur figurant au cens pour une fortune de cent mille as. (Gaius, II. 274.) Ici il n'y avait pas de faction de testament avec la femme; il ne s'agissait pas seulement pour elle de la privation du droit de *capere* (*heres institui non potest*). M. Ortolan confond encore la position qu'avait faite à la femme la loi Voconia avec la privation du droit de *capere* des *cœlibes* et des *orbi*. (Gaius, II. 111.) Les effets de la loi Voconia ont entièrement disparu dans le droit de Justinien.

Ulpien, dans ses fragments, rubrique du titre XIII, mentionne comme n'ayant pas le *jus capiendi :* 1. le *cœlebs*, 2. l'*orbus*, 3. le *pater solitarius*. Le *cœlebs* était celui qui n'était pas marié et qui n'avait pas d'enfants; l'*orbus*, celui qui était marié, mais qui n'avait pas d'enfants; le *pater solitarius*, celui qui avait des enfants, mais qui n'était pas marié. Le premier ne pouvait absolument rien recevoir (Gaius, II. 111. Ulp., XVII. 1. XXII. 3.); le second ne pouvait prendre que la moitié de ce qui lui avait été laissé par testament (Gaius, II. 286.). Quant au *pater solitarius*, Ulpien ne détermine point la part à laquelle il doit être réduit; mais il est probable qu'elle est aussi de moitié.

qu'il ne pouvait en avoir : donc il ne pouvait tester. Il pouvait y figurer comme acheteur ; mais, ne pouvant acquérir une *familia* qu'autant qu'il était citoyen romain, son institution comme héritier était valable ; seulement, pour l'acquisition de l'hérédité, il lui fallait la qualité de citoyen.

On pouvait instituer héritiers aussi ses esclaves, mais en les supposant citoyens romains, c'est-à-dire en leur donnant la liberté de manière à les rendre citoyens.

* Autrefois, le testateur, qui instituait héritier son esclave, devait lui donner la liberté expressément dans le même testament : mais on se relâcha de cette rigueur ; lorsqu'il l'avait institué héritier, sans parler de la liberté, il était toujours réputé avoir voulu la lui accorder : car qui veut la fin veut les moyens ; or, un esclave ne pouvait être héritier qu'autant qu'il était libre et citoyen romain. Cette opinion fut appuyée du sentiment de Paul, dans ses livres à Atilicinus, qu'il adressa à Masurius Sabinus et à Plautius : elle fut ensuite de nouveau proclamée par Justinien:

Le testateur pouvait instituer héritier l'esclave dont il avait la nu-propriété ; seulement l'esclave, devenu libre et héritier, était soumis à toutes les conséquences de l'usufruit jusqu'à l'extinction de ce droit (1).

Toutefois, il était un cas où l'institution d'un esclave avec dation de la liberté, ne produisait aucun effet ; c'était lorsqu'elle émanait d'une femme ayant sur lui la puissance dominicale, et ce, conformément à une constitution de Sévère et d'Antonin, lorsque cette femme, ayant commis l'adultère avec lui, était poursuivie pour ce crime et mourait avant que l'accusation dirigée contre elle fût terminée par une sentence.

En effet, l'esclave ne devait être poursuivi qu'après la femme adultère; or, il n'était pas convenable qu'étant sous le coup d'une telle accusation il pût profiter d'une institution faite à son profit par sa maîtresse criminelle (2).

On peut instituer héritier, non seulement son propre esclave, mais encore l'esclave d'un tiers, pourvu qu'on ait avec celui-ci faction de

---

(1) Ulp., fr. I. 19. *A proprietatis domino manumissus, liber non fit, sed servus sine domino est:* ainsi le voulait l'ancien droit : Justinien décida que l'esclave affranchi par son nu-propriétaire serait libre ; mais il continuait à servir l'usufruitier, il lui acquérait *ex re ejus* et *ex operibus suis ;* le reste appartenait à l'affranchi. L. 1. C. 7. 15.

(2) La loi Julia avait prohibé l'affranchissement d'un esclave, même non complice, de la part d'une femme adultère (LL. 12. 13. 14. D. 40. 9.), avant que l'instance ne fût terminée, parce qu'on avait le droit de faire subir la question à tous les esclaves de la coupable. Cette prohibition empêchait même la femme d'affranchir ses esclaves dans les soixante jours accordés au mari pour l'accuser. Ceci ne concerne pas l'esclave de notre texte ; car, comme complice, esclave ou libre, il pouvait toujours être soumis à la question. Voyez M. Ducaurroy, l. c. n. 580. note 1.

testament : si donc le maître de l'esclave institué était pérégrin, l'institution était nulle.

§ I. Servus autem à domino suo heres institutus, si quidem in eadem causa manserit, fit ex testamento liber, heresque necessarius. Si vero a vivo testatore manumissus fuerit, suo arbitrio adire hereditatem potest, quia non fit necessarius, cum utrumque ex domini testamento non consequitur. Quodsi alienatus fuerit, jussu novi domini adire hereditatem debet, et ea ratione per eum dominus fit heres : nam ipse alienatus neque liber neque heres esse potest, etiamsi cum libertate heres institutus fuerit : destitisse etenim a libertatis datione videtur dominus, qui eum alienavit. Alienus quoque servus heres institutus, si in eadem causa duraverit, jussu ejus domini adire hereditatem debet. Si vero alienatus ab eo fuerit, aut vivo testatore, aut post mortem ejus antequam adeat, debet jussu novi domini adire. At si manumissus est vivo testatore, vel mortuo antequam adeat, suo arbitrio adire hereditatem potest.

§ 1. Si l'esclave, institué héritier par son maître, reste dans le même état jusqu'à la mort de ce dernier, il deviendra libre en vertu du testament, et par conséquent héritier nécessaire. Mais, s'il est affranchi par le testateur, du vivant de celui-ci, il fera adition d'hérédité s'il le veut ; car ne puisant pas à la fois sa liberté et son droit à l'hérédité dans le testament, il n'est pas héritier nécessaire. Si son maître l'a aliéné, il fera adition par l'ordre de son nouveau maître, lequel deviendra héritier par lui : il ne peut pas, en effet, devenir héritier lui-même, lorsqu'il a été aliéné, quoiqu'il ait été institué avec la liberté ; le maître, en l'aliénant, est considéré comme ayant révoqué le legs de la liberté. Si c'est l'esclave d'autrui qui a été institué héritier, et qu'il soit resté sous la puissance du même maître, il fera adition d'hérédité par l'ordre de ce maître ; s'il a été aliéné par lui, soit du vivant du testateur, soit après sa mort, mais avant l'adition d'hérédité, il devra faire adition par l'ordre de son nouveau maître. Enfin, s'il est affranchi du vivant du testateur, ou après sa mort et avant l'adition d'hérédité, il fera adition, s'il le veut, et pour son propre compte.

*Les esclaves institués par leur maître, ne peuvent être héritiers pour eux-mêmes qu'autant qu'ils reçoivent la liberté au moment de sa mort: la liberté qui leur compète alors est le résultat d'un legs exprès ou tacite, ajouté à l'institution dans le même testament. Lorsque au moment de la mort ils deviennent à la fois libres, en vertu de ce legs, et héritiers, en vertu de l'institution, ils sont héritiers nécessaires, sans le savoir, malgré eux et sans adition.

**Mais ce legs de la liberté pouvait être révoqué par le testateur; aussi lorsque le testateur avait affranchi cet esclave de son vivant, ou l'avait aliéné, il y avait révocation du legs de la liberté. Alors le legs de la

liberté seul se trouvait anéanti; l'institution subsistait, car elle pouvait toujours produire tous ses effets en faveur de l'esclave lui-même, dans le premier cas, ou du nouveau maître, dans le second cas : seulement, dans l'une et l'autre hypothèse, le caractère de l'héritier avait changé, il n'était plus nécessaire, puisqu'il n'obtenait pas à la fois l'hérédité et la liberté en vertu du testament, il était volontaire; il n'était investi de l'hérédité que par l'adition, pour lui, s'il était libre, dans l'hypothèse contraire, pour son nouveau maître et en faisant adition par son ordre.

Si le testateur instituait pour héritier l'esclave d'autrui, cet esclave devait encore être héritier volontaire, acquérir l'hérédité par adition, pour lui-même s'il était devenu libre au moment de l'adition, dans le cas contraire, pour le maître sous la puissance duquel il se trouvait à cette dernière époque, et en faisant adition *jussu domini*. De telle sorte que le droit héréditaire était ambulatoire avec sa personne et se réalisait, lors de l'adition, au profit de l'esclave lui-même, s'il était devenu libre, ou de son maître (1).

Lorsque le testateur institue son esclave héritier en ne lui donnant la liberté que sous condition, si cette condition vient à défaillir pendant que l'esclave est encore sous la puissance du testateur, l'institution devient nulle pour toujours, parce que le testateur avait entendu subordonner le legs de la liberté à cette condition; or, la liberté est nécessaire à l'institution : mais si le maître a aliéné ou affranchi l'esclave avant que la condition ait défailli, il a révoqué le legs de la liberté, et l'hérédité dès-lors, attachée à la personne de l'esclave, doit lui profiter à lui-même, dans le cas d'affranchissement, et à son nouveau maître, dans le cas d'aliénation.

§ II. Servus alienus post domini mortem recte heres instituitur, quia et cum hereditariis servis est testamenti factio : noudum enim adita hereditas personæ vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti, cum et ejus, qui in utero est, servus recte heres instituitur.

§ 2 L'esclave d'autrui, dont le maître est mort, peut être valablement institué, parce qu'il y a faction de testament avec les esclaves héréditaires. En effet, une hérédité, tant qu'il n'y a pas adition, représente la personne du défunt, et non celle de l'héritier futur. Ainsi l'on peut instituer héritier l'esclave de celui qui est encore dans le sein de sa mère.

* L'esclave d'autrui n'a faction de testament passive que *ex persona domini*; il emprunte à son maître une capacité qui lui manque. Si donc

(1) *Quid*. si l'esclave d'autrui, institué héritier, était l'esclave du testateur au moment de la mort de celui-ci? Il n'était pas héritier, parce que le testament ne contenait rien relativement à la liberté; il n'était héritier nécessaire qu'autant qu'il obtenait à la fois du testament la liberté et l'hérédité. Or, en supposant que le testateur lui eût donné la liberté, ce ne pouvait être que par un codicille. Mais si le testateur lui avait donné la liberté de son vivant, il devenait héritier volontaire.

son maître est pérégrin au moment même de la confection du testament; il ne peut être institué héritier. Mais l'esclave d'une hérédité non encore acceptée, dont l'ancien maître était citoyen romain, peut-il être institué héritier? Voilà la question que pose notre texte. Il avait un maître dont la capacité pouvait jadis être empruntée par lui pour l'institution; mais il n'existe plus; emprunte-t-il sa capacité à un être moral, l'hérédité?

Pour sortir de cette difficulté, on aurait pu admettre, ce qui est vrai, que l'héritier futur, une fois qu'il aurait eu accepté, serait censé avoir été héritier dès le moment du décès de son auteur; que par conséquent c'était à l'héritier présomptif de cette hérédité vacante qu'il fallait se rattacher pour juger de la faction de testament passive de l'esclave institué. D'ailleurs il fallait bien que cet héritier futur fût citoyen romain pour acquérir l'hérédité par adition.

Mais cet héritier futur pouvait être un enfant seulement conçu : celui qui avait institué l'esclave d'une hérédité vacante, pouvait avoir eu l'intention d'en faire profiter ce posthume : pour lui il était externe; il n'aurait pu l'instituer lui-même; il instituait l'esclave héréditaire qui devait tomber sous la puissance dominicale du posthume. Or, si, dans cette hypothèse, on avait supposé que l'esclave devait emprunter la capacité du posthume, l'institution aurait été nulle comme ne reposant que sur la capacité d'une personne avec laquelle le testateur n'avait pas faction de testament. Pour éviter cet inconvénient, on supposa donc que le défunt se survivait à lui-même jusqu'à l'adition d'hérédité; et c'était la faction de testament passive de ce dernier qui était prise en considération.

§ III. Servus plurium, cum quibus testamenti factio est, ab extraneo institutus heres, unicuique dominorum, cujus jussu adierit, pro portione dominii acquirit hereditatem.

§ 3. L'esclave appartenant à plusieurs maîtres, institué héritier par un testateur étranger qui a faction de testament avec ses maîtres, acquerra l'hérédité à chacun des maîtres qui lui auront donné l'ordre de faire adition, en proportion de la part de propriété que chacun d'eux a sur lui.

*L'esclave appartenant à plusieurs maîtres, institué héritier, l'était valablement si le testateur avait faction de testament avec eux. S'il ne l'avait qu'avec quelques-uns d'entre eux, elle était valable seulement pour ceux-ci. L'esclave institué n'acquérait l'hérédité, dans tous les cas, qu'à ceux par l'ordre desquels il faisait adition, et en proportion de la part de co-propriété qu'ils avaient sur cet esclave. Que décidera-t-on du cas où le testateur institue héritier un esclave dont il est co-pro-

priétaire avec d'autres ? S'il lui donne expressément la liberté, cet esclave deviendra héritier nécessaire, sauf l'indemnité qu'il devra aux co-propriétaires pour l'acquisition de sa liberté (1); mais s'il n'est pas affranchi expressément, on ne supposera pas le legs tacite de la liberté; car cette liberté n'est pas indispensable pour maintenir la validité du testament (2); les co-propriétaires du testateur seront héritiers volontaires par cet esclave.

§ IV. Et unum hominem, et plures in infinitum, quot quis velit, heredes facere licet.

§ 4. Le testateur peut n'instituer qu'un héritier, ou en instituer autant qu'il voudra.

* Un seul héritier est appelé nécessairement à toute l'hérédité; car, excepté le militaire, nul ne peut mourir partie *testat* et partie *intestat*. Le testateur pouvait instituer plusieurs héritiers; mais chacun d'eux était appelé à la totalité, de sorte que, quand ils y arrivaient tous, il y avait concours, et, à cause de cela seulement, partage de l'hérédité. Si quelques-uns d'entre eux ne répondaient pas ou ne pouvaient répondre à l'appel du testateur, les autres n'éprouvaient pas les conséquences du concours.

§ V. Hereditas plerumque dividitur in duodecim uncias, quæ assis appellatione continetur. Habent autem et hæ partes propria nomina ab uncia usque ad assem, ut puta hæc : sextans, quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans, deunx, as. Non autem utique duodecim uncias esse oportet. Nam tot unciæ assem efficiunt, quot testator voluerit, et si unum tantum quis ex semisse verbi gratia heredem scripserit, totus as in semisse erit : neque enim idem ex parte testatus, et ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles, cujus sola voluntas in testando spectatur. Et e contrario, potest quis in quantascumque voluerit plurimas uncias suam hereditatem dividere.

§ 5. Le plus souvent l'hérédité se divise en douze onces, lesquelles réunies s'appellent as. Chaque partie de l'hérédité, depuis l'once jusqu'à l'as, a un nom particulier, savoir : *uncia*, *sextans*, *quadrans*, *triens*, *quincunx*, *semis*, *septunx*, *bes*, *dodrans*, *dextans et deunx*. Toutefois il n'est pas nécessaire que l'hérédité soit divisée en douze parties; car il dépend du testateur de diviser l'as en aussi peu d'onces qu'il le veut; et s'il n'a institué un héritier que pour six onces, celles-ci composeront toute l'hérédité; car on ne peut mourir partie testat et partie intestat, à moins qu'on ne soit militaire, dans lequel cas la volonté du testateur est la seule règle à considérer. Et à l'inverse, le testateur peut diviser son hérédité en plus de douze onces.

**Quand on s'occupe de la division de l'hérédité, on donne à celle-ci le nom d'as, nom désignant chez les Romains l'unité destinée à être divi-

(1) Voyez plus haut, titre 7. § 4.
(2) Voyez plus haut, liv. I. tit. 6. § 2.

sée. Les divisions de l'as étaient des onces, au nombre de douze : une once s'appelait *uncia ;* deux onces, *sextans* (sixième) ; trois onces, *quadrans* (quart); quatre onces, *triens* (tiers) ; cinq onces, *quinqunx ;* six onces, *semis* (moitié) ; sept onces, *septunx ;* huit onces, *bes* (*bis triens*) ; neuf onces, *dodrans* (*dempto quadrante*, un quart de moins que l'*as*) ; dix onces, *dextans* (*dempto sextante*, un sixième de moins que l'*as*) ; onze onces, *deunx* (*dempta uncia*, une once de moins que l'*as*).

Cependant le testateur n'est pas obligé de diviser l'as en douze parties ; il peut d'autant mieux la diviser en moins, que les onces, dont il pourrait être supposé ne pas avoir disposé, appartiendraient nécessairement aux héritiers institués pour moins de douze onces ; car, ne pouvant mourir partie *testat* et partie *intestat*, à moins qu'il ne fût militaire, les onces omises ne pourraient être dévolues aux héritiers *ab intestat*. Si donc il a institué un seul héritier, en lui attribuant six onces, celles-ci comprendront tout l'*as ;* si, au contraire, il lui a attribué plus de douze onces, par exemple quinze, ces quinze onces comprendront l'hérédité toute entière.

§ VI. Si plures instituantur, ita demum partium distributio necessaria est, si nolit testator eos æquis ex partibus heredes esse : satis enim constat, nullis partibus nominatis, ex æquis partibus eos heredes esse. Partibus autem in quorundam personis expressis, si quis alius sine parte nominatus erit, si quidem aliqua pars assi deerit, ex ea parte heres fiet ; et si plures sine parte scripti sunt, omnes in eandem partem concurrent. Si vero totus as completus sit, in partem dimidiam vocantur, et ille vel illi omnes in alteram dimidiam. Nec interest, primus, an medius, an novissimus sine parte scriptus sit : ea enim pars data intellegitur, quæ vacat.

§ 6. S'il y a plusieurs héritiers institués, la division de l'hérédité entre eux n'a besoin d'être faite par le testateur qu'autant qu'il ne veut pas leur attribuer des parts égales : car, si des parts ne leur sont pas attribuées, ils partageront par égales portions. Si le testateur a attribué des parts à quelques uns seulement, celui qui aura été institué sans fixation de part aura la fraction de l'as qui n'aura pas été attribuée ; s'il y en a plusieurs, qui soient institués sans désignation de parts, ils se partageront entre eux cette fraction par portions égales. Et, si les parts attribuées complètent l'as, l'héritier ou les héritiers sans assignation de parts auront la moitié de la succession par égales portions, l'autre moitié appartenant à l'héritier ou aux héritiers institués avec assignation. Du reste, peu importe que l'héritier institué sans assignation figure au premier rang ou au dernier, ou dans un rang intermédiaire ; le testateur est censé avoir voulu lui donner la partie de

l'as non comprise dans sa distribution.

Il peut se faire que le testateur n'assigne de parts à aucun des héritiers, ou n'en assigne qu'à quelques-uns. Dans la première hypothèse, l'hérédité se divisera par égales portions entre tous les institués. Toutefois, si le testateur, sans assigner de parts, avait institué Mævius dans une phrase, ensuite Titius et Seius conjointement dans une autre phrase; il serait censé avoir voulu donner une moitié au premier, et une autre moitié aux deux derniers, c'est-à-dire un quart à Titius et un quart à Seius (1); dans la seconde hypothèse, ceux à qui ont été assignées des parts les prendront, et le surplus appartiendra aux autres héritiers par égales portions, s'il reste quelque chose pour parfaire l'as, outre les parts assignées. S'il ne restait rien, le testateur serait censé avoir voulu partager l'as en vingt-quatre onces, et par conséquent il resterait douze onces (demi-onces) à distribuer également entre ceux dont les parts n'ont pas été déterminées, c'est-à-dire une moitié de l'hérédité, l'autre moitié de l'hérédité, appartenant aux autres, suivant l'assignation faite par le testateur.

Du reste, peu importe que l'héritier auquel aucune part n'a été assignée soit inscrit le premier, ou le second, ou le dernier dans le testament; il prendra toujours ce qui reste de l'as après les héritiers institués pour une portion (2).

§ VII. Videamus, si pars aliqua vacet, nec tamen quisquam sine parte heres institutus sit, quid juris sit? Veluti si tres ex quartis partibus heredes scripti sunt. Et constat, vacantem partem singulis tacite pro hereditaria parte accedere, et perinde haberi, ac si ex tertiis partibus heredes scripti essent; et ex diverso, si plures in portionibus sint, tacite singulis decrescere, ut, si verbi gratia quatuor ex tertiis partibus heredes scripti sunt, perinde habeantur, ac si unusquisque ex quarta parte scriptus fuisset.

§ 7. Qu'arrivera-t-il si une partie de l'as n'étant pas distribuée, il n'y a pas d'héritier institué sans assignation? Par exemple, si trois héritiers sont institués, chacun pour un quart. Il est certain que la portion vacante devra appartenir à chacun des trois héritiers, en proportion de sa part héréditaire, et que ce sera par conséquent comme si les trois héritiers avaient été institués chacun pour un tiers. Et, à l'inverse, si les portions assignées dépassent les douze onces, par exemple, s'il y a quatre héritiers institués chacun pour un tiers, chacun subira un décroissement proportionnel; ce sera comme si chacun n'avait été institué que pour un quart.

---

(1) Mais si Seius ou Titius ne venait pas à l'hérédité, l'autre aurait toute la moitié.

(2) Si les autres héritiers ont des assignations jusqu'à concurrence de dix onces, il aura deux onces; si jusqu'à concurrence de douze onces, il aura douze autres onces (douze demi-onces); si jus-

Qu'arrivera-t-il si le testateur a assigné à chaque héritier une certaine portion d'onces, et si toutes ne complètent pas l'as : par exemple, si trois héritiers sont institués chacun pour un quart ? — Il y a deux manières d'aplanir cette difficulté, qui toutes deux amènent le même résultat. 1° Il reste un quart de l'hérédité, qui ne peut appartenir aux héritiers *ab intestat*, attendu la règle que nul ne peut mourir partie *testat* et partie *intestat*. Ainsi chacun a droit d'abord à 1/4 ; plus à un tiers du quart vacant, c'est-à-dire à 1/12 : un quart = 3/12 ; ajoutez ce 1/12 : chacun a donc droit à 4/12, c'est-à-dire à un tiers de l'hérédité. 2° On suppose que le testateur n'a voulu diviser l'hérédité qu'en neuf onces, dont trois à chacun, c'est-à-dire un tiers de l'hérédité.

Qu'arrivera-t-il si quatre héritiers sont institués chacun pour quatre onces, ou un tiers ? Il ne peut y avoir quatre tiers dans l'hérédité ; chacun a donc droit à 1/3 = 4/12 — 1/12 (c'est-à-dire le quart d'un tiers); ce qui fait 3/12 ; car chacun, venant en concours avec les trois autres, doit voir son tiers diminué d'un quart. Ou bien l'on supposera que le testateur a voulu diviser son hérédité en seize onces ; ce qui fait pour chacun un quart de l'hérédité.

§ VIII. Et si plures unciæ, quam duodecim, distributæ sunt, is, qui sine parte institutus sit, quod dupondio deest, habebit ; idemque erit, si dupondius expletus sit. Quæ omnes partes ad assem postea revocantur, quamvis sint plurium unciarum.

§ 8. Et si la distribution des parts dépasse douze onces, l'héritier institué sans assignation de part aura toutes les onces au delà, jusqu'à concurrence de deux as : de même si le testateur a donné plus de vingt-quatre onces, l'héritier institué sans assignation aura toutes les onces au-delà, jusqu'à concurrence de trois as. Toutes ces parts, quel qu'en soit le nombre, seront ramenées à un seul as.

S'il a plus de douze onces distribuées à certains héritiers, par exemple, quinze, l'héritier institué sans assignation de part aura le surplus des onces jusqu'à vingt-quatre, c'est-à-dire neuf onces, parce qu'on supposera l'hérédité composée de deux as (*dupondius*), ou bien l'as divisé en vingt-quatre onces ; de même si, pour les premiers, le testateur a dépassé vingt-quatre onces, par exemple, s'il leur a assigné trente onces, l'héritier institué sans assignation en aura six, parce qu'on supposera que l'hérédité comprend trois as, ou plutôt qu'elle est divisée en trente-six onces ou tiers d'once. En définitive, toutes ces divisions

---

qu'à concurrence de vingt onces, il aura quatre onces ( quatre demi-onces ) ; si jusqu'à concurrence de vingt-quatre onces, il aura douze onces (douze tiers d'onces), l'as étant censé divisé en trente-six onces.

dépendront de la volonté du testateur, et il n'y aura jamais qu'un as divisé en douze onces, ou en vingt-quatre demi-onces, ou en trente-six tiers d'once.

§ IX. Heres et pure et sub condicione institui potest. Ex certo tempore, aut ad certum tempus non potest, veluti *post quinquennium, quam moriar*, vel *ex calendis illis*, aut *usque ad calendas illas heres esto*. Denique adjectum pro suprevacuo haberi placet, et perinde esse, ac si pure heres institutus esset.

§ 9. On peut instituer un héritier purement et simplement, ou sous condition; mais non à partir d'une telle époque ou jusqu'à une certaine époque, par exemple, pour cinq ans après la mort du testateur, ou à partir de telles calendes, ou jusqu'à telles calendes. Au reste, le terme fixé à l'institution est regardé comme non écrit; une telle institution vaut comme étant pure et simple.

*Instituer quelqu'un purement et simplement, c'est lui conférer l'hérédité sans aucune modification relative à la dévolution; elle sera ouverte dès le décès du testateur au gré de l'héritier volontaire. L'instituer à terme, par exemple, pour cinq ans après le décès ou à partir de telles calendes, c'est retarder la dévolution de l'hérédité après le décès du testateur; de telle sorte qu'il y aurait un intervalle entre le décès et le terme fixé, pendant lequel il n'y aurait pas dévolution pour l'institué, mais pour l'héritier *ab intestat*, lequel est appelé par la loi lorsque la volonté du testateur ne s'y est point opposée. Instituer un héritier pour un temps après lequel l'hérédité ne lui appartiendrait plus, par exemple, pour cinq ans ou jusqu'à telles calendes, c'est dire qu'après le terme fixé, l'appel de la loi, pour les héritiers *ab intestat*, produira ses effets.

**Dans ces deux derniers cas, l'institution serait nulle d'après la rigueur des principes; car le testateur mourrait partie *testat* et partie *intestat* (à moins qu'il ne s'agît d'un testament militaire, où la violation de cette maxime était tolérée). Mais, dominés par le désir de voir maintenir une institution, de respecter la volonté du testateur plutôt que de l'anéantir, les jurisconsultes romains finirent par décider qu'il valait mieux considérer le terme comme non écrit (1), et l'héritier comme institué purement et simplement.

D'après le même principe, qu'un citoyen ne peut mourir partie *testat* et partie *intestat*, et pour maintenir à un testament son efficacité, on décide que si un héritier est institué pour un seul objet héréditaire, il est censé institué pour toute l'hérédité. Mais si, outre cet héritier, figurent dans le testament d'autres institués dont les droits n'ont point été limités, ceux-ci suffisent pour empêcher le testament d'être nul; ils

(1) L. 34. D. 28. 5.

seront seuls héritiers, et le précédent sera considéré comme légataire particulier (1).

*L'institué sous condition ne doit être héritier que si un événement futur et incertain, prévu par le testateur, se réalise ou ne se réalise pas. Il n'en est pas ici comme de l'institution à terme ou à partir d'un certain terme : dans cette dernière hypothèse, le testateur n'a voulu un héritier que pour un temps déterminé ; hors de ce temps, il ne le veut plus; ce qui n'est pas possible. Dans l'institution conditionnelle, le testateur le voudrait dès sa mort et pour toujours ; mais sa volonté ne peut se décider qu'autant que tel événement se réalisera ou ne se réalisera pas ; dans le cas contraire, sa volonté ne peut se prononcer, il ne veut pas. Ainsi, dans l'institution conditionnelle, il n'y a pas à craindre de violer la maxime : *Nul ne peut mourir partie testat et partie intestat ;* lors de l'événement, il y aura toujours eu un héritier, ou il n'y en aura jamais eu, si la condition ne se réalise pas.

Si l'institution conditionnelle est valable, ce n'est point parce que la condition accomplie a un effet rétroactif, mais parce que le testateur ne mourra pas partie *testat* et partie *intestat*. En effet, si l'institué venait à mourir, même depuis le testateur, mais avant l'événement de la condition, ou depuis cet événement et avant l'adition d'hérédité, il ne transmettrait rien de cette hérédité à ses propres héritiers. Or, si l'accomplissement d'une condition suspensive, dans un contrat entre vifs, a un effet rétroactif, c'est parce que le créancier, en mourant avant cet accomplissement, transmet son droit éventuel à ses héritiers.

Nous n'avons parlé que de la condition suspensive ; quant à la condi-

---

(1) L. 41. § 8. D. 28. 6. L. 13. C. 6. 24. Mühlenbruch, Doct. Pand. § 666, note 5, pense que l'héritier institué pour une *certa res* avec d'autres héritiers institués pour une partie aliquote de l'hérédité, est un légataire sous tous les rapports; d'autres pensent qu'il n'est légataire qu'à l'égard des autres héritiers, mais qu'à l'égard de tout autre il est héritier ; que, par conséquent, il a la pétition d'hérédité contre les tiers, et le droit d'accroissement pour l'hérédité, si les autres héritiers ne viennent pas à la succession. D'autres jurisconsultes, parmi lesquels Vangerow (l. c. t. 2. pag. 156 et suivantes), vont encore plus loin; ils soutiennent qu'un tel institué est au fond un véritable héritier, même à l'égard des autres héritiers, que seulement il n'aura le droit de faire comprendre dans sa part que les objets déterminés par le testament, qu'il n'aura pas d'action contre les débiteurs de la succession, et ne supportera rien dans les dettes; de sorte que ces mots : *quos legatariorum loco haberi certum est* (L. 13. C. 6. 24.) ne se réfèreraient qu'au cas où le testateur aurait ajouté que l'héritier institué pour une *certa res* devrait s'en contenter et n'aurait rien autre à réclamer : *contenti esse jussi sunt*, cas différent du premier cas de la loi, celui où le testateur aurait simplement institué un héritier pour une *certa res*, avec d'autres héritiers. D'après cette opinion, l'institué pour une *certa res* aurait contre les autres héritiers, pour ce qui lui a été assigné, l'action *familiæ erciscundæ ;* ceux-ci n'auraient pas le droit de lui déduire la quarte Falcidie, et il y aurait droit envers les autres légataires ; il ne pourrait transmettre son droit qu'autant qu'il aurait fait adition d'hérédité; tandis que, d'après Mühlenbruch, il n'aurait pas besoin d'adition pour transmettre, il devrait subir la réduction pour la quarte Falcidie et ne pourrait la demander.

tion résolutoire (1), elle est réputée non écrite, à cause de ce principe : *Semel heres, semper heres* (2).

§ X. Impossibilis condicio in institutionibus et legatis, nec non in fideicommissis et libertatibus, pro non scripto habetur.

§ 10. Une condition impossible, insérée dans les institutions d'héritiers et les legs, ainsi que dans les fidéicommis et les affranchissements, est réputée non écrite.

*On appelle condition impossible un événement contraire à l'ordre de la nature. Toute disposition testamentaire que le testateur fait dépendre d'un tel événement, est réputée pure et simple, cette condition étant réputée non écrite. Cette règle s'applique non seulement aux institutions d'héritiers, mais encore aux legs, aux fidéicommis, et à la liberté conférée par acte de dernière volonté (3).

Dans les actes entre vifs, la condition impossible était aussi nulle; mais elle rendait nul l'acte dans lequel elle figurait. Ce principe des actes entre vifs était appliqué aux dispositions testamentaires elles-mêmes par les Proculéiens (4). Les Sabiniens admettaient la distinction précédente, qui est consacrée par Justinien. Gaius, quoique chaud partisan des Sabiniens, ne trouve pas fondée la distinction faite par ses maîtres. Toutefois, on peut en donner le motif suivant.

Lorsqu'une personne est déterminée à disposer de son patrimoine, surtout par des considérations d'affection et de libéralité, et ce, pour le moment de sa mort, on suppose facilement qu'elle a ajouté à sa disposition quelque chose d'inutile; car comment a-t-elle pu vouloir y introduire une condition qui devrait en anéantir les effets? Dans les contrats, au contraire, on suppose que le promettant a voulu s'obliger aussi peu que possible (5).

Les conditions contraires aux lois ou aux bonnes mœurs ont le même sort, dans les dispositions testamentaires, que les conditions physiquement impossibles (6).

Peu importe que le testateur ait su ou ignoré que la condition était

---

(1) Celle qui devrait faire cesser les effets de l'investissement de l'hérédité.

(2) L. 88. D. 28. 5. L. 15. § 4. D. 29. 1. Voyez Vangerow (l. c. t. 2. p. 112.) : il n'en est pas de même pour les legs.

(3) On ne pouvait conférer la liberté entre vifs, par un mode solennel, sous une condition même possible, parce que la vindicte n'admettait ni terme ni condition, de même que la mancipation et l'acceptilation.

(4) Gaius, III. 98.

(5) Conf. L. 31. D. 44. 7. Chez nous, on a renchéri sur les Sabiniens, en appliquant, même aux donations entre vifs, ce qui n'était admis chez les Romains que pour les dispositions de dernière volonté. Voyez art. 900 du code civil.

(6) La condition, imposée au bénéficiaire ou à son fils, de ne pas se marier, depuis la loi Julia et Papia Poppæa, est aussi réputée non écrite; il en est de même de la condition de rester toujours dans le même lieu. LL. 22. 56. 64. § 1. L. 72. § 5. LL. 74. 77. § 2. L. 100. L. 71. § 2. D. 35. 1.

impossible; car, s'il l'a su, il est très facile d'admettre qu'il ne tenait pas à son accomplissement; et quant à la disposition en elle-même, on doit la supposer sérieuse, sauf la preuve du contraire. S'il ne l'a pas su, on suppose que s'il n'avait pas été dans l'erreur, il n'aurait pas inséré une telle condition (1).

Du reste, si une condition n'était devenue impossible que depuis la confection du testament, la disposition qui lui serait subordonnée ne produirait aucun effet; car ce serait tout comme si une condition possible n'avait pas été accomplie. Peu importe que cette impossibilité ultérieure soit survenue du vivant du testateur ou après son décès (2).

Il y a des conditions qui annulent la disposition testamentaire : par exemple, lorsqu'un *suus heres* est institué héritier sous une condition qui n'est pas potestative; si la condition est de telle nature que la disposition doive entièrement dépendre de la volonté d'un tiers; ou s'il est certain que le testateur a inséré une condition impossible à la disposition, précisément pour faire manquer celle-ci (3). Enfin, en vertu d'un acte du sénat, sont nulles les dispositions captatoires, même dans un testament militaire (4).

§ XI. Si plures condiciones institutioni adscriptæ sunt, si quidem conjunctim, ut puta *si illud et illud factum fuerit*, omnibus parendum est; si separatim, veluti *si illud aut illud factum fuerit*, cuilibet obtemperare satis est.

§ 11. Quand l'institution est subordonnée à plusieurs conditions, il faut voir si ces conditions se trouvent réunies par une conjonctive, par exemple, *si telle et telle chose arrivent*, ou si elles sont séparées par une disjonctive, par exemple, *si telle ou telle chose arrive*; dans le premier cas, pour que l'institution produise son effet, il faudra que les deux conditions soient accomplies; dans le second cas, l'accomplissement de l'une des deux suffira.

* Si deux conditions, réunies par la copulative *et*, sont imposées à celui qui est appelé à profiter de la disposition testamentaire, il n'aura droit au bénéfice de cette disposition qu'autant qu'elles seront toutes deux accomplies; mais il suffira que l'une des deux le soit, si elles sont séparées par la disjonctive *aut*.

---

(1) Voyez Vangerow, l. c. t. 2. p. 116.

(2) L. 23. § 2. D. 9. 2. L. 6. § 1. LL. 31. 72. §§ 4 et 7. L. 94. pr. D. 35. 1. L. 39. § 4. D. 40. 7. L. 4. C. 6. 46.

(3) L. 4. § 1. D. 40. 7. L. 61. pr. D. 40. 4.

(4) On appelle captatoire la disposition subordonnée à la condition que l'institué ou bien un tiers disposera lui-même au profit du testateur on d'un tiers, par exemple : *qua ex parte Titius me heredem instituerit, ex ea parte Mœvius heres esto.* L. 71. pr. L. 81. § 1. D. 28. 5. L 71. § 1. ib. L. 70. ib. L. 1. D. 34. 8. L. 64. D. 30. 1. L. 11. C. 6. 21.

Si un legs était fait soit qu'un vaisseau arrivât ou n'arrivât pas d'Asie, tant que l'un des deux évènements ne se serait pas accompli, il y aurait condition suspensive, quoiqu'il soit certain que l'un ou l'autre se réalisera, parce que le légataire, mourant avant l'une ou l'autre réalisation, ne transmettrait rien à ses héritiers.

§ XII. Hi, quos nunquam testator vidit, heredes institui possunt. Veluti, si fratris filios peregri natos, ignorans, qui essent, heredes instituerit : ignorantia enim testantis inutilem institutionem non facit.

§ 12. Le testateur peut instituer valablement des héritiers qu'il n'a jamais vus, par exemple, les fils de son frère, nés à l'étranger, qu'il ne connaîtrait pas; car cette non connaissance du testateur ne rend pas l'institution nulle.

* On ne pouvait instituer des personnes incertaines, d'après le droit civil, avant Justinien; mais une personne inconnue du testateur, pourvu qu'elle fût bien déterminée, n'était pas incertaine. Ainsi un testateur instituait valablement les fils de son frère, nés à l'étranger, et qu'il n'avait jamais vus.

## TITULUS XV.

### DE VULGARI SUBSTITUTIONE.

## TITRE XV.

### DE LA SUBSTITUTION VULGAIRE.

* On appelle substitution, en général, une institution d'héritier subordonnée à une autre institution. Si j'institue héritier Titius, et Seius pour le cas où Titius ne pourrait ou ne voudrait pas l'être, le droit à l'hérédité pour Seius est subordonné à l'inefficacité de l'institution de Titius : l'institution de Seius est donc une substitution, à laquelle on a ajouté la qualification de *vulgaire* (1).

En droit romain, un père de famille pouvait tester non seulement pour lui-même, mais encore pour le fils impubère qui devait lui survivre, pour le cas où ce fils viendrait à mourir dans la suite avant sa puberté. Mais le père de famille ne pouvait tester pour son impubère qu'autant qu'il testait pour lui-même; et l'institution faite pour l'impubère n'était valable qu'autant que l'institution pour le père produisait ses effets : l'institution de l'héritier de l'impubère était donc subordonnée à l'institution de l'héritier du père ; on l'appelait, à cause de cela, aussi substitution, et on la qualifiait de *pupillaire*, pour la distinguer de la précédente. Nous allons, dans ce titre, nous occuper de la vulgaire ; la pupillaire sera traitée dans le titre suivant.

(1) Elle figure dans notre code civil à l'art. 898.

Pr. Potest autem quis in testamento suo plures gradus heredum facere, ut puta, *si ille heres non erit, ille heres esto;* et deinceps, in quantum velit testator, substituere potest, et novissimo loco, in subsidium, vel servum necessarium heredem instituere.

Pr. Un testateur peut, dans son testament, établir plusieurs degrés d'héritiers, dire, par exemple, *si un tel n'est pas mon héritier, tel autre le sera*; il peut faire autant de substitutions qu'il lui plaira, et instituer héritier nécessaire son esclave, en dernier lieu, pour le cas où aucun autre ne serait héritier.

* Le testateur pouvait, pour avoir plus de chances de ne pas mourir sans testament, instituer plusieurs héritiers successivement, dont les uns ne devaient obtenir l'hérédité qu'à défaut des autres : le premier héritier, ou chaque héritier devant venir, à défaut d'un autre, occupait ce que le texte appelle un degré; le premier héritier, le premier degré; le second, le second degré, et ainsi de suite. Le premier degré était occupé par l'héritier ou les héritiers proprement dits, les autres l'étaient par les substitués.

**Il pouvait se faire que les institués et tous les substitués ne voulussent pas faire adition d'hérédité, et alors le testateur, malgré toutes les chances de mourir testat, qu'il avait voulu se créer, mourait intestat. Pour prévenir ce danger (1), il instituait en dernier lieu un de ses esclaves, lequel, devenant héritier nécessaire, se trouvait chargé de toute la position du défunt, et encourait, suivant l'occurrence, la honte d'une vente en masse de la part des créanciers de la succession (2).

Rien n'empêchait un testateur d'instituer un de ses esclaves à un rang autre que le dernier; mais, dans cette hypothèse, si le testateur mourait insolvable, l'esclave, quoique placé au premier degré, ne venait à l'hérédité qu'à défaut de tout autre institué, parce que la loi Ælia Sentia ne permettait l'affranchissement d'un esclave (d'un seul esclave) pour en faire son héritier, à un testateur insolvable, qu'à défaut de tout autre héritier.

§ I. Et plures in unius locum possunt substitui. vel unus in plurium, vel singuli singulis; vel invicem ipsi, qui heredes instituti sunt.

§ 1. On peut substituer plusieurs héritiers à un seul, ou un seul à plusieurs, ou un héritier particulier à chacun de plusieurs institués, ou, enfin, substituer entre eux plusieurs héritiers institués.

---

(1) Il y avait d'abord de l'honneur, chez les Romains, à mourir avec un héritier testamentaire; il y avait, en outre, honte à mourir sans un héritier, quand on était insolvable, parce qu'alors tous les biens du défunt étaient vendus en masse, à la requête des créanciers, au nom du débiteur lui-même, dont la mémoire se trouvait notée d'infamie.

(2) On ne parle pas ici du fils de famille qui, institué par son père, serait aussi devenu héritier nécessaire; parce qu'il aurait toujours pu s'abstenir de l'hérédité, et alors les biens de la succession n'auraient pu être vendus en masse, à la requête des créanciers, qu'au nom du défunt lui-même. Voyez *infra*, tit. 19. § 2.

Le testateur pouvait substituer plusieurs héritiers à un seul, qui ne viendrait pas à l'hérédité, ou un seul héritier à plusieurs, ou un héritier à chacun des institués.

* Il pouvait même, après avoir institué plusieurs héritiers au même degré, les substituer entre eux. Par exemple, j'institue héritiers Titius, Seius et Sempronius, et je les substitue l'un à l'autre réciproquement. Dans ce dernier cas, si Sempronius lui-même ne vient pas à l'hérédité, Titius et Seius prendront le tout par droit de substitution.

Mais on peut objecter qu'il était fort inutile, dans l'exemple ci-dessus, d'appeler Titius et Seius à la place de Sempronius par droit de substitution : car, ne pouvant pas être héritiers pour les deux tiers de la succession, ils avaient nécessairement la portion à laquelle aurait dû venir Sempronius, par le seul effet du droit d'accroissement.

D'après les lois caducaires, dont il sera principalement question au § 8 *de legatis*, lorsque de plusieurs héritiers institués au même degré, un héritier ne venait pas à l'hérédité, sa portion pouvait être revendiquée comme caduque par l'un des autres héritiers de préférence à ses co-institués, parce qu'il était regardé d'un œil plus favorable que les autres, ou, à son défaut, par le fisc. Si, par exemple, Titius était marié et avait des enfants, et que Seius fût *orbus*, dans le cas où Sempronius ne répondait pas à l'appel du testateur, Titius recueillait toute sa part vacante à l'exclusion de Seius, et la recueillait en invoquant le *jus caduca vindicandi*. Si Titius lui-même avait été *orbus*, le *jus caduca vindicandi* appartenait au fisc. Lorsque le testateur prévoyait l'un des cas de caducité, et voulait cependant que chacun des autres héritiers eût une portion dans la part vacante, il les substituait réciproquement. De cette manière, chacun d'eux venait à la part vacante par l'effet de l'institution : comme il n'y prétendait pas en vertu du droit d'accroissement, il ne pouvait être repoussé par les lois caducaires.

Les lois caducaires étaient encore en vigueur lors de la rédaction des Institutes; elles ne furent supprimées qu'en 534. Depuis lors, y eut-il encore intérêt pour le testateur à substituer réciproquement plusieurs héritiers institués au même degré? Oui, parce qu'il y avait des effets particuliers attachés à la substitution réciproque, et qui la distinguaient toujours du droit d'accroissement. Et d'abord voyons en quoi le droit d'accroissement ressemblait à la substitution réciproque.

1° L'institué, qui avait fait adition en cette qualité, recueillait nécessairement et sans nouvelle adition, la part à laquelle il était appelé comme substitué (1).

---

(1) L. 35. pr. L. 76. pr. D. 29. 2. L. 6. C. 6. 26 Il y a lieu de s'étonner qu'ici M. Ortolan soit encore tombé dans l'erreur (t. 1. p. 433. 2me édit.), et cela précisément en citant des lois qui disent le contraire de ce qu'il avance.

2° Si l'un des cohéritiers avait répudié comme institué, il était exclu de la substitution (1).

3° Les substitués venaient à la place vacante en proportion de leur part héréditaire fixée dans l'institution de chacun (2).

4° Si parmi les substitués réciproquement, il y en avait qui fussent conjoints dans l'institution, la part de celui de ces derniers qui faisait défaut à l'hérédité appartenait exclusivement à ses conjoints (3).

Voilà les ressemblances; voyons maintenant en quoi les effets de la substitution réciproque différaient des effets de l'accroissement.

1° Une règle du droit d'accroissement porte : *portio portioni accrescit*. D'où la conséquence qu'il n'est pas nécessaire que l'héritier institué vive encore pour que l'accroissement de la part vacante soit acquis à sa part héréditaire; tandis que, lorsqu'il est appelé à profiter de la part vacante par une substitution, le contraire est exigé (4).

2° Dans le calcul de la quarte Falcidie, l'héritier doit faire une somme de ce qu'il reçoit comme institué et comme substitué; et ce n'est que lorsque cette somme totale n'est pas suffisante, qu'il peut faire une retenue sur les legs (5) : mais il en est autrement, lorsqu'il s'agit du droit d'accroissement. Supposez qu'un testateur, laissant une succession de 800, ait institué A et B par égales portions, en les substituant réciproquement et en mettant à la charge de A l'obligation de donner 400 à X, quel que soit celui des deux héritiers qui vienne à la succession toute entière, par l'effet de la substitution, X n'éprouvera aucun retranchement. Tandis que s'il n'y a pas de substitution, et qu'on ne puisse invoquer que le droit d'accroissement, il faudra admettre une distinction : si B n'est pas héritier, A devra les 400 : si au contraire c'est A qui ne devient pas héritier, B aura le droit de retrancher 100 à X comme A aurait pu le faire si tous deux étaient venus à l'hérédité.

§ II. Et si ex disparibus partibus heredes scriptos invicem substituerit, et nullam mentionem in substitutione habuerit partium, eas videtur partes

§ 2. Si le testateur substitue entre eux des héritiers institués pour des parts inégales, sans désigner les parts qu'ils devront prendre dans la subs-

---

(1) L. 41. § 4. D. 28. 6. Il en serait autrement dans le cas où l'un des cohéritiers serait seul substitué à un autre. En refusant comme institué, il peut venir comme substitué. L. 76. § 1. D. 29. 2.

(2) LL. 5. 8. § 1. LL. 9. 24. 41. D. 28. 6. Si le testateur avait appelé comme substitués, non seulement les cohéritiers, mais encore un étranger, celui-ci aurait une portion virile, avec les autres institués, dans la part vacante, puis le surplus de l'hérédité se partagerait entre les substitués réciproquement, suivant la proportion de leur institution. L. 32. D. ib.

(3) L. 41. D. ibid.

(4) *Coheredi substituto* vivo *defertur ex substitutione hereditas, non etiam, si decesserit; heredem ejus sequitur.* L. 9. D. 38. 16. LL. 23. 45. § 1. D. 28. 6. L. 81. D. 29. 2.

(5) L. 1. §. 13. D. 35. 2.

in substitutione dedisse, quas in institutione expressit : et ita divus Pius rescripsit :

titution, il sera censé avoir voulu les substituer en proportion des parts qu'il leur a fixées dans l'institution.

*Un testateur a institué, par exemple, trois héritiers pour des portions inégales, le premier pour 1/12, le second pour 8/12, et le troisième pour 3/12 : il les a substitués réciproquement sans indiquer la quotité à laquelle le premier et le second seront appelés à recueillir lorsqu'ils viendront prendre la place du troisième qui n'aura pas voulu faire adition. On supposera que les parts exprimées dans l'institution sont tacitement répétées dans la substitution. Ainsi le premier prendra dans les 3/12 vacants une part dans la proportion de 1 à 8, c'est-à-dire 1/36, et le second aura 8/36. En définitive, le premier aura donc en totalité 4/36=1/9 et le second 32/36=8/9. Ainsi l'avait décidé Antonin-le-Pieux.

§ III. Sed si instituto heredi, et coheredi suo substituto dato, alius substitutus fuerit, divi Severus et Antoninus, *sine distinctione*, rescripserunt, *ad utramque partem substitutum admitti.*

§ 3. Si le testateur, à un héritier institué, substitue un cohéritier, et à ce dernier une autre personne, cette dernière sera censée substituée aux deux cohéritiers, conformément à un rescrit de Sévère et d'Antonin.

**On suppose, dans notre texte, un testateur qui institue deux héritiers, *Primus* et *Secundus :* il substitue *Secundus* à *Primus* sans les substituer réciproquement : mais à *Secundus* il substitue *Tertius* qui n'était pas institué. *Primus* et *Secundus* ne viennent pas à l'hérédité. *Tertius*, qui n'est substitué qu'à *Secundus*, viendra-t-il, relativement à *Primus*, par droit de substitution, en prenant la place de *Secundus*, ou bien par droit d'accroissement ? Telle est la question.

Pour éviter l'application des lois caducaires, on a dû être porté à admettre que *Tertius*, en supposant que *Primus* et *Secundus* ne viennent pas à l'hérédité, recueillerait, à titre de substitution, et la part de *Secundus* et la part de *Primus*. De là la maxime : *substitutus substituto censetur substitutus instituto.*

Notre texte porte qu'il recueillera les deux parts sans distinction. Y avait-il donc à distinguer ? Autrefois on examinait dans quel ordre se trouvaient les deux substitutions, et laquelle des deux s'ouvrait la première. *Tertius*, substitué à *Secundus*, n'était censé substitué à *Primus* qu'autant que la substitution de *Secundus* à *Primus* était la première, et qu'elle était ouverte la première. Autrement *Tertius* n'aurait pas recueilli la part de *Primus* par droit de substitution, parce qu'elle aurait dû être préalablement confondue avec celle de *Secundus*. Les empereurs Sévère et Antonin ont supprimé cette distinction.

Cette décision, si importante pour éviter l'application des lois cadu-

caires, présentait cependant encore de l'intérêt sous l'empire des principes purs sur le droit d'accroissement.

Supposons que le testateur ait institué héritier *Primus*, *Secundus* et *Tertius;* qu'à *Primus* il ait substitué *Secundus*, et à *Secundus Quartus* non institué au premier degré. Si *Primus* et *Secundus* ne viennent pas à l'hérédité, *Quartus* seul recueillera leurs parts; tandis que, si l'on ne supposait pas *Quartus* substitué aussi bien à *Primus* qu'à *Secundus*, la part de *Primus* appartiendrait par droit d'accroissement à *Tertius* et à *Quartus*.

§ IV. Si servum alienum quis patremfamilias arbitratus heredem scripserit, et, si heres non esset, Mævium ei substituerit, isque servus jussu domini adierit hereditatem : Mævius in partem admittitur. Illa enim verba, *si heres non erit*, in eo quidem, quem alieno juri subjectum esse testator scit, sic accipiuntur : *si neque ipse heres erit, neque alium heredem effecerit;* in eo vero, quem patremfamilias esse arbitratur, illud significant : *si hereditatem sibi, eive, cujus juri postea subjectus esse cœperit, non acquisierit.* Idque Tiberius Cæsar, in persona Parthenii servi sui constituit.

§ 4. Si un testateur institue l'esclave d'autrui, le croyant père de famille, et lui substitue Mævius pour le cas où il ne serait pas héritier, qu'ensuite l'esclave institué vienne faire adition d'hérédité par l'ordre de son maître, Mævius sera admis à l'hérédité pour moitié. Car ces expressions : *si un tel n'est pas héritier,* dans la pensée du testateur qui sait que l'institué est sous la puissance d'autrui, signifient : *s'il n'est pas héritier, ou ne rend pas un autre héritier;* mais, dans la pensée du testateur qui croit l'héritier père de famille, elles signifient : *s'il ne devient pas héritier pour lui-même, ou s'il ne fait pas acquérir l'hérédité à celui sous la puissance duquel il se trouvera plus tard.* Ainsi l'a décidé Tibère César, relativement à son esclave Parthenius.

* Un testateur institue héritier l'esclave d'autrui le croyant citoyen romain et même père de famille : son intention était donc de l'appeler à son hérédité afin qu'il en profitât lui-même : et, pour le cas où cet institué ne serait pas héritier, il lui substitue Mœvius. Mais, en fait, l'institué est un esclave, lequel ensuite fait adition d'hérédité par l'ordre de son maître; il devient donc héritier, non pour lui-même, mais pour son maître et dans un sens que n'avait pas admis le testateur. Il le devient malgré l'intention contraire de ce dernier : en effet, une institution faite régulièrement et conformément aux principes du droit civil, ne peut être conditionnelle en vertu d'une intention qui n'est pas formellement exprimée dans le testament : quelquefois même une insti-

tution modifiée formellement dans le testament produit des effets contraires à cette modification (1).

Cependant Mœvius était aussi appelé à l'hérédité sous une condition, celle que l'esclave institué n'y viendrait pas pour lui-même : cette condition ne figurait pas expressément dans le testament, mais il est constant qu'elle était dans l'intention du testateur. Or, cette institution conditionnelle, appelée substitution, devait aussi produire ses effets : il était plus dans l'esprit des principes d'interpréter l'intention du testateur pour faire un héritier, que de s'y reporter pour faire tomber une institution. Il y avait donc deux héritiers en concours, et par conséquent l'hérédité devait se partager entre eux par moitié. Telle fut la décision prise par Tibère dans une espèce où l'esclave, considéré comme père de famille, lui appartenait (2).

## TITULUS XVI.

### DE PUPILLARI SUBSTITUTIONE.

**Pr.** Liberis suis impuberibus, quos in potestate quis habet, non solum ita, ut supra diximus, substituere potest, id est, ut, si heredes ei non extiterint, alius ei sit heres, sed eo amplius, ut et, si heredes ei extiterint, et adhuc impuberes mortui fuerint, sit eis aliquis heres. Veluti si quis dicat hoc modo : *Titius filius meus mihi heres esto; si filius meus mihi heres non erit, sive heres erit, et prius moriatur quam in suam tutelam venerit* (id est pubes factus sit), *tunc Seius heres esto.* Quo casu, siquidem non extiterit heres filius, tunc substitutus patri fit heres; si vero extiterit heres filius, et ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit heres substitutus. Nam moribus institutum est, ut, cum ejus ætatis sunt, in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant.

## TITRE XVI.

### DE LA SUBSTITUTION PUPILLAIRE.

Pr. Le père de famille peut, non seulement faire une substitution vulgaire aux enfants impubères qu'il a sous sa puissance, c'est-à-dire, instituer un autre héritier pour le cas où ils ne seraient pas eux-mêmes ses héritiers, mais encore instituer pour eux un héritier, pour le cas où, étant venus à son hérédité, ils mourraient avant la puberté Par exemple, *que Titius, mon fils, soit mon héritier, et, s'il ne l'est pas, ou si, l'étant devenu, il meurt avant sa puberté, qu'alors Seius soit héritier.* Dans ce cas, si le fils n'est pas devenu héritier, le substitué sera l'héritier du père, et si le fils, l'étant devenu, est mort avant sa puberté, le substitué sera l'héritier du fils. En effet un long usage avait fait admettre que les ascendants pussent faire le testament de leurs descendants, lorsque ceux-ci n'étaient pas d'âge à pouvoir tester.

---

(1) Ainsi, un héritier institué seul pour moitié de l'hérédité est héritier pour la totalité : ainsi, l'esclave de plusieurs maîtres qui, dans l'intention du testateur, devrait acquérir l'hérédité pour chacun de ses maîtres, ne rend héritier que le seul maître par l'ordre duquel il a fait adition.

(2) C'est peut-être là le motif non avoué de la bizarrerie de cette décision.

*Un père de famille peut instituer pour héritiers ses enfants impubères, et, pour le cas où ils ne viendraient pas à son hérédité, leur substituer vulgairement d'autres héritiers, d'après les principes émis dans le titre précédent. Mais il peut faire plus, disposer que si les enfants impubères deviennent effectivement ses héritiers, et meurent ensuite avant d'avoir pu tester, c'est-à-dire avant leur puberté, leur hérédité appartiendra à d'autres héritiers qu'on appelle substitués pupillaires (1). Si donc un testateur veut réunir ces deux hypothèses, et établir un substitué pour les deux cas, l'un vulgaire, et l'autre pupillaire, il dira dans son testament : *Que Titius mon fils soit mon héritier; soit qu'il ne le devienne pas, soit qu'il le devienne et qu'ensuite il meure avant sa puberté, que Seius soit héritier.*

On ne doit pas perdre de vue que Seius, dans l'espèce de notre texte, au premier cas, ne sera que l'héritier du père en vertu d'une substitution vulgaire, le fils étant mort avant son père; et, au second cas, ne pourra recueillir que l'hérédité du fils mort depuis le père : car le fils, ayant survécu à son père, a recueilli la succession de celui-ci, laquelle est devenue son patrimoine personnel. Aussi le texte porte-t-il : *Ipsi filio fit heres substitutus.*

Un testateur ne pouvait faire une substitution pupillaire que pour un enfant impubère qui devait devenir *sui juris* au moment de son décès : par exemple, pour un fils; car un petit-fils se trouverait sous la puissance du fils au moment du décès de l'aïeul, et par conséquent n'aurait pas de patrimoine qui pût devenir l'objet d'un testament. Toutefois, il pouvait se faire que le fils mourût avant son père, et qu'alors le petit-fils devînt *sui juris* au moment du décès de l'aïeul testateur : l'aïeul pouvait donc substituer pupillairement à son petit-fils, pour ce cas; mais alors il fallait qu'en même temps l'aïeul l'instituât ou le déshéritât, puisque, en prenant la place de son père du vivant de l'aïeul, il devait rompre le testament de celui-ci, dans lequel il se serait trouvé prétérit (2).

---

(1) L'usage avait fait admettre qu'un père pût d'avance faire un testament pour un enfant impubère, pour le cas où celui-ci viendrait à mourir avant sa puberté, et étant *sui juris*.

(2) Dans les Pandectes, la substitution pupillaire est considérée comme un testament particulier que le père fait avec le sien; mais il est probable qu'anciennement le substitué pupillaire n'était qu'un institué du père à un degré ultérieur, un véritable substitué vulgaire du testateur. En effet, un fils impubère, à la mort de son père, ne pouvait rien avoir en propre; et ce qu'il acquérait ensuite n'était, du moins le plus souvent, qu'un accroissement du patrimoine paternel. V. ces expressions : *heres secundus mihi esto.* Cic. de inv., II. 42. de orat., II. 32. L. 1. § 1. L. 41. § 8. D. 28. 6. L. 8. § 1. D. 37. 11. Ainsi s'expliqueraient les textes qui, d'après la manière de voir la plus récente, présentent beaucoup de difficultés; par là on comprendrait pourquoi l'héritier nécessaire du père, substitué au fils, est également héritier nécessaire de celui-ci (L. 2. § 4. L. 10. D. 28. 6. L. 42. pr. D. 29. 2.); pourquoi le testament paternel et les *secundæ tabulæ* ne sont qu'un seul et même testament (L. 2. § 4. L. 20. D. 28. 6.); pourquoi le substitué pupillaire que le testateur a institué pour lui-même, lorsqu'il a accepté l'hérédité du testateur,

§ I. Qua ratione excitati, etiam constitutionem in nostro posuimus codice, qua prospectum est, ut, si mente captos habeant filios, vel nepotes, vel pronepotes, cujuscumque sexus, vel gradus, liceat eis, et si puberes sint, ad exemplum pupillaris substitutionis, certas personas substituere. Sin autem resipuerint, eandem substitutionem infirmari, et hoc ad exemplum pupillaris substitutionis, quæ, postquam pupillus adoleverit, infirmatur.

§ 1. Déterminé par le même motif, nous avons inséré dans notre code une constitution qui porte qu'un père de famille, qui a des fils, des petits-fils et des arrière-petits-fils, à quelque degré et de quelque sexe qu'ils soient, lesquels ne jouissent pas de leur raison, peut leur substituer certaines personnes, à l'exemple de la substitution pupillaire, lors même que ces enfants seraient pubères. Seulement cette substitution tombera si ces enfants viennent à recouvrer leur raison, à l'instar de la substitution pupillaire, laquelle reste sans effet lorsque le pupille atteint sa puberté.

*Le droit d'un père de famille de faire un testament au nom de son fils impubère, introduit par l'usage, amena le résultat suivant : on permit à un ascendant de faire un testament pour son fils en démence, et on appela cette substitution *quasi-pupillaire*, ou *exemplaire*, parce qu'elle avait été établie à l'instar de la substitution pupillaire, c'est-à-dire afin que l'individu en démence pût mourir avec un heritier testamentaire, pour le cas où il mourrait avant d'avoir recouvré sa raison.

Ce droit ne résultait d'abord que d'une concession spéciale du prince ; Justinien le rendit général (1).

Quoiqu'on ait calqué cette substitution sur la pupillaire, il y avait cependant des différences notables entre ces deux substitutions : 1° tout ascendant pouvait instituer quasi-pupillairement un héritier à son descendant insensé, quand même il n'aurait pas exercé sur lui la puissance paternelle ; une ascendante le pouvait également (2) ; 2° on devait substituer quasi-pupillairement d'abord les enfants de l'insensé, ensuite les frères, et, seulement à défaut d'eux celui que l'on voulait, pourvu que les insensés fussent descendants du testateur (3); 3° on ne pouvait substituer quasi-pupillairement à un descendant entièrement déshérité (4).

---

est par cela-même également héritier du pupille exhérédé ; pourquoi, lorsque le testateur ayant institué son fils impubère et lui ayant substitué pupillairement, pour le cas où il mourrait depuis lui testateur et avant sa puberté, s'il a imposé des legs au fils et au substitué, et si celui-ci vient à la substitution, la quarte Falcidie se calcule comme s'il était substitué vulgaire du père. Voyez Schrader, *hic*.

(1) L. 9. C. 6. 26.

(2) S'il y avait un ascendant exerçant la puissance paternelle et un autre ascendant ne l'exerçant pas, lequel des deux pouvait faire la substitution quasi-pupillaire ? C'est ce qui n'est pas certain, et la décision de cette question dépend peut-être de la manière d'envisager cette substitution. Voir *infrà* la note 4.

(3) Voyez L. 9. C. 6. 26. C'est ce que n'ont remarqué ni M. Ducaurroy ni M. Ortolan.

(4) MM. Ducaurroy et Ortolan (*hic*) repoussent cette troisième différence, attendu qu'elle ne

§ II. Igitur in pupillari substitutione, secundum præfatum modum ordinata, duo quodammodo sunt testamenta, alterum patris, alterum filii, tanquam si ipse filius sibi heredem instituisset; aut certe unum est testamentum duarum causarum, id est duarum hereditatum.

§ 2. Par conséquent, dans la substitution pupillaire, faite ainsi que nous l'avons indiqué, il y a, pour ainsi dire, deux testaments, l'un du père et l'autre du fils; dans le second, c'est comme si le fils lui-même avait institué son héritier : ou bien, si on le veut, il n'y a qu'un testament à deux fins, c'est-à-dire, disposant de deux hérédités.

*Dans la substitution pupillaire, faite ainsi que nous l'avons dit sur le *principium*, il y a pour ainsi dire deux testaments, l'un que le testateur fait pour lui-même, l'autre qu'il fait aussi, mais que le fils est censé faire pour sa propre hérédité; où bien, si on le veut, il n'y a qu'un seul testament, dans lequel sont deux institutions pour deux patrimoines différents : pour la forme, il n'y en a qu'un; pour les effets, il y en a deux, dont le principal est celui du père, et celui de l'impubère, l'accessoire.

A quelle époque faut-il considérer la faction de testament active, en ce qui concerne la substitution pupillaire? Cette substitution étant la conséquence de le puissance paternelle du testateur, il en résulte qu'il faut que celui-ci ait eu l'impubère sous sa puissance au moment de la substitution (1), et, en outre, au moment de sa mort; il faut enfin que cet impubère devienne *sui juris* par le décès du chef de famille (2).

---

reposerait que sur ces expressions de la L. 9. cit. : *Ne querela contra testamentum moveatur.* Or, disent-ils, il fallait toujours bien laisser la légitime aux impubères quand on les exhérédait, sans quoi eux aussi auraient pu faire tomber le testament par la querelle d'inofficiosité. Mais cette objection disparaît d'elle-même si l'on admet que la substitution quasi-pupillaire reposait sur une autre idée fondamentale que celle généralement admise. En effet, beaucoup d'auteurs modernes pensent qu'un ascendant ne pouvait substituer quasi-pupillairement que relativement aux biens laissés par lui à son descendant insensé. Voyez Unterholzner, civ. Arch., II. 5. von Lœhr, ib. V. 3. et IX. 7. 1. Puchta, Erl. Jahr. V. p. 281. Gewohnheitsr, II. p. 68. Lehrb. § 47. 2. Fritz, édit. du Lehrb. de Wening. § 465. note *k*. Vangerow, l. c. t. II. pag. 186. Ils se fondent spécialement sur la constitution de Justinien, en interprétant par elle les expressions de notre texte qui semblent favoriser l'opinion contraire. Le meilleur argument pour l'opinion nouvelle est celui-ci. Supposons un insensé, ayant un frère consanguin, et son patrimoine composé principalement de biens paternels; supposons-lui sa mère seule ascendante : celle-ci, d'après l'opinion contraire, pourra disposer de tous les biens de l'insensé en faveur de qui elle voudra, tandis que, si c'eût été le père, il n'aurait pu instituer que le frère consanguin. Or, cette conséquence est inadmissible.

(1) Il n'est pas nécessaire qu'il l'ait eu au moment de l'institution de son héritier personnel; car l'institution pupillaire, quoique se rattachant essentiellement à la précédente et se confondant avec elle dans un seul testament, peut être faite après l'institution paternelle.

(2) Il est évident que, dans la substitution pupillaire, le père n'a à s'occuper ni de ses héritiers nécessaires pour les exhéréder, puisque c'est son fils qui est censé tester pour lui-même, ni des héritiers nécessaires de son fils, puisque, devant mourir impubère pour que cette substitution produise ses effets, il ne peut laisser de descendant. Voyez L. 8. § 5. D. 5. 2. Nous verrons sur le § 5 quelle est l'influence de l'institution pupillaire sur l'acquisition de l'hérédité paternelle, et réciproquement.

§ III. Sin autem quis ita formidolosus sit, ut timeret, ne filius ejus, pupillus adhuc, ex eo, quod palam substitutum accepit, post obitum ejus periculo insidiarum subjiceretur: vulgarem quidem substitutionem palam facere, et in primis testamenti partibus, debet; illam autem substitutionem, per quam, etsi heres extiterit pupillus, et intra pubertatem decesserit, subtitutus vocatur, separatim in inferioribus partibus scribere, eamque partem proprio lino propriaque cera consignare, et in priore parte testamenti cavere, ne inferiores tabulæ vivo filio et adhuc impubere aperiantur. Illud palam est, non ideo minus valere substitutionem impuberis filii, quod in hisdem tabulis scripta sit, quibus sibi quisque heredem instituisset, quamvis hoc pupillo periculosum sit.

§ 3. Si le testateur craint qu'après sa mort son fils, encore pupille, ne soit exposé à des embuches, à cause de la publicité de l'institution, il pourra, dans la première partie de son testament, faire, d'une manière patente, la substitution vulgaire, et rejeter, dans la dernière partie du même testament, la substitution par laquelle il institue un héritier pour son fils, pour le cas où celui-ci viendrait à mourir impubère; sceller cette dernière partie avec un fil et une cire particuliers, en défendant, dans la première partie, que l'endroit de son testament, scellé séparément, soit ouvert avant la mort ou la puberté de son fils. Il est bien entendu du reste que la substitution pupillaire ne serait pas moins valable, quoiqu'elle eût été écrite dans la partie du testament où le père aurait institué un héritier pour lui-même : seulement elle offrirait des dangers pour le pupille.

§ IV. Non solum autem heredibus institutis impuberibus liberis ita substituere parentes possunt, ut, et si heredes eis extiterint, et ante pubertatem mortui fuerint, sit eis heres is, quem ipsi voluerint, sed etiam exheredatis. Itaque eo casu, si quid pupillo ex hereditatibus legatisve aut donationibus propinquorum atque amicorum acquisitum fuerit, id omne ad substitutum pertineat. Quæcumque diximus de substitutione impuberum liberorum, vel heredum institutorum, vel exheredatorum, eadem etiam de postumis intellegimus.

§ 4. Un père de famille peut instituer un héritier pour ses enfants impubères, non-seulement lorsqu'il les appelle à son hérédité, et pour le cas où, l'ayant recueillie, ils mourront avant leur puberté, mais aussi lorsqu'il les exhérède. Dans cette dernière hypothèse, le substitué pupillaire obtiendra tout ce que le pupille aura acquis par suite d'hérédités, de legs ou de donations provenant de ses proches ou amis. Tout ce que nous avons dit relativement à la substitution des impubères, institués ou exhérédés, s'applique aux posthumes.

* On pourrait être tenté de croire que le testateur instituait pour son héritier son impubère, lorsqu'il faisait une substitution pupillaire (1);

(1) Dans l'origine, ainsi qu'il a été dit plus haut, p. 383, note 2, il est probable que le père de famille instituait toujours son impubère lorsqu'il lui substituait quelqu'un pupillairement; de telle sorte que c'était au fond une substitution vulgaire, parce que le fils, venant à mourir avant sa pu-

mais, d'après le droit des Pandectes, cette opinion serait inexacte, puisque la substitution pupillaire disposait d'une hérédité différente de celle du père. Ou l'impubère était l'héritier du père, et alors le patrimoine de celui-ci était devenu celui du fils, par conséquent le substitué pupillaire ne pouvait être que l'héritier du fils; ou l'impubère était déshérité de la succession paternelle, et alors l'héritier du père n'avait que la succession de ce dernier, et le substitué pupillaire obtenait celle du fils, ou enfin l'héritier du père était substitué pupillairement à l'impubère, et alors il avait droit à deux hérédités distinctes.

Il est un cas où la substitution pupillaire ne défère qu'une partie de la succession de l'impubère; c'est lorsqu'elle est faite par l'adrogeant : car celui-ci ne peut disposer ainsi que des biens qu'il a fait acquérir à l'adrogé, ou que celui-ci a acquis gratuitement en considération de l'adrogeant (1). Les autres biens doivent être restitués à ceux qui les auraient recueillis *ab intestat* (2), si l'adrogation n'avait pas eu lieu.

§ V. Liberis autem suis testamentum facere nemo potest, nisi et sibi faciat : nam pupillare testamentum pars et sequela est paterni testamenti, adeo ut, si patris testamentum non valeat, nec filii quidem valebit.

§ V. On ne peut faire de testament pour ses enfants sans en faire un pour soi-même; car le testament pupillaire n'est qu'une partie et une conséquence du testament paternel; de telle sorte que la nullité du testament du père entraîne la nullité de celui fait pour le fils.

* Le père, à moins qu'il ne fût militaire, ne pouvait tester pour son fils sans tester pour lui-même. En effet, le testament pupillaire n'étant qu'une partie même accessoire du testament paternel, si celui-ci n'existait pas, ou était nul, ou devenait inutile, le premier ne pouvait avoir aucune valeur.

On allait si loin, que le testament paternel devait nécessairement précéder le testament pupillaire, lorsqu'ils étaient faits dans deux actes différents. S'ils étaient faits dans le même acte, peu importait le rang de l'un ou de l'autre, parce que l'acte était considéré comme indivisible (3).

Quelle était l'influence de l'institution du père sur la substitution pupillaire, et réciproquement? C'est ce qu'il faut exposer en peu de mots.

---

berté, était censé ne pas avoir été l'héritier de son père. Il est probable aussi qu'à cette époque ancienne le père ne substituait pupillairement que pour les biens provenant de lui. Tout cela s'expliquerait encore par cette idée de Montesquieu, que les testaments se faisaient par une loi, parce qu'il s'agissait de faire passer à un successeur les terres attribuées aux citoyens par une loi. Esprit des lois, ch. 27.

(1) L. 10. § 6. D. 28. 6.

(2) Ou en vertu d'un testament pupillaire antérieur à l'adrogation.

(3) L. 2. §§ 4. 5. D. 28. 6.

1° Supposons que le substitué pupillaire soit en même temps l'institué du père. — S'il a accepté l'hérédité paternelle, il ne pourra plus répudier l'hérédité pupillaire : celle-ci lui est acquise de plein droit ; de sorte que, s'il meurt avant l'impubère, après avoir fait adition d'hérédité quant au père, ses héritiers, à la mort de l'impubère, seront investis *ipso jure* de l'hérédité pupillaire (1). Et réciproquement, si le substitué répudie l'hérédité paternelle, et qu'il ait été institué *ex asse*, cette hérédité étant dévolue aux héritiers *ab intestat*, ceux-ci recueilleront l'hérédité pupillaire au même titre ; car le testament du pupille se trouve *destitutum* comme celui du père (2). Mais si ce substitué a des cohéritiers pour l'hérédité paternelle, ou si d'autres héritiers lui ont été substitués vulgairement pour cette même hérédité, *quid juris ?* Il faut distinguer si le pupille est lui-même l'un des cohéritiers, ou s'il a été exhérédé, ou bien, ce qui aboutirait au même résultat, s'il s'est abstenu. S'il est lui-même l'un des cohéritiers de l'institué paternel, en répudiant l'hérédité du père, le substitué a répudié celle de l'impubère (3). Si le pupille a été exhérédé, ou s'il s'est abstenu de l'hérédité paternelle, le substitué pupillaire qui a répudié l'hérédité paternelle, laquelle a été acceptée par ses cohéritiers, n'est pas privé du droit d'accepter l'hérédité de l'impubère. (4). D'après cela, il est facile de comprendre que le substitué pupillaire, cohéritier quant au père, peut acquérir l'hérédité de l'impubère sans acquérir celle du père. (La réciproque ne serait pas possible dans la même hypothèse.) Mais si le pupille est institué par son père, le substitué pupillaire, institué pour le père avec le pupille qui ne s'est point abstenu, ne pourra pas répudier la succession paternelle pour s'en tenir à l'hérédité pupillaire. Et, dans tous les cas, s'il a commencé par répudier la succession du pupille, il aura par cela même répudié celle du père, sans distinguer si le pupille est devenu héritier de son père, ou bien s'il a été exhérédé, ou s'il s'est abstenu.

2° Supposons que le substitué pupillaire ne soit pas appelé, dans le testament, à l'hérédité paternelle. — Si l'impubère est exhérédé, il est clair que le substitué pupillaire n'a pas à s'occuper de l'hérédité paternelle ; et réciproquement, si l'impubère est devenu l'héritier de son père, le substitué pupillaire ne peut séparer les deux hérédités, puisqu'elles sont toutes deux confondues en une seule, celle du pupille ; par conséquent il sera tenu de payer toutes les dettes du père (5).

---

(1) L. 59. D. 29. 2. L. 20. C. 6. 30.
(2) L. 10. § 4. D. 28. 6. L. 40. D. 29. 2.
(3) L. 10. § 3. D. 28. 6.
(4) L. 41. D. 29. 2.
(5) L. 10. § 2. D. 28. 6. L. 28. D. 42. 4. Voyez Vangerow, l. c. T. 2. p. 182–185.

§ VI. Vel singulis autem liberis, vel qui eorum novissimus impubes morietur, substitui potest. Singulis quidem, si neminem eorum intestato decedere voluerit; novissimo, si jus legitimarum hereditatum integrum inter eos custodiri velit.

§ 6. Le testateur peut substituer pupillairement, soit à chacun de ses enfants, soit à celui d'entre eux qui mourra le dernier avant sa puberté. Il fera une substitution pupillaire à chacun de ses enfants, s'il veut empêcher chacun de mourir sans testament; il n'en fera qu'au dernier d'entre eux, s'il veut leur réserver le droit de se succéder d'après la loi.

Si les enfants mouraient tous en même temps, le substitué serait héritier de chacun (1).

§ VII. Substituitur autem impuberi aut nominatim, veluti *Titius;* aut generaliter, ut, *quisquis mihi heres erit*: quibus verbis vocantur ex substitutione, impubere filio mortuo, qui et ei scripti sunt heredes et extiterunt, et pro qua parte heredes facti sunt.

§ 7. Le testateur peut substituer à un impubère nominativement, par exemple : que *Titius soit l'héritier de mon fils impubère;* ou d'une manière générale, en disant : *quiconque sera mon héritier sera aussi l'héritier de mon impubère*; dans ce dernier cas, l'impubère aura pour héritier, à sa mort, les héritiers testamentaires de son père, pour la partie que chacun d'eux aura recueillie dans la succession paternelle.

§ VIII. Masculo igitur usque ad quatuordecim annos substitui potest, feminæ usque ad duodecim annos. Et si hoc tempus excesserit, substitutio evanescit.

§ 8. La substitution pupillaire est donc efficace, jusqu'à quatorze ans, pour les enfants mâles, et jusqu'à douze pour les filles. Quand cet âge est atteint, la substitution s'évanouit.

Cette substitution peut encore cesser pour d'autres causes : si l'enfant meurt avant le testateur; si, depuis la mort de ce dernier, il est adrogé; si le substitué ne demande pas un tuteur pour l'impubère, dans l'année (2).

§ IX. Extraneo vero vel filio puberi instituto ita substituere nemo potest, ut, si heres extiterit, et intra aliquod tempus decesserit, alius ei sit heres. Sed hoc solum permissum est, ut eum per fideicommissum testator obliget, alii hereditatem ejus, vel totam, vel pro parte resti-

§ 9. Nul ne peut substituer pupillairement à un étranger, ou à un fils pubère, qu'il aurait institué, en leur nommant un héritier pour le cas où, ayant recueilli la succession du testateur, ils viendraient à mourir dans un certain délai. On permet seulement au testateur d'obliger son

(1) L. 34. pr. D. 28. 6.
(2) L. 10. C. 6. 58.

tuere; quod jus quale sit, suo loco trademus.

héritier, par fidéicommis, de restituer l'hérédité à une autre personne, en tout ou en partie : or, nous traiterons plus loin de cette matière.

## TITULUS XVII.

### QUIBUS MODIS TESTAMENTA INFIRMANTUR.

## TITRE XVII.

### COMMENT SONT INFIRMÉS LES TESTAMENTS.

Le testament est sans effet, soit à cause des vices dont il est infecté au moment même de sa confection, soit à cause d'un empêchement à sa validité survenu depuis sa confection.

1° Dans le premier cas, on l'appelle *nul* en général. Mais, ou le vice dont il est infecté tient à la personne du testateur ou de l'héritier, ou bien il tient à l'imperfection de la volonté du testateur ou à l'inobservation des formalités requises : alors on le qualifie de *non jure factum* ou *injustum ;* ou bien enfin il est défectueux pour omission relative à certains héritiers *ab intestat* que le droit protège, et alors il est, soit nul d'après le droit civil, soit nul d'après le droit prétorien, soit inofficieux. Nous nous occuperons de l'inofficiosité au titre suivant.

2° Il peut arriver trois choses, après la confection du testament, qui fassent perdre au testament toute sa valeur : — A — si le testateur change d'état, son testament est *irritum* (1); — B — si l'héritier institué ne veut ou ne peut point faire adition d'hérédité, il est *destitutum ;* — C — il est *ruptum* par l'agnation d'un posthume ou par le changement de volonté du testateur.

Ce titre traite d'abord du testament *ruptum*, et ensuite du testament *irritum*.

Pr. Testamentum jure factum usque eo valet, donec rumpatur, irritumve fiat.

Pr. Un testament fait conformément au droit est valable jusqu'à ce qu'il soit rompu ou annulé.

§ I. Rumpitur autem testamentum, cum, in eodem statu manente testatore, ipsius testamenti jus vitiatur. Si quis enim post factum testamentum adoptaverit sibi filium per imperatorem, eum, qui sui juris est, aut per prætorem, secundum nostram constitutionem, eum, qui in potestate parentis fuerit : testamen-

§ 1. Or un testament est rompu lorsque, l'état du testateur, n'ayant éprouvé aucune atteinte, son testament est cependant vicié par un événement postérieur. Par exemple, si, après avoir fait son testament, quelqu'un adopte ensuite, soit un père de famille, par un rescrit impérial, soit un fils de famille devant le ma-

(1) Cette expression s'emploie dans un sens plus général. LL. 1. et 12. pr. D. 28. 3. L. 81. D. de leg. II.

tum ejus rumpitur quasi agnatione sui heredis.

gistrat et conformément à notre constitution : alors, en effet, son testament est rompu par cette quasi-agnation d'un héritier sien.

* La première cause de rupture d'un testament est l'avènement dans la famille du testateur d'un héritier sien nouveau : or, cela a lieu si, par adrogation ou par adoption, une personne tombe sous la puissance du testateur. Celui-là n'avait pu être exhérédé dans le testament, puisqu'au moment de sa confection il n'était pas sous la puissance immédiate du testateur. Il est bien vrai qu'un testateur pouvait exhéréder un enfant qui devait lui survenir naturellement après le testament, et tomber sous sa puissance immédiate ; mais comment supposer qu'il pût exhéréder un externe dans la prévision qu'il l'adopterait ou l'adrogerait? N'aurait-ce pas été vouloir d'avance le dépouiller d'un droit qui était le but de l'adoption, vouloir deux choses qui se heurtaient? Il est, au contraire, facile d'admettre qu'il ait pu l'instituer avant de l'adopter et de l'adroger; car on pouvait instituer des externes, et l'adoption qui survenait n'était qu'une continuation ou une augmentation d'affection pour lui. Mais la rigueur des principes voulait que lorsqu'il survenait un héritier sien au testateur, par adoption, depuis la confection du testament, quoiqu'il eût été institué, il rompît le testament dans tous les cas, par ce motif que cette survenance produisait un co-propriétaire du patrimoine paternel, lequel dès-lors, ayant droit, à ce titre, à la succession *ab intestat*, et ne pouvant être dépouillé de ce droit que par une institution ou une exhérédation, ne devait être institué que depuis le droit acquis à la succession *ab intestat*. Aussi Gaius admettait-il (1) la rupture du testament *omnimodo*, soit que l'adopté eût été exhérédé, soit qu'il eut été institué dans le testament antérieur. Mais Justinien, consacrant l'opinion contraire de Scévola et de Papinien, n'admit pas la rupture du testament par la survenance d'un adrogé ou d'un adopté qui figurait comme institué dans le testament antérieur ; par conséquent, le mot *omnimodo* ne figure plus dans les Institutes.

Notre texte ne parle que des individus adrogés ou adoptés depuis la confection du testament ; et quant aux adoptés, il ne doit s'entendre que de l'ancien droit, d'après lequel l'adoption faisait réellement entrer l'adopté dans la famille de l'adoptant, ou bien du droit de Justinien, lorsqu'un ascendant adoptait un descendant. Quant aux posthumes proprement dits, ou aux quasi-posthumes du testateur, il garde le silence, parce qu'il y avait moyen d'empêcher la rupture du testament qu'aurait pu produire leur agnation postérieure au testament, savoir

(1) Gaius, II. 138. 140. On ne peut, en effet, être dépouillé d'un droit non encore acquis.

leur institution ou leur exhérédation, ainsi que nous l'avons dit au titre 13 de ce livre.

§ II. Posteriore quoque testamento, quod jure perfectum est, superius rumpitur.. Nec interest, an extiterit aliquis heres ex eo, an non extiterit : hoc enim solum spectatur, an aliquo casu existere potuerit. Ideoque, si quis aut noluerit heres esse, aut vivo testatore, aut post mortem ejus ante quam hereditatem adiret, decesserit, aut condicione, sub qua heres institutus est, defectus sit, in his casibus paterfamilias intestatus moritur : nam et prius testamentum non valet, ruptum a posteriore; et posterius æque nullas vires habet, cum ex eo nemo heres extiterit.

§ 2. Un testament peut être également rompu par un testament postérieur régulièrement fait, peu importe que l'héritier institué dans le dernier testament soit effectivement héritier ou ne le soit pas : la seule question est de savoir s'il a été possible qu'un héritier sortît de ce testament. Si donc celui-ci meurt du vivant du testateur, ou même après lui et sans avoir fait adition, ou si la condition sous laquelle il est institué ne s'accomplit pas, le testateur mourra intestat. En effet, le premier testament aura été rompu par le second; et celui-ci ne produira aucun effet, puisqu'il n'en est pas résulté d'héritier.

*Un testament postérieur est une seconde cause de rupture. En effet, lorsqu'une personne institue deux héritiers dans un même testament, elle les appelle tous deux à l'hérédité, et même chacun à la totalité pour le cas où l'autre ne pourrait ou ne voudrait pas répondre à son appel. Mais lorsque, après avoir fait un testament, elle en fait un autre, elle dispose de nouveau de son hérédité, elle ne se contente pas d'associer un cohéritier à son premier héritier. Son premier testament ne contenait qu'une disposition révocable de son patrimoine; en faisant son second testament, elle use de son droit de révoquer, de la faculté de changer de volonté.

Le second testament n'a toutefois la force révocatoire qu'autant qu'il a été fait régulièrement (*jure perfectum*) dans son genre (1); car, si l'institution d'un premier héritier n'était valable qu'avec l'observation de certaines formalités, en vertu d'une loi, dans l'origine, il fallait une nouvelle loi qui abrogeât la loi précédente.

Le second testament étant une loi abrogative d'une loi précédente, il résulte de là que, par cela seul qu'un second testament est régulièrement fait, il fait tomber le premier, peu importe que le second ne produise pas d'effet parce que l'héritier, dont il contient l'institution, serait mort avant le testateur, ou, lui ayant survécu, ne voudrait pas faire

(1) Les testaments dispensés de solennités, tels que les testaments militaires, sont des testaments réguliers dans leur genre, quoiqu'on les appelle *non jure perfecta* quelquefois, par opposition aux testaments ordinaires.

adition, ou ne pourrait pas faire adition, attendu que la condition de son institution ne se serait pas réalisée ; de telle sorte que la rupture du premier testament résulte de l'existence d'un second testament susceptible de produire des effets, quoique en définitive il n'en produise aucun (1).

§ III. Sed si quis priore testamento jure perfecto, posterius æque jure fecerit, etiamsi ex certis rebus in eo heredem instituerit, superius testamentum sublatum esse, divi Severus et Antoninus rescripserunt. Cujus constitutionis verba inseri jussimus, cum aliud quoque præterea in ea constitutione expressum est. *Imperatores Severus et Antoninus Cocceio Campano. Testamentum secundo loco factum, licet in eo certarum rerum heres scriptus sit, jure valere perinde, ac si rerum mentio facta non esset, sed teneri heredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta ex lege Falcidia, hereditatem restituat his, qui in priore testamento scripti fuerant, propter inserta verba secundo testamento, quibus, ut valeret prius testamentum, expressum est, dubitari non oportet.* Et ruptum quidem testamentum hoc modo efficitur.

§ 3. Si quelqu'un, après avoir fait un testament régulier, en fait un second également régulier, dans lequel il n'institue un héritier que pour certains objets, il n'a pas moins rompu le premier testament, ainsi que l'ont décidé, dans un rescrit, les empereurs Sévère et Antonin. Nous insérons ici les termes de ce rescrit, qui contient encore d'autres dispositions : « Les empereurs Sévère et » Antonin à Coccéius Campanus. Un » second testament, dans lequel un » héritier n'est institué que pour certains biens, est aussi efficace que » si, en l'instituant, on n'eût pas » indiqué certains biens comme devant lui appartenir : seulement cet » héritier ne retiendra de l'hérédité » que les biens indiqués, ou la quarte » qui lui sera complétée en vertu de » la loi Falcidie, et il restituera le » surplus aux héritiers du premier » testament, à cause de la clause contenue dans le second testament, » portant que le premier testament » doit conserver ses effets. » Le premier testament se trouve donc rompu.

* Si le testament postérieur institue un héritier seulement pour un objet déterminé, 1° cet héritier est institué pour le tout, parce que nul ne peut mourir partie *testat* et partie *intestat*, et parce que l'ont tient à maintenir une institution, quoique contenant une disposition de biens

(1) Il résulte de là qu'un second testament ne révoquerait pas le précédent, s'il n'exhérédait pas un *suus heres*, parce qu'alors il ne serait pas susceptible de produire des effets (L. 7. D. 28. 2.); si l'héritier du testament postérieur n'avait pas la faction de testament passive ; si l'institution du second testament était subordonnée à un événement présent ou passé qui ne s'était pas réalisé (L. 16. D. 28. 5.) ; si le second testament était inachevé sous le rapport du contenu ou des solennités. Au reste, d'après la L. 2. ib. et la L. 21. § 3. C. 6. 23., si un testament, dans lequel auraient été omis les héritiers *ab intestat*, a été suivi d'un testament prétorien ou ces héritiers ont été institués, celui-ci pourra donner lieu à la *bonorum possessio* CUM RE, quoique ce testament prétorien n'ait pas été complété : par exemple, s'il n'y avait que cinq cachets de témoins.

imparfaite, plutôt que de le laisser sans efficacité; 2° le testament antérieur se trouve *ruptum*. Mais si le testament postérieur institue un héritier seulement pour un objet déterminé, avec clause expresse que le premier testament conservera ses effets, cela signifiera que l'institué du second testament sera seul héritier, le premier testament étant rompu, et qu'il sera obligé de remettre, à titre de fidéicommis, aux personnes instituées comme héritières dans le précédent testament, tous les biens composant l'herédité, à l'exception de l'objet déterminé qui lui a été assigné. De cette manière, le premier testament deviendra donc un codicille du second.

Toutefois, conformément aux prescriptions de la loi Falcidie, ou plutôt du sénatus-consulte Pégasien, qui seront expliquées au titre XXIII de ce livre, si l'objet qui a été assigné à l'héritier du second testament ne vaut pas le quart de l'hérédité, cet héritier complètera le quart en retenant d'autres objets héréditaires jusqu'à due concurrence.

§ IV. Alioquoque modo testamenta jure facta infirmantur, veluti, cum is, qui fecerit testamentum, capite deminutus sit. Quod quibus modis accidit, primo libro retulimus.

§ 4. Les testaments régulièrement faits sont encore infirmés d'une autre manière, par exemple, si une personne, après avoir testé, éprouve une déchéance d'état. Nous avons vu, dans le premier livre, dans quels cas il y a déchéance d'état.

* Le testament devient *irritum* lorsque le testateur cesse d'être *sui juris* pour devenir membre d'une famille nouvelle, parce qu'il n'a plus de *familia* dont il puisse disposer, et, par conséquent, parce qu'il perd la faction de testament active; ou bien encore lorsque le testateur, fils de famille, ayant déjà disposé de son pécule castrens passe dans une autre famille (1), n'étant plus militaire.

§ V. Hoc autem casu irrita fieri testamenta dicuntur, cum alioquin, et quæ rumpantur, irrita fiunt; et quæ statim ab initio non jure fiunt, irrita sunt, et ea, quæ jure facta sunt, postea propter capitis deminutionem irrita fiunt, possumus nihilominus rupta dicere. Sed quia sane commodius erat, singulas causas singulis appellationibus distingui, ideo

§ 5. Nous disons, dans ce cas, que les testaments sont annulés (*irrita*), quoique l'on appelle aussi quelquefois *irrita* les testaments qui sont annulés par un événement indépendant de la déchéance d'état du testateur, et même ceux qui sont nuls dès l'origine; et quoique, d'un autre côté, on donne quelquefois la qualification de *rupta* aux testaments qui

(1) Voyez ce que nous avons dit plus haut sur le § 5 du titre XI de ce livre. Cela vient sans doute de ce que, lorsqu'un fils de famille passe dans une famille nouvelle, il n'est plus la même personne. C'est ce que suppose, en effet, le § 5 du titre XI, puisqu'il y est dit que le testament fait, sur son pécule castrens, par un fils de famille qui ensuite éprouve une petite déchéance d'état pendant qu'il est militaire, continue à valoir *quasi ex nova militis voluntate*. Il est donc censé faire un nouveau testament lorsqu'il éprouve une petite déchéance d'état.

quædam non jure facta dicuntur, quædam jure facta rumpi, vel irrita fieri.

sont annulés par une déchéance d'état du testateur. Mais, comme il est plus rationnel de distinguer chaque chose par un nom particulier, nous disons des testaments nuls dès l'origine qu'ils ne sont pas faits régulièrement, de ceux qui deviennent nuls ensuite, qu'ils sont rompus (*rupta*) ou annulés (*irrita*).

Le testament devenu nul par une déchéance d'état du testateur s'appelle *irritum*. Toutefois, le testament qui est nul dès le principe prend aussi quelquefois la qualification de *irritum*. D'un autre côté, le testament devenu nul par une déchéance d'état du testateur s'appelle aussi *ruptum*. Mais il fallait donner à chaque chose une dénomination particulière, afin d'éviter toute confusion dans les idées: le nom de *ruptum* restera donc spécial à l'hypothèse des §§ 1er, 2, et celui de *irritum* à un testament devenu *irritum* par la déchéance d'état du testateur : c'est l'hypothèse du § 4.

§ VI. Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quæ, ab initio jure facta, propter capitis deminutionem irrita facta sunt. Nam si septem testium signis signata sunt, potest scriptus heres secundum tabulas testamenti bonorum possessionem agnoscere, si modo defunctus et civis Romanus et suæ potestatis mortis tempore fuerit : nam si ideo irritum factum sit testamentum, quod civitatem, vel etiam libertatem testator amisit, aut quia in adoptionem se dedit, et mortis tempore in adoptivi patris potestate sit, non potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere.

§ 6. Toutefois les testaments, réguliers dans l'origine, ne deviennent pas absolument inutiles par suite d'une déchéance d'état du testateur. Car, s'ils sont revêtus des cachets de sept témoins, l'héritier institué pourra obtenir la possession de biens conformément aux tablettes testamentaires (*secundum tabulas*), pourvu que le testateur soit mort citoyen romain et *sui juris*. Mais si un testament a été annulé par suite de la grande ou de la moyenne déchéance d'état du testateur, ou même seulement parce qu'il se serait placé dans une autre famille par une adrogation, dont les effets subsisteraient encore au moment de sa mort, l'héritier institué ne pourra pas demander la possession de biens *secundum tabulas*.

* Un testament devenu *irritum* par la déchéance d'état du testateur, est nul d'après le droit civil ; peu importe, d'après ce droit, que le testateur recouvre ensuite l'état qu'il avait au moment de la confection ; car, ayant perdu sa *persona*, il a perdu son patrimoine ; celui qu'il pourrait acquérir ensuite, après être redevenu *sui juris*, ne serait plus le même, et ce ne serait plus la même *persona* qui viendrait à mourir. Il

faut donc, d'après le droit civil, pour qu'un testament soit valable, que le testateur : 1° ait été capable de fait et de droit au moment de la confection du testament ; 2° soit resté capable de droit d'avoir un testament jusqu'à sa mort.

Donc, d'après le droit civil, lorsque le testateur a éprouvé même une petite déchéance d'état depuis la confection, son testament est *irritum;* si ensuite il redevient *sui juris*, et par conséquent acquiert un nouveau patrimoine sans en disposer de rechef par un testament, ce patrimoine appartient à ses héritiers *ab intestat* ; ceux-ci ont la pétition d'hérédité civile.

Mais dans notre hypothèse, le droit prétorien ne considérait pas le testament comme *irritum ;* ce droit maintenait le testament, pourvu qu'il fût conforme à ses prescriptions, c'est-à-dire pourvu qu'il fût revêtu des cachets de sept témoins présents lors de la confection, et pourvu encore qu'avant de mourir le testateur eût manifesté l'intention de conserver à son testament son efficacité (1).

Mais cette hérédité testamentaire, accordée au moyen de la *bonorum possessio secundum tabulas*, ne pouvait anéantir le droit des héritiers *ab intestat*, appelés par le droit civil, qui supposait nulle l'institution d'héritier. De sorte qu'il faut conclure que l'institué, dans ce cas, envoyé en possession, n'avait qu'une possession *sine re*, c'est-à-dire qui devait fléchir devant la pétition d'hérédité des héritiers *ab intestat* (2), lorsque l'héritier institué n'était pas lui-même l'héritier le plus proche *ab intestat.*

§ VII. Ex eo autem solo non potest infirmari testamentum, quod postea testator id noluit valere : usque adeo ut, et si quis post factum

§ 7. Un testament ne serait pas infirmé par cela seul que le testateur ensuite n'aurait plus voulu le maintenir : cela est tellement vrai que,

(1) L. 1. § 8. L. 11. § 2. D. 37. 11. L. 12. D. 28 3. Cette manifestation de volonté était nécessaire lorsque le testateur s'était donné en adrogation et ensuite était redevenu *sui juris.* Justinien ne conserve pas la différence entre l'adrogation et une autre déchéance d'état.

(2) Voilà ce que n'a pas aperçu M. Ortolan (*hic*). Voyez cependant Gaius, II. 148. 149., et Ulpien, XXIII. 6., et cette phrase de la L. 12. pr. D. 28. 3 : « *Idem et circa injustum et* IRRITUM *testamentum erit dicendum ;* SI BONORUM POSSESSIO DATA FUERIT EI, QUI REM AB INTESTATO AUFERRE POSSIT. — Quant au texte de Gaius, II. 120., le rescrit de Marc-Aurèle se réfère non au testament *irritum*, mais au testament non *jure factum.* Dans les autres textes, il est bien question d'une possession de biens *secundum tabulas* ; mais il n'y est pas dit qu'elle soit donnée *cum re.* Enfin, quant à la L. 11. § 2. D. 37. 2., on prétend qu'elle signifie que, quand le testateur adrogé, et ensuite émancipé, a déclaré expressément qu'il confirmait son ancien testament, la possession de biens *cum re* était accordée par le préteur ; mais voici quel est le sens de cette loi : « Lorsque l'héritier institué a eu recours à l'interdit *quorum bonorum*, son interdit peut être paralysé par l'exception de dol qui lui est opposée dans le cas où le testateur n'aurait pas expressément confirmé son testament depuis qu'il est redevenu *sui juris.* » En effet, ce texte ajoute qu'il ne s'agit pas ici des effets du testament (*non enim de jure testamenti maxime quæritur*). Donc, quand même le testament aurait été confirmé depuis l'émancipation, l'héritier *ab intestat* pourra toujours dépouiller des biens héréditaires l'héritier prétorien : il ne lui opposera pas l'exception de dol ; mais il l'attaquera par la pétition d'hérédité civile.

prius testamentum posterius facere cœperit, et, aut mortalitate præventus, aut quia eum ejus rei penituit, non perfecisset, divi Pertinacis oratione cautum est, ne alias tabulæ priores jure factæ irritæ fiant, nisi sequentes jure ordinatæ et perfectæ fuerint. Nam imperfectum testamentum sine dubio nullum est.

s'il commençait un nouveau testament, que la mort l'empêcherait d'achever, ou qu'il ne voudrait pas achever, le premier conserverait ses effets : c'est ce qu'a décidé Pertinax, en disant qu'un testament regulier ne pourrait être rompu par un second testament, qu'autant que ce dernier serait lui-même revêtu de toutes les formalités. Au reste, il est bien évident qu'un testament inachevé n'est pas un testament.

* Un second testament irrégulier ne peut avoir la force de révoquer un testament antérieur, parce que la seule volonté du testateur ne suffit point pour cela : à plus forte raison en est-il de même d'une volonté non constatée par écrit ou d'une volonté constatée dans un testament incomplet ou inachevé. Mais le testateur, en supprimant son testament, en rend les effets impossibles : s'il en efface l'écriture ou en rompt les cachets (1), il faut en dire autant.

Théodose avait déclaré qu'un testament serait en péremption de plein droit dix ans après sa confection (2); Justinien admit la même péremption, mais seulement lorsque dix ans se seraient écoulés depuis un changement de volonté constaté par acte authentique ou en présence de trois témoins (3).

§ VIII. Eadem oratione expressit, *non admissurum se hereditatem ejus, qui litis causa principem heredem reliquerit, neque tabulas non legitime factas, in quibus ipse ob eam causam heres institutus erat, probaturum, neque ex nuda voce heredis nomen admissurum, neque ex ulla scriptura, cui juris auctoritas desit, aliquid adepturum.* Secundum hæc divi quoque Severus et Antoninus sæpissime rescripserunt : *licet enim* (inquiunt) *legibus soluti sumus, attamen legibus vivimus.*

§ 8. Dans l'exposé de la même loi, Pertinax a déclaré qu'il n'accepterait pas une hérédité à laquelle l'aurait appelé un testateur, soit en vue d'un procès, soit par un testament irrégulier dont le testateur aurait voulu couvrir les vices en instituant l'empereur, soit par une institution de vive voix, soit par un écrit ne réunissant pas toutes les conditions voulues pour un testament valable. Sévère et Antonin ont publié plusieurs rescrits dans le même sens : « car » (disent-ils), si nous sommes au- » dessus des lois, c'est par elles que » nous vivons. »

(1) L. 20. D. 28. 3. LL. 1. 2. 3. et 4. D. 28. 4. L. 30. C. 6. 23.
(2) L. 6. C. Th. 4. 4.
(3) L. 27. C. 6. 23.

La disposition du paragraphe qui précède se trouvait dans un sénatus-consulte rendu sur la proposition de l'empereur Pertinax.

Ce senatus-consulte avait pour but de supprimer de graves abus introduits par les empereurs pour recueillir des successions testamentaires: Pertinax déclara qu'il n'accepterait pas une hérédité à lui déférée, même par un testament régulier, mais en haine des adversaires du testateur auxquels celui-ci aurait voulu opposer un contradicteur puissant (1); ni celle à laquelle il serait appelé pour paralyser la nullité d'un testament; ni celle qui lui serait conférée par suite de simples propos (*nuda voce*) (2); ni enfin aucune disposition qui ne serait pas conforme au droit; car, disaient Sévère et Antonin, quoique les empereurs soient au-dessus des lois, ce sont les lois qui leur donnent le moyen de régner (3).

## TITULUS XVIII.
## DE INOFFICIOSO TESTAMENTO.

Pr. Quia plerumque parentes sine causa liberos suos vel exheredant, vel omittunt: inductum est, ut de inofficioso testamento agere possint liberi, qui queruntur, aut inique se exheredatos, aut inique præteritos, hoc colore, quasi non sanæ mentis fuerunt, cum testamentum ordinarent. Sed hoc dicitur, non quasi vere furiosus sit; sed recte quidem fecit testamentum, non autem ex officio pietatis: nam si vere furiosus est, nullum est testamentum.

## TITRE XVIII.
## DU TESTAMENT INOFFICIEUX.

Pr. Il arrive souvent que des parents, sans motif suffisant, exhèrèdent leurs enfants ou les passent sous silence: c'est pourquoi on a permis aux enfants, dans ce cas, d'agir par la querelle d'inofficiosité, pour se plaindre d'avoir été exhérédés ou passés sous silence injustement; ils coloreront leur action du prétexte que le testateur n'était pas sain d'esprit au moment de la confection du testament. Toutefois on n'admet pas cette action parce que le testateur serait réellement fou; son testament a été valablement fait; mais il est contraire aux sentiments d'affection que doit inspirer la parenté: en effet, si le testateur avait testé dans un moment de folie, son testament serait radicalement nul.

Les héritiers siens pouvaient être dépouillés de leur copropriété, de

---

(1) Paul. Sent., V. 12. § 8.

(2) Paul. Sent., V. 12. § 9. Il faut bien se garder de confondre une telle expression de volonté avec un véritable testament noncupatif

(3) Cette maxime, quoique en apparence généreuse; est au fond despotique; mais on était fort heureux qu'un despote s'y conformât.

leur droit à la succession du chef de famille, par une exhérédation, ainsi que nous l'avons vu plus haut (titre XIII); et tous les enfants pouvaient être, sans aucune formalité, et par l'existence seule d'un testament valable, privés de la succession de leur mère ou de leurs ascendants maternels. Mais on admit que les enfants avaient le droit de contester leur exclusion de la succession de l'hérédité paternelle ou maternelle, et d'élever contre un testament, valable d'après les principes, une *plainte* d'inofficiosité.

*La querelle d'inofficiosité avait pour but de faire considérer comme entaché d'un vice un testament régulier. Les prudents regardèrent comme n'ayant pas été sain d'esprit, ou à peu près, tout ascendant (1) paternel ou maternel qui, dans un testament, avait disposé de tous ses biens ou de presque tous ses biens au détriment de ses descendants(2). Ce motif de nullité n'était pas invoqué précisément d'après les principes du droit, mais d'après le vœu de la nature : aussi fallait-il qu'une cause raisonnable n'eût pas autorisé une telle rigueur (3). La plainte d'inofficiosité amenait pour résultat l'ouverture de la succession *ab intestat;* elle était au fond une pétition d'hérédité, qui par conséquent se portait devant le tribunal des Centumvirs.

§ I. Non tantum autem liberis permissum est, parentum testamentum inofficiosum accusare, verum etiam parentibus liberorum. Soror autem et frater turpibus personis scriptis heredibus ex sacris constitutionibus prælati sunt : non ergo contra omnes heredes agere possunt. Ultra fratres igitur et sorores cognati nullo modo aut agere possunt, aut agentes vincere.

§ 1. La querelle d'inofficiosité n'appartient pas seulement aux enfants contre le testament de leurs ascendants, mais encore aux ascendants contre le testament de leurs enfants. Les frères et sœurs, si les institués qu'on leur a préférés sont des personnes honteuses, peuvent aussi y avoir recours, d'après les constitutions. Ils n'ont donc pas ce recours à l'égard de tout institué. Après les frères et sœurs, la querelle d'inofficiosité ne peut donc être intentée avec succès par d'autres parents.

**La plainte dinofficiosité est accordée dans l'ordre des successions *ab intestat*, soit civiles, soit prétoriennes; par conséquent d'abord aux descendants, conçus à l'époque de la mort du *de cujus*, naturels ou adoptifs (4). A défaut de descendants, elle appartient aux ascendants les plus proches, paternels et maternels.

---

(1) *Non quasi furiosus sit..... Non autem ex officio pietatis.*

(2) Nous verrons qu'il en fut de même d'un descendant qui dépouillait ainsi ses ascendants, et d'un frère qui préferait à son frère ou à sa sœur une personne peu honorable.

(3) Autrefois les causes d'exhérédation ou d'omission n'étaient pas déterminées par la loi ; mais une Novelle de Justinien les détermina, et elles devaient être exprimées dans le testament. Nov. 115. c. 3.

(4) Depuis Justinien, les enfants adoptifs ne pouvaient y recourir relativement à leur père adopti-

Les uns et les autres ne sont admis à se plaindre qu'autant que, en l'absence du testament, ils eussent été appelés à l'hérédité (1), et la querelle d'inofficiosité est fondée sur le droit à une légitime.

* Après les ascendants, l'action n'appartient qu'aux frères et sœurs agnats du défunt. Dans l'origine, on en excluait les frères ou sœurs utérins, et même les consanguins non agnats. Justinien l'accorda à tous les frères consanguins, puis enfin aux utérins (2).

Mais il y a cette importante différence entre les frères et sœurs et les autres, qu'ils ne peuvent se plaindre du préjudice que leur cause le testament qu'autant que le testateur leur a préféré des personnes peu honorables; tandis que les ascendants et descendants peuvent intenter la querelle d'inofficiosité contre tout institué, et même le prince, en se fondant sur ce qu'aucune cause d'exclusion n'existait pour eux (3).

§ II. Tam autem naturales liberi, quam secundum nostræ constitutionis divisionem adoptati, ita demum de inofficioso testamento agere possunt, si nullo alio jure ad bona defuncti venire possunt. Nam qui alio jure veniunt ad totam hereditatem, vel partem ejus, de inofficioso agere non possunt. Postumi quoque, qui nullo alio jure venire possunt, de inofficioso agere possunt.

§ 2. Les enfants naturels et les enfants adoptifs, d'après la distinction faite par notre constitution, ne peuvent toutefois attaquer le testament comme inofficieux qu'autant qu'ils n'ont aucun autre moyen juridique. Car ceux qui, par une autre voie juridique, peuvent arriver à l'hérédité, en totalité ou en partie, sont non recevables à agir par la querelle d'inofficiosité. Les posthumes peuvent aussi y recourir, s'ils n'ont aucun autre moyen d'arriver à l'hérédité.

**La querelle d'inofficiosité n'était qu'une fiction à laquelle, par conséquent, on ne recourait qu'en l'absence de tout autre moyen de faire tomber l'institution d'héritier. Ainsi le fils de famille, omis dans le testament de son père, pouvait demander la nullité du testament, et le fils émancipé, dans la même hypothèse, demander la possession de biens *contra tabulas*. Ainsi l'impubère adrogé, déshérité par l'adrogeant, avait droit à la quarte Antonine (4). Ni l'un ni l'autre ne pouvaient donc invoquer la querelle d'inofficiosité. Mais l'enfant pouvait l'invoquer contre le testament de sa mère dans lequel il n'avait pas été

---

qu'autant qu'ils avaient été adoptés par un aïeul. Inst. III. 1. § 14. En parlant d'enfants naturels, nous entendons les enfants nés du *de cujus*, par opposition aux enfants adoptifs; car, quant aux enfants bâtards ou nés d'une concubine, ils n'ont droit à la querelle d'inofficiosité que relativement à la succession de leur mère ou de leurs ascendants maternels.

(1) L. 27. C. 3. 28.
(2) Nov. 118.
(3) Paul Sent., V. 3. L. 8. § 2. D. 5. 2.
(4) L. 8. § 15. D. 5. 2.

exhérédé, parce que l'exhérédation, dans un tel testament, n'était pas nécessaire et son omission n'entraînait aucune nullité.

Les posthumes siens du testateur, qui avaient été exhérédés par lui, pouvaient aussi recourir à la querelle d'inofficiosité; il en était de même d'un posthume non exhérédé, relativement au testament de sa mère ou de son aïeul maternel. Evidemment ceux-ci n'avaient donné aucun motif au testateur d'être dépouillés de sa succession *ab intestat*; mais leur père, dont ils tenaient la place, pouvait avoir démérité.

§ III. Sed hæc ita accipienda sunt, si nihil eis penitus a testatoribus testamento relictum est. Quod nostra constitutio ad verecundiam naturæ introduxit. Sin vero quantacumque pars hereditatis, vel res eis fuerit relicta, inofficiosi querela quiescente, id, quod eis deest, usque ad quartam legitimæ partis repletur, licet non fuerit adjectum, boni viri arbitratu debere eam repleri.

§ 3. Mais tout ce que nous venons de dire n'est applicable qu'autant que le testateur n'aurait absolument rien laissé par testament aux parents ci-dessus mentionnés : c'est ce que notre constitution a introduit afin de conserver intacts les droits de la nature. Mais si une portion quelconque de l'hérédité leur a été laissée, ou même un objet particulier, ces parents n'auront plus la plainte d'inofficiosité; ils auront seulement l'action en supplément jusqu'à concurrence de leur quarte légitime, quoique le testateur n'ait pas déclaré vouloir qu'elle leur fût complétée d'après l'estimation d'un homme de bien.

*D'après ce texte, la querelle d'inofficiosité prend un autre caractère. Autrefois elle se fondait sur l'odieux de la privation, pour certains parents, de la succession *ab intestat*, et sur la présomption que le testateur n'avait agi d'une manière aussi dure envers eux que sous l'influence d'une sécheresse de cœur qui n'avait pas laissé à l'esprit toute sa liberté. Maintenant on lui donne pour fondement le droit de ces mêmes parents à un quart de ce qu'ils auraient eu s'il n'eût pas existé d'héritier institué (1). Ce quart s'appelait *légitime* (*hic*), parce que c'est comme une succession à part qu'assure la loi aux enfants, ascendants ou frères et sœurs, par opposition à celle que le testament confère. Elle s'appelle aussi *quarte* (2), à l'imitation de la quarte Falcidie (3), de la quarte Pégasienne (4) et de la quarte Antonine (5).

La légitime devait avoir été laissée en totalité pour que la querelle

(1) L. 8. § 6. D. 5. 2.
(2) L. 25. D. 5. 2.
(3) *Infra*, Inst. II. 22.
(4) *Infra*, Inst. II. 25. § 5.
(5) *Supra*, Inst. I. 2. § 3.

d'inofficiosité fût paralysée ; celle-ci était efficacement invoquée, et le testament s'écroulait pour le tout, pour peu que la légitime n'eût pas été complète (1). Mais, sous Constantin, si le testateur avait laissé aux légitimaires quoi que ce fût, en ajoutant cependant qu'il entendait que le quart fût complété *boni viri arbitratu*, ils n'avaient plus que l'action en supplément (2). Justinien alla plus loin : dans cette dernière hypothèse, il n'accordait que l'action en supplément, et par respect pour le testateur, *ad verecundiam naturæ*, lors même que celui-ci n'aurait pas ajouté qu'il entendait que le quart fût complété (3).

*Cette action en supplément était personnelle, perpétuelle et transmissible aux héritiers, tandis que la querelle d'inofficiosité, qui dès-lors n'appartenait plus aux légitimaires qu'autant que le testateur ne leur avait absolument rien laissé, ne durait que cinq ans et ne passait pas aux héritiers (4).

§ IV. Si tutor nomine pupilli, cujus tutelam gerebat, ex testamento patris sui legatum acceperit, cum nihil erat ipsi tutori relictum a patre suo, nihilominus possit nomine suo de inofficioso patris testamento agere.

§ 4. Si un tuteur, n'ayant rien obtenu dans le testament de son père, a accepté, au nom de son pupille, un legs fait à ce dernier dans ce testament, il ne sera pas déchu du droit d'attaquer ce testament, en son nom personnel, par la querelle d'inofficiosité.

§ V. Sed et, si e contrario pupilli nomine, cui nihil relictum fuerit, de inofficioso egerit, et superatus est, ipse, quod sibi in eodem testamento legatum relictum est, non amittit.

§ 5. A l'inverse, s'il a intenté la querelle d'inofficiosité, au nom de son pupille, contre un testament dans lequel rien n'était laissé au pupille, quoiqu'il ait échoué dans cette attaque, il n'aura pas perdu le droit d'obtenir, en son propre nom, le legs qui lui est fait dans ce même testament.

**Un acte qui comporte avec lui acquiescement à la validité du testament, produit par le légitimaire en son nom, emportait renonciation à la querelle d'inofficiosité. Or, si le légitimaire demandait la délivrance d'un legs fait dans le testament qu'il aurait eu le droit d'attaquer par

---

(1) L. 6. C. 3. 28. Cod. Greg., II. 3. 2. Paul. Sent., IV. 5. 10.
(2) L. 4. C. Th., II. 19.
(3) *Hic*, et L. 30. C. 3. 28.
(4) La querelle d'inofficiosité était au fond une pétition d'hérédité ; toutefois, elle en différait : 1. en ce qu'elle ne se donnait pas contre tout détenteur, mais contre l'héritier institué ; 2. en ce qu'elle compétait à celui qui avait droit seulement à la possession de biens ; 3. en ce qu'elle ne durait que cinq ans, à partir de l'adition d'hérédité de la part de l'institué ; 4. en ce qu'elle s'éteignait par un assentiment tacite à la validité du testament. L. 5. pr. D. 34. 9. L. 8. § 10. L. 12. § 1. D. 5. 2. L. 23. § 1. ibid. L. 8. § 17. L. 9. D. 5. 2. LL. 16, 34. 36. § 2. C. 3. 28.

cette voie, il faisait un des actes emportant renonciation ; mais s'il demandait la délivrance d'un legs, au nom d'un pupille dont il gérait la tutelle, legs conféré par un testament fait par le père de lui tuteur, il agissait alors comme représentant du pupille, il produisait un acte que le pupille était censé produire : il ne se fermait donc pas la voie à la querelle d'inofficiosité pour lui-même.

A l'inverse, s'il avait échoué dans une querelle d'inofficiosité intentée au nom de son puqille, il n'avait pas moins conservé le droit de réclamer un legs fait en son nom dans le testament attaqué sans succès (1).

§ VI. Igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioso testamento agere non possit : sive jure hereditario, sive jure legati, vel fideicommissi, vel si mortis causa ei quarta donata fuerit, vel inter vivos, in his tantummodo casibus, quorum nostra constitutio mentionem facit, vel aliis modis, qui constitutionibus continentur. Quod autem de quarta diximus, ita intellegendum est, ut, sive unus fuerit, sive plures, quibus agere de inofficioso testamento permittitur, una quarta eis dari possit, ut pro rata distribuatur eis, id est pro virili portione quarta.

§ 6. Pour que quelqu'un ne puisse pas attaquer un testament comme inofficieux, il faut donc qu'il ait reçu sa quarte ; soit à titre d'héritier, soit à titre de legs, de fidéicommis, de donation pour cause de mort, ou même par acte entre-vifs, mais pourvu que ce soit dans les cas indiqués dans notre constitution, ou d'après les modes prescrits dans les constitutions. Ce que nous disons de la quarte s'entend en ce sens que, quel que soit le nombre des héritiers qui pourraient avoir le droit d'intenter la querelle d'inofficiosité, il suffira de leur laisser un quart de l'hérédité, de manière à ce que chacun ait le quart de sa portion virile.

*La légitime une fois établie, toute succession se divise en deux parts, l'une destinée aux légitimaires, et à laquelle le testateur ne peut porter atteinte, l'autre disponible à son gré. Ce qu'il donne à des étrangers est pris sur le disponible ; mais ce qu'il donne par legs, fidéicommis pour cause de mort, aux légitimaires, est imputable sur la légitime ; c'est une distribution de la part de succession que la loi leur a assurée (2). Quant aux donations entre vifs, il n'en est de même qu'autant que le donateur a eu l'intention de les imputer ainsi (3).

D'après Justinien, cette dernière imputation n'aura lieu que si le donataire transige avec l'héritier testamentaire en ratifiant expressément la volonté du testateur décédé (4). Telle était l'opinion de Papi-

(1) Quiconque attaquait le testament comme inofficieux et échouait dans son attaque, était déchu de toute disposition contenue dans ce testament ; le fisc en profitait. L. 8. § 14. D. 5. 2.
(2) L. 8. § 6. D. 5. 2. L. 29. C. 3. 28.
(3) L. 2. C. Greg., II. 3. L. 25. D. 5. 2.
(4) L. 35. §§ 1 et 2. C. 5. 28.

nien (1). La dot et la donation nuptiale s'imputent également sur la légitime, en vertu de constitutions de Zénon et de Justinien (2). Il en est de même du prix des charges achetées par le testateur pour les légitimaires.

S'il y a plusieurs légitimaires, il est clair que le quart de la succession se partagera entre eux proportionnellement à leurs droits.

Dans ses Novelles, Justinien a fixé la légitime à la moitié de la succession pour les enfants, lorsqu'ils sont plus de quatre, et au tiers lorsqu'ils sont au-dessous de ce nombre (3).

Il veut, en outre, que le testateur institue ses descendants au moins pour un objet particulier; si cet objet ne vaut pas la légitime, ils auront l'action en supplément (4). Il ne doit donc plus se contenter de leur faire des legs ou des fidéicommis.

Lorsque les nouvelles conditions établies par Justinien n'ont pas été accomplies, le testament peut être rescindé, mais seulement quant à l'institution d'héritier : les legs, les fidéicommis (5), et même la substitution pupillaire sont maintenus.

## TITULUS XIX.

### DE HEREDUM QUALITATE ET DIFFERENTIA.

Pr. Heredes autem aut necessarii dicuntur, aut sui et necessarii, aut extranei.

## TITRE XIX.

### DE LA QUALITÉ ET DE LA DIFFÉRENCE DES HÉRITIERS.

Pr. Les héritiers sont ou nécessaires, ou siens et nécessaires, ou externes.

L'hérédité est déférée aux héritiers institués, du moment du décès, lorsque l'institution est pure et simple, et, lorsqu'elle est conditionnelle, du moment de l'accomplissement de la condition.

*Mais une hérédité déférée n'est pas acquise par cela même, si ce n'est pour les héritiers nécessaires ou les héritiers siens et nécessaires. Quant aux autres, appelés volontaires, ils ne l'acquièrent que par l'adition d'hérédité; s'ils mouraient avant cette adition, ils ne transmettraient pas l'hérédité, qui leur est déférée, à leurs héritiers personnels. Il y a donc trois sortes d'héritiers.

I. Des héritiers nécessaires.

---

(1) Paul. Sent., IV. 5. § 8. L. 16. D. 38. 16 L. 5. C. 6. 20.
(2) L. 29. 30. § 2. C. 3. 28.
(3) Nov. 18. c. 1.
(4) Nov. 115. c. 5.
(5) Nov. 115. c. 3. § 14. c. 4. § 9. L. 34. C. 3. 28.

§ I. Necessarius heres est servus heres institutus, ideo sic appellatus, quia, sive velit, sive nolit, omnimodo post mortem testatoris protinus liber et necessarius heres fit. Unde, qui facultates suas suspectas habent, solent servum suum primo, aut secundo, vel etiam ulteriore gradu heredem instituere, ut, si creditoribus satis non fiat, potius ejus heredis bona, quam ipsius testatoris a creditoribus possideantur, vel distrahantur, vel inter eos dividantur. Pro hoc tamen incommodo illud ei commodum præstatur, ut ea, quæ post mortem patroni sui sibi acquisierit, ipsi reserventur; et, quamvis non suffecerint bona defuncti creditoribus, iterum ex ea causa res ejus, quas sibi acquisierit, non veneunt.

§ 1. L'esclave d'un testateur, institué par lui héritier, est nécessaire; parce que, qu'il le veuille, ou qu'il ne le veuille pas, il devient, dès la mort du testateur, nécessairement libre et héritier. Aussi, ceux qui craignent de laisser une succession insolvable, sont dans l'usage d'instituer héritier un de leurs esclaves, au premier degré, ou au second ou à tout autre degré ultérieur, afin que si leurs créanciers, ne trouvant pas dans la succession de quoi se payer, se font envoyer en possession des biens pour les vendre en masse, ou les vendent en détail, ou se les distribuent entre eux, ce soit plutôt contre l'héritier que contre le défunt qu'ils poursuivent l'exécution. En compensation de ce désavantage qu'encourt un héritier nécessaire, on lui permet de conserver les biens qu'il a acquis depuis la mort de son patron; et par conséquent, quoique les biens du défunt ne suffisent pas pour les créanciers, les autres biens de l'héritier nécessaire ne seront pas soumis à une nouvelle vente.

*On appelle héritier nécessaire l'esclave du testateur institué par celui-ci; parce qu'il est héritier, et par conséquent continuateur de la personne de son maître, bon gré, malgré, et même sans le savoir. Il faut pour cela qu'il ait été l'esclave du testateur au moment de la confection du testament et au moment du décès (peu importe ce qu'il est devenu dans l'intervalle (1)), et qu'en outre il obtienne la liberté en vertu du testament. Si, en effet, le testateur, après l'avoir institué, l'affranchissait de son vivant, libre, il deviendra néanmoins héritier, mais volontaire et par suite d'une adition. Si son institution est conditionnelle, il ne deviendra héritier que lors de l'accomplissement de la condition, toujours malgré lui, pourvu qu'à cette époque il soit l'esclave de l'hérédité si cette condition s'accomplit après le décès du testateur (2).

Si l'esclave est institué purement et simplement et affranchi sous condition, l'institution elle-même est considérée comme conditionnelle,

(1) L. 50. D. 28. 5. L. 56. D. 40. 4.
(2) L. 91. D. 28. 5. L. 46. D. 40. 4.

afin 1° qu'il puisse devenir héritier (il ne peut l'être sans liberté); 2° qu'il soit héritier en même temps que libre, c'est-à-dire héritier nécessaire (1). A l'inverse, si l'institution est conditionnelle et l'affranchissement pur et simple, l'affranchissement est censé subordonné à la même condition que l'institution. La condition défaillie, dans le premier cas, fera tomber en même temps l'institution; dans le second cas, elle empêchera la délation de l'hérédité, mais non la liberté.

Si, après avoir été institué avec la liberté par son maître, celui-ci l'aliéne de son vivant, le legs de la liberté sera seul révoqué, l'institution étant maintenue; de sorte que : 1° s'il se trouve libre au moment du décès du testateur, il est héritier volontaire pour lui-même; 2° s'il se trouve sous la puissance de l'acheteur ou d'un autre maître à ce même moment, il devient héritier volontaire pour son maître; 3° si, à ce moment, il se retrouve sous la puissance du testateur, le legs de la liberté est censé n'avoir pas été révoqué, et il est héritier nécessaire (2).

*Le testateur instituait ordinairement un de ses esclaves au premier degré (institution), au second ou au troisième (substitution vulgaire), afin de s'assurer un héritier testamentaire : l'esclave, en effet, ne pouvait répudier l'hérédité. Il y avait, en outre, ce grand avantage pour un testateur insolvable, que, si ses créanciers procédaient à une vente en masse de ses biens (*possideantur*), ou à une vente en détail (*distrahantur*), ou à un partage entre eux de tout son patrimoine (*dividantur*) (3), l'infamie qui était la conséquence d'une semblable exécution, ne rejaillissait pas sur la mémoire du défunt, mais sur le nom de l'esclave héritier nécessaire : c'était le prix payé par lui pour l'acquisition de la liberté.

**L'héritier nécessaire pouvait éviter que les créanciers du testateur ne s'emparassent, avec les biens de celui-ci, des biens acquis par lui depuis qu'il était investi de l'hérédité, et qui ne prenaient pas leur source dans celle-ci (4); il y parvenait en recourant au préteur, qui, par une faveur spéciale, lui accordait ce qu'on appelle le bénéfice de séparation des patrimoines. De cette manière, il conservait les acquisitions qui lui étaient personnelles, et concourait même avec les créanciers du défunt pour recouvrer ce qui lui était dû par ce dernier, en vertu de créances acquises depuis le décès (5).

---

(1) L. 3. § 1. D. 28. 5.

(2) L. 50. D. 28. 5.

(3) Voyez ces modes d'exécution dans Zimmern traduit, p. 229-239. 250-252.

(4) Le pécule qu'il avait administré pendant qu'il était esclave était la propriété de son maître : il était par conséquent saisi par les créanciers de ce dernier; la séparation de biens ne pouvait avoir pour effet de soustraire à la saisie des créanciers du défunt que les biens acquis depuis la mort du testateur.

(5) L. 1. § 18. D. 42. 6.

S'il n'avait pas obtenu ce bénéfice, ses biens étaient confondus en une seule masse avec ceux du défunt; les créanciers de celui-ci saisissaient le tout et se payaient de ce qui leur était dû.

Toutefois, si, depuis cette saisie et la vente qui en avait été la suite, l'héritier nécessaire acquérait de nouveaux biens, ils étaient à l'abri de toute atteinte des créanciers du défunt; car ses premiers biens n'avaient été saisis et vendus avec ceux du testateur que parce qu'ils avaient été confondus (*propter contractionem*, Gaius, II. 155.) avec eux : or, après cette vente, on ne pouvait plus prétendre que les biens ultérieurs s'étaient confondus avec ceux de l'hérédité, qui n'étaient plus dans les mains de l'héritier lorsqu'il avait fait des acquisitions ultérieures (1).

§ II. Sui autem et necessarii heredes sunt, veluti filius filiave, nepos neptisve ex filio, et deinceps ceteri liberi, qui modo in potestate morientis fuerint. Sed ut nepos neptisve sui heredes sint, non sufficit, eum eamve in potestate avi mortis tempore fuisse, sed opus est, ut pater ejus vivo patre suo desierit suus heres esse, aut morte interceptus, aut qualibet alia ratione liberatus potestate : tunc enim nepos neptisve in locum patris sui succedit. Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt, et vivo quoque patre quodammodo domini existimantur. Unde etiam, si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum. Necessarii vero ideo dicuntur, quia omnimodo, sive velint, sive nolint, tam ab intestato, quam ex testamento heredes fiunt. Sed his prætor permittit volentibus abstinere se ab hereditate, ut potius parentis quam ipsorum bona similiter a creditoribus possideantur.

§ 2. On appelle héritiers siens et nécessaires, par exemple, le fils ou la fille, le petit-fils ou la petite-fille provenant d'un fils, ou tout autre descendant, qui se trouvent sous la puissance du testateur au moment de sa mort. Mais, pour que le petit-fils ou la petite-fille soient héritiers siens, il ne suffit pas que le testateur les ait eus sous sa puissance au moment de sa mort, il faut encore que, du vivant du testateur, leur père soit sorti de la puissance de celui-ci, soit par la mort, soit par toute autre cause. On les appelle *siens*, parce qu'ils font partie de la maison du testateur, et que, du vivant du chef de famille, ils sont, pour ainsi dire, maîtres du patrimoine. Aussi, si le chef de famille vient à mourir sans testament, ils sont appelés en premier lieu à son hérédité. On les appelle *nécessaires* parce que, qu'ils le veuillent ou ne le veuillent pas, ils sont inévitablement héritiers, soit *ab intestat*, soit en vertu d'un testament. Mais le préteur leur permet de s'abstenir de l'hérédité, afin que, si les créanciers se font envoyer en possession des biens du défunt, l'exécution sur les biens se fasse plutôt contre le défunt que contre eux.

---

(1) Voyez Zimmern traduit, p. 239. note 31. L'*iterum non venient* de Gaius (II. 155.) a donné lieu à l'*iterum... non veneunt* de notre texte, qui ne présente plus un sens exact. — Si, après

II. Des héritiers siens et nécessaires.

*Les héritiers siens et nécessaires sont, ainsi que l'indique le texte, les enfants que le testateur a sous sa puissance immédiate au moment de son décès : le petit-fils qu'il institue est donc héritier nécessaire, si, à ce moment, il n'est pas précédé par son père dans la famille; car, s'il était précédé par son père, 1° il ne serait valablement institué que si son père avait été exhérédé; 2° ce ne serait pas lui qui serait héritier, mais son père qui le deviendrait par lui (1).

Pourquoi les enfants du testateur placés au premier degré étaient-ils appelés siens? M. Ortolan pense que c'est parce qu'ils étaient *héritiers d'eux-mêmes*. En effet, dit-il, du vivant du père de famille, ils étaient co-propriétaires du patrimoine de la maison. De cette proposition il conclut que, à la mort du chef de famille, ils ne font que se succéder à eux-mêmes. Voilà une conséquence qui, il faut l'avouer, ne satisfait pas aux exigences de la logique. En effet, ils ne peuvent se succéder à eux-mêmes que quant à la part du patrimoine qui représentait leur co-propriété. Or, on doit admettre que le père était aussi co-propriétaire avec ses enfants; c'est bien le moins qu'on puisse lui accorder : pour cette part évidemment ses enfants ne se succèdent pas à eux-mêmes, mais au père. D'un autre côté, l'idée qu'on se succède à soi-même dans une partie de propriété que l'on avait, n'entrera facilement dans la tête d'aucun homme sérieux.

Il est vrai que l'on regarde cette opinon comme étant celle, non de M. Ortolan, mais de Cujas. Si le grand Cujas avait par hasard sommeillé, ce ne serait pas une raison pour qu'il nous imposât son autorité; si nous acceptons ses oracles, au moins faut-il qu'ils soient sortis de sa bouche lorsqu'il était sur son trépied, éveillé et travaillé par les inspirations du dieu juridique. Mais cet inimitable interprète du droit romain a-t-il réellement donné l'explication qu'a traduite M. Ortolan? C'est ce dont nous nous permettons de douter. Voici comme nous entendons la chose.

D'abord il est certain, d'après notre paragraphe, que les fils institués s'appellent héritiers siens parce qu'ils appartiennent à la maison (*domestici*), et que, du vivant de leur père, ils sont pour ainsi dire (*quodammodo*) propriétaires (*domini*) du patrimoine de la famille. Ainsi, la qualification de *siens* leur est donnée par ce motif qu'ils sont de la maison, et celle d'*héritiers siens* parce qu'ils sont pour ainsi dire propriétaires ou co-propriétaires. Ils sont *siens*, dit Cujas, parce qu'on ne va pas les chercher hors de la *familia*, et *héritiers siens*, parce qu'ils n'ac-

---

la vente, l'héritier faisait des acquisitions dont la cause fût dans l'hérédité, les créanciers pouvaient encore les saisir. Voyez Gaius, ibid.

(1) L. 6. § 5. D. 29. 2.

quièrent pas l'hérédité, mais la retiennent. Ils n'ont donc cette qualification que parce qu'ils continuent plutôt une propriété qu'ils ne l'acquièrent. Ils ne succèdent pas à leur père mort; ils ne font qu'obtenir, sur le patrimoine de la famille, les pouvoirs sans limites qu'avait leur père. S'ils succèdent à quelque chose, ce n'est qu'au droit d'exercer la puissance sur le patrimoine commun à tous les membres de la famille.

L'expression *αὐτοκληρονόμους* (1), employée par Cujas, ne signifie pas qu'ils sont *héritiers d'eux-mêmes*, mais qu'ils sont *d'eux-mêmes héritiers*, de plein droit. En effet, ajoute notre texte, sans institution ils seraient investis de l'hérédité par la loi, immédiatement et sans aucun fait de leur part. Ce n'est que par le même motif qu'ils sont héritiers nécessaires (2).

Dans la L. 11. D. 28. 1., le jurisconsulte Paul s'exprime ainsi : « Les héritiers siens ne font que continuer une propriété, de telle « sorte qu'ils ne recueillent point d'hérédité. Ils étaient déjà proprié- « taires du patrimoine commun du vivant de leur père; c'est même « par ce motif que celui-ci s'appelle père de famille, et ses enfants, fils « de famille : ces deux qualifications n'ont été employées que pour dis- « tinguer le générateur de l'engendré. A la mort du père de famille, « ses enfants ne lui succèdent donc point quant à la propriété; ils ne « lui succèdent que dans l'administration du patrimoine commun; aussi « n'ont-ils pas besoin, pour cela, d'être institués héritiers. Et peu im- « porte que le père de famille puisse les exhéréder, puisqu'il pouvait « même les tuer. »

De là nous devons conclure que la famille, chez les Romains, était un être fictif, que le patrimoine commun appartenait à cet être fictif, et que celui qui en était le chef, n'en était pour ainsi dire que l'administrateur, investi des pouvoirs les plus étendus, avec droit de disposer de la manière la plus absolue, et même par testament, en dépouillant les autres membres de la famille au moyen d'une exhérédation.

*Quoique les héritiers siens fussent nécessaires (3), et eussent bon gré

---

(1) Ce serait *σεαυτοκληρονόμους* qui indiquerait des héritiers d'eux-mêmes.

(2) Il n'est pas indispensable que les enfants, pour être héritiers siens, aient été sous la puissance immédiate du testateur au moment de la confection du testament. En effet, si leur institution est conditionnelle, les textes exigent seulement qu'ils aient été immédiatement sous cette puissance au moment de l'accomplissement de cette condition : si donc l'institution est pure et simple, il suffit qu'ils se trouvent immédiatement sous la puissance du testateur au moment de son décès. L. 1. § 8. D. 38. 16 Quant aux posthumes institués, ils sont héritiers siens par cela seul qu'ils se trouvent sous la puissance immédiate du testateur au moment du décès de ce dernier.

(3) Ils auraient été héritiers siens et nécessaires lors même qu'ils n'auraient pas été institués : alors à quoi bon les instituer héritiers ? Il y avait toujours intérêt à avoir un héritier de son choix, parce qu'il continuait les *sacra* du testateur, et parce qu'il devait acquitter les legs qui figuraient dans le testament ou les codicilles.

malgré le caractère de continuateurs du défunt, aux yeux du droit civil, ils pouvaient ne point s'immiscer dans les biens de l'hérédité, et alors le préteur venait à leur secours par un bénéfice appelé *d'abstention*. Pour jouir de ce bénéfice, ils n'avaient pas besoin d'obtenir du magistrat une concession spéciale; en cela encore ils différaient des esclaves héritiers nécessaires, à qui ne compétait le bénéfice de séparation des patrimoines qu'autant que la faveur leur en avait été personnellement octroyée. Par l'effet du bénéfice d'abstention, les créanciers du défunt n'avaient aucun droit sur les biens personnels des héritiers siens et nécessaires; la personne de ceux-ci était elle-même à l'abri de toute atteinte; car le déshonneur qui pouvait résulter de la déconfiture du testateur ne retombait pas sur leur tête, comme elle retombait sur la tête des héritiers nécessaires. En effet, ils n'avaient pas besoin, comme ces derniers, de payer le prix de leur indépendance; ils tenaient leur *suitas*, non du testateur, mais de la loi (1). Mais tout en s'abstenant, ils restaient héritiers aux yeux du droit civil : après le paiement des dettes, ils pouvaient donc profiter de tout l'excédant (2). Justinien a confirmé ce droit pour le cas où les biens de l'hérédité auraient été vendus, et n'a accordé aux héritiers siens qu'un délai de trois ans pour reprendre l'hérédité dont ils se seraient abstenus (3).

Lorsque les héritiers siens s'étaient immiscés, ils pouvaient se faire restituer dans tous les cas s'ils étaient impubères; il n'en était pas de même s'ils étaient adolescents (4).

### III. Des héritiers externes ou volontaires.

§ III. Ceteri, qui testatoris juri subjecti non sunt, extranei heredes appellantur. Itaque liberi quoque nostri, qui in potestate nostra non sunt, heredes a nobis instituti, extranei heredes videntur. Qua de causa et qui heredes a matre instituuntur, eodem numero sunt, quia feminæ in potestate liberos non habent. Servus quoque a domino heres institutus, et post testamentum factum ab eo manumissus, eodem numero habetur.

§ 3. Tous institués, autres que ceux qui sont sous la puissance du testateur, s'appellent héritiers externes. Si donc nous instituons nos enfants qui ne sont pas sous notre puissance, ils sont héritiers externes. Par conséquent les enfants, institués par leur mère, sont dans cette catégorie, parce que les femmes n'ont pas leurs enfants sous leur puissance. L'esclave institué héritier par son maître est aussi un héritier externe, s'il a été affranchi par le testateur depuis la confection du testament.

(1) L. 57. pr. D. § 2. D. 29. 2.
(2) L. 8. D. 28. 8. L. 6. D. 42. 5.
(3) L. 6. C. 6. 31.
(4) L. 11. D. 29. 2. Et ce, lors même qu'il y avait eu des condamnations prononcées contre eux. L. 21. D. 26. 8.

§ IV. In extraneis heredibus illud observatur, ut sit cum eis testamenti factio, sive ipsi heredes instituuntur, sive hi, qui in potestate eorum sunt. Et id duobus temporibus inspicitur, testamenti quidem facti, ut constiterit institutio, mortis vero testatoris, ut effectum habeat. Hoc amplius, et cum adierit hereditatem, esse debet cum eo testamenti factio, sive pure, sive sub condicione heres institutus sit : nam jus heredis eo vel maxime tempore inspiciendum est, quo acquirit hereditatem. Medio autem tempore inter factum testamentum, et mortem testatoris, vel condicionem institutionis existentem, mutatio juris heredi non nocet, quia, ut diximus, tria tempora inspicimus. Testamenti autem factionem non solum is habere videtur, qui testamentum facere potest; sed etiam, qui ex alieno testamento vel ipse capere potest, vel alii acquirere, licet non potest facere testamentum. Et ideo furiosus, et mutus, et postumus, et infans, et filiusfamilias, et servus alienus testamenti factionem habere dicuntur : licet enim testamentum facere non possunt, attamen ex testamento vel sibi, vel alii acquirere possunt.

§ 4. Quant aux héritiers externes, il faut examiner s'ils ont faction de testament avec le testateur, soit que l'institution les concerne personnellement, soit qu'elle concerne ceux qui sont sous leur puissance. Il faut même, pour cela, se reporter à deux époques, d'abord à celle de la confection du testament, pour que l'institution soit valable, ensuite à celle du décès, pour qu'elle puisse produire des effets. Il faut ensuite la faction de testament pour l'héritier au moment de l'adition d'hérédité, que l'institution soit pure et simple ou conditionnelle : car l'héritier doit être capable surtout au moment où il acquiert l'hérédité. Dans l'intervalle de la confection du testament à la mort du testateur, ou à la condition de l'institution, peu importe que l'institué n'ait pas toujours eu faction de testament, parce que, comme nous l'avons dit, nous ne considérons que trois époques. Faction de testament signifie non seulement que l'on peut faire un testament, mais encore qu'on peut recueillir les benéfices du testament d'autrui ou les faire acquérir à quelqu'un, quoique soi-même on ne puisse faire un testament. Ainsi le fou, le muet, le posthume, l'*infans*, le fils de famille et l'esclave d'autrui sont dits avoir faction de testament ; car, quoiqu'ils ne puissent tester, ils peuvent acquérir une hérédité, en vertu d'un testament, pour eux-mêmes ou pour d'autres.

* La troisième classe d'héritiers est celle des externes ou volontaires. On les appelle externes parce qu'ils ne se trouvent pas sous la puissance du testateur : tels sont le fils à l'égard de sa mère, le fils émancipé ou donné en adoption à l'égard de son père naturel, l'esclave institué par son maître et affranchi par lui dans la suite par un acte entre vifs, ou passé sous la domination d'un autre maître, un individu quelconque non parent.

** On les appelle volontaires parce qu'ils ne sont pas héritiers sans le

vouloir. Au décès du testateur, l'hérédité leur est déférée, mais elle ne leur est pas encore acquise ; s'ils viennent à mourir avant cette acquisition, quoique depuis la mort du testateur, ils ne transmettent pas l'hérédité de celui-ci à leurs héritiers : or, l'acquisition se réalise par l'adition d'hérédité.

La délation qui leur est faite par la mort du testateur leur donne le droit de répudier ou d'accepter, droit qu'ils ne pourraient exercer avec efficacité avant cette mort (1).

* Il faut donc que les héritiers institués soient capables de fait et de droit au moment de l'adition : capables de droit, c'est-à-dire capables d'acquérir ; capables de fait, c'est-à-dire capables de manifester leur volonté (2). La capacité de droit était exigée également au moment de la délation, c'est-à-dire au décès du testateur, si l'institution était pure et simple, à l'événement de la condition depuis sa mort si l'institution était conditionnelle, et, dans l'intervalle de la délation à l'acquisition, la capacité de droit devait durer sans interruption, sans quoi, pendant l'interruption de capacité, les héritiers *ab intestat* auraient été appelés et auraient été investis ou pu l'être ; par conséquent, le testateur serait mort partie *testat* et partie *intestat ;* ce qui ne pouvait être. L'époque de la délation jusqu'à l'acquisition peut donc être considérée comme une seule et même époque ; aussi le texte le dit-il expressément.

En outre, l'institué devait être capable, c'est-à-dire avoir faction de testament, dans tous les cas, avec le testateur, au moment de la confection du testament, parce que, à cette époque, il était censé recevoir l'hérédité par une mancipation ; mais à cause de cela seulement.

En droit français, il suffit d'être capable de droit au moment de la mort du testateur, pour recevoir de lui (3), parce que chez nous le testament ne rappelle aucune idée de mancipation.

De l'explication que nous venons de développer, résulte que la capacité n'aurait aucun objet dans l'intervalle de la confection du testament à la délation de l'hérédité (4).

§ V. Extraneis autem heredibus deliberandi potestas est de adeunda hereditate, vel non adeunda. Sed

§ 5. Les héritiers externes ont le droit de délibérer sur la question de savoir s'ils feront ou ne feront pas

---

(1) LL. 15. 21. § 2. D. 29. 2.

(2) Un *infans* ne pouvait pas faire adition par lui-même ; il ne le pouvait pas non plus par son tuteur ou son esclave, parce que c'était un acte où la personne appelée ne pouvait être représentée.

(3) Art. 906 Cod. civ.

(4) La mort du testateur, si l'institution est pure et simple ; l'accomplissement de la condition après la mort, si elle est conditionnelle. Nous disons l'accomplissement de la condition après la mort, car, si elle se réalisait du vivant du testateur, la délation de l'hérédité aurait lieu du moment du décès.

sive is, cui abstinendi potestas est, immiscuerit se bonis hereditariis, sive extraneus, cui de adeunda hereditate deliberare licet, adierit, postea relinquendæ hereditatis facultatem non habet, nisi minor sit annis vigintiquinque. Nam hujus ætatis hominibus, sicut in ceteris omnibus causis deceptis, ita et, si temere damnosam hereditatem susceperint, prætor succurrit.

adition d'hérédité. Si celui qui a le droit de s'abstenir s'est immiscé dans les biens héréditaires, ou bien si l'héritier externe, qui pouvait délibérer, a fait adition, il n'y a plus pour eux moyen d'abandonner l'hérédité, à moins qu'ils ne soient mineurs de vingt-cinq ans. Car le préteur vient au secours des hommes de cet âge pour les restituer contre les effets d'une adition d'hérédité préjudiciable, comme pour les restituer contre les conséquences de tout autre acte.

Avant Justinien, aucun délai fatal n'était déterminé pour l'acceptation ou la répudiation de l'hérédité; sauf le cas d'une institution avec crétion, dans lequel cas l'héritier institué devait accepter avec des paroles solennelles ainsi conçues : *Quod me Publius Titius testamento suo heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque.* Dans l'institution avec crétion, le délai pour cette sorte d'adition était ordinairement fixé à cent jours, passé lequel délai l'héritier institué était déchu (1).

* L'institution sans crétion laissait le champ libre à l'héritier; il pouvait faire adition quand il le voulait (2). Toutefois il importait aux substitués, aux légataires et aux fidéicommissaires que l'hérédité ne restât pas vacante. Les créanciers du défunt avaient eux-mêmes intérêt à savoir à qui ils devaient s'adresser pour exercer leurs droits. Le préteur accordait donc un délai préfix, qui toutefois ne devait jamais être moindre de cent jours, celui de la crétion, passé lequel il accordait la possession de biens à ceux qui avaient un droit subordonné au défaut d'adition d'hérédité de la part des institués, aux héritiers *ab intestat*, ou aux substitués vulgaires (3). Lorsque les héritiers externes ont fait adition d'hérédité, ils ne peuvent plus répudier : l'héritier sien, qui s'est immiscé, ne peut plus s'abstenir de l'hérédité : toutefois, si l'un ou l'autre est mineur de 25 ans, il peut se faire restituer par le préteur pour cause de lésion; il faut que cette lésion soit démontrée au préteur: il n'accorde donc la restitution qu'en connaissance de cause (4).

§ VI. Sciendum tamen est, divum Hadrianum etiam majori viginti-

§ 6. Il faut cependant savoir que l'empereur Adrien a accordé, même

(1) Gaius, II. 164-166.

(2) Cette opinion ancienne est encore adoptée aujourd'hui, et même il est certain que Justinien n'a fixé aucun délai fatal pour l'adition d'hérédité; et en cela nous n'admettons pas l'opinion contraire de M. Ducaurroy, copiée par M. Ortolan (*hic*). Voyez Vangerow, T. 2. p. 352., et Lehrb. 3me édit. § 703., et continuation de Glück, XLI. p. 295.: ils ont mal compris Mühlenbruch, les LL. 19. et 22. § 1. C. 6. 30.

(3) Gaius, II. 167. L. 4. § 2. L. 2. D. 28. 8. L. 9. C. 6. 30.

(4) L. 7. § 5. L. 9. L. 11. § 3. L. 13. D. 4. 4.

quinque annis veniam dedisse, cum post aditam hereditatem grande æs alienum, quod aditæ hereditatis tempore latebat, emersisset. Sed hoc divus quidem Hadrianus speciali beneficio cuidam præstavit; divus autem Gordianus postea in militibus, tantummodo hoc extendit : sed nostra benevolentia commune omnibus subjectis imperio nostro hoc præstavit beneficium, et constitutionem tam æquissimam quam nobilem scripsit, cujus tenorem si observaverint homines, licet eis et adire hereditatem, et in tantum teneri, in quantum valere bona hereditatis contigerit ut ex hac causa neque deliberationis auxilium eis fiat necessarium, nisi, omissa observatione nostræ constitutionis, et deliberandum existimaverint, et sese veteri gravamini aditionis supponere maluerint.

aux majeurs de vingt-cinq ans, le droit de revenir contre une adition d'hérédité, lorsque depuis cette adition s'était révélée l'existence de dettes considérables, inconnues lors de l'adition. Mais Adrien n'avait accordé cette faveur qu'à une seule personne. Gordien ensuite établit ce bénéfice pour tous les militaires. C'est par un effet de notre bienveillance qu'il est devenu commun à tous les sujets de notre empire; et nous avons promulgué, à cet égard, une constitution qui se recommande autant par son équité que par les sentiments élevés qui s'y trouvent exprimés. Tous ceux qui voudront s'y conformer pourront, quoique faisant adition d'hérédité, n'être tenus que jusqu'à concurrence des biens héréditaires : de telle sorte qu'on n'aura plus besoin de délibérer : ce ne sera qu'à défaut de l'observation de notre constitution qu'on se trouvera exposé aux conséquences facheuses que présentait autrefois l'adition d'hérédité.

Les majeurs de vingt-cinq ans pouvaient aussi être admis à la restitution en entier contre leur adition d'hérédité, par suite d'une concession spéciale, d'après Adrien, ou à cause de la profession des armes, d'après Gordien, lorsqu'on découvrait, depuis l'adition d'hérédité, des dettes considérables (1).

* Justinien, pour éviter toute difficulté, a établi le bénéfice d'inventaire, en vertu duquel les héritiers peuvent accepter une hérédité sans courir le risque de payer les dettes au delà de la valeur de la succession. Il faut pour cela dresser un inventaire constatant les objets composant l'hérédité, afin de pouvoir en rendre compte aux créanciers héréditaires (2). Si l'héritier institué ne profite pas de ce bénéfice, il encourt toutes les conséquences d'une adition pure et simple. Ainsi, depuis cet empereur, l'héritier a : 1° le *jus deliberandi*, pour savoir s'il veut accepter ou répudier l'hérédité; 3° le droit d'accepter sous bénéfice d'inventaire (3).

---

(1) Le Code civil a admis cette restitution contre l'acceptation pour la découverte d'un testament qui absorbe de plus de moitié la succession. (Art. 783.) Des auteurs ont conclu, à tort, de cet art. 783, que l'héritier est tenu des legs *ultra vires*.

(2) L. 22. C. 6. 30. En droit français, ce principe a été admis. Voyez Cod. civ. art. 793-810.

(3) Celui qui accepte sous bénéfice d'inventaire est héritier : celui qui répudie est censé ne l'avoir jamais été. Le premier recueillera l'excédant de l'hérédité, après les dettes payées.

§ VII. Item extraneus heres, testamento institutus, aut ab intestato ad legitimam hereditatem vocatus, potest, aut pro herede gerendo, vel etiam nuda voluntate suscipiendæ hereditatis, heres fieri. Pro herede autem gerere quis videtur, si rebus hereditariis tanquam heres utatur, vel vendendo res hereditarias, aut prædia colendo locandove, et quoquo modo si voluntatem suam declaret, vel re vel verbis de adeunda hereditate, dummodo sciat, eum, in cujus bonis pro herede gerit, testato intestatove obiisse, et se ei heredem esse. Pro herede enim gerere, est pro domino gerere : veteres enim heredes pro dominis appellabant. Sicut autem nuda voluntate extraneus heres fit : ita et contraria destinatione statim ab hereditate repellitur. Eum, qui mutus vel surdus natus est, vel postea factus, nihil prohibet, pro herede gerere, et acquirere sibi hereditatem, si tamen intellegit, quod agitur.

§ 7. L'héritier externe, institué par un testament, ou venant à une hérédité légitime *ab intestat*, peut fixer sur sa tête la qualité d'héritier, soit en faisant acte d'héritier, soit même par une simple manifestation de volonté. Or, on fait acte d'héritier quand on use des choses héréditaires en maître, par exemple, en les vendant, en cultivant ou louant des immeubles, ou en exprimant, d'une manière quelconque, qu'on veut être héritier, soit verbalement, soit par un fait ; pourvu toutefois que, en faisant l'un de ces actes, on sache que l'auteur est décédé avec ou sans testament, et qu'on doit lui succéder. Car, faire acte d'héritier, c'est agir en maître : en effet, les anciens employaient le mot *heres* dans le sens de maître. — Mais, de même que l'on devient héritier par une simple manifestation de volonté, de même, par une manifestation de volonté contraire, on est exclu de l'hérédité. — Le sourd ou le muet, de naissance ou par accident, peut aussi, en faisant acte d'héritier, acquérir une hérédité, pourvu qu'il ait l'intelligence de ce qu'il fait.

*La crétion, dont nous avons déjà parlé, était une acceptation solennelle, dans laquelle il fallait prononcer des paroles dont nous avons indiqué la formule, et dans laquelle il fallait, sinon entendre d'autres paroles prononcées par un autre, du moins entendre soi-même ce que l'on prononçait. D'où la conséquence que le muet ne pouvait faire crétion, de même que le sourd de naissance ou devenu tel par un événement postérieur à sa naissance : mais on pouvait faire adition d'héritier sans solennité, en faisant un simple acte supposant nécessairement l'intention d'être héritier : ainsi le sourd ou le muet pouvait faire adition d'hérédité.

Un délai était donné pour la crétion à celui que le testateur avait institué, et il était déterminé par le testateur lui-même. Ce délai était ordinairement de cent jours : il pouvait être plus court ou plus long : s'il était plus long, le préteur pouvait le restreindre à cent jours (1).

(1) *Gaius*, II. 170.

Le délai déterminé par le testateur courait du jour où l'héritier avait connaissance de la délation d'hérédité et avait pu faire crétion. Alors celle-ci s'appelait *cretio vulgaris*. Quelquefois ce délai courait du jour de la délation, sans avoir égard à la connaissance qu'avait pu acquérir l'héritier de son droit, ou à la possibilité de remplir le vœu du testateur. Alors la crétion était dite *continua* (1)

Si l'héritier institué ne faisait pas crétion dans le délai, il était exclu de l'hérédité : et réciproquement, s'il avait manifesté une volonté contraire à l'acceptation, avant l'expiration du délai fixé par la crétion, rien ne l'empêchait de faire ensuite crétion si le délai n'était pas encore expiré (2).

Si dans ce délai l'institué avait fait adition d'hérédité en omettant les solennités de la crétion, il était héritier, mais pourvu que le testateur ne l'eût pas exhérédé pour le cas où il n'aurait pas fait crétion (3).

La crétion a été supprimée en 407, par Arcadius, Honorius et Théodose ; il n'en est plus question du temps de Justinien.

Voici maintenant quels sont les principes de l'adition d'hérédité :

1° Elle avait lieu par la manifestation de la volonté de l'institué, par paroles ou écrit, ou par un acte supposant nécessairement l'intention d'être héritier (4) (*pro herede gerere aut etiam nuda voluntate*). On agit *pro herede* en faisant un acte qu'on n'aurait le droit de faire qu'en qualité de propriétaire des biens héréditaires (5).

2° L'héritier, en faisant acte d'héritier ou en manifestant sa volonté expressément, ne devient pas héritier s'il agit avant l'ouverture de la succession, ou depuis l'ouverture, mais dans l'ignorance ou même le doute relativement soit à cette ouverture, soit à son droit (6).

Les fous ne peuvent accepter une hérédité, puisqu'ils sont incapables de volonté ; mais ils peuvent acquérir l'hérédité du maître ou de l'ascendant testateur sous la puissance duquel ils se trouvent au moment de sa mort, parce que, devenant nécessaires, leur volonté n'est pas requise (7). Mais le prodigue interdit peut vouloir de manière à faire adition d'hérédité (8). Le sourd ou le muet, ou le sourd-muet peut faire adition, parce qu'il peut manifester sa volonté d'acquérir l'hérédité (9). Quant

---

(1) Ibid. II. 172.

(2) Ibid. 168.

(3) Dans ce cas, la crétion s'appelle *imperfecta*. Ulp., fr. XXII. 34.

(4) Voyez Cod. civ. 778. Gaius, II. 167.

(5) La location ou la vente d'un objet héréditaire peut, malgré notre texte, ne pas emporter adition d'hérédité, si l'héritier n'y a procédé que pour pourvoir provisoirement à l'administration des biens. Cod. civ. 779. L. 20. pr. § 1. D. 29. 2.

(6) LL. 19. 32. 18. § 1. D. 29. 2.

(7) L. 63. D. 29. 2,

(8) L. 5. § 1. D. ib.

(9) *Hic*. LL. 5. 93. §§ 1 et 2. D. Ibid.

au pupille, il peut faire adition avec l'autorisation de son tuteur, et même faire crétion s'il peut prononcer les paroles solennelles : s'il ne ne peut parler, son tuteur ne peut faire la crétion pour lui : et s'il n'a pas une volonté suffisante pour l'adition, elle ne peut non plus être faite par le tuteur (1). Quant aux institués placés sous la puissance d'une autre personne, ils ne peuvent, qu'avec l'ordre de celle-ci, accepter l'hérédité à laquelle ils sont appelés.

Théodose avait décidé (2) que les descendants institués par un ascendant, sous la puissance paternelle duquel ils ne se trouvaient pas, transmettraient à leur postérité la succession qu'ils n'avaient pas encore acceptée, lorsqu'ils viendraient à mourir avant l'ouverture du testament. Mais Justinien voulut que tous ceux qui décéderaient dans l année, avant d'avoir répudié, transmissent sans distinction, à leurs héritiers quelconques, les successions testamentaires ou *ab intestat* de leurs ascendants (3).

Celui qui avait le droit d'accepter une hérédité avait aussi le droit de la répudier : pour la répudiation, la seule volonté suffisait comme pour l'acceptation. Mais la répudiation était irrévocable : les mineurs de vingt-cinq ans avaient seuls la faculté de revenir, au moyen d'une restitution en entier, contre les effets de leur répudiation. Tout autre ne pouvait plus prétendre à cette hérédité, fermée d'abord par sa répudiation, à moins qu'il n'y eût eu un second titre, par exemple, en vertu d'une substitution, ou comme héritier *ab intestat* (4).

## *Questions sur les Titres X–XIX.*

*Qu'est-ce qu'un testament? pag.* 328 **. — Combien y avait-t il d'espèces de testaments dans l'origine?* 329 **. — Quelle fut la troisième forme de tester?* 330 **. — Quelle modification apporta-t-on à la troisiéme maniére de tester?* 330 ***. — Quelle fut la quatrième manière de tester?* 331 ** — Qu'est-ce que le testament tripartit, cinquième manière de tester?* 332 ** — Chaque témoin doit-il avoir son cachet spécial?* 333 **. — Quels sont ceux qu'on peut prendre pour témoins?* 333 ****, 334 ** et **.* — Quid *si un témoin était esclave et qu'il eût été considéré comme libre?* 335 **. — Deux membres de la même famille peuvent-ils être témoins dans le testament d'autrui?* 335 ***.* — Quid *de l'*emptor familiæ *et du véritable héritier?* 336 ** et ***, 337 **.* — Quid *des*

---

(1) Le tuteur ou l'ascendant a pu accepter pour le pupille au-dessous de sept ans depuis Théodose. L. 1. § 1. C. 6. 61. Justinien permit à un curateur de demander la possession de biens pour un fou. L. 7. § 5. C. 5. 70.

(2) L. 1. C. 6. 52.

(3) L. L. 19. C. 6. 30. L. un. § 5. C. 6. 51.

(4) L. 76. § 1. L. 16. § 1. D. 29. 2.

*légataires et fidéicommissaires*? 338 *. — *Qu'entend-on par exemplaires du même testament*? 339 *. — *Qu'est-ce que le testament noncupatif, sixième manière de tester*? 339 **.

*Quels principes régissaient le testament militaire*? 340 *. — *Comment fut introduit ce testament*? 340 **. — *Que faut-il pour qu'il soit valable*? 341 *. — *Les sourds et les muets pouvaient-ils faire un testament militaire* 342 *. — *A qui appartenait le privilége de tester ainsi*? 342 **. — *Combien de temps vaut un testament militaire*? 343 *. — *Un testament, nul d'après les règles ordinaires, devient-il valable par cela seul que le testateur devient militaire*? 343 **, 344 *.

*Le droit de faire un testament est-il une concession de la loi*? 347 *, — *Quelles sont les conditions nécessaires pour la faction de testament active*? 347 **. — *A qui appartenait le pécule castrens d'un fils de famille mort* intestat? 348 *. — *Qu'est-ce que la capacité de droit? Qu'est-ce que la capacité de fait*? 349 *. — *Sous le rapport de la capacité de tester des sourds-muets, qu'a décidé Justinien*? 350 *. — *Qu'a-t-il été statué à ce sujet quant à l'aveugle*? 350 **. — Quid *du captif et des femmes pubères*? 351 * *et* **. — *A quelle époque le testateur doit-il être capable de droit ou de fait*? 351 ***.

*La liberté de tester fut-elle limitée*? 353 *. — *A quelle époque remonte l'origine de l'exhérédation des enfants*? 354 *. — *Quels étaient les principes de l'exhérédation, d'après l'ancien droit civil*? 354 **. *Comment devait être faite l'exhérédation*? 354 ***. — *Qu'arrivait-il s'il n'y avait pas exhérédation du* suus heres? 354 ****. — Quid *si le petit-fils, la fille ou la petite-fille n'étaient pas exhérédés*? 355 *.—*Qu'entend-on par posthumes*? 355 1°. — *Que sont les posthumes Velléiens*? 356 *. — *Comment devaient être exhérédés les posthumes mâles*? 357 *. — *Comment devaient être exhérédées les posthumes femmes*? 357 **. — *Le fils émancipé devait-il être exhérédé*? 358 *. — *Comment devaient être exérédés les émancipés*? 358 **. — *Quelle différence y avait-il entre la nullité du testament et sa rescision pour défaut d'exhérédation*? 358 ***. *Les enfants adoptifs devaient-ils être exhérédés*? 360 *. — *Que décida Justinien quant à l'exhérédation*? 360 **. — *L'exhérédation était-elle nécessaire dans le testament militaire*? 361 *. — *La mère, l'ascendant maternel devaient-ils exhéréder*? 361 **.

*Qu'est-ce que la faction de testament passive relativement aux héritiers*? 362 *. — *En quoi diffère-t-elle du* jus capiendi? 363 *. — *Que devait faire un testateur qui instituait son esclave héritier*? 364 *. — *Les esclaves institués par leur maître peuvent-ils être héritiers pour eux-mêmes s'ils ne deviennent pas libres au moins à la mort du testateur*? 365 *. — Quid *si, depuis la confection de son testament, leur maître les aliène*? 365 **. — *Un testateur peut-il instituer héritier l'esclave d'autrui*? 366 *. — *Peut-il instituer l'esclave de plusieurs maîtres*? 367 *. — *Peut-on instituer plusieurs héritiers*? 368 *. *Comment se divise l'hérédité*? 368 **. — *L'institution peut-elle être pure et simple, conditionnelle, à terme, ou à partir d'un certain temps*? 372 * *et* **, 373 *. — Quid *de l'institution subordonnée à une condition impossible*? 374 *. — Quid *de l'institution subordonnée à plusieurs conditions*? 375 * — *Pouvait-on instituer des personnes incertaines*? 376 *.

*Qu'est-ce qu'une substitution en général? Qu'est-ce que la substitution*

*vulgaire?* 376 *. — *Que devait faire un testateur qui voulait être sûr d'avoir un héritier testamentaire?* 377 * *et* **. — *Ne pouvait-il pas substituer réciproquement les héritiers institués?* 378 *. — *Pour quelles parts ceux qui sont substitués réciproquement viennent-ils à la substitution?* 380 *. — Quid *si un testateur, à un héritier institué, a substitué un cohéritier, et, à ce dernier, une autre personne non instituée?* 380 **. — Quid *si le testateur, ayant institué une personne, la croyant libre, lui substitue quelqu'un pour le cas où elle ne viendrait pas à l'hérédité?* 381 *.

*Qu'est-ce que la substitution pupillaire?* 383 *. — *Qu'est-ce que la substitution quasi-pupillaire?* 384 *. — *N'y a-t-il qu'un testament lorsque le père de famille a fait une substitution pupillaire?* 385 *. — *Le père pouvait-il tester pour son fils sans tester pour lui-même?* 387 *. — *Comment cessait la substitution pupillaire?* 389 § 8. — *Pouvait-on substituer pupillairement à un étranger?* 389 § 9.

*Qu'est-ce qu'un testament infecté d'un vice au moment de sa confection?* 390 1°. — *De combien de manières un testament peut-il être vicié depuis sa confection?* 390 2°. — *Quelle est la première cause de rupture d'un testament?* 391 *. — *Quelle est la seconde cause de rupture?* 392 *. — Quid *si un testament postérieur n'institue un héritier que pour un objet déterminé?* 393 *. — *Quand un testament devient-il* irritum? 394 *. — Quid *si le testateur, déchu d'état depuis la confection du testament, était redevenu* sui juris *avant son décès?* 395 *. — *La volonté contraire d'un testateur révoquait-elle toute seule son testament?* 397 *.

*Quel était le but de la plainte d'inofficiosité?* 399 *. — *Dans quel ordre est-elle accordée?* 399 **. — *Quels sont les collatéraux à qui elle appartient?* 400 *. — *Pouvait-on recourir à cette voie quand on avait un autre moyen d'attaquer le testament?* 400 **. — *Quel caractère nouveau a pris la plainte d'inofficiosité sous Justinien?* 401 *. — *En quoi l'action en supplément différait-elle de la plainte d'inofficiosité?* 402 *. — *Quels actes emportaient renonciation à cette plainte?* 402 **. — *Que doit-on imputer au légitimaire pour savoir s'il a son quart?* *.

*Quand une hérédité est-elle acquise?* 404 *. — *Qu'est-ce qu'un héritier nécessaire?* 405 *. — *Quel était l'avantage que trouvait un testateur à instituer son esclave?* 406 *. — *L'héritier nécessaire pouvait-il obtenir la séparation de son patrimoine d'avec celui du défunt?* 406 **. — *Qu'est-ce qu'un héritier sien et nécessaire?* 408 *. — *L'héritier sien et nécessaire pouvait-il s'abstenir?* 409 *. — *Quelle est la troisième classe d'héritiers? Pourquoi les appelle-t-on externes? Pourquoi volontaires?* 411 * *et* **. — *A quelles époques les héritiers externes devaient-ils être capables?* 412 *. — *Y avait-il un délai pour faire crétion ou adition?* 413 *. — *Quel est l'effet de l'adition?* ib. *Qui pouvait faire crétion ou adition?* 415 *. — *Qu'a établi Justinien pour éviter les conséquences du* jus deliberandi? 414 *. — *Comment pouvait-on faire adition?* 416, 1° *et* 2°.

# TITULUS XX.

## DE LEGATIS.

Pr. Post hæc videamus de legatis. Quæ pars juris extra propositam quidem materiam videtur : nam loquimur de his juris figuris, quibus per universitatem res nobis acquiruntur. Sed cum omnino de testamentis, deque heredibus, qui testamento instituuntur, locuti sumus, non sine causa sequenti loco potest hæc juris materia tractari.

§ 1. Legatum itaque est donatio quædam a defuncto relicta.

# TITRE XX.

## DES LEGS.

Pr. Nous allons maintenant nous occuper des legs. Cette matière peut paraître ne point être ici à sa place : en effet, la partie des Institutes, dans laquelle nous nous trouvons, est relative aux modes d'acquérir à titre universel. Cependant, comme nous venons de parler des testaments et des institutions d'héritiers, il ne sera pas hors de propos de faire suivre ce qui précède de la matière des legs.

§ 1. Le legs est une espèce de donation laissée à quelqu'un par un défunt.

Ulpien (1) nous apprend que le mot *legs* vient de *lex*, parce qu'il est fait avec des expressions impératives, à la différence du fidéicommis, pour lequel sont employées des expressions précatives. Ainsi, la loi des Douze Tables nous offre le mot *legare* dans le sens général de *disposer*, *ordonner*, s'appliquant aux institutions d'héritiers comme aux legs (2).

Dans son sens le plus large, *legs* signifie toute libéralité qui dépend du décès du donateur, et comprend par conséquent et le legs proprement dit, et le fidéicommis, et la donation pour cause de mort (3).

* Dans notre texte, le mot legs semble indiquer et le legs proprement dit et le fidéicommis, car l'un et l'autre sont *une donation laissée par un défunt*, à la différence de la donation pour cause de mort, qui, à la vérité, ne produisait d'effet irrévocable ou certain qu'à la mort du donateur, mais était faite et non *laissée*. En effet, la donation pour cause de mort se faisait par convention ; elle devait être acceptée par le donataire du vivant du donateur (4). Cette définition du legs est conforme à l'innovation de Justinien, qui a mis les fidéicommis sur la même ligne que les legs : car, avant lui, on définissait le legs : *donatio quædam testamento facta* (5), pour le distinguer du fidéicommis, qui pouvait être fait sans testament. Pour faire encore mieux ressortir la différence entre les legs

---

(1) Fr. XXIV.1 .
(2) L. 120 D. 50. 16.
(3) L. 87. D. 32.
(4) Voyez *supra*, p. 300 **.
(5) L. 36. D. 32.

ou les fidéicommis, on ajoutait à la définition : *ab herede præstanda*, parce que le legs ne pouvait être mis par le défunt à la charge d'un légataire ou d'un autre fidéicommissaire (1). Mais en ajoutant ces mots : *ab herede præstanda*, la définition du legs ne s'appliquait plus qu'aux legs *per damnationem ;* ce qui était un autre inconvénient.

§ II. Sed olim quidem erant legatorum genera quatuor : per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per præceptionem; et certa quædam verba cuique generi legatorum significabantur. Sed ex constitutionibus divorum principum sollemnitas hujusmodi verborum penitus sublata est. Nostra autem constitutio, quam cum magna fecimus lucubratione, defunctorum voluntates valiores esse cupientes, et non verbis, sed voluntatibus eorum faventes, disposuit, ut omnibus legatis una sit natura, et, quibuscumque verbis aliquid derelictum sit, liceat legatariis id persequi, non solum per actiones personales sed etiam per in rem, et per hypothecariam : cujus constitutionis perpensum modum ex ipsius tenore perfectissime accipere possibile est.

§ 2. Autrefois les legs se faisaient de quatre manières, savoir : par translation immédiate de propriété ; par obligation de donner, imposée à l'héritier ; par obligation de laisser prendre et par préciput ; et, pour distinguer chacun de ces legs, on se servait d'expressions techniques et spéciales. Ces expressions sacramentelles ont été supprimées par des constitutions impériales. En outre, nous avons élaboré avec soin une constitution dans le but de donner plus de force à la volonté des morts, de faire respecter plutôt leur volonté que leurs paroles, de laquelle il résulte qu'il n'y a plus qu'une espèce de legs, que tout légataire, quelles que soient les expressions dont le testateur se sera servi, peut réclamer le legs qui lui est fait, soit par action personnelle, soit par action réelle, soit par action hypothécaire. On pourra d'ailleurs, par la lecture de cette constitution, se convaincre de la sagesse des mesures que nous avons prises à ce sujet.

1° Legs *per vindicationem.* — On appelait ainsi le legs dont l'effet était de transférer la propriété quiritaire de la chose léguée, du testateur au légataire, sans qu'elle eut reposé un seul instant sur la tête de l'héritier. De là résulte d'abord que le testateur ne pouvait léguer ainsi qu'une chose dont il était lui-même propriétaire quiritaire au moment de son décès, parce qu'à cette époque la propriété était censée devoir être transférée au légataire ; ensuite, qu'il devait en être propriétaire au moment de la confection du testament (2), parce que les expressions

(1) L. 36. D. 31.

(2) Ce ne pouvait être une conséquence de la règle catonnienne ; car cette règle ne s'appliquait point aux legs conditionnels : or, le principe qui voulait que le testateur fût propriétaire de la chose léguée au moment de la confection du testament, régissait aussi les legs conditionnels. Voyez la

impératives qu'il devait prononcer à ce moment supposaient tous les droits d'un maître (1).

Quoique la propriété de la chose ainsi léguée dût passer au légataire, sans s'être reposée sur la tête de l'héritier, cependant cette propriété n'était acquise qu'à l'adition d'hérédité ; car cette adition d'hérédité était la condition *sine qua non* de la validité du legs, le testament ne pouvant produire d'effets qu'autant que l'institution d'héritier se réalisait (2).

Les Sabiniens pensaient que la propriété du legs *per vindicationem* était acquise au légataire, même à son insu, dès l'adition d'hérédité; mais les Proculéiens exigeaient, pour cette acquisition, la volonté du légataire. Un rescrit d'Antonin-le-Pieux semble avoir fait triompher l'opinion des Proculéiens (3).

Les formules du legs *per vindicationem* étaient : *hominem Stichum do lego; do, capito, sumito, sibi habeto* (4).

2° Legs *per damnationem*. —Cette dénomination indique que l'héritier est obligé, par le testament, de donner, ou de faire, ou de s'abstenir, en faveur du légataire, *damnas esto* étant la locution la plus ancienne employée pour signifier une obligation produisant les mêmes effets qu'un *judicatum* (5). Ce legs constituait donc pour l'héritier l'obligation la plus stricte qu'on pût imaginer. Il donnait au légataire, contre l'héritier, l'action personnelle appelée *condictio certi*, lorsque l'objet légué était déterminé, et lorsqu'il était indéterminé, par exemple, un esclave en général, ou un fait, la *condictio incerti* ou *condictio ex testamento*.

Ce legs ne faisant qu'imposer une obligation à l'héritier, il en résulte que, à la différence du précédent, qui investissait le légataire du droit

---

généralité des termes employés par Gaius, II. 196., et par Ulpien, fr. XXIV. 7. Il n'est dérogé à ce principe que pour les legs de quantité, pour lesquels il suffisait que le testateur fût propriétaire au moment du décès.

(1) C'est peut-être parce que, dans l'origine, le testament par mancipation transférant la propriété immédiatement à l'héritier, le legs *per vindicationem* constituait une déduction des choses héréditaires : or, on ne pouvait déduire que ce qui s'y trouvait alors. Comme on ne peut excepter que des choses certaines, lors d'une mancipation, cela expliquerait aussi pourquoi le testateur n'avait pas besoin d'être propriétaire, lors de la confection du testament, des quantités léguées *per vindicationem*.

(2) On peut objecter que l'héritier, une fois qu'il a fait adition, est réputé avoir été propriétaire des choses de l'hérédité depuis le décès du testateur, puisqu'il est le continuateur de sa personne; mais on peut répondre ou que l'hérédité vacante représentant le défunt jusqu'à l'adition, celle-ci n'a pas d'effet rétroactif, ou que, s'il y a effet rétroactif pour l'héritier, il y a aussi rétroactivité pour le légataire. Du reste, voyez L. 64. D. 47. 2., et Pothier, Pand. tit. *de legatis*, n. 288, note c. Quand le legs est conditionnel, une fois la condition arrivée, même après l'adition d'hérédité, la chose léguée est censée n'avoir jamais appartenu à l'héritier. Voyez Pothier, ibid. n. 293.

(3) Gaius, II. 195.

(4) Gaius, II. 195. Ulp., fr. XXIV. 3.

(5) Voyez Zimmern traduit, p. 135. Le *judicatum* donnait le droit de contrainte par corps (*manus injectio*) : le legs *per damnationem* donnait donc au légataire un droit d'exécution forcée contre l'héritier, dans l'origine du moins.

réel, il pouvait avoir pour objet une chose de l'héritier comme du testateur, et même d'une tierce personne (1). Dans ce dernier cas, l'héritier devait se la procurer pour ensuite en rendre le légataire propriétaire. Les formules employées dans le testament, pour cette espèce de legs, étaient : *heres meus damnas esto dare*, ou bien *dato*, *facito*, *heredem meum dare jubeo* (2).

3° Legs *sinendi modo*. — Par un tel legs, le testateur obligeait l'héritier à laisser prendre une chose par le légataire. Il pouvait donc avoir pour objet une chose du testateur ou du patrimoine de l'héritier. Il ne donnait au légataire qu'une action personnelle tendant à contraindre l'héritier de laisser prendre (3) ; la chose léguée ne devenait donc la propriété du légataire que quand il en avait pris possession, mais pourvu que le testateur ou l'héritier en eût été lui-même propriétaire. Les expressions employées pour ce legs étaient : *heres meus damnas esto sinere Lucium Titium sumere illam rem sibique habere* (4).

4° Legs *per præceptionem*. — *Præcipere*, d'où vient *præceptio*, veut dire prendre avant. En effet, un tel legs ne pouvait être fait qu'à l'un des cohéritiers, et lui donnait le droit de prélever quelque chose sur l'hérédité lors du partage. Le testateur exprimait à ce sujet sa volonté dans le testament de la manière suivante : *Lucius Titius illam rem præcipito* (5). Ce prélèvement était obtenu par le légataire dans le partage lui-même, par conséquent au moyen de l'action mixte appelée *familiæ erciscundæ*. Il résulte de là qu'un tel legs ne pouvait comprendre que des choses héréditaires.

Ce legs n'étant valable, comme tel, qu'en supposant un prélèvement en même temps qu'un partage avec des cohéritiers, le testateur ne pouvait léguer ainsi qu'une chose de l'hérédité. Qu'arrivait-il si un tel legs était fait à un autre qu'à un cohéritier? Les Sabiniens le considéraient comme nul ; les Proculéiens le regardaient comme valable, disant qu'en ôtant la préposition *præ* il restait *capito*, par conséquent un legs *per vindicationem;* Julien, enfin, appliquant le Sc. Néronien, dont il sera bientôt parlé, voulait qu'un tel legs fût valable comme legs

---

(1) Il pouvait avoir pour objet des choses futures aussi bien que des choses présentes ; et, comme il est bien difficile de supposer que l'objet de l'obligation de l'héritier ne fût pas susceptible d'être presté, on appelait ce legs le *legs par excellence* (*optimum jus legati*).

(2) Gaius, II. 201. Ulp., fr. XXIV. 4.

(3) Gaius (II. 213.) pense que ce legs donnait au légataire non seulement le droit de prendre la chose léguée, mais encore celui de contraindre l'héritier à la lui manciper, ou céder *in jure*, ou livrer, comme le legs *per damnationem*. Il n'y aurait donc eu d'autres différences entre ces deux espèces de legs, qu'en ce que, par le legs *per damnationem*, le testateur pouvait léguer la chose d'autrui, et en ce que peu importait, pour le legs *sinendi modo*, à quelle époque la chose léguée avait appartenu au testateur ou à l'héritier. Gaius, II. 209. 210.

(4) Gaius, II. 209. Ulp., fr. XXIV. 5.

(5) Gaius, II. 216. Ulp., fr. XXIV. 6.

*per damnationem*. Adrien, par une constitution, confirma l'opinion des Proculéiens (1).

En résumé, le legs *per vindicationem* et le legs *per præceptionem* conféraient tous deux au légataire un droit réel : le droit réel, qui résultait du premier, donnait la revendication contre qui que ce fût, même contre l'héritier (2) ; du droit réel du second naissait, pour le légataire aussi, la revendication contre les tiers ou les cohéritiers. Quant à ces derniers, le légataire avait encore l'action en partage (3). Toutefois, le legs *per præceptionem* ne conférait le droit réel qu'autant qu'il était fait dans les conditions du legs *per vindicationem* (4). Quant aux legs *per damnationem* et *sinendi modo*, ils ne donnaient que l'action personnelle.

Les différences entre ces quatre sortes de legs étaient caractérisées par les expressions dont s'était servi le testateur ; et si les expressions ne pouvaient être en harmonie avec la chose léguée, le legs était nul. Mais peu à peu la forme perdit de sa puissance, et l'on en vint à consulter plutôt l'intention du testateur que les termes émanés de lui. Ainsi un Sc. appelé Néronien (5) décida que, lorsqu'un legs ne pourrait valoir à cause d'une formule inapplicable, il vaudrait toujours comme legs *per damnationem* (6). Si donc le testateur avait légué la chose d'autrui avec la formule du legs *per vindicationem*, ou celle du legs *per præceptionem*, ou même celle du legs *sinendi modo*, le legs était censé fait *per damnationem*. Il en était de même, d'après certains jurisconsultes, du legs *per præceptionem* qu'aurait fait de sa propre chose le testateur en faveur d'un autre que d'un héritier (7).

---

(1) Gaius, II 218 et 221.

(2) Les L. 84. § 13. L. 85. L. 108. § 2. D. 50. L. 76. § 8. D. 31. donnent, pour le legs *per vindicationem*, le choix entre l'action personnelle et l'action réelle ; mais c'est par une conséquence éloignée du Sénatusc. Néronien, qui permet, dans certains cas, de considérer un tel legs comme étant fait *per damnationem*. Voyez M. Ducaurroy, l. c. n. 1102.

(3) M. Ortolan (*hic*) croit que le legs *per præceptionem* ne transférait pas la propriété, par le motif que le légataire ne pouvait faire valoir le droit qu'un tel legs créait à son profit que par l'action en partage ? Est-ce que, par hasard, les cohéritiers ne sont pas co-propriétaires par indivis avant de partager l'hérédité ? Est-ce que l'action en partage n'amène pas entre les co-partageants une aliénation réciproque ?

(4) Le préciput, en effet, pouvait consister en une chose indéterminée, ou en une quantité, mise à la charge des autres cohéritiers : dans ce cas, ceux-ci étaient soumis à une action personnelle ; le droit résultant d'un tel legs pouvait s'exercer par une *condictio*, ou par une action en partage, au choix du légataire. Celui-ci pouvait même répudier l'hérédité, et alors il n'avait plus que la *condictio* ; ou bien, s'il mourait avant l'adition, il transmettait à ses héritiers personnels le droit au préciput, lequel alors évidemment ne pouvait plus être réclamé que par la *condictio*. Si, dans ces deux dernières hypothèses, la chose léguée était déterminée, le légataire ou ses héritiers n'avaient plus que la revendication, sauf l'exception indiquée à la note 2 qui précède. Voyez Mühlenbruch, l. c. § 7. 25. et L. 75. § 1. D. 31. L. 1. C. 4. 2. L. 17. § 2. D. 30. Toutefois, il est bon de faire remarquer que nous supposons que le legs fait à l'un des cohéritiers est mis à la charge des autres cohéritiers ; car, s'il n'est pas mis exclusivement à la charge des autres cohéritiers, ce sera un *prælegatum* proprement dit, qui n'a rien de commun avec le legs *per præceptionem*. Voyez Vangerow, l. c. T. 2. p. 428.

(5) Nous lui avons donné pour date l'an 813 de Rome. Voyez ci-dessus, p. 50.

(6) Gaius, II. 197. 212. 218. 220. Ulp., Fr. XXIV. 11 Fr. Vat. § 85.

(7) Gaius, II. 218.

*Quoique le Sc. Néronien fît produire des effets à un legs qui aurait été inutile à cause de l'inexactitude d'une formule employée, les formules de legs avaient cependant été conservées; mais plus tard, Constantin II, Constance et Constant supprimèrent la nécessité des formules, tant pour les institutions d'héritiers que pour les legs (1); et quelque temps après (en 342), Constantin fit cesser la nécessité des formules pour tous les actes (2). Dès-lors la volonté du testateur devint la seule règle, et l'esprit des dispositions l'emporta sur la lettre; mais rien n'empêchait de reconnaître dans une disposition, suivant l'intention manifestée par le défunt, un legs *per vindicationem*, ou un legs *per præceptionem*, ou un legs *sinendi modo*, ou un legs *per damnationem*.

**Justinien opéra à ce sujet une réforme plus radicale encore: il voulut qu'un légataire quelconque pût exercer à son choix ou l'action réelle, ou l'action personnelle, ou l'action hypothécaire. Quant à l'action hypothécaire, il pourra l'exercer dans tous les cas, puisqu'elle résulte pour lui de l'hypothèque qui lui est donnée sur tous les biens de la succession pour assurer l'exécution du legs. Quant à l'action personnelle, il lui est permis également de l'exercer même pour un legs de chose déterminée appartenant au défunt; car il peut renoncer à la revendication et poursuivre l'héritier comme obligé. Mais s'il veut avoir recours à l'action réelle, prétendre à la propriété, il faut que le legs soit d'une chose appartenant au testateur. Si donc le legs est de la chose d'autrui, ou d'une chose indéterminée (3), ou d'une créance, ou d'une libération, il n'aura, outre l'action hypothécaire, que l'action personnelle.

§ III. Sed non usque ad eam constitutionem standum esse existimavimus. Cum enim antiquitatem invenimus legata quidem stricte concludentem, fideicommissis autem, quæ ex voluntate magis descendebant defunctorum, pinguiorem naturam indulgentem: necessarium esse duximus, omnia legata fideicommissis exæquare, ut nulla sit inter ea differentia, sed, quod deest legatis, hoc repleatur ex natura fideicommisso-

§ 3. Nous avons pensé ne devoir point nous en tenir à cette constitution. En effet, l'ancien droit renfermait les principes sur les legs dans des limites étroites; quant aux fidéicommis, qui doivent leurs effets à la volonté du défunt beaucoup plus que les legs, les principes étaient plus larges et plus élastiques. Nous avons donc cru devoir faire disparaître cette différence, et mettre les legs sur la même ligne que les fidéicommis, de

(1) L. 21. C. 6. 37. L. 15. C. 6. 23. Ces deux Constitutions, l'une de Constance et de Constant, l'autre de Constantin, sont de l'an 339 de Jésus-Christ.

(2) L. 1. C. 2. 58.

(3) S'il y a dans l'hérédité des choses de la nature de la chose indéterminée qui a été léguée, le légataire aura le choix, et, quand il aura choisi, il pourra exercer l'action réelle. V. *infra*, *hoc titulo*, § 22.

rum, et, si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissi natura. Sed, ne in primis legum cunabulis, permixte de his exponendo, studiosis adolescentibus quandam introducamus difficultatem, operæ pretium esse duximus, interim separatim prius de legatis, et postea de fideicommissis tractare, ut, natura utriusque juris cognita, facile possint permixtionem eorum eruditi, subtilioribus auribus, accipere.

sorte que les legs empruntent ce qui leur manque aux fidéicommis, et réciproquement. Toutefois, de peur que, dans l'exposé des éléments du droit, nos jeunes élèves ne fassent confusion, nous avons pensé qu'il importait de ne parler d'abord que des legs, sauf à nous occuper plus loin des fidéicommis, afin que les uns étant une fois distingués des autres, il soit plus facile d'apercevoir les conséquences de la fusion que nous en avons faite.

* Autrefois il y avait plusieurs différences entre les legs et les fidéicommis, qu'il est nécessaire de faire connaître, pour répondre à la pensée de Justinien, qui veut ne pas fatiguer l'intelligence des jeunes juristes.

1° Quant à la forme. — Les legs étaient faits au moyen de paroles impératives que nous avons rapportées ci-dessus sur chacun des quatre legs, tandis que les fidéicommis revêtaient des expressions précatives : par exemple, *peto*, *rogo*, *mando*, *fideicommitto*, *deprecor*, *cupio*, *desidero*, *volo*, *injungo*, *impero* (1). Ces trois dernières emportent bien l'idée d'un ordre, mais ne sont pas à l'impératif ; et d'ailleurs, il est à remarquer qu'aucun de ces mots n'était employé comme sacramentel. — Les legs ne pouvaient être établis que dans un testament, ou un codicille confirmé par un testament, tandis que les fidéicommis n'exigeaient qu'un codicille, ou une expression de volonté quelconque, un signe de tête, par exemple (2).

2° Quant aux personnes qui devaient profiter. — On ne pouvait léguer à des personnes incapables ; mais on pouvait leur laisser des fidéicommis.

3° Quant aux personnes qui devaient exécuter. — Un legs ne pouvait être mis qu'à la charge d'un héritier institué ; le fidéicommis pouvait être recommandé à un légataire, à un autre fidéicommissaire, à un héritier *ab intestat*.

Sous Justinien ont disparu ces différences ; mais il en reste une : ainsi l'esclave affranchi par fidéicommis était l'affranchi du fiduciaire, tandis que l'esclave affranchi par legs était l'affranchi du testateur (3).

§ IV. Non solum autem testatoris vel heredis res, sed et aliena legari

§ 4. On peut léguer non seulement sa propre chose ou celle de l'héritier,

(1) Gaius, II. 249. Ulp., Fr. XXV. 2. Paul. Sent. IV. 1. § 5. L. 2. C. 6. 43.
(2) Ulp., Fr. XXV. 3. L. 21. D. 32. L. 32. C. 6. 42.
(3) Schrader (*hic*) pense qu'il n'est resté que cette différence.

potest : ita, ut heres cogatur redimere eam et præstare, vel, si non potest redimere, æstimationem ejus dare. Sed si talis res sit, cujus non est commercium, nec æstimatio ejus debetur, sicuti, si campum Martium, vel basilicas, vel templa, vel quæ publico usui destinata sunt, legaverit : nam nullius momenti legatum est. Quod autem diximus, alienam rem posse legari, ita intellegendum est, si defunctus sciebat, alienam rem esse, non et, si ignorabat : forsitan enim, si scisset alienam, non legasset. Et ita divus Pius rescripsit; *et verius esse, ipsum, qui agit, id est legatarium, probare oportere, scisse alienam rem legare defunctum, non heredem probare oportere, ignorasse alienam, quia semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit.*

mais encore celle d'autrui : dans ce dernier cas, l'héritier est obligé de l'acheter et de la fournir au légataire; s'il ne le peut, il doit lui en donner la valeur. Mais on ne peut léguer une chose hors du commerce : l'héritier ne devrait au légataire ni cette chose ni sa valeur : tels sont le Champ-de-Mars, les basiliques, les temples ou toute autre chose destinée à un usage public : un semblable legs n'aurait aucune valeur. Cependant, quand nous disons qu'on peut léguer la chose d'autrui, nous supposons que le testateur savait qu'elle appartenait à autrui; s'il l'ignorait, le legs serait nul : car, s'il l'avait su, il ne l'aurait peut-être pas léguée. Antonin-le-Pieux, dans un rescrit, a décidé que celui qui intente l'action, c'est-à-dire, le légataire, serait obligé de prouver que le testateur, en léguant, savait que la chose était à autrui, que l'héritier ne devait pas prouver que le testateur ignorait léguer la chose d'autrui : en effet, le fardeau de la preuve incombe toujours au demandeur.

*En léguant une chose hors du commerce, on n'oblige pas l'héritier à en payer la valeur au légataire; car il n'était pas permis de considérer cette chose comme pouvant être l'objet d'un legs. Les exemples de notre texte suffisent pour faire comprendre quelle est la chose qui doit être considérée comme étant hors du commerce. La même règle serait inapplicable à une chose qui ne serait hors du commerce que relativement à l'héritier; le legs d'une telle chose serait valable, et obligerait l'héritier à en payer la valeur au légataire (1).

Que décider du legs d'une chose qui n'est hors du commerce qu'à l'égard du légataire? Dans la L. 49. § 2. D. 31., Paul décide qu'un tel legs serait entièrement nul, tandis que, dans la L. 40. D. 30., Ulpien, et, dans la L. 114. § 5. *eod.*, Marcien, semblent se prononcer pour la validité d'une semblable disposition; mais cette diversité d'opinions n'est qu'apparente, et l'on doit tenir pour la décision de Paul (2). En

(1) L. 49. § 3. D. 31.

(2) Voyez Glück, *ad fragm. Julii Pauli ex libro ejus, V. ad leg. Jul. et Pap. quod extat in* L. 49. § 2. D. 31. Erl., 1817, in-4. Rosshirt, Verm. I. p. 224, et Vangerow, l. c. T. 2. p. 444. Conf. aussi Théoph. II. 20. § 4. et L. 34. D. 45. 1.

effet, dans la L. 40, on suppose que le testateur, tout en désignant une chose dont le légataire n'avait pas le commerce, entendait lui en donner la valeur; et dans la L. 114, il s'agit d'une chose qu'une loi n'a pas défendu au légataire d'acquérir, et dont l'acquisition ne lui est devenue impossible que par un accident tout à fait personnel : par exemple, une *militia* léguée à un castrat (1).

§ V. Sed et, si rem obligatam creditori aliquis legaverit, necesse habet heres luere. Et hoc quoque casu idem placet, quod in re aliena, ut ita demum luere habeat heres, si sciebat defunctus rem obligatam esse : et ita divi Severus et Antoninus rescripserunt. Si tamen defunctus voluit legatarium luere, et hoc expressit, non debet heres eam luere.

§ 5. Si la chose léguée est engagée à un créancier, l'héritier devra la dégager. Ici nous dirons, comme dans le cas où le testateur a légué la chose d'autrui, que l'héritier ne devra la dégager que si le défunt savait qu'elle fût engagée : telle est la décision que l'on rencontre dans un rescrit de Sévère et d'Antonin. Et quand même il serait prouvé que le testateur connaissait cette circonstance, l'héritier ne serait pas obligé de dégréver l'objet légué, si toutefois le testateur a exprimé qu'il l'entendait ainsi.

§ VI. Si res aliena legata fuerit, et ejus vivo testatore legatarius dominus factus fuerit : si quidem ex causa emptionis, ex testamento actione pretium consequi potest; si vero ex causa lucrativa, veluti ex donatione, vel ex alia simili causa, agere non potest. Nam traditum est, *duas lucrativas causas in eundem hominem et in eandem rem concurrere non posse.* Hac ratione, si ex duobus testamentis eadem res eidem debeatur, interest utrum rem, an æstimationem ex testamento consecutus est : nam si rem, agere non potest, quia habet eam ex causa lucrativa, si æstimationem, agere potest.

§ 6. Si la chose d'autrui a été léguée, et que le légataire en ait acquis la propriété du vivant du testateur, il aura le droit d'en obtenir la valeur par l'action *ex testamento*, pourvu toutefois qu'il ait fait cette acquisition à titre onéreux : car, s'il l'a faite à titre gratuit, par l'effet d'une donation ou d'une autre cause semblable, il n'aura pas d'action. En effet, il est reconnu depuis longtemps qu'un même individu ne peut obtenir la même chose par deux titres lucratifs. C'est pourquoi, si la même chose a été léguée par deux testateurs au même légataire, il importe de savoir si ce qu'il a acquis d'abord est la chose ou si c'est la valeur : dans le premier cas, il n'a pas d'action pour la valeur, puisqu'il a la chose à titre lucratif; dans le second cas, il pourra actionner pour la chose.

* Léguer au légataire sa chose, c'est lui faire un legs inutile; car il

(1) L. 4. pr. D. 49. 16. L. 35. D. 32.

ne peut pas demander qu'on le rende propriétaire d'une chose dont il a déjà la propriété : c'est ce que dit le § 10 de ce titre. Or, lorsque la chose léguée, qui n'appartenait pas au légataire au moment de la confection du testament, est devenue sa propriété depuis cette époque (1), c'est-à-dire soit avant, soit après le décès du testateur, il devient aussi inutile que dans l'hypothèse du § 10 que le légataire demande à acquérir cette propriété. Mais le legs ici était valable dans le principe, tandis que, dans le principe, le legs du § 10 était déjà nul. D'un autre côté, si l'acquisition de la chose faite par le légataire a pour cause un prix, en un mot, si le légataire l'a achetée, il pourra redemander ce prix, puisque son patrimoine a été diminué d'autant (2), et que le testateur avait l'intention qu'il acquît à titre gratuit la chose léguée : mais si cette acquisition a été faite à titre gratuit, il ne peut plus rien demander à l'héritier, puisqu'il a la chose déjà comme le voulait le testateur.

Notre texte, à cette occasion, nous fait connaître cet axiome traditionnel : *Duas lucrativas causas in eundem hominem et in eandem rem concurrere non posse.* Par *eundem hominem*, il faut entendre, non une même personne, mais un même *individu ;* car la même chose peut appartenir à deux titres lucratifs au maître et à son esclave. En effet, si la même chose est léguée par deux testateurs à un maître et à l'esclave de ce maître, celui-ci aura deux actions *ex testamento* (3).

Remarquez que lorsque notre texte parle de deux testaments, il suppose qu'ils émanent de deux personnes différentes, la même personne ne pouvant mourir avec deux testaments.

§ VII. Ea quoque res, quæ in rerum natura non est, si modo futura est, recte legatur, veluti fructus, qui in illo fundo nati erunt, aut quod ex illa ancilla natum erit.

§ 7. On peut léguer une chose qui n'existe pas, pourvu qu'elle doive exister, par exemple, les moissons futures de tel champ, le part de telle esclave.

* De même qu'on ne peut léguer à quelqu'un sa propre chose, parce qu'elle ne peut devenir plus d'une fois sa propriété, de même on ne peut léguer ce qui n'existe plus, ou ce qui, existant, n'est point destiné à être la propriété de quelqu'un, ou ce qui existera avec le caractère de chose hors du commerce. Ainsi, on ne peut léguer Stichus qui est mort, ni un hippocentaure, ni une chose sacrée ou religieuse, ni un homme libre qu'on croit esclave ; mais on peut léguer les choses

---

(1) Notre texte ne parle que de l'hypothèse où le légataire a acquis la chose léguée du vivan du testateur ; mais Justinien n'a voulu que citer un exemple.

(2) L. 34. § 7. D. 30. L. 6. D. 46. 3.

(3) L. 108. § 1. D. 30.

futures destinées à être dans le commerce (1). Cependant, autrefois ces choses ne pouvaient être léguées que *per damnationem* (2).

§. VIII. Si eadem res duobus legata sit, sive conjunctim, sive disjunctim : si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum; si alter deficiat, quia aut spreverit legatum, aut vivo testatore decesserit, aut alio quolibet modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet. Conjunctim autem legatur, veluti si quis dicat : *Titio et Seio hominem Stichum do lego;* disjunctim ita : *Titio et Seio hominem Stichum do lego, Seio Stichum do lego.* Sed et, si expresserit, *eundem hominem Stichum*, æque disjunctim legatum intellegitur.

§ 8. Si la même chose est léguée à deux personnes, soit conjointement, soit séparément, et que toutes deux viennent au legs, elles se le partageront. Si l'une des deux n'y vient point, soit parce qu'elle y aurait renoncé, soit parce qu'elle serait morte avant le testateur, soit pour toute autre cause, l'autre aura le legs tout entier. Or, voici comme on lègue conjointement : « je donne et lègue Stichus à Titius et à Seius ; on lègue séparément en disant : « je donne et lègue Stichus à Titius ; je donne et lègue Stichus à Seius. » Peu importe que le testateur, en léguant à Seius, ait dit qu'il donnait le même Stichus, le legs sera toujours fait séparément.

Pour l'intelligence de ce paragraphe, il est indispensable d'exposer la théorie du droit d'accroissement.

## Du droit d'accroissement (3).

Lorsque plusieurs personnes sont expressément appelées chacune à la totalité d'une chose, si elles n'ont chacune qu'une portion, ce n'est que par suite du concours ; parce que chacune se trouve restreinte par un droit contraire également puissant. C'est ce qu'on appelle la solidarité de vocation. Si donc une des personnes appelées *in solidum* à une libéralité vient pour la recueillir toute seule, les autres ne lui faisant pas concurrence, elle la recueillera toute entière en vertu de son propre droit, *jure non decrescendi* plutôt que *jure accrescendi.* Mais si l'on suppose qu'un donateur, quoique appelant plusieurs individus à profiter d'une même chose, n'a voulu attribuer à chacun qu'une portion de cette chose, avec l'intention cependant que les parts des défaillants viennent se joindre aux parts de ceux qui recueilleront la libéralité, il y aura application du *jus accrescendi* proprement

---

(1) Inst., III. 19. § 1.

(2) Gaius, II. 203.

(3) Nous avons mis à profit, pour cette matière, l'excellente thèse de doctorat de M. d'Hauthuille, notre confrère, qu'une mort prématurée vient d'enlever à la science. On peut consulter aussi, avec le plus grand fruit, l'ouvrage de Holtius, intitulé : *Analyse historique du droit d'accroissement entre légataires, d'après le droit romain, les lois de Justinien, et les principales législations modernes de l'Europe.* — Liège, 1830, in-8.

dit. D'après la première manière de voir, c'est en vertu des principes de la solidarité, abstraction faite de l'intention présumée du donateur, qu'un seul bénéficiaire recueille la totalité. D'après la seconde, c'est en vertu de la volonté présumée du donateur plutôt que par la force des principes.

Quoiqu'il en soit, telle est la base du droit d'accroissement. Ce droit trouve son application pour les hérédités; mais nous ne devons nous en occuper ici qu'en ce qui concerne les legs. Les principes de l'accroissement n'ont pas eu le même caractère à toutes les époques de l'histoire de Rome : ils ont éprouvé successivement des modifications, telles que, quiconque croirait ne devoir les étudier que dans la législation de Justinien, courrait le danger de rencontrer des difficultés inextricables.

Il y a trois époques bien distinctes qu'il nous faut parcourir; 1° Avant la loi Papia Poppæa; 2° Depuis la loi Papia Poppæa; 3° sous Justinien.

I° *Epoque antérieure à la loi Papia Poppæa.* — A cette époque, le droit d'accroissement entre colégataires était évidemment fondé sur l'appel solidaire de chacun d'eux à la même chose. L'appel de chacun *à la même chose* était nécessaire pour le droit d'accroissement; si chacun était appelé à une chose différente, ou, ce qui est encore la même chose, à une partie déterminée du même objet (1), il n'y aurait pas entre les colégataires ce lien que suppose la solidarité. Des legataires réunis dans un lien commun solidaire, et par une même disposition, étaient conjoints *re et verbis.* Tel serait le legs suivant : *Titio et Seio fundum Capenatem do lego.* Ici se rencontrent : 1° l'appel à la totalité; 2° à la même chose : il y a donc conjonction *re*; et, comme Titius et Seius se trouvent réunis dans la même disposition, ils sont conjoints, non seulement *re*, mais encore *verbis.* Si le testateur avait dit : *Titio fundum Capenatem do lego; Seio eundem fundum Capenatem do lego*, il y aurait encore : 1° appel à la totalité pour chacun; 2° appel à la même chose : les légataires seraient appelés conjoints *re tantum.* Dans ces deux hypothèses il y a droit d'accroissement, puisqu'on rencontre dans chacune les deux conditions voulues pour l'application de ce droit : et, quoique nous reconnaissions dans chacune une conjonction, dans la première *re et verbis*, dans la seconde *re tantum*, on disait cependant de la première disposition qu'elle était faite *conjunctim*, et de la seconde *disjunctim*, parce que, à cette époque ancienne du droit, les expressions *conjunctim* et *disjunctim* avaient trait à la formule employée par le testateur.

Si deux légataires avaient été réunis dans la même disposition, mais que chacun fût appelé à une chose différente ou à une partie déterminée du même objet, ils n'étaient pas réunis, au fonds, par un lien de solidarité; on disait d'eux : *Quamvis ET Syllaba conjunctionem faciat, non tam conjunxisse quam celerius dixisse videatur* (2). On a appelé, plus tard, cette conjonction *verbis tantum* : mais cette dénomination appartient à l'époque suivante; et il est bien évident qu'ici le droit d'accroissement ne pouvait avoir aucune application.

---

(1) Car alors chacun serait appelé à une partie différente, laquelle ferait un objet distinct.
(2) L. 66. D. 28. 5.

Les deux exemples ci-dessus donnés sont des legs *per vindicationem*, parce qu'un tel legs se prêtait seul à l'accroissement (1) ; le legs *per damnationem* n'en était pas susceptible. En effet, ou un legs a été fait *per damnationem* à deux légataires, et par une seule disposition, de la manière suivante : *heres meus, fundum Capenatem Titio et Seio damnas esto dare*, ou bien un semblable legs a été fait à deux personnes par deux dispositions séparées, ainsi qu'il suit : *heres meus, fundum Capenatem Titio damnas esto dare ; heres meus fundum Capenatem Seio damnas esto dare.* Dans le premier cas, chacun des légataires n'est appelé qu'à la moitié, d'après les principes du droit, parce que chacun n'a jamais eu une créance, une action personnelle, que pour moitié. En effet, toute créance, ou action personnelle, se divisant entre les ayants droit par la force même de la loi, il n'y a jamais lieu à la partager ; pour arriver à une attribution de parts, les ayants droit n'ont pas passé par un état de communauté, aucun lien ne les a réunis : ils ne peuvent donc être considérés que comme conjoints *verbis tantum.* Aussi, *jus accrescendi cessat ; non immerito, quoniam damnatio partes facit* (2). Dans le second cas, chacun des légataires aura le droit de demander la totalité à l'héritier, l'un aura la chose, et l'autre l'estimation (3). L'un des légataires n'a donc rien à craindre ni à espérer du concours ou de la défaillance de l'autre.

En résumé, tout droit réel, accordé à deux légataires sur la même chose, demeure indivis et solidaire jusqu'au partage : de là l'accroissement. Tout droit personnel est divisé dès le principe, il n'y a jamais communauté entre deux personnes auxquelles une chose est léguée *per damnationem* ; donc entre elles il n'y a pas droit d'accroissement.

II° *Epoque qui a suivi la loi Papia Poppæa* (4). — A une époque où la population romaine était appauvrie par les guerres civiles et la corruption des mœurs, la législation devait songer à favoriser les mariages et la procréation des enfants. La loi Papia Poppæa fut promulguée dans le but d'établir des peines contre les célibataires et contre les hommes mariés qui n'avaient pas d'enfants, et de créer des priviléges pour les citoyens ayant des enfants légitimes. Le célibat dès-lors devint une incapacité de recevoir, pour le tout ou pour partie, et la paternité un titre à recueillir les choses dont auraient dû profiter les célibataires. Les portions qui, d'après le droit civil, auraient dû profiter aux célibataires ou aux mariés sans enfants, et dont ils étaient privés en vertu de la loi Papia Poppæa, s'appellaient *caduca*, parce qu'elles leur échappaient, parce qu'elles tombaient de leurs mains (5). Ainsi les célibataires devinrent incapables de recevoir, par testament, d'un autre que d'un proche parent, et les mariés sans enfants de recevoir au delà de la moitié des dispositions faites en leur faveur. Les Latins Juniens

---

(1) Le legs *per præceptionem* pouvait s'y prêter aussi, puisqu'il pouvait créer pour le légataire un droit réel. Quand nous disons que le legs *per vindicationem* pouvait seul donner lieu à l'accroissement, c'est par opposition au legs qui ne constitue pour le légataire qu'une créance.

(2) Fr. Vat. § 85. Gaius, II. 205.

(3) Gaius, II. 205.

(4) An 762 de Rome.

(5) Ulp., fr. XVII.

étaient aussi incapables de profiter d'une disposition testamentaire. Mais si les célibataires se mariaient dans les cent jours de l'ouverture de la succession, si les Latins Juniens devenaient citoyens dans le même délai, ils purgeaient leur incapacité (1). Et pour augmenter les chances de la caducité, cette même loi recula l'ouverture du droit aux legs (le *dies cedit*) à l'ouverture des tablettes du testament.

On appela *quasi-caduques* (*in causa caduci*) les libéralités testamentaires dont étaient déchus les appelés d'après les anciens principes du droit civil, par exemple, celles qui ne pouvaient profiter aux appelés parce qu'ils étaient morts avant le testateur, ou parce qu'il les avaient répudiées. De sorte que la loi Papia Poppæa enleva ces dernières dispositions aux effets de l'ancien accroissement. pour les soumettre aux règles sur la caducité.

Quant aux dispositions nulles dès l'origine, elles prirent le nom de *pro non scriptis*, et continuèrent à être régies par les principes du droit d'accroissement. Y restèrent aussi soumises les dispositions qui manquaient leur effet par un événement postérieur à l'acceptation du legs de ceux qui devaient profiter de cette défaillance.

En résumé : I. Etaient soumises aux règles de la caducité, d'après la loi Papia Poppæa : 1° les dispositions *caduques* proprement dites, celles faites au profit des incapables, et celles dont l'appelé venait à mourir ou devenait incapable, ou qu'il répudiait, dans l'intervalle de la mort du testateur à l'ouverture des tablettes du testament; 2° les dispositions *quasi-caduques* (*in causa caduci*), c'est-à-dire, celles dont l'appelé mourait ou devenait incapable dans l'intervalle du testament à la mort du testateur, et celles dont l'appelé mourait, devenait incapable, ou qu'il répudiait, avant que ses colégataires eussent acquis leurs droits, mais après l'ouverture des tablettes du testament. II. Restaient soumises aux principes de l'accroissement : 1° les dispositions *pro non scriptis*, et 2° celles qui manquaient leur effet par un événement postérieur à l'acceptation du legs de la part de ceux qui étaient appelés à l'accroissement.

Les legs d'usufruit ne tombèrent point sous l'empire des lois caducaires : de même les ascendants et descendants du testateur, jusqu'au troisième degré, furent exceptés de l'application de la loi Papia Poppæa, par conséquent purent invoquer les anciens principes sur l'accroissement : c'est ce qu'on appela *jus antiquum in caducis.*

Ainsi la loi Papia Poppæa ne changea rien aux règles de l'ancien droit d'accroissement. Seulement elle introduisit un nouveau mode d'acquérir les portions vacantes pour les *caduca*, et appliqua ses règles nouvelles à un grand nombre de dispositions qui, sans cela, auraient été régies par les règles du droit d'accroissement.

Il nous reste à voir à qui étaient déférés les *caduca* (2).

La loi Papia Poppæa déférait les *caduca* à ceux des héritiers ou légataires,

---

(1) Ulp., fr. XVII. 1.

(2) On appelait *ereptorium* ce qui était enlevé aux indignes, parce que ceux-ci étaient réellement dépouillés, pour cause d'indignité, de ce qu'ils avaient déjà acquis; les *caduca*, au contraire, n'avaient pas été acquis aux appelés. L'*ereptorium* était soumis aux règles du *caducum*. Ulp., Fr. XIX. 17.

dénommés dans le testament, qui avaient des enfants; elle les substituait pour ainsi dire à ceux qu'elle excluait pour cause de célibat ou de privation d'enfants. Juvenal, faisant allusion aux règles de la caducité, fait parler ainsi un amant qui se prévaut, près du mari de sa maîtresse, des services qu'il rend à la paternité :

*Jura parentis habes, propter me scriberis heres,*
*Legatum omne capis, nec non et dulce caducum* (1).

Pour être appelé à recueillir les *caduca*, il suffisait d'être nommé dans le testament, et d'être père même d'un seul enfant. Mais comme il pouvait se faire que le testament contînt les noms de plusieurs personnes ayant droit aux *caduca*, il fallait fixer un ordre entre elles. D'après Gaius (2), figurent en premier lieu le colégataire conjoint au défaillant; en second lieu, l'héritier; en troisième lieu, les légataires non conjoints; et en quatrième lieu, le fisc : ce fut plus tard qu'une constitution d'Antonin Caracalla préféra le fisc à tout le monde (3).

Par colégataires conjoints, la loi Papia, ainsi que semble le dire Gaius, entend les conjoints *re et verbis*; car, quant aux conjoints *re tantum*, ils ne profitaient pas de la caducité en leur qualité de conjoints, Gaius et Ulpien les nomment toujours *disjuncti*. Mais, ce qu'il y a de bizarre, c'est que les conjoints *verbis tantum* sont compris parmi les conjoints qui doivent profiter des *caduca*; en effet, Gaius, en ce qui concerne les *caduca*, met les conjoints d'un legs *per damnationem* sur la même ligne que les conjoints d'un legs *per vindicationem* (4). Or, nous avons vu ci-dessus que les conjoints d'un legs *per damnationem* n'étaient pas conjoints *re*, mais *verbis tantum*.

Ceux qui étaient appelés par cette loi à profiter des *caduca*, étaient libres de les refuser; mais, s'ils les acceptaient, ils devaient en subir les charges (5). Ils ne pouvaient les réclamer qu'après cent jours, parce qu'ils devaient laisser aux incapables ce délai pour purger leur incapacité; et, s'ils ne les avaient pas reclamés avant leur mort, ils ne transmettaient aucun droit, à ce sujet, à leurs héritiers.

III° *Epoque de la législation de Justinien.* — Antonin Caracalla avait déjà supprimé le *jus vindicandi* et l'avait remplacé par la confiscation. L'un des fils de Constantin (6) avait rendu la capacité de recevoir aux célibataires et aux mariés sans enfants. D'un autre côté, la distinction entre le legs de propriété (*per vindicationem*) et le legs d'obligation avait été fortement ébranlée par le Sc. Néronien, et, suivant l'intérêt du légataire, on arriva à reconnaître qu'un legs était d'obligation ou de propriété; et par conséquent, lorsqu'on voulait procurer au légataire les bénéfices de l'accroissement, on supposait facilement un legs de propriété. D'ailleurs, avec le principe de l'intention présumée du testateur, devenue la base du legs, à la place de l'ancienne formule, on ouvrait une large voie aux modifications du droit d'accroissement.

---

(1) Juv., Sat. 9. v. 87.
(2) II. 207.
(3) Ulp., Frt XII. 2.
(4) Gaius, ibid.
(5) Ulp., ibid. 3.
(6) Et non Constantin lui-même. Voyez d'Hauthuille, l. c. p. 135.

Enfin les règles du droit d'accroissement avaient été modifiées en ce qui concerne les charges : autrefois, lorsqu'un légataire profitait de la part de son colégataire, il en profitait en vertu de son appel personnel ; donc il n'en subissait point les charges. Sous Justinien, le légataire qui profitait de la défaillance, étant traité comme un substitué, était soumis aux charges de la portion qui venait l'enrichir ; c'est ce qu'avait décidé l'empereur Sévère.

* Justinien commença par supprimer la confiscation des biens vacans, et par proclamer le rétablissement du *jus antiquum* sur l'accroissement : il voulut que les dispositions nulles dans l'origine (*pro non scriptis*) accrussent sans les charges, et les autres avec les charges (1).

Il admit l'accroissement dans les fidéicommis comme dans les legs, en se conformant toutefois, pour l'accroissement, aux principes de la loi Papia : mais il restreignit l'accroissement aux légataires conjoints *re et verbis*, ou *re tantum*, ne faisant plus aucune distinction entre les legs *per vindicationem* et le legs *per damnationem*.

Mais les conjoints *re tantum* profitent de l'accroissement forcément, en vertu de l'ancien principe de l'appel solidaire, et par conséquent sans être soumis aux charges ; tandis que les conjoints *re et verbis*, ne profitent de l'accroissement qu'en vertu d'une fiction légale de substitution, et, par ce motif, peuvent le répudier, et, s'ils l'acceptent, ils succèdent aux charges qui le grèvent (2). En un mot, dans le premier cas, il y a non décroissement; dans le second, un accroissement proprement dit.

Pour que l'accroissement puisse profiter à un colégataire, peu importe qu'il vive encore ou qu'il soit mort. S'il est mort après le *dies cedit* de son legs, après l'époque où ce legs est devenu transmissible à ses héritiers, ceux-ci profiteront de l'accroissement (3).

S'il y a plus de deux colégataires venant au legs, l'accroissement profitera à chacun d'eux en proportion de la part que chacun doit prendre dans le tout (4). Si, parmi eux, il y a des conjoints *re et verbis* et des conjoints *re tantum*, les conjoints *re et verbis* profiteront seuls de la part de celui d'entre eux qui fera défaut : par exemple, si le testateur a dit : je lègue la maison B à *Primus*, je lègue la même maison à *Secundus* et à *Tertius* : la part de *Tertius* accroîtra toute entière à *Secundus*.

** Notre texte accorde l'accroissement aux légataires conjoints *re et verbis* et aux légataires disjoints, c'est-à-dire conjoints *re tantum*, en appliquant à toutes sortes de legs les anciens principes relatifs aux legs *per vindicationem*.

Le legs d'usufruit offre cela de particulier, que, quand même tous les co-légataires conjoints viendraient au legs, à la mort de l'un d'entre eux sa part d'usufruit accroît aux autres, tandis que dans les autres legs, lorsque l'un des co-légataires a acquis son droit à une part, à sa

---

(1) A moins qu'elles ne fussent de nature à ne pouvoir être accomplies que par le défaillant.
(2) L. 1. § 11. C. 6. 51.
(3) L. 17. § 1. D. 9. 2. LL. 34 et 23. ibid. L. 26. § 1. D. 35. 1.
(4) L. 41. pr. D. 31.

mort ce droit passe à ses héritiers, et non à ses co-légataires, le droit d'accroissement ne pouvant s'appliquer qu'autant qu'un des co-légataires aurait manqué d'acquérir. Cela tient sans doute, d'une part, à ce qu'un usufruit n'est pas transmissible aux héritiers de l'usufruitier, et d'autre part, à ce que le testateur est réputé avoir voulu que chacun des colégataires eût la chance d'obtenir l'usufruit de la totalité. L'accroissement de l'usufruit accroîtrait même à l'un des co-légataires qui aurait déjà perdu sa part (1).

§ IX. Si cui fundus alienus legatus fuerit, et emerit proprietatem detracto usufructu, et ususfructus ad eum pervenerit, et postea ex testamento agat : *recte eum agere, et fundum petere* Julianus ait, *quia ususfructus in petitione servitutis locum obtinet, sed officio judicis contineri, ut deducto usufructu jubeat æstimationem præstari.*

§ 9. Si le fonds d'autrui est légué à quelqu'un, qu'il achète ensuite la nue-propriété, puis que l'usufruit vienne se confondre avec la nue-propriété, par suite de son extinction, le légataire, en demandant le fonds, ne sera point déchu de son droit comme ayant demandé trop : en effet, l'usufruit, dans sa demande, ne figure que comme une servitude ; mais il entre dans les pouvoirs du juge de déduire, dans l'estimation de la chose léguée, la valeur de l'usufruit.

* Ce qui rend difficile l'intelligence de ce texte, ce n'est pas la conclusion, c'est le raisonnement de Julien, ce sont les motifs sur lesquels il base sa décision. Deux questions étaient à résoudre : 1° le légataire a-t-il le droit de demander le fonds, *ex testamento*, en ayant reçu l'usufruit à titre gratuit, et en ayant acheté la nue-propriété ? 2° en demandant le fonds, ne s'expose-t-il pas à la déchéance résultant de la plus-pétition (2) ? Sur la première question, Julien répond qu'il doit demander le fonds, et non la valeur du fonds légué, parce que c'est le fonds qui lui est légué, la valeur ne devant lui en être accordée qu'en vertu de l'office du juge. Sur la seconde question, il pense qu'en demandant le fonds il n'encourra pas les conséquences de la plus-pétition. En effet, dit-il, si j'avais droit à un immeuble qui m'aurait été légué, quoique cet immeuble fût grevé d'une servitude, je ne serais pas obligé, pour échapper à la déchéance résultant de la plus-pétition, de demander l'immeuble, moins cette servitude ; car, si je demande l'immeuble sans en déduire la servitude, je suis censé l'avoir déduite par cela seul qu'elle grève l'immeuble légué (3). Donc, quand je demande le fonds

---

(1) L. 1. § 3. D. 7. 3. L. 10. D. 7. 2. L. 33. § 1. D. 7. 1.

(2) Voyez les effets de la plus-pétition, *infrà*, sur le § 33 du liv. IV. tit. 6.

(3) Marcellus pensait que le légataire ne devrait demander le fonds qu'en restreignant positivement sa demande à la nue-propriété. L. 82. §§ 2 et 3. D. 30.

qui m'a été légué, je suis censé le demander sans l'usufruit, et par conséquent le juge, en comprenant dans sa sentence la valeur de la chose léguée, déduira de l'estimation du fonds la valeur de l'usufruit.

§ X. Sed si rem legatarii quis ei legaverit, inutile legatum est, quia, quod proprium est ipsius, amplius ejus fieri non potest; et, licet alienaverit eam, non debetur nec ipsa, nec æstimatio ejus.

§ 10. Si on lègue à quelqu'un sa propre chose, le legs sera inutile; car, ce qui est déjà sa propriété ne peut le devenir davantage: et, quoiqu'il l'aliène ensuite, l'héritier ne lui devra ni la chose, ni sa valeur.

*Ce n'est pas à la volonté du testateur que tient ici la nullité du legs, mais à l'impossibilité de l'exécuter. Notre texte fait une nouvelle application du principe émis dans le § 4, d'après lequel le legs d'une chose qui n'est pas dans le commerce est inutile. La chose du légataire n'est pas hors du commerce d'une manière absolue; mais elle est hors du commerce relativement au légataire. Le motif invoqué dans notre paragraphe est que, le légataire ayant la propriété de la chose léguée, et ne pouvant cependant demander à l'héritier que la chose léguée, la réalisation d'une telle demande est inexécutable. Remarquez qu'il importe peu, pour la validité du legs, que cette chose ne soit plus dans la propriété du légataire au moment de sa demande; par cela seul qu'il en était propriétaire au moment de la confection du testament, le legs sera toujours nul, parce que, d'après la règle Catonienne, pour apprécier la validité ou la nullité d'un legs, on doit se reporter au moment de la confection du testament; un legs nul à cette époque ne peut jamais devenir valable. A l'inverse, un legs valable à cette époque reste toujours valable; aussi le legs de la chose d'autrui reste valable, quoique le légataire en soit devenu propriétaire depuis la confection du testament et avant la demande (1).

Nous nous trouvons amené à exposer la théorie de la règle Catonienne, mais auparavant il faut expliquer les expressions *dies cedit* et *dies venit*, que l'on rencontre souvent à l'occasion des legs, et dont l'intelligence est indispensable.

**Les mots *dies legati cedit* signifient que le droit au legs est acquis au légataire, de manière à ce que l'héritier soit obligé de l'acquitter, soit entre les mains du légataire, soit entre les mains des héritiers de celui-ci; ils signifient, en un mot, que le legs est *transmissible*. Les mots *dies venit* indiquent que le moment d'exiger le paiement du legs est arrivé. Lorsqu'il y a *dies cedit*, il y a naissance du droit, fixation du droit sur la tête du légataire, par conséquent *transmissibilité* du droit; mais autre chose est la naissance du droit, autre chose l'exercice ou la réalisation du droit: l'époque de cette réalisation est le *dies venit*.

(1) Voyez *supra*, § 6.

Or, quand le legs n'est pas subordonné à l'accomplissement d'une condition, c'est-à-dire quand il est pur et simple, ou reculé jusqu'à l'arrivée d'un terme qui ne ressemble pas à une condition (1), il y a *dies cedit* au moment de la mort du testateur ; mais le *dies cedit* du legs conditionnel n'a lieu que lors de l'accomplissement de la condition. Il y a *dies venit*, pour un legs pur et simple, lors de l'adition d'hérédité, et pour un legs conditionnel, à la même époque, si la condition s'est accomplie avant l'adition d'hérédité, et si elle ne s'est accomplie qu'à une époque postérieure, lors de cette époque; de sorte que, dans ce dernier cas, le *dies cedit* concourra avec le *dies venit*. Si le legs est retardé par un terme, il n'y aura *dies venit* qu'à l'arrivée de ce terme, si elle est postérieure à l'adition d'hérédité. Le *dies cedit* n'a été imaginé que pour ôter à l'héritier le désir de reculer l'adition d'hérédité dans l'espoir que, les légataires venant à mourir, il serait dispensé d'acquitter les legs dont il est chargé. En effet, le *dies cedit* étant admis, peu importe à l'héritier institué que les légataires vivants au moment du décès ou de l'accomplissement de la condition viennent ensuite à mourir, puisqu'ils ont transmis leur droit à leurs propres héritiers. Mais ce motif de protection pour les légataires ne s'applique pas à l'héritier institué : s'il retarde l'époque de l'adition d'hérédité, il n'a qu'à s'imputer à lui-même les conséquences fâcheuses de sa négligence ; s'il meurt avant d'avoir fait adition, il mourra sans avoir fixé sur sa personne les droits héréditaires, il ne transmettra rien à ses héritiers. Ainsi, pour l'héritier, il n'y a pas de *dies cedit*, ou plutôt le *dies cedit* se confond avec le *dies venit*.

Le *dies cedit* ayant pour but de rendre le legs transmissible, il résulte de là que, lorsque la chose léguée ne doit être utile qu'à la personne du légataire, ne doit point passer à ses héritiers, par exemple, un usufruit, il n'y a pas de *dies cedit*, ou plutôt le *dies cedit* se confond avec le *dies venit*.

Les lois caducaires avaient retardé le *dies cedit* des legs jusqu'à l'ouverture des tablettes du testament, afin d'augmenter les chances de défaillance ; mais Justinien a replacé le *dies cedit* à l'époque déterminée par l'ancien droit (2).

## De la règle Catonienne.

* La règle Catonienne, ainsi appelée parce qu'elle a pour auteur un des Catons, est rapportée par Celse en ces termes (3) : *Quod si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret; id legatum, quandocumque deces-*

(1) L. 5. § 1. L. 21. pr. L. 4. § 1. D. 36. 2.
(2) L. 1. § 1. C. 6. 51.
(3) L. 1. pr. D. 34. 7.

*scrit, non valere;* c'est-à-dire, un legs qui serait nul si l'on supposait le testateur mort immédiatement après la confection du testament, restera toujours nul.

Le motif de cette règle est l'intention présumée du testateur. En effet, quand, au moment de la confection du testament, rien ne fait obstacle à l'exécution du legs, le testateur est considéré comme ayant voulu que sa libéralité fût exécutée, quels que fussent ensuite les obstacles qui s'opposeraient à cette exécution. Si, au moment même où la volonté du testateur se manifeste, il existe un obstacle à l'exécution du legs, le testateur est réputé l'avoir ignoré; et on le considère comme ayant dû avoir une volonté contraire dans le cas où il aurait connu l'obstacle (1).

De là découlent les corollaires suivants :

1° La règle Catonienne ne s'applique pas aux legs conditionnels : cela est facile à comprendre. Car, du moment que le testateur subordonne l'effet du legs à l'accomplissement d'une condition, peu importe l'impossibilité actuelle d'exécuter le legs, sa connaissance ou son ignorance relativement à cette circonstance : puisque, dans son intention, le legs ne doit être exécuté que plus tard et éventuellement, on peut bien supposer qu'il n'exige l'absence d'obstacle à la validité du legs que pour le moment de l'accomplissement de la condition. Et, en effet, si l'on prend la règle Catonienne à la lettre, on arrive à ce résultat; car on ne peut pas dire que, en supposant le testateur mort immédiatement après la confection du testament, le legs conditionnel serait nul; puisqu'il faudrait toujours attendre l'accomplissement de la condition pour voir si l'obstacle à l'exécution se trouve applani. Et d'ailleurs la condition pouvant ne s'accomplir qu'après la mort du testateur, il est évident qu'il n'a pas entendu subordonner la validité de son legs à l'absence actuelle de tout obstacle (2).

2° La règle Catonienne, en général, ne s'applique qu'aux legs dont la transmissibilité (le *dies cedit*) a lieu, dans l'intention du testateur, au moment de son décès. Car si, dans cette intention, il doit s'écouler un délai entre le décès et l'époque à laquelle il y aura droit acquis (*dies cedit*) au légataire, on ne peut pas dire que cette intention aurait été trompée si l'on suppose le testateur mort au moment de la confection du testament; puisque, quoique mort à ce moment, le legs ne devait produire son effet que plus tard (3).

---

(1) Telle est l'opinion de Rosshirt, civ. Arch. X. p. 328. Voyez aussi Arndts, Rhein. Mus. V. n 9.

(2) Les §§ 1 et 2 de la L. 1. et la L. 2. D. 54. 7 présentent des exemples de legs subordonnés à une condition, mais à une condition qui doit s'accomplir du vivant du testateur. On a pu penser que de tels legs étaient nuls, si l'exécution immédiate en était impossible lors de la confection du testment, parce que, en prenant la règle Catonienne à la lettre, le testateur serait mort avant l'accomplissement de la condition; donc le legs ne produirait pas d'effet. Mais, en interprétant la règle Catonienne d'après son esprit, plutôt que d'après sa lettre, on devait se déclarer pour l'inapplication de cette règle aux hypothèses indiquées dans les textes que nous venons de citer. Quand Celse dit que la règle Catonnienne est fausse dans ces hypothèses, ce n'est qu'à la lettre qu'il fait allusion. M. Ortolan, dans son explication de notre § 10, a entendu tout autrement les textes de Celse.

(3) L. 5. D. 34. 7.

3° Si un testateur affranchit un de ses esclaves par testament, et en même temps lui fait un legs, le droit au legs lui est acquis seulement à l'adition d'hérédité, et non au moment du décès du testateur, par conséquent le legs sera valable. Il serait nul si le droit au legs devait s'ouvrir au décès du testateur, parce que l'esclave, ne devant avoir la liberté qu'à l'adition d'hérédité, s'il acquérait le droit au legs avant cette adition, il l'acquerrait pour l'hérédité. Dans l'intention du testateur, évidemment le droit au legs fait à son esclave ne doit s'ouvrir qu'à l'adition d'hérédité, au moment où l'esclave légataire doit être libre et pouvoir acquérir le legs pour lui-même (1). Donc on n'appliquera pas à ce cas la nullité de la règle Catonienne.

Si, dans notre espèce, l'affranchissement était conditionnel et le legs pur et simple, le legs serait valable; car il est possible que la condition de la liberté s'accomplisse avant l'adition d'hérédité (2). Toutefois lorsque, dans la même hypothèse, l'héritier institué est un *suus heres*, le legs fait à l'esclave est nul, il y a application de la règle Catonienne, lors même que la condition de la liberté s'accomplirait du vivant du testateur, parce que, au moment même de la mort, le *suus heres* est investi de l'hérédité de plein droit, et par conséquent, l'esclave lui appartenant encore parce qu'il ne doit avoir la liberté que sous condition, l'héritier acquerrait nécessairement le legs auquel pourrait être appelé son esclave. Ici il n'y a pas d'intervalle entre le décès du testateur et une époque postérieure, pendant lequel l'esclave pourrait acquérir le legs pour lui-même. Or le moment du décès se confond d'après la règle Catonienne, avec celui de la confection du testament.

4° Il en faut dire autant d'un legs fait à un esclave légué : le legs ne sera acquis à l'esclave, dans l'intention évidente du testateur, qu'à l'adition d'hérédité; car, jusqu'à l'adition d'hérédité, l'esclave légué acquerrait pour l'hérédité; or le testateur avait voulu qu'il acquit au légataire de cet esclave. Donc, en supposant le testateur mort lors de la confection du testament, il y avait toujours un intervalle pour l'acquisition du legs, et la règle Catonienne dès-lors n'avait pas d'application. — Si, dans la même hypothèse, l'esclave avait été légué sous condition, et qu'on lui eût légué quelque chose *pure*, la règle Catonienne ne s'opposait pas encore à ce que ce dernier legs fût valable; car il était possible que la condition du legs de l'esclave s'accomplît après la mort du testateur et avant l'adition d'hérédité, que par conséquent le légataire de l'esclave acquît celui-ci lors de l'adition, et, par lui, le legs qui lui était personnellement adressé *pure*; en effet le *dies cedit* de ce dernier était évidemment retardé jusqu'à l'adition, sans quoi il aurait acquis le legs à l'hérédité. Mais il n'en était pas de même dans le cas où l'héritier était nécessaire; car alors il n'y avait pas d'intervalle pour la dévolution de l'hérédité; par conséquent le legs fait à l'esclave héréditaire aurait appartenu à l'héritier dès le décès du testateur (3)

---

(1) L. 23. § 1. L. 25. D. 40. 4.

(2) L. 86. D. 35. 1.

(3) C'est dans ce sens qu'il faut entendre la L. 13. D. 33. 5. L'*optio servi legata* de cette loi doit être regardée comme un legs de chacun des esclaves de l'hérédité, fait sous une condition qui ne doit s'accomplir qu'après l'adition d'hérédité. Tant qu'il y a plusieurs esclaves, le legs de chacun d'eux ne pouvant devenir pur et simple qu'après l'adition, le legs fait à l'un d'eux est

5° Lorsqu'une chose est léguée à l'esclave de l'héritier, il faut distinguer si le legs est pur et simple ou conditionnel : s'il est pur et simple, il est nul parce que le legs serait acquis à l'héritier, qui ne peut être à la fois acquéreur et débiteur du legs. En effet, le droit à un tel legs est acquis dès la mort du testateur, ou, ce qui est la même chose, d'après la règle Catonienne, dès l'instant de la confection du testament : or, à ce moment, c'est l'héritier qui est maître de l'esclave. Peu importe, à cause de la règle Catonienne, que l'esclave sorte de la puissance dominicale depuis la confection du testament. Mais, si le legs fait à l'esclave est conditionnel, la règle Catonienne est inapplicable, l'intention du testateur a été de ne faire acquérir le legs qu'après la condition accomplie. Si donc, au moment du décès, la condition du legs fait à l'esclave de l'héritier ne s'est point accomplie, le legs peut produire ses effets; car l'esclave a pu devenir libre depuis le décès et avant l'adition d'hérédité, et acquérir le legs, non pour l'héritier, mais pour lui-même.

6° Au contraire, le legs fait au maître de l'esclave institué héritier n'est pas nul dès le principe : en effet, le droit au legs s'ouvre à la mort du testateur, ou, ce qui est la même chose, d'après la règle Catonienne, lors de la confection du testament. Or, le droit à l'hérédité n'est acquis qu'à l'adition d'hérédité. Il y aura donc nécessairement un intervalle entre l'acquisition du legs et l'acquisition de l'herédité, pendant lequel l'esclave, institué héritier, pourra passer sous la puissance d'un autre maître ou devenir libre, et par conséquent faire acquérir l'hérédité à son nouveau maître ou l'acquérir pour lui-même; d'où résultera que le legs sera valable, parce qu'il ne sera pas dû à l'héritier.

Jusqu'ici nous avons vu que la nullité du legs, qui est la conséquence de la règle Catonienne, tient à l'impossibilité de l'exécution du legs en lui-même, à la présomption que, si le testateur avait connu cette impossibilité, il n'aurait pas légué. Mais si la nullité tient à l'incapacité de donner, ou à l'incapacité de recevoir, ou à l'impossibilité de disposer relativement à la chose léguée, on ne peut pas dire que si le testateur l'avait su, il n'aurait pas légué; car il devait connaître les règles juridiques relativement à l'incapacité de donner ou de recevoir, et relativement à la disponibilité de la chose léguée. D'où les corollaires suivants.

1° La règle Catonienne ne s'applique point à la faction de testament active, puisque si le testateur n'avait pas faction de testament, il ne pourrait même faire une institution d'héritier. Or la règle Catonienne n'est pas applicable aux hérédités (1).

2° Elle ne s'applique point non plus à la faction de testament passive du

---

nécessairement nul; car il y aura *dies cedit* pour ce dernier legs avant que l'esclave puisse appartenir à celui à qui il a été légué. Mais si tous les esclaves meurent avant l'adition d'hérédité à l'exception de Stichus, à qui un legs a été fait, le legs de Stichus devient alors pur et simple; donc il appartiendra à celui à qui il a été légué, au moment de l'adition d'hérédité, et au même moment ce légataire acquerra par l'esclave le legs fait à ce dernier. Il en serait encore autrement, dans cette espèce, si l'héritier était nécessaire, car le legs fait à Stichus aurait appartenu à l'héritier dès la mort du testateur; donc il aurait été nul dès la confection du testament, en vertu de la règle Catoniennne.

(1) L. 3. D. 34. 7.

égataire. En effet, un pérégrin ne pouvait figurer dans un testament comme légataire ; le legs qui lui aurait été fait aurait été nul, lors même qu'il serait devenu citoyen romain avant la mort du testateur : mais une telle nullité ne tenait pas à la règle Catonienne, puisqu'il en aurait été de même si le legs fait au pérégrin avait été conditionnel : Gaius, II. 285, suppose que le *jus commercii* est une condition indispensable pour la validité du legs (1).

Mais il faut bien se garder de confondre le *jus capiendi* avec la faction de testament passive ; car le Latin Junien de la loi Junia Norbana, le *Cœlebs* de la loi Julia et Papia Poppæa pouvaient être désignés valablement comme légataires dans un testament, ils avaient faction de testament passive ; et cependant ils ne pouvaient réclamer le bénéfice de la disposition testamentaire s'ils restaient dans le même état : il leur manquait seulement le *jus capiendi*, et ils avaient un délai de cent jours depuis la délation du droit au legs pour obtenir ce *jus capiendi*, tandis que, s'ils n'avaient pas eu faction de testament passive au moment de la confection du testament, ils n'auraient jamais pu profiter de la disposition testamentaire (2).

3° La règle Catonienne n'a pas d'application au legs *per vindicationem* d'une chose qui n'appartenait pas au testateur au moment de la confection du testament. Voyez *supra*, pag. 421, note 2.

4° Elle n'est pas non plus applicable au legs d'une chose qui n'est pas dans le commerce. Par choses hors du commerce, nous entendons les choses *divini juris*, publiques ou communes, un homme libre, et non celles dont l'aliénation a été défendue par des lois. Les choses hors du commerce, ainsi entendues, ne peuvent pas, en effet, être léguées, même sous la condition expresse qu'elles tomberont dans le commerce (3).

5° La règle Catonienne n'a pas d'application en ce qui concerne les lois Papia Poppæa (*ad novas leges non pertinet*), dans ce sens que la capacité du légataire est considérée, pour l'application de ces lois, non au moment de la mort du testateur, mais à l'ouverture du testament.

Ces principes sur l'application de la règle Catonienne étaient encore en vigueur dans la législation de Justinien ; par tout nous la rencontrons, dans les compilations de cet empereur, comme exerçant encore son empire (4). Par conséquent elle régissait les fidéicommis eux-mêmes (5).

Pour terminer cette matière, il est nécessaire d'expliquer pourquoi la règle Catonienne figure dans le droit romain avec le caractère de spécialité pour les legs. Il existait chez les Romains un principe de tous les temps, de tous les lieux, que nos jurisconsultes modernes invoquent même pour les contrats, le voici : *Quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere nequit* (6). Il s'applique aux institutions d'héritier et à toutes dispositions testamentaires quelconques, on ne peut en douter (7). Comment se fait-il

---

(1) L. 59. § 4. D. 28. 5.
(2) L. 62. D. 28. 5.
(3) Arg. de la L. 83. § 5. D. 45. 1. Voyez, du reste, Ulp., Fr. XXIV. 7 et 9.
(4) Spécialement au § 32 de ce titre, L. 41. § 2. D. 30.
(5) La L. 1. § 1. D. 31. parle d'un fidéicommis laissé autrement que par testament ; on doit entendre de la même manière la L. 1. § 5. eod. Voyez aussi L. 8. § 1. D. 32. L. 30. § 8. D. 35. 2 LL. 4 et 13. C. 6. 37.
(6) L. 29. D. 50. 17.
(7) LL. 201 et 210. D. 50. 17.

donc que l'un des Catons se soit cru dans la nécessité d'établir pour les legs une règle qui n'était que le résultat d'un principe général? Comment se fait-il surtout qu'on lise, dans la L. 3. D. 34. 7, que la règle Catonienne ne s'applique pas aux hérédités? En voici le motif.

Il n'y a jamais eu de doute sur l'application de la règle *quod ab initio*, etc., relativement aux institutions, parce que les institutions étaient régies par les principes de l'ancienne mancipation. Mais il en était autrement pour les legs : leur *initium* pouvait facilement se placer à la mort du testateur : il fallut donc, pour dissiper tout nuage à ce sujet, faire la règle Catonienne.

§ XI. Si quis rem suam quasi alienam legaverit, valet legatum : nam *plus valet, quod in veritate est, quam quod in opinione.* Sed et si legatarii putavit, valere constat, quia exitum voluntas defuncti potest habere.

§ 11. Si le testateur lègue la chose d'autrui la croyant sienne, le legs sera valable ; car la réalité doit avoir plus d'importance que l'opinion du testateur. Il en est de même s'il a cru que la chose léguée appartenait au légataire ; car il suffit que l'intention du testateur puisse être remplie.

Ici il ne s'agit que de savoir si la volonté du testateur peut s'exécuter ; s'il a voulu léguer la chose d'autrui, à plus forte raison a-t-il voulu léguer la sienne (1).

§ XII. Si rem suam legaverit testator, posteaque eam alienaverit, Celsus existimat : *si non adimendi animo vendidit, nihilominus deberi*, idque divi Severus et Antoninus rescripserunt. Iidem rescripserunt, *eum, qui post testamentum factum prædia, quæ legata erant, pignori dedit, ademisse legatum non videri, et ideo legatarium cum herede agere posse, ut prædia a creditore luantur.* Si vero quis partem rei legatæ alienaverit, pars, quæ non est alienata, omnimodo debetur, pars autem alienata ita debetur, si non adimendi animo alienata sit.

§ 12. Si le testateur, ayant légué sa chose, l'aliène ensuite, Celsus pense que le legs restera valable, si toutefois le testateur, en aliénant cette chose, n'a pas entendu révoquer le legs. Cette opinion a été consacrée par Sévère et Antonin. Les mêmes empereurs ont décidé que celui qui, après avoir légué un fonds, l'engage à ses créanciers, n'est pas présumé avoir voulu révoquer le legs, et que le légataire pourra actionner l'héritier pour le contraindre à dégager ce fonds. Si le testateur n'a aliéné qu'une partie de la chose léguée, la portion non aliénée sera due sans difficulté, et l'autre portion ne sera due qu'autant que le testateur, en l'aliénant, n'a point entendu révoquer le legs pour cette partie.

* Il paraît qu'avant Gaius, lorsqu'un testateur aliénait une chose qu'il avait léguée, il était de plein droit présumé avoir révoqué le legs de cette chose. Quant au legs *per vindicationem*, nul doute qu'il ne fût révoqué par l'aliénation, puisque l'objet légué, qui cessait d'être la

(1) L. 6. § 4. D. 22. 6. L. 4. § 1. D. 40. 2.

propriété du testateur, cessait par là même de pouvoir être l'objet du legs. Quant au legs *per damnationem*, on admettait que l'héritier pouvait, lorsque, depuis le testament, l'objet d'un tel legs était aliéné par le testateur, paralyser par une exception la demande du légataire (1). Mais Celse pensait que, dans ce dernier cas, le legs n'était révoqué qu'autant que le testateur, en aliénant, avait entendu révoquer. Cette opinion, confirmée par Sévère et Antonin, a été consacrée par Justinien. Quant à l'hypothèque de la chose léguée, voyez notre paragraphe.

Au reste, si le testateur aliénait l'objet légué par nécessité, il serait présumé n'avoir point voulu révoquer (2).

**§ XIII.** Si quis debitori suo liberationem legaverit, legatum utile est; et neque ab ipso debitore, neque ab heredè ejus potest heres petere, nec ab alio, qui heredis loco est, sed et potest a debitore conveniri, ut liberet eum. Potest autem quis vel ad tempus jubere, ne heres petat.

§ 13. Si quelqu'un légue à son débiteur sa libération, le legs sera valable, par conséquent le légataire, ou son héritier, poursuivi en payement de la dette par l'héritier testamentaire, pourra repousser celui-ci par une exception. Et le légataire pourra même attaquer l'héritier pour le contraindre à le libérer de sa dette. Un testateur peut aussi défendre à l'héritier de poursuivre son débiteur avant l'expiration d'un délai.

Un testateur aurait pu charger l'héritier de payer les dettes d'un légataire (3) : pour ce cas, le légataire aurait eu une action personnelle *ex testamento* contre l'héritier, pour le contraindre à le libérer à l'égard de ses créanciers. Le testateur aurait pu également léguer à un débiteur de son héritier, ou à son propre débiteur, la libération de sa dette. Dans l'une ou l'autre de ces hypothèses, le légataire aurait pu repousser la demande en paiement de l'héritier par une exception de dol, ou actionner l'héritier pour le contraindre à lui accorder quittance. En effet, il est vrai qu'en droit francais un tel legs libérerait le légataire de plein droit du moment de l'acceptation de l'hérédité ; mais il en était autrement en droit romain : un testament n'était pas un mode d'extinction d'obligations d'après le droit civil ; les obligations ne pouvaient s'éteindre que par le paiement ou une novation, ou par un acte contraire à celui qui avait donné naissance aux obligations.

* L'espèce de notre paragraphe est celle du legs de libération fait à un débiteur du testateur. Ce legs seul pouvait donner lieu à quelques difficultés, quant à son mode d'exécution ; car on aurait pu croire que le

(1) Gaius, II. 19. 8.
(2) L. 11. § 12. D. 32. L. 18. D. 34. 4.
(3) L. 8. D. 34. 5.

testateur avait légué à son débiteur la propriété de la chose que ce débiteur devait transférer au testateur pour acquitter son obligation, par conséquent qu'il avait légué au débiteur sa propre chose; ce qui était impossible. Mais envisager ainsi ce legs ne serait pas rationnel: en effet, ce n'était pas la propriété de la chose due, c'était la libération d'une dette qu'avait leguée le testateur. D'un autre côté, la chose due pouvait ne pas être déterminée, ou ne pas être actuellement dans les biens du débiteur.

§ XIV. Ex contrario, si debitor creditori suo, quod debet, legaverit, inutile est legatum, si nihil plus est in legato, quam in debito, quia nihil amplius habet per legatum. Quod si in diem vel sub condicione debitum ei pure legaverit, utile est legatum propter repræsentationem. Quodsi vivo testatore dies venerit, aut condicio extiterit, Papinianus scripsit, *utile esse nihilominus legatum, quia semel constitit.* Quod et verum est: non enim placuit sententia existimantium, *extinctum esse legatum, quia in eam causam pervenit, a qua incipere non potest.*

§ 14. Dans le cas inverse, si un débiteur a légué à son créancier ce qu'il lui doit, le legs est inutile si le créancier ne trouve pas plus d'avantages dans le legs que dans sa créance. Mais si sa créance était à terme ou sous condition, le legs pur et simple de la même chose serait utile, parce que le créancier pourrait être payé sur-le-champ. Mais si le terme de la créance écheoit, ou si la condition s'accomplit du vivant du testateur, Papinien pense, avec raison, que le legs ne restera pas moins utile, parce qu'il l'a été dans le principe : car l'on n'a pas admis l'opinion de ceux qui pensaient qu'un legs devenait inutile quand il survenait des circonstances dans lesquelles on n'aurait pas pu le faire, si elles eussent éxisté des l'origine.

* Le legs est inutile s'il ne procure au légataire aucun avantage. En effet, le legs est une donation : or, il ne procure aucun avantage, si le créancier, par l'action qui résulte de sa créance, peut obtenir autant que par l'action *ex testamento.* Mais si sa créance était à terme ou conditionnelle, ou grévée de charges, le legs pur et simple de la chose due devait lui procurer plus d'avantages que sa créance: il était donc valable. Une fois valable, il ne cessait pas de l'être si le terme de la créance était arrivé, si la condition s'était accomplie, si les charges avaient disparu, du vivant du testateur.

D'après Papinien, dans le cas où la dette à terme a été léguée purement et simplement, le legs reste valable, quoique le terme de la dette soit échu avant la mort du testateur. Il en dit autant d'une dette conditionnelle devenue pure et simple avant la mort du testateur : la raison qu'il en donne est que le legs, ayant été valable dans l'origine, doit

rester valable (*quia semel constitit*). Mais on ne peut se payer de mots ; reste toujours la question de savoir à quoi sert la validité d'un tel legs, puisqu'il ne procure aucun avantage. D'un autre côté, comment supposer que le grand Papinien ait pu lui-même se payer de mots ? Nous pensons qu'il y avait toujours un intérêt à considérer comme valable un legs qui l'avait été dès l'origine, pour le règlement de la quarte Falcidie; car l'héritier avait le droit de comprendre dans la masse des choses léguées tous les legs valables, pour savoir si cette masse ne dépassait pas les trois quarts de l'hérédité, afin de réduire chaque legs proportionnellement de manière à retenir un quart de l'hérédité. Il ne retranchait rien sur la dette léguée, mais il retranchait quelque chose sur les autres legs. Ce qui vient fortifier cette explication, c'est que notre paragraphe est extrait des textes relatifs à la Falcidie.

Depuis Justinien, il est rare que le legs ne soit pas plus avantageux que la créance : en effet, le légataire aura ou une action réelle, ou une action hypothécaire ; ce qui vaut mieux qu'une action personnelle.

§ XV. Sed si uxori maritus dotem legaverit, valet legatum, quia plenius est legatum, quam de dote actio. Sed si, *quam non acceperit, dotem legaverit*, divi Severus et Antoninus rescripserunt, *si quidem simpliciter legaverit, inutile esse legatum; si vero certa pecunia, vel certum corpus, aut instrumentum dotis in prælegando demonstrata sunt, valere legatum*

§ 15. Si un mari lègue à sa femme sa dot, le legs sera valable, parce que l'action *ex testamento* offre plus d'avantages que l'action dotale. Mais s'il lui lègue une dot qu'il n'a pas reçue, les empereurs Sévère et Antonin décident qu'un tel legs sera nul, s'il est fait ainsi sans aucune explication ; qu'il sera valable, au contraire, si le testateur a indiqué que la femme pourrait prélever ou une certaine somme, ou un objet certain, ou telle somme d'argent énoncée dans l'acte dotal.

* Quand la dot devait être restituée en choses fongibles, le mari ou ses héritiers avaient trois ans pour la restitution, un tiers par an (*annua, bima, trima die*) (1) ; et lorsque la dot devait être restituée en nature, quoique le mari ou ses héritiers dussent la restituer immédiatement, ils pouvaient faire des retenues pour les impenses utiles. Or, quand la femme avait une action *ex testamento* pour la restitution de sa dot, elle n'avait à craindre aucune retenue, et elle avait droit, dans tous les cas, à une délivrance immédiate : il y avait donc un avantage évident pour la femme dans le legs de sa dot.

Mais si un mari léguait à sa femme sa dot, n'en ayant pas reçu, et qu'il ne se fût pas expliqué autrement, le legs était nul. Il n'en était pas

(1) Ils n'avaient plus qu'un an, depuis une constitution de Justinien. L. un. § 7. C. 5. 18.

de même si, n'ayant rien reçu en dot, il léguait une certaine somme ou un objet déterminé, en ajoutant qu'il avait reçu cette somme ou cet objet en dot, parce que ce qu'il ajoutait ainsi était considéré comme une *fausse démonstration*, une qualification d'origine qui, dans l'esprit du testateur, était indifférente.

*Instrumentum dotis.* — Il ne peut pas y avoir, dans notre espèce, d'acte dotal, puisqu'on suppose qu'il n'y a pas de dot : le sens de cette expression est donc que le mari aurait légué à sa femme telle somme d'argent *énoncée dans l'acte dotal ;* ces derniers mots seraient une *fausse démonstration* (1).

*Prælegando.* — Le mot *prælegare* n'a pas ici le même sens que lorsqu'il s'applique à un cohéritier. Il est employé par Justinien peut-être parce que l'action *ex testamento* fait devancer pour la femme le moment de la restitution de sa dot.

§ XVI. Si res legata sine facto heredis perierit, legatario decedit. Et si servus alienus legatus sine facto heredis manumissus fuerit, non tenetur heres. Si vero heredis servus legatus fuerit, et ipse eum manumiserit, teneri eum Julianus scripsit, nec interest, scierit, an ignoraverit, a se legatum esse. Sed et, si alii donaverit servum, et is, cui donatus est, eum manumiserit, tenetur heres, quamvis ignoraverit, a se eum legatum esse.

§ 16. Si la chose léguée périt sans le fait de l'héritier, elle périt pour le légataire. Si c'est l'esclave d'autrui qui a été légué, et qu'il ait été affranchi sans le fait de l'héritier, celui-ci n'est tenu à rien. Mais si c'est l'esclave de l'héritier qui a été légué, et que celui-ci l'ait affranchi, il sera tenu d'acquitter le legs, d'après Julien, sans distinguer si, en l'affranchissant, il savait ou non qu'un tel legs lui fût imposé. Il en sera de même s'il a donné l'esclave légué à un autre, et que celui-ci l'ait affranchi ; peu importe encore ici que l'héritier, en le donnant, ait connu ou non l'existence du legs.

* D'après le principe des obligations, le débiteur est libéré de la dette d'un corps certain lorsque la chose due vient à perir sans qu'on ait une faute à lui imputer, *debitor rei certæ ejus interitu liberatur :* si donc on peut lui reprocher une faute, la perte de la chose ne le libère point. Mais ici on va plus loin, et l'on décide que l'héritier n'est pas libéré de son obligation envers le légataire si la chose léguée périt, non seulement par sa faute, mais même par son fait : car l'héritier peut ignorer l'existence du testament qui le charge de donner son esclave à un légataire, et cependant, s'il l'affranchit dans cette ignorance, il reste obligé. Mais il ne faut pas trop étendre cette différence entre l'obligation résultant

(1) L. 3. C. 6. 44.

d'un legs et toute autre obligation ; il faut même la restreindre au cas de notre paragraphe, à celui d'un esclave qui n'a péri, comme chose étant dans le commerce, que par l'effet d'un affranchissement, sans doute parce que l'héritier qui a affranchi son esclave n'a pas tout perdu; il a obtenu, à la place d'une valeur pécuniaire, la reconnaissance de l'affranchi, qui a bien aussi sa valeur. En effet, si l'héritier avait tué par mégarde l'esclave qu'un testament l'oblige à donner à autrui, il serait libéré, quoique l'esclave alors eût péri par son fait (1).

Si l'objet légué périt, non par le fait de l'héritier, mais par la faute de son esclave, l'héritier devra en donner la valeur au légataire, ou abandonner en noxe à celui-ci l'esclave auteur de la perte (2).

§ XVII. Si quis ancillas cum suis natis legaverit, etiamsi ancillæ mortuæ fuerint, partus legato cedunt. Idem est, etsi ordinarii servi cum vicariis legati fuerint, et, licet mortui sint ordinarii, tamen vicarii legato cedunt. Sed si servus cum peculio fuerit legatus, mortuo servo, vel manumisso, vel alienato, et peculii legatum extinguitur. Idem est, si fundus instructus vel cum instrumento legatus fuerit : nam fundo alienato et instrumenti legatum extinguitur.

§ 17. Si un testateur a légué une esclave avec ses enfants, bien que la mère soit morte, les enfants seront dus. De même, s'il a légué des esclaves ordinaires avec des esclaves vicaires, quoique les ordinaires viennent à mourir, les vicaires seront encore dus. Mais s'il avait légué un esclave avec son pécule, le legs serait éteint, même quant au pécule, si l'esclave mourait, était aliéné ou affranchi. Il faut en dire autant du legs d'un fonds garni d'instruments, ou avec ses instruments; si le fonds est aliéné, les instruments ne seront pas dus.

* Si deux choses distinctes sont léguées, la perte de l'une n'entraîne pas l'extinction du legs de l'autre. Il en serait autrement si l'une était considérée comme principale, et l'autre comme accessoire : la première périssant, l'autre ne serait pas due. Or, le pécule est l'accessoire de l'esclave, les instruments d'une ferme sont l'accessoire de la ferme ; mais les enfants ne sont pas l'accessoire de leur mère, ni les esclaves vicaires l'accessoire des esclaves ordinaires. Pour l'intelligence de cette dernière partie de notre texte, il faut que nous entrions dans quelques explications.

** Les esclaves ordinaires sont ceux qui sont préposés à des fonctions déterminées : un maître avait son esclave échanson, son esclave panetier, son esclave cuisinier, etc. Ceux qui étaient chargés de remplacer l'esclave échanson, ou panetier, ou cuisinier, etc., ou ceux que l'un de ces esclaves principaux achetait, s'appelaient *vicaires*. Ceux-ci

(1) L. 53. § 5. D. 30. Voyez Schrader, *hic*.
(2) L. 48. pr. D. 30.

faisaient partie du pécule des esclaves ordinaires (1) ; mais, dans les legs, ils n'étaient pas considérés comme un accessoire des esclaves ordinaires ; car, en léguant des *vicaires*, le testateur avait légué des hommes, et non un pécule ou un accessoire (2).

* *Fundus instructus*, *fundus cum instrumento.* — Labéon pensait que ces deux expressions avaient le même sens (3) ; mais Sabinus et d'autres jurisconsultes plus récents, par *fundus instructus*, entendaient un fonds avec les instruments destinés à l'exploitation du fonds, et, en outre, avec tous les objets placés dans le fonds pour le rendre plus utile et plus agréable ; et par *fundus cum instrumento*, ils comprenaient un fonds seulement avec les objets destinés à l'exploitation (4) La L. 5. D. 33. 7. contient un legs ayant pour objet *fundus et instrumentum :* dans ce cas, Paul pense que la perte du *fundus* n'entraîne pas l'extinction du legs de l'*instrumentum*, parce qu'il y a deux legs séparés.

§ XVIII. Si grex legatus fuerit, posteaque ad unam ovem pervenerit, quod superfuerit, vindicari potest. *Grege autem legato, etiam eas oves, quæ post testamentum factum gregi adjiciuntur, legato cedere*, Julianus ait (est enim gregis unum corpus, ex distantibus capitibus, sicut ædium unum corpus est, ex cohærentibus lapidibus).

§ 18. Si un legs a pour objet un troupeau, et qu'il n'en reste plus qu'une brebis, cette brebis pourra être revendiquée par le légataire. Le legs d'un troupeau comprend aussi, d'après Julien, les brebis qui y sont ajoutées depuis la confection du testament : en effet, un troupeau ne forme qu'un seul tout, quoique les brebis qui le composent soient distinctes, comme un édifice est un seul corps, quoiqu'il se compose de plusieurs pierres assemblées.

** Ne restât-il qu'une brebis du troupeau légué, elle appartiendrait au légataire, car à elle toute seule elle représente tout le troupeau. On n'appliquerait pas la même règle à l'usufruit d'un troupeau : il serait éteint s'il n'existait plus assez de brebis pour pouvoir donner le nom de troupeau à ce qui reste (5). Pomponius voulait que le legs de la propriété d'un troupeau fût, sous ce rapport, placé sur la même ligne que le legs d'usufruit d'un troupeau ; mais cette opinion de Pomponius n'a point été admise par Justinien.

§ XIX. *Ædibus denique legatis*,

§ 19. Le legs d'une édifice comprend

---

(1) LL. 15. 16. 25. D. 33. 8. Inst. IV. 7. § 4.
(2) L. 44. D. 21. 1.
(3) L. 5. D. 33. 7.
(4) L. 12. § 27. L. 16. D. 33. 7.
(5) L. 31. D. 7. 4.

*columnas et marmora, quæ post testamentum factum adjecta sunt, legato cedere.*

§ XX. Si peculium legatum fuerit, sine dubio quidquid peculio accedit, vel decedit vivo testatore legatarii lucro, vel damno est. Quodsi post mortem testatoris, ante aditam hereditatem, servus acquisierit, Julianus ait, *si quidem ipsi manumisso peculium legatum fuerit, omne, quod ante aditam hereditatem acquisitum est, legatario cedere, quia dies hujus legati ab adita hereditate cedit; sed si extraneo peculium legatum fuerit, non cedere ea legato, nisi ex rebus peculiaribus auctum fuerit.* Peculium autem, nisi legatum fuerit, manumisso non debetur, quamvis, si vivus manumiserit, sufficit, si non adimatur; et ita divi Severus et Antoninus rescripserunt. Iidem rescripserunt, *peculio legato, non videri id relictum, ut petitionem habeat pecuniæ, quam in rationes dominicas impendit.* Iidem rescripserunt, *peculium videri legatum, cum rationibus redditis liber esse jussus est, et ex eo reliquas inferre.*

les colonnes et les marbres qui y sont ajoutées depuis la confection du testament.

§ 20. Le legs d'un pécule a pour effet de faire gagner ou perdre, au légataire, tout ce qui accroît au pécule ou en décroît du vivant du testateur. Si ce pécule s'est accru d'acquisitions faites par l'esclave depuis la mort du testateur et avant l'adition d'hérédité, ces acquisitions appartiendront au légataire, si c'est à l'esclave affranchi que le legs a été fait, parce que le droit à un tel legs s'ouvre à l'adition d'hérédité seulement: mais, si c'est à un étranger que le pécule a été légué, le légataire ne gagne les acquisitions dont nous avons parlé qu'autant qu'elles proviennent des choses mêmes dont se compose le pécule. Au reste, lorsqu'un esclave est affranchi par testament, et qu'on ne lui a pas en même temps légué son pécule, il ne lui est point dû, quoiqu'il soit vrai de dire que, si son maître l'affranchit entre vifs, le pécule lui appartient s'il ne lui est pas ôté. Telle est la décision de Sévère et d'Antonin. Enfin ils ont décidé que, si le testateur a dit que l'esclave sera libre après avoir rendu son compte et payé le reliquat, le pécule sera censé lui avoir été aussi légué.

* L'esclave ne peut devenir légataire de son pécule, soit qu'il doive être libre en vertu du testament, soit qu'il soit lui-même légué à une autre personne, qu'à l'adition d'hérédité (1); car, avant cette adition, il appartient à la succession : or, s'il acquérait le legs dans cet état, il l'acquerrait, non pour lui, mais pour l'hérédité, pour l'héritier futur, lequel, par conséquent, se trouverait réunir et l'obligation au legs, et la créance de ce même legs. Si donc un testateur lègue à son esclave son pécule, comme il ne le lui lègue qu'en lui léguant en même temps la liberté, l'esclave devra le prendre dans l'état où il se trouvera lors de

(1) Voyez *supra*, p. 437, ce que signifie *dies cedit*.

l'adition d'hérédité, avec les accroissements qui sont venus l'enrichir, non seulement jusqu'à la mort du testateur, mais encore depuis cette mort jusqu'à l'adition. Les accroissements dont il s'agit ici ne sont pas ceux qui proviendraient de la substance du pécule, tels que les fruits produits par des choses comprises dans le pécule : car, si dans le pécule se trouve un troupeau, peu importe l'époque à laquelle il sera acquis, en ce qui concerne les agneaux ; s'ils naissent avant l'ouverture du legs, ils feront toujours partie du troupeau, et, comme tels, ils appartiendront au légataire ; s'ils naissent depuis cette ouverture, ils appartiendront au légataire comme fruits de sa chose. Les accroissements dont profitera le légataire proviennent donc d'une cause extérieure : tel serait le legs fait par un tiers à cet esclave légataire.

Mais si ce même pécule était légué à un étranger purement et simplement, le *dies cedit* coïnciderait alors avec la mort du testateur; le légataire étranger le prendrait dans l'état où il se trouvait à la mort, quoiqu'il ne puisse le demander qu'après l'adition d'hérédité; il profiterait des accroissements survenus au pécule, d'une cause extérieure, avant le décès du testateur ; mais il ne profiterait pas de ceux survenus depuis ce décès.

Le *dies cedit*, pour le legs fait à un esclave du testateur, n'a lieu qu'à l'adition d'hérédité ; jusque-là, si l'esclave mourait, il mourrait avant la liberté acquise, par conséquent sans successeur possible.

* Les empereurs Sévère et Antonin ajoutent que le maître qui donne la liberté à son esclave par testament, n'est pas censé, pour cela, lui donner le pécule amassé pendant son esclavage. Il en est autrement lorsque la liberté est donnée entre vifs, parce qu'alors le maître qui voit son esclave emporter son pécule et ne s'y oppose pas, consent par là même à ce qu'il lui soit acquis. Mais on ne peut pas dire d'un mort que son silence équivaut à un consentement. Dioclétien et Maximien ont rendu la même décision (1).

** En outre, les empereurs Sévère et Antonin ont décidé que si un maître lègue à un esclave son pécule, cela ne signifiera pas que, si l'esclave a puisé dans son pécule des sommes pour l'intérêt particulier de son maître, il aura le droit de faire rentrer ces sommes dans son pécule, et de les réclamer aux héritiers de son maître. Pégase, Nerva et Atilicinus ont défendu ce rescrit. Ulpien le rapporte dans un fragment qui se trouve au Digeste (2). Mais si le pécule était donné à l'esclave par acte entre vifs, celui-ci pouvait réclamer les sommes qui étaient sorties de son pécule pour l'intérêt de son maître. Dans tous les

---

(1) L. un. C. 7. 23.
(2) L. 7. § 6. D. 15. 1. L. 6. § 4. D. 33. 8.

cas, si l'héritier était débiteur personnel du pécule de l'esclave, celui-ci, légataire du pécule, pouvait exiger de l'héritier ce que celui-ci devait à son pécule (1).

Enfin, ces mêmes empereurs ont voulu que, quoique en règle générale le testateur ne soit pas présumé avoir voulu léguer à un esclave son pécule, lorsqu'il l'affranchit par testament, il en fût autrement lorsque l'intention du testateur s'est révélée à ce sujet : si, par exemple, il a dit que l'esclave, après avoir reçu la liberté et rendu ses comptes, paiera le reliquat aux héritiers, il est censé avoir voulu que, les dettes payées, le reste appartînt à l'esclave légataire (2).

§ XXI. Tam autem corporales res quam incorporales legari possunt. Et ideo et, quod defuncto debetur, potest alicui legari, ut actiones suas heres legatario præstet, nisi exegerit vivus testator pecuniam : nam hoc casu legatum extinguitur. Sed et tale legatum valet : *damnas esto heres domum illius reficere,* vel *illum ære alieno liberare.*

§ 21. On peut léguer les choses incorporelles aussi bien que les corporelles. Par conséquent le testateur peut léguer ce qui lui est dû, de manière que l'héritier soit obligé de céder ses actions au légataire : toutefois ce legs serait éteint si le testateur avait exigé la dette de son vivant. On considère aussi comme valable un tel legs : « que mon héritier soit obligé de reconstruire la maison de tel individu, ou de payer ses dettes. »

* Comme on le voit, le legs d'une créance n'en transfère pas directement le bénéfice au légataire. Chez nous, le légataire aurait de plein droit les actions attachées à cette créance : il pourrait poursuivre le débiteur sans emprunter le nom de l'héritier, et sans agir en vertu de son mandat ; chez les Romains, il en était autrement : un tel legs obligeait seulement l'héritier à procurer au légataire l'action contre le débiteur ; action qui, comme toutes celles qui autrefois appartenaient au défunt, est maintenant sur la tête de l'héritier. L'héritier ne doit pas davantage ; et si le débiteur est insolvable, cette insolvabilité sera subie par le légataire, sans aucun recours contre l'héritier.

** Comment l'héritier s'y prendra-t-il pour céder son action au légataire ? Il y a deux moyens. Il pourra faire intervenir le débiteur, et lui ordonner de promettre par stipulation au légataire : cela s'appelle une novation. Par là l'héritier aura perdu son droit de créance, et le légataire l'aura acquis. Mais le débiteur peut fort bien ne pas consentir à venir faire cette novation ; alors l'héritier donnera au légataire le mandat de poursuivre le débiteur ; le légataire, en vertu de ce mandat, demandera au magistrat une action, dans laquelle mission sera donnée

---

(1) L. 5. D. 33. 8.
(2) L. 8. § 7. D. 33. 8.

au juge (dans l'*intentio*) d'examiner si le débiteur doit à l'héritier, et de condamner le débiteur envers le légataire personnellement. Le légataire, lorsqu'il aura obtenu le montant de la condamnation, ne rendra pas compte de son mandat à l'héritier, parce qu'il était mandataire *in rem suam*, pour une créance qui devait lui profiter en définitive. Ce second mode de la réalisation du legs d'une créance était employé pour toute cession d'action.

Le legs qui consiste à obliger l'héritier à faire quelque chose, ou à s'abstenir d'un acte, est aussi le legs d'une chose incorporelle : il suffit que l'acte ou l'omission n'ait rien d'illicite.

§ **XXII.** Si generaliter servus vel alia res legetur, electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit.

§ 22. Si le legs d'un esclave ou d'une autre chose est fait d'une manière indéterminée, le légataire aura le choix, à moins que le testateur n'ait dit le contraire.

* Si le testateur a légué un corps certain, l'héritier ne pourra acquitter son obligation qu'en donnant ce corps certain, et le légataire ne pourra demander autre chose ; mais s'il a légué une chose non déterminée quant à l'individu, par exemple, une brebis, un cheval, le légataire, en recevant une brebis, un cheval, ne pourra se plaindre et prétendre que le testateur a eu l'intention de lui donner un autre animal du même genre (*generaliter*) ; et quand nous disons *genre*, c'est par opposition à l'*individu*, que les textes désignent par le mot *species*.

Nous supposons ici que l'héritier doit avoir le choix, car c'est lui qui est débiteur en vertu du testament. En effet, il en était autrefois ainsi dans un legs *per damnationem ;* dans le legs *per vindicationem*, au contraire, comme le légataire avait le droit de dire : « Telle chose est à moi parmi les individus du même genre que je trouve dans l'hérédité, et ce, en vertu du testament (1), » le légataire avait le choix.

Le motif de cette décision est que le choix doit appartenir à celui qui a le droit de revendiquer : ici il n'y a pas, en effet, de débiteur. Or, d'après Justinien, tout légataire peut, s'il le veut, intenter l'action réelle : il n'est donc pas étonnant qu'il ait donné à un tel légataire le droit de choisir, sans distinguer si la disposition testamentaire est *per damnationem* ou *per vindicationem*. Mais s'il n'y avait pas, dans les biens héréditaires, des individus du genre indiqué par la disposition testamentaire, il serait impossible que le légataire revendiquât (2) ; il ne pourrait intenter qu'une action personnelle contre l'héritier, et l'héri-

---

(1) L. 108. § 2. D. 30.

(2) Car il ne pourrait avoir acquis par le testament une propriété que n'avait pas le testateur lui-même.

tier aurait le choix, parce qu'il serait poursuivi comme débiteur. Dans tous les cas, le choix ne devra se porter ni sur la meilleure chose, ni sur la plus mauvaise (1).

§ XXIII. Optionis legatum, id est ubi testator ex servis suis vel aliis rebus optare legatarium jusserat, habebat in se condicionem; et ideo, nisi ipse legatarius vivus optaverat, ad heredem legatum non transmittebat. Sed ex constitutione nostra et hoc ad meliorem statum reformatum est, et data est licentia et heredi legatarii optare, licet vivus legatarius hoc non fecit. Et diligentiore tractatu habito, et hoc in nostra constitutione additum est, *ut, sive plures legatarii existant, quibus optio relicta est, et dissentiant in corpore eligendo, sive unius legatarii plures heredes, et inter se circa optandum dissentiant, alio aliud corpus eligere cupiente, ne pereat legatum (quod plerique prudentium contra benivolentiam introducebant), fortunam esse hujus optionis judicem, et sorte esse hoc dirimendum, ut, ad quem sors perveniat, illius sententia in optione præcellat.*

§ 23. D'après les anciens principes, lorsque le testateur faisait un legs d'option, c'est-à-dire, lorsqu'il donnait à un légataire le droit de choisir l'un de ses esclaves ou l'une des choses qui lui appartenaient, un tel legs était fait sous la condition que le légataire choisirait lui-même; le droit de choisir n'était pas transmissible à ses héritiers; mais, par une constitution, nous avons fait prévaloir des principes plus rationnels; en conséquence, nous avons permis à l'héritier du légataire de faire l'option, lorsque ce dernier ne l'aura pas faite de son vivant. Etendant nos améliorations, nous avons décidé, dans la même constitution que, si le legs d'option est fait à plusieurs, ou si le légataire, mourant sans avoir opté, laisse plusieurs héritiers, dans le cas où ils ne s'accorderont pas sur le choix à faire, le choix appartiendra à celui que le sort désignera, afin que le legs ne périsse pas : en le décidant ainsi, nous avons rejeté l'opinion de plusieurs jurisconsultes, qui ne favorisaient pas l'intention du testateur.

* On ne doit pas confondre le legs d'option avec le legs d'une chose à choisir dans les biens héréditaires. Le legs d'une chose à choisir est régi par le paragraphe précédent; il est transmissible aux héritiers du légataire. Le legs d'option a moins pour objet une chose corporelle que la faculté de se déterminer pour un choix; c'est, en un mot, le legs d'une satisfaction à se procurer par la détermination de la volonté. Ce legs était tout à fait personnel au légataire, comme celui d'un droit d'usufruit, d'un droit d'usage; mais avec un autre caractère, puisqu'il ne procurait jamais que l'action personnelle. Cette faculté léguée ne pouvait même être exercée par un mandataire. Si le légataire mourait avant d'avoir fait l'option, le legs était éteint.

---

(1) LL. 37. pr. 110. D. 30.

Mais Justinien a rendu un tel legs transmissible. Avant lui, le seul dissentiment entre les différents ayants droit rendait le legs caduc, il en est autrement depuis cet empereur, ainsi que l'explique notre texte.

Le legs d'option diffère encore du legs du paragraphe précédent, en ce qu'ici le légataire peut porter son choix sur la chose la meilleure (1), et exercer l'action *ad exhibendum* contre l'héritier, pour le contraindre à représenter les choses sur lesquelles l'option doit s'exercer (2).

§ XXIV. Legari autem illis solis potest, cum quibus testamenti factio est.

§ 24. On ne peut léguer qu'à ceux avec lesquels on a faction de testament.

§ XXV. Incertis vero personis neque legata, neque fideicommissa olim relinqui concessum erat : nam nec miles quidem incertæ personæ poterat relinquere, ut divus Hadrianus rescripsit. Incerta autem persona videbatur, quam incerta opinione animo suo testator subjiciebat, veluti si quis ita dicat : *quicumque filio meo in matrimonium filiam suam dederit, ei heres meus illum fundum dato;* illud quoque, quod his relinquebatur, *qui post testamentum scriptum primi consules designati erunt*, æque incertæ personæ legari videbatur ; et denique multæ aliæ hujusmodi species sunt. Libertas quoque non videbatur posse incertæ personæ dari, quia placebat nominatim servos liberari. Tutor quoque certus dari debebat. Sub certa vero demonstratione, id est ex certis personis incertæ personæ, recte legabatur, veluti : *ex cognatis meis, qui nunc sunt, si quis filiam meam uxorem duxerit, ei heres meus illam rem dato.* Incertis autem personis legata vel fideicommissa relicta et per errorem soluta repeti non posse, sacris constitutionibus cautum erat.

§ 25. Autrefois on ne pouvait faire aux personnes incertaines ni legs ni fidéicommis : un militaire même ne pouvait rien laisser à des personnes incertaines : ainsi l'avait décidé Adrien dans un rescrit : or on entendait par personne incertaine celle que le testeur n'avait pas présente à l'esprit d'une manière précise ; par exemple, s'il disait : « que mon héritier donne » ce fonds à celui qui donnera sa » fille en mariage à mon fils. » Il en était de même s'il laissait quelque chose à ceux qui, depuis son testament seraient désignés consuls les premiers. On pourrait encore citer beaucoup d'exemples semblables. On ne pouvait pas non plus donner la liberté à une personne incertaine, parce qu'il était de principe qu'un esclave devait être affranchi nominativement. Le tuteur que l'on donnait par testament devait être aussi désigné d'une manière précise. Mais on pouvait léguer à des personnes incertaines, lorsqu'elles étaient comprises dans une classe d'individus déterminée, par exemple : « que mon » héritier donne telle chose à celui » de mes cognats maintenant exis- » tants qui épousera ma fille. » Si les

---

(1) L. 9. § 1. D. 4. 3. L. 2. pr. et § 1. D. 33. 5.
(2) LL. 4. 5. 8. § 3. 22. D. 33. 5 L. 2. § 1. D. 33. 6.

legs et les fidéicommis, faits à des personnes incertaines, avaient été acquittés par erreur, les constitutions n'en permettaient pas la répétition.

* Ce fut un sénatus-consulte du temps d'Adrien qui défendit de faire des fidéicommis à des personnes incertaines; car, avant Adrien, des legs faits à des personnes incertaines étaient considérés comme nuls, et c'était pour échapper à la nullité d'un tel legs qu'on employait la forme du fidéicommis (1).

Quant au legs de liberté, il ne pouvait être fait en faveur d'un esclave incertain, à cause de la loi *Furia Caninia*, qui exigeait qu'on affranchît nominativement (2).

§ **XXVI.** Postumo quoque alieno inutiliter legabatur : est autem alienus postumus, qui, natus, inter suos heredes testatoris futurus non est ; ideoque ex emancipato filio conceptus nepos extraneus erat postumus avo.

§ 26. Il était aussi inutile de léguer au posthume externe; or, on appelle ainsi celui qui, étant conçu, ne doit pas naître parmi les héritiers siens du testateur. Ainsi le petit-fils, conçu des œuvres d'un fils émancipé, était posthume externe de son aïeul.

Quant au posthume, héritier sien du testateur, on pouvait l'instituer héritier (voyez *supra*, page 356), ou lui laisser un legs.

§ **XXVII.** Sed nec hujusmodi species penitus est sine justa emendatione derelicta, cum in nostro codice constitutio posita est, per quam et huic parti medevimus, non solum in hereditatibus, sed etiam in legatis et fideicommissis; quod evidenter ex ipsius constitutionis lectione clarescit. Tutor autem nec per nostram constitutionem incertus dari debet, quia certo judicio debet quis pro tutela suæ posteritati cavere.

§ 27. Nous n'avons point voulu laisser cette matière sans réforme : nous avons inséré dans notre code une constitution dans le but de réformer les anciennes règles, tant pour les legs que pour les fidéicommis. On s'en convaincra facilement en jetant les yeux sur notre constitution. Mais nous avons maintenu la défense de nommer pour tuteur une personne incertaine; car un testateur ne doit donner pour tuteur, à ses enfants, qu'une personne qu'il connaît bien.

* La constitution par laquelle Justinien a fait les réformes qu'il annonce ne se trouve plus que mentionnée au Code *repetitæ prælectionis* (3); elle était sans doute fort étendue dans l'ancien Code (4).

Au reste, cet empereur permet de laisser des legs ou des fidéicom-

(1) Gaius, II. 287. LL. 4 et 5. pr. D. 34. 5.
(2) Gaius, II. 239.
(3) C. 6. 48.
(4) Cujas, not. ad Inst., *hic*.

mis à des personnes incertaines, des corporations et des pauvres non désignés, et aux posthumes externes. Il en dit autant de la liberté; mais il fait une réserve quant à la tutelle.

§ XXVIII. Postumus autem alienus heres institui et antea poterat, et nunc potest, nisi in utero ejus sit, quæjure nostro uxor esse non potest.

§ 28. Autrefois on pouvait cependant instituer un posthume externe, et on le peut encore aujourd'hui, à moins qu'il ne soit dans le sein d'une femme qui ne peut être l'épouse du testateur.

* Il est évident, d'après Gaius (1), et d'après Justinien lui-même (2), qu'autrefois un posthume externe ne pouvait être institué héritier : une institution n'aurait pu le conduire qu'à la possession de biens, à l'hérédité prétorienne; désormais elle pourra lui conférer l'hérédité civile. Toutefois, Justinien excepte ici le cas où, le posthume étant conçu des œuvres du testateur, celui-ci ne pourrait épouser la mère; mais si le posthume n'est pas de ses œuvres, il peut l'instituer valablement, peu importe que la mère du posthume puisse ou ne puisse pas épouser le testateur. Ainsi, il est bien évident que l'on pouvait instituer le posthume de sa fille (3).

§ XXIX. Si quis in nomine, cognomine, prænomine legatarii erraverit testator, si de persona constat, nihilominus valet legatum; idemque in heredibus servatur, et recte : nomina enim significandorum hominum gratia reperta sunt, qui si quolibet alio modo intellegantur, nihil interest.

§ 29. Si le testateur s'est trompé sur le nom ou le surnom, ou le prénom du légataire, le legs sera valable, pourvu qu'il n'y ait aucun doute sur l'identité du légataire. Ceci s'applique également à l'institution d'héritier, et avec raison; car les noms ne sont faits que pour désigner les personnes; pourvu qu'elles soient bien désignées, cela doit suffire.

§ XXX. Huic proxima est illa juris regula, *Falsa demonstratione legatum non perimi.* Veluti si quis ita legaverit, *Stichum servum meum vernam do lego :* licet enim non verna, sed emptus sit, de servo tamen constat, utile est legatum. Et convenienter, si ita demonstraverit, *Stichum servum, quem a Seio emi*, sitque ab alio emptus, utile est legatum, si de servo constat.

§ 30. A la règle précédente est analogue la règle suivante : « La fausse » désignation des qualités de l'objet » légué ne rend pas le legs nul. » Par exemple : « je lègue Stichus mon es- » clave né chez moi. » Quoiqu'il ne soit pas né chez moi, mais que je l'aye acheté, le legs n'en sera pas moins valable, parce qu'il n'y a pas de doute sur l'identité. Il en sera de même si j'ai dit : « je lègue l'esclave

(1) Gaius, II. 242 et 287.
(2) Inst., III. 9. pr.
(3) L. 9. § 3. D. 28. 2.

Stichus que j'ai acheté de Seius. » Peu importe que je l'aye acheté d'un autre, s'il n'y a pas d'incertitude sur la personne de l'esclave légué.

* Il faut bien se garder de confondre la démonstration avec la détermination. Si je dis dans un testament : « Je lègue à Titius les cent solides qui sont dans mon secrétaire, ce que Seius me doit, » le legs est nul s'il n'y a rien dans mon secrétaire, si Seius ne me doit rien, parce que ma volonté est subordonnée à l'existence de cent solides dans mon secrétaire, ou à la dette de Seius : il y a fausse détermination. Mais, dans notre espèce, la volonté du testateur est subordonnée seulement à l'existence de l'objet légué, et non à ses qualités : il n'y a que fausse démonstration.

§ XXXI. Longe magis legato falsa causa non nocet. Veluti cum ita quis dixerit, *Titio, quia absente me negotia mea curavit, Stichum do lego;* vel ita, *Titio, quia patrocinio ejus capitali crimine liberatus sum, Stichum do lego* : licet enim neque negotia testatoris unquam gessit Titius, neque patrocinio ejus liberatus est, legatum tamen valet. Sed si condicionaliter enunciata fuerit causa, aliud juris est, veluti hoc modo: *Titio, si negotia mea curaverit, fundum do lego.*

§ 31. A plus forte raison la fausse cause ne nuit pas à la validité du legs; par exemple, si le testateur a dit : « je lègue Stichus à Titius qui a » géré mes affaires pendant mon ab» sence. » Ou bien : « je lègue Sti» chus à Titius, parce que, par sa » défense j'ai été acquitté d'une ac» cusation capitale. » Car, peu importe ici, pour la validité du legs, que Titius ait géré les affaires du testateur ou l'ait fait acquitter par son talent d'une accusation capitale. Il en serait autrement si ces énonciations avaient été, dans l'esprit du testateur, des conditions proprement dites, par exemple, s'il avait dit : « je lègue mon fonds à Titius s'il a « soigné mes affaires. »

** Le legs étant une donation, et la donation étant déterminée par la libéralité, il est valable indépendamment de toute désignation du fait qui a pu porter à la libéralité : si donc cette désignation est fausse, peu importe. Or, cette indication accessoire est encore moins nécessaire à la validité du legs que la vérité d'une démonstration, puisqu'il peut arriver que celle-ci serve à préciser l'objet légué, tandis que le testateur n'a jamais besoin d'indiquer le motif de sa libéralité. C'est donc avec raison que Justinien conclut, par un *à fortiori*, que la fausseté de la cause ne nuit pas au legs.

Il faut éviter de confondre la *condition* avec le *mode*. Le mode ne suspend pas l'effet du legs. Si j'ai légué mille sesterces à Titius, à charge

par lui de m'ériger un tombeau, ces mille sesterces appartiendront à Titius dès l'ouverture de ma succession; seulement, s'il n'exécute pas la charge qui lui a été imposée, il devra les rendre. Mais, jusqu'à l'accomplissement de la condition, le droit au legs n'est pas encore ouvert: si donc je lègue mille sesterces à Titius, si mon vaisseau revient d'Asie, ils ne lui seront pas dus, si mon vaisseau ne revient pas, parce que je n'ai voulu être libéral que sous cette condition.

Ainsi, non seulement la *cause* diffère du mode, mais l'une et l'autre diffèrent de la *condition*.

Quant aux conditions qui consistent à ne pas faire, et qui ne peuvent être accomplies du vivant du légataire, si elles suspendaient l'effet du legs, il en résulterait que le légataire ne pourrait jamais profiter de la libéralité qui lui serait ainsi adressée; ce qui serait contraire à l'intention du testateur. Aussi les jurisconsultes ont-ils admis que, dans ce cas, le légataire aurait droit au legs comme si le testateur n'avait pas fait dépendre son ouverture de la condition de ne pas faire : il pourra donc en demander la délivrance ; mais il donnera une caution, appelée *mucienne*, dont le but est de garantir qu'il ne contreviendra pas à l'obligation de ne pas faire.

§ XXXII. An servo heredis recte legamus, quæritur. Et constat, pure inutiliter legari, nec quicquam proficere, si vivo testatore de potestate heredis exierit, quia, quod inutile foret legatum, si statim post factum testamentum decessisset testator, hoc non debet ideo valere, quia diutius testator vixerit. Sub condicione vero recte legatur, ut requiramus, an, quo tempore dies legati cedit, in potestate heredis non sit.

§ 32. On se demande si on peut léguer valablement à l'esclave de l'héritier. Il est constant que, si le legs est pur et simple, il est inutile; en effet, peu importe que, du vivant du testateur, l'esclave sorte de la puissance de l'héritier institué; car le legs nul, en supposant le testateur mort lors de la confection du testament, ne peut devenir valable parce que le testateur aurait vécu plus longtemps. Mais un tel legs conditionnel serait valable si, au moment de l'ouverture du legs, l'esclave avait cessé d'être sous la puissance de l'héritier.

* L'héritier ne peut pas se devoir un legs ; or, s'il le devait à son propre esclave, ce serait comme s'il le devait à lui-même. On s'est donc demandé si le testateur pouvait charger l'héritier de remettre un legs à son propre esclave. Cette question était très controversée, du temps de Servius Sulpitius, entre les Sabiniens et les Proculéiens. L'opinion des Sabiniens, qui tenait le milieu entre celle de Servius et celle de Proculeius, paraît avoir ensuite prévalu (1) ; c'est celle qu'adopte et

(1) Gaius, II. 244.

consacre Justinien. La difficulté que présentait cette question venait de ce que l'esclave légataire, quoiqu'il fût sous la puissance de l'héritier au moment du testament, pouvait fort bien en être sorti au moment de l'ouverture du droit au legs : ce moment était celui du décès du testateur pour un legs pur et simple, et pour le legs conditionnel, celui de l'accomplissement de la condition.

Or, cette difficulté n'en était pas une pour le legs pur et simple ; car, par l'application de la règle Catonienne, pour apprécier la validité d'un legs pur et simple, on doit se reporter à la confection du testament. Il est donc impossible, d'après la règle Catonienne, qu'il existe un intervalle pendant lequel un esclave sorte de la puissance de son maître héritier, et recueille pour lui-même, ou pour un autre maître que l'héritier, le legs qui lui aurait été fait.

Mais l'impossibilité n'existait plus s'il s'agissait d'un legs conditionnel ; ce legs échappait à la règle Catonnienne : car, comme il ne s'ouvrait qu'à l'accomplissement de la condition, si, lors de cet accomplissement, l'esclave légataire n'était plus l'esclave de l'héritier, ou avait conquis sa liberté, rien ne s'opposait à ce que le legs fût valable (1). Si, à cette époque, l'esclave était encore sous la puissance de l'héritier, le legs était nul (2). Voyez *supra*, page 441, 5°.

§ XXXIII. Ex diverso, herede instituto servo, quin domino recte etiam sine condicione legetur, non dubitatur. Nam et, si statim post factum testamentum decesserit testator, non tamen apud eum, qui heres sit, dies legati cedere intellegitur, cum hereditas a legato separata sit, et possit per eum servum alius heres effici, si prius, quam jussu domini adeat, in alterius potestatem translatus sit, vel manumissus ipse heres efficitur : quibus casibus utile est legatum ; quodsi in eadem causa permanserit, et jussu legatarii adierit, evanescit legatum.

§ 33. En sens inverse, on peut, même sans condition, léguer au maître de l'esclave institué. Car, en supposant que le testateur soit mort lors de la confection du testament, le legs et l'hérédité pourront ne pas se confondre dans la même personne : car l'ouverture du legs a lieu avant celle de l'hérédité ; dans cet intervalle, et avant que son maître légataire ne lui donne l'ordre de faire adition, l'esclave peut passer sous la puissance d'un autre, qui deviendra héritier, ou être affranchi et faire adition d'hérédité pour lui-même. Dans ces divers cas, le legs peut être valable ; mais, si l'esclave institué reste l'esclave du légataire jusqu'à l'adition d'hérédité, le legs deviendra nul.

* Si un legs est fait au maître de l'esclave institué, il peut être valable, quoique pur et simple : en effet, quand même on supposerait le

---

(1) L. 4. pr. D. 34. 7.
(2) Gaius, II. 244.

testateur mort immédiatement après la confection du testament, le maître serait bien sur-le-champ légataire, mais l'esclave ne deviendra héritier, ou plutôt ne rendra son maître héritier que plus tard, lors de l'adition d'hérédité. Or, dans l'intervalle qui s'écoulera depuis l'ouverture de la succession jusqu'à l'adition d'hérédité, l'esclave institué peut passer sous la puissance d'un autre maître ou être affranchi, et, si cette éventualité se réalise; il fera adition pour son nouveau maître ou pour lui-même (1). Mais si, au moment de l'adition d'hérédité, il se trouve encore sous la puissance du maître légataire, le legs sera inutile, parce que le legs et l'hérédité se confondraient dans la même personne (2). Voyez *supra*, p. 441, 6°

§ XXXIV. Ante heredis institutionem inutiliter antea legabatur, scilicet quia testamenta vim ex institutione heredum accipiunt, et ob id veluti caput atque fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio. Pari ratione nec libertas ante heredis institutionem dari poterat. Sed quia incivile esse putavimus, ordinem quidem scripturæ sequi (quod et ipsi antiquitati vituperandum fuerat visum), sperni autem testatoris voluntatem: per nostram constitutionem et hoc vitium emendavimus, ut liceat, et ante heredis institutionem, et inter medias heredum institutiones, legatum relinquere, et multo magis libertatem, cujus usus favorabilior est.

§ 34. Autrefois les legs, placés avant l'institution d'héritier, étaient nuls; parce que l'institution seule donnait force à tout le testament; elle en était considérée comme la partie essentielle et le fondement. Le legs de la liberté lui-même était nul, lorsqu'il précédait l'institution. Mais nous avons pensé qu'il est déraisonnable de s'arrêter à l'ordre des phrases (les anciens avaient déjà blâmé cette rigueur), et de ne compter pour rien la volonté du testateur. Nous avons donc publié une constitution, par laquelle nous déclarons valables les legs quelconques, à plus forte raison ceux de la liberté, qu'ils soient placés avant, parmi ou après les institutions d'héritiers.

*De tout temps les fidéicommis, écrits avant l'institution, étaient valables, puisqu'ils étaient indépendants de toute institution d'héritier. Il n'en était pas de même des legs qui supposaient nécessairement un héritier institué. Justinien a changé l'ancien droit en ce point encore, par une constitution que l'on croit ne point se retrouver entièrement au Code (3).

Quant à la nomination du tuteur par testament, les Sabiniens pensaient qu'elle ne se trouvait valable qu'autant qu'elle suivait l'institution : mais les Proculéiens partageaient l'opinion contraire, attendu que cette nomination ne grévait l'hérédité d'aucune charge (4). Cette

(1) L. 47. D. 36. 2.
(2) Gaius, l. c. L. 20. D. 35. 2.
(3) L. 24. C. 6. 23.
(4) Gaius, II. 231.

dernière opinion avait prévalu avant Justinien ; c'est sans doute pour cela qu'il ne s'occupe point de la place que peut occuper, dans un testament, la nomination d'un tuteur.

§ XXXV. Post mortem quoque heredis aut legatarii simili modo inutiliter legabatur : veluti si quis ita dicat, *cum heres meus mortuus erit, do lego*; item, *pridie, quam heres aut legatarius morietur.* Sed simili modo et hoc correximus, firmitatem hujusmodi legatis ad fideicommissorum similitudinem præstantes, ne vel in hoc casu deterior causa legatorum, quam fideicommissorum inveniatur.

§ 35. De même on ne pouvait pas faire valablement un legs qui n'aurait dû être acquitté qu'après la mort de l'héritier ou du légataire; tel serait le legs suivant : « je lègue » lorsque mon héritier sera mort. » Ou bien encore : « je lègue pour la » veille de la mort de mon héritier » ou de mon légataire. » Nous avons encore innové sur ce point, et nous avons donné force à de semblables legs, à l'exemple des fidéicommis, afin que les légataires ne fussent pas moins favorisés que les fidéicommissaires.

* Le legs devait être une charge pour l'héritier ; si donc le legs n'avait dû être acquitté qu'après sa mort, le but du legs n'aurait point été atteint ; il aurait été une charge pour l'héritier de l'héritier (1). Quant au tuteur, on se contentait de douter qu'il pût être nommé pour après la mort de l'héritier (2). Si le legs devait être acquitté la veille de la mort de l'héritier, il était également nul. Gaius est assez franc pour nous dire qu'il n'aperçoit pas trop le motif de cette dernière décision (3). Et en effet, quoi qu'on ne connaisse la veille de la mort de l'héritier qu'après sa mort, il sera toujours vrai de dire qu'il est mort ayant dû acquitter un legs, et que, ce qu'il n'a pas fait, son héritier doit le faire. D'ailleurs le legs différé jusqu'à la mort de l'héritier était valable ; et cependant on ne savait aussi qu'après sa mort quel avait été le moment de sa mort.

Justinien nous dit aussi que le legs, différé jusqu'après la mort du légataire, était également nul. Mais Gaius, Paul et Ulpien ne disent rien du légataire pour cette hypothèse.

Remarquez que, dans le cas où le legs était fait pour le moment de la mort de l'héritier, si le légataire venait à mourir avant l'héritier, le legs était nul. Sous ce rapport, un tel legs était réellement conditionnel. Mais le legs, fait pour le moment de la mort du légataire, était à terme, seulement ce terme était incertain ; il devait être déterminé par la mort

(1) Ulp., fr. XXIV. 16. Paul. Sent., III. 6 et 5. Gaius, II. 252.
(2) Gaius, II. 234.
(3) Gaius, II. 252.

du légataire : qu'elle arrivât avant ou après la mort de l'héritier, peu importait, le legs n'était pas caduc.

§ XXXVI. Pœnæ quoque nomine inutiliter legabatur et adimebatur vel transferebatur. Pœnæ autem nomine legari videtur, quod coercendi heredis causa relinquitur, quo magis is aliquid faciat, aut non faciat : veluti si quis ita scripserit, *heres meus, si filiam suam in matrimonium Titio collocaverit* (vel ex diverso, *si non collocaverit*), *dato decem aureos Seio*, aut si ita scripserit, *heres meus, si servum Stichum alienaverit* (vel ex diverso, *si non alienaverit*), *Titio decem aureos dato*. Et in tantum hæc regula observabatur, ut perquam pluribus principalibus constitutionibus significetur, nec principem quidem agnoscere, quod ei pœnæ nomine legatum sit. Nec ex militis quidem testamento talia legata valebant, quamvis aliæ militum voluntates in ordinandis testamentis valde observantur. Quin etiam nec libertatem pœnæ nomine adjici posse placebat. Eo amplius nec heredem pœnæ nomine adjici posse, Sabinus existimabat, veluti si quis ita dicat, *Titius heres esto, si Titius filiam suam Seio in matrimonium collocaverit, Seius quoque heres esto* : nihil enim intererat, qua ratione Titius coerceatur, utrum legati datione, an coheredis adjectione. Sed hujusmodi scrupulositas nobis non placuit, et generaliter ea, quæ relinquuntur, licet pœnæ nomine fuerint relicta, vel adempta, vel in alios translata, nihil distare a ceteris legatis constituimus, vel in dando, vel in adimendo, vel in transferendo; exceptis his videlicet, quæ impossibilia sunt, vel legibus interdicta, aut alias probrosa : hujusmodi enim testatorum dispositiones valere, secta temporum meorum non patitur.

§ 36. Les legs, révocations et translations de legs, faits à titre de peine, étaient aussi inutiles. Or, on léguait à titre de peine lorsqu'on faisait un legs dans le but de contraindre l'héritier à faire ou ne pas faire quelque chose; par exemple, si le testateur disait : « si mon héritier donne sa fille » en mariage (ou ne la donne pas) à » Titius, il donnera dix écus d'or a » Seius. » Ou bien s'il disait : « si » mon héritier aliène (ou n'aliène pas) » l'esclave Stichus, qu'il donne dix » écus d'or à Titius. » Ce principe était suivi avec tant de rigueur, que plusieurs constitutions impériales déclarèrent que l'empereur lui-même n'accepterait pas les legs qui lui seraient faits à titre de peine: de tels legs étaient nuls lors même qu'ils figuraient dans des testaments militaires, quoique cependant, dans tous les autres cas, on eût pour les volontés des militaires, exprimées dans des testaments, le respect le plus grand. On ne pouvait non plus léguer la liberté à titre de peine : bien plus Sabinus pensait qu'on ne pouvait adjoindre un héritier à un autre, à titre de peine, par exemple : « que Titius » soit mon héritier; et si Titius donne » sa fille en mariage à Seius, que » Seius soit aussi mon héritier. » Peu importe, en effet, d'après Sabinus, le moyen de contrainte employé envers Titius, que ce soit un legs ou une adjonction d'héritier. Ne voulant pas conserver dans notre législation de tels scrupules, nous avons décidé que les legs, révocations ou translations de legs, et, en général, toutes dispositions faites à titre de peine, seraient valables comme les autres. Nous avons excepté

cependant les charges imposées à l'héritier, qui seraient impossibles, défendues par les lois ou déshonnêtes; de telles dispositions testamentaires seraient, en effet, incompatibles avec les mœurs de notre siècle.

* La cause des legs ou des institutions d'héritiers doit être la libéralité du testateur ; les donations prennent leur source dans l'affection du donateur pour le donataire : la haine contre ceux au détriment desquels elles sont faites, si elle était la seule cause de la donation, vicierait radicalement un tel acte ; il ne serait plus alors le produit de la bienfaisance envers celui qui doit en profiter. C'est par ce motif qu'on avait prohibé de léguer comme peine imposée à l'héritier, ou d'adjoindre un héritier à un autre héritier pour punir celui-ci. Justinien permet de léguer pour punir l'héritier, ou de lui adjoindre, par le même motif, un autre héritier, sans doute parce qu'il a supposé que le testateur éprouvait toujours pour le légataire un sentiment de bienveillance plus vif encore que le sentiment de vengeance envers l'héritier. En un mot, c'est par une interprétation large de la volonté du testateur, interprétation qu'on admettait dans les fidéicommis, qu'il innova sur ce point.

** Il faut bien se garder de croire que le legs à titre de peine ait été un legs dans lequel on imposait une charge au légataire ; car il dépendait du légataire de ne point accepter le legs qui lui était fait, et s'il l'acceptait, il se soumettait par là même à la charge imposée. (1) Depuis que les legs à titre de peine ont été admis comme valables par Justinien, ils sont devenus conditionnels, en ce sens qu'ils dépendent, pour leur existence, d'un fait ou d'une omission de la part de l'héritier ; mais ils sont toujours restés distincts des legs conditionnels dépendant d'un fait à accomplir ou à éviter de la part du légataire. En effet, si le fait ou l'omission, recommandée à l'héritier sous peine d'acquitter un legs, est impossible ou illicite, le legs est nul, parce qu'il ne faut pas que l'héritier se trouve placé dans l'alternative de faire un sacrifice pécuniaire, ou de commettre un acte contraire à l'ordre physique ou à la morale. Si, au contraire, le fait ou l'omission, recommandée au légataire sous peine de perdre le bénéfice d'un legs, est d'une chose impossible ou

---

(1) Notre texte suppose qu'on pouvait révoquer un legs, ou le transférer, à titre de peine. Si l'on prenait à la lettre ces mots : *et adimebatur et transferebatur*, il en résulterait qu'un légataire n'aurait pu être menacé d'être privé d'un legs par une révocation ou une translation, pour le cas où il accomplirait un fait ou l'omettrait contrairement à la volonté du testateur. Mais ce résultat est inadmissible; car alors ce serait une charge qu'on lui aurait imposée, et il s'y serait soumis en acceptant un legs que rien ne pouvait le contraindre à accepter. Aussi Schrader (*hic*) pense-t-il que Tribonien a été inexact en insérant ces expressions, et qu'il aura, par un *lapsus*, confondu l'*adjectio heredis legatariive* avec l'*ademptio* et la *translatio*.

illicite, le legs sera valable et la condition réputée non écrite, parce qu'il ne faut pas le punir, par la privation du legs, de ne pas avoir fait une chose impossible ou immorale.

## TITULUS XXI.

### DE ADEMPTIONE LEGATORUM.

Pr. Ademptio legatorum, sive eodem testamento adimantur, sive codicillis, firma est, sive contrariis verbis fiat ademptio, veluti si, quod ita quis legaverit, *do lego*, ita adimatur, *non do non lego*, sive non contrariis, id est aliis quibuscumque verbis.

## TITRE XXI.

### DE LA RÉVOCATION DES LEGS.

Pr. La révocation d'un legs est valable, qu'elle soit faite par le même testament ou par codicilles postérieurs : on peut révoquer un legs soit par des paroles contraires, par exemple, si après avoir dit : « je donne et » lègue », on dit ensuite : « je ne » donne ni ne lègue »; soit par des paroles non contraires, c'est-à-dire, en tous autres termes.

* Le testament est l'expression de la dernière volonté présumée du testateur. Cette présomption de volonté disparaît lorsqu'une volonté contraire s'est manifestée. Cette volonté contraire, lorsqu'elle est relative à un legs, opère ce qu'on appelle une révocation ; elle opère une translation de legs lorsque, en ôtant un legs à l'un, elle l'attribue à un autre.

La révocation d'un legs peut être faite dans le même testament (1) (le testateur changeant de volonté avant la clôture de son testament), ou dans des codicilles (2).

**La révocation d'un legs peut être expresse ou tacite. Elle est expresse lorsqu'elle a été exprimée, soit dans le même testament, soit dans des codicilles, ainsi qu'il vient d'être dit, et de deux manières, savoir : par des paroles contraires à celles employées pour le legs, et par des paroles non contraires, mais indiquant suffisamment la volonté de révoquer (3). Les fidéicommis pouvaient être révoqués par des paroles quelconques : sous ce rapport, Justinien assimile encore les legs aux fidéicommis.

*** La révocation est tacite si le testateur biffe sa disposition (4), s'il

---

(1) Il ne peut être question ici d'un testament postérieur à celui qui contiendrait le legs : car un second testament annulerait, par le fait, le premier testament et tous les legs qui s'y trouveraient compris.

(2) Il peut y avoir plusieurs codicilles se rattachant au même testament.

(3) Si un legs *per vindicationem* n'était pas révoqué par les paroles contraires *non do non lego*, il continuait à subsister d'après le droit civil ; mais, si le légataire le réclamait, il pouvait être repoussé par l'exception de dol. Voyez Théophile, *hic*.

(4) L. 16. D. 34. 4.

détruit ou met hors du commerce la chose léguée, ou s'il l'aliène sans y être poussé par la nécessité.

Si un legs était révoqué sous une condition, il serait aussi maintenu sous la condition contraire; mais alors, de pur et simple qu'il était, il deviendrait conditionnel; et son *dies cedit* n'aurait plus lieu qu'à l'accomplissement de cette condition contraire.

§ I. Transferri quoque legatum ab alio ad alium potest, veluti si quis ita dixerit, *hominem Stichum, quem Titio legavi, Seio do lego*, sive in eodem testamento, sive in codicillis hoc fecerit. Quo casu simul Titio adimi videtur, et Seio dari.

§ 1. Un legs peut être aussi transféré d'une personne à une autre, par exemple, si le testateur dit : « je » donne et légue à Seius l'esclave » Stichus que j'avais légué à Titius »; cette translation peut se faire, soit dans le même testament, soit dans des codicilles. Dans ce cas il y a révocation quant à Titius, et legs pour Seius.

Il pourrait se faire que les expressions rapportées par notre paragraphe eussent pour objet de faire participer Seius au legs fait à Titius; il y aurait alors une même chose léguée conjointement à deux légataires, comme dans le § 8 du titre précédent. C'est à l'intention du testateur qu'il faudra surtout se reporter pour savoir s'il a entendu léguer conjointement, ou faire une translation de legs.

La translation, dans la formule de notre paragraphe, entraîne avec elle une révocation, et l'une est indépendante de l'autre; par conséquent le legs transféré à Seius pourrait être caduc, et cependant la révocation produirait toujours son effet quant à Titius.

Le jurisconsulte Paul (1) signale quatre modes de translations de legs, savoir : 1° *a persona in personam*; ce qui est l'espèce de notre paragraphe; 2° *ab eo qui dare jussus est... ut alius det.* Ici le legs est maintenu à la même personne; mais il est mis à la charge d'un autre héritier; 3° *res pro re*, lorsqu'un objet est légué au même légataire à la place d'un autre objet désigné auparavant; 4° un legs peut être rendu conditionnel de pur et simple qu'il était. Dans le cas du n° 3, si la nouvelle chose n'est pas valablement léguée, le legs de la première subsiste.

Un legs peut, quoique non révoqué, manquer son effet : par exemple, si le légataire meurt avant le *dies cedit :* alors il est *caduc ;* ou bien si le testament est infirmé, ou si l'objet périt ou cesse d'être dans le commerce. Enfin, on dit d'un legs qu'il est *ereptitium* lorsqu'il est enlevé au légataire pour cause d'indignité.

---

(1) L. 6. D. 34. 4.

# TITULUS XXII.

## DE LEGE FALCIDIA.

Pr. Superest, ut de lege Falcidia dispiciamus, qua modus novissime legatis impositus est. Cum enim olim lege duodecim tabularum libera erat legandi potestas, ut liceret vel totum patrimonium legatis erogare (quippe ea lege ita cautum esset : *uti legassit suæ rei, ita jus esto*) : visum est hanc legandi licentiam coartare, idque ipsorum testatorum gratia provisum est, ob id, quod plerumque intestati moriebantur, recusantibus scriptis heredibus pro nullo aut minimo lucro hereditates adire. Et cum super hoc tam lex Furia, quam lex Voconia latæ sunt, quarum neutra sufficiens ad rei consummationem videbatur : novissime lata est lex Falcidia, qua cavetur, ne plus legare liceret, quam dodrantem totorum bonorum, id est, ut, sive unus heres institutus esset, sive plures, apud eum eosve pars quarta remaneret.

# TITRE XXII.

## DE LA LOI FALCIDIE.

Pr. Il nous reste à parler de la loi Falcidie, qui a apporté les dernières restrictions à la faculté de léguer. En effet, d'après la loi des Douze tables, la faculté de léguer était tellement illimitée, qu'on pouvait épuiser en legs tout son patrimoine; car on lisait dans cette loi que toute disposition du testateur était une loi : il parut donc raisonnable de restreindre cette liberté trop grande; l'intérêt des testateurs eux-mêmes réclamait des restrictions; car, s'ils ne laissaient rien, ou presque rien, à leurs héritiers institués, ils pouvaient mourir intestats, par suite du refus des institués d'accepter l'hérédité. Il parut à ce sujet la loi Furia, puis la loi Voconia; mais elles n'atteignirent pas leur but : enfin fut portée la loi Falcidie, qui défend de léguer plus des trois quarts du patrimoine : ainsi, qu'il y ait un seul institué, ou qu'il y en ait plusieurs, il doit leur rester au moins le quart de toute la succession.

* La loi Furia, appelée *testamentaria*, est un plébiscite que l'on place en 571 de Rome (1). Elle défendait à un testateur de donner au même légataire plus de mille as (2). Cette défense n'empêchait pas le testateur d'épuiser en legs tout son patrimoine; car, pour cela, il suffisait qu'il gratifiât autant de légataires qu'il avait de fois mille as. La loi Voconia, que l'on place communément en 585 de Rome (3), défendait de donner à un légataire plus qu'il ne resterait à l'héritier lui-même; mais il était

---

(1) On sait par Cicéron (pro Balbo, 8) et par Théophile, *hic*, que cette loi est plus ancienne que la loi Voconia.

(2) Gaius, II. 225 et IV. 23.

(3) Cic. de Senect. 5. Cette loi Voconia est regardée comme étant la même que celle qui défendait à un citoyen, riche de 100,000 sesterces, d'instituer une femme pour héritière. Voyez l'excellent travail de M. Giraud, sur le vrai caractère de cette loi, dans les mémoires de l'Académie, 1841.

facile d'éluder cette loi, en multipliant tellement les légataires, que chacun d'eux n'eût qu'un objet de peu d'importance, et qu'il ne restât, par conséquent, à l'héritier institué, qu'une portion minime de l'hérédité (1). La loi Falcidie, autre plébiscite de l'an 714 de Rome, fut la seule qui mit un frein véritable à la liberté de léguer.

La réserve assurée par cette dernière loi aux héritiers contre les légataires s'appelle quarte Falcidie.

Les dispositions de cette loi ont été ensuite étendues aux hérédités fidéicommissaires par le sénatus-consulte Pégasien, dont il sera parlé au titre suivant, et aux fidéicommis à titre particulier imposés à l'héritier (2); puis ensuite, en vertu d'un rescrit d'Antonin-le-Pieux, aux fidéicommis recommandés à un héritier *ab intestat* (3), et enfin aux donations pour cause de mort, et à celles entre époux (4).

§ I. Et cum quæsitum esset, duobus heredibus institutis, veluti Titio et Seio, si Titii pars aut tota exhausta sit legatis, quæ nominatim ab eo data sunt, aut supra modum onerata, a Seio vero aut nulla relicta sint legata, aut quæ partem ejus dumtaxat in partem dimidiam minuunt, an, quia is quartam partem totius hereditatis aut amplius habet, Titio nihil ex legatis, quæ ab eo relicta sunt, retinere liceret? Placuit, ut quartam partem suæ partis salvam habeat: etenim in singulis heredibus ratio legis Falcidiæ ponenda est.

§ 1. On s'est fait cette question : Titius et Seius ont été tous deux institués héritiers : Titius a été chargé d'acquitter des legs qui épuisent ou qui dépassent les trois quarts de sa part; Seius n'a été chargé d'aucun legs, ou ceux dont il a été chargé ne dépassent pas la moitié de sa part; Seius conservant en définitive au moins le quart de toute l'hérédité, Titius aura-t-il encore le droit de retenir quelque chose sur sa moitié? On a décidé qu'il pourrait retenir le quart de sa moitié. En effet, la loi Falcidie s'applique à chaque héritier séparément.

* La question posée dans notre texte est clairement résolue. Mais qu'arrivera-t-il si l'un de deux héritiers institués ne vient pas à l'hérédité, et que sa part accroisse à l'autre (5)? Si c'est Titius qui ne vient pas à l'hérédité, et que sa part accroisse à celle de Seius, celui-ci,

---

(1) Gaius, II. 224. 225. 226. 274. Paul. Sent. IV. 8. § 22.

(2) Gaius, II. 254 et 256.

(3) L. 18. D. 35. 2.

(4) L. 5. C. 6. 50. L. 2. C. 8. 57. L. 27. D. 39. 6. L. 32. § 1. D. 24. 1.

(5) Voyez sur les difficultés auxquelles peut donner lieu la réunion d'une portion héréditaire à une autre portion, quant aux legs qui grèvent chacune d'elles: Cujas, ad Papin. Quæst. ad L. 11 § 3 sqq. ad leg. Falcid. (Opp. IV. p. 701 sqq.), ad Sal. Jul. ad L. 87. Ad leg. Fal. (Opp. VI. p. 404. Sq.); de Carvalho, de una et altera quarta deducenda vel non, legitima, Falcidia et Trebelliana, Col. Allobr. 1746. p. 139 sq.; de Bernstorff, de ratione legis Falcidiæ in singulis heredibus maxime substitutis ponenda. Goett. 1754; Rosshirt, Verm. I, p. 531 et suiv. Lehrb. des civilr. T. III. § 708; Stemann, dans la Themis d'Elver, nouvelle série, t. 1. n. 10; von der Pfordten. Abhand. Erl. 1840.

comme s'il n'y avait pas d'accroissement, conservera sa part intacte, ou n'acquittera que les legs qui ont été mis à sa charge personnelle ; ensuite, sur la part de Titius, il retiendra un quart, comme Titius l'aurait lui-même retenu. En effet, d'après les anciens principes, l'accroissement s'opérant sans charges, Seius aurait dû ne rien payer absolument des legs imposés à Titius. Mais un rescrit de Sévère et d'Antonin avait soumis les substitués aux charges dont l'institué était grevé (1), et, depuis les dernières modifications apportées au droit d'accroissement, ce droit était régi par les principes de la substitution; par conséquent l'accroissement s'opéra dorénavant avec les charges : aussi a-t-on permis à Seius, en acceptant la part de Titius, de ne payer les legs imposés à Titius que comme Titius les aurait payés lui-même s'il était venu à sa part héréditaire.

Si c'est Seius qui ne vient pas à l'hérédité, et que Titius profite de sa part, il n'y aura pas la même raison de l'excepter des principes de la substitution, appliqués à l'accroissement; il sera donc considéré comme ayant été institué pour le tout et ne devra retenir qu'un quart de toute l'hérédité; il acquittera tous les legs sans distinction, jusqu'à concurrence de ce quart.

§ II. Quantitas autem patrimonii, ad quam ratio legis Falcidiæ redigitur, mortis tempore spectatur. Itaque si verbi gratia is, qui centum aureorum patrimonium in bonis habebat, centum aureos legaverit, nihil legatariis prodest, si ante aditam hereditatem per servos hereditarios, aut ex partu ancillarum hereditariarum, aut ex fetu pecorum tantum accesserit hereditati, ut, centum aureis legatorum nomine erogatis, heres quartam partem hereditatis habiturus sit, sed necesse est, ut nihilominus quarta pars legatis detrahatur. Ex diverso, si septuaginta quinque legaverit, et ante aditam hereditatem in tantum decreverint bona incendiis forte, aut naufragiis, aut morte servorum, ut non amplius quam septuaginta quinque aureorum substantia, vel etiam minus,

§ 2. Il faut se reporter à la mort du testateur pour déterminer la quarte Falcidie. Si donc le patrimoine du défunt, à cette époque, ne vaut que cent écus d'or, et qu'il ait légué cent écus d'or, les légataires ne profiteront pas de tout, si l'hérédité s'est accrue, avant l'adition d'hérédité, soit par les esclaves héréditaires, soit à cause du part des esclaves, ou du croît des animaux; quand même il résulterait de ces accroissements que l'héritier, en payant tous les legs, aurait encore un quart de l'hérédité, il ne reduira pas moins d'un quart les legs qui s'élèvent à cent écus d'or. A l'inverse, si le testateur n'a légué que soixante-quinze écus d'or, on ne pourra réduire les legs, quand même depuis la mort, et avant l'adition d'hérédité, le patrimoine aurait été réduit à soixante-quinze écus d'or ou

(1) L. 74. D. 30. L. 4. C. 6. 49.

relinquatur, solida legata debentur. Nec ea res damnosa est heredi, cui liberum est non adire hereditatem : quæ res efficit, ut necesse sit legatariis, ne, destituto testamento, nihil consequantur, cum herede in portionem pacisci.

moins, soit par des incendies, soit par des naufrages, soit par la mort des esclaves. L'héritier ne peut se plaindre de cette décision; car il lui est libre de ne pas faire adition d'hérédité. Aussi les legataires seront-ils obligés, s'ils veulent empêcher l'abandon du testament, de pactiser avec l'héritier.

* On se reporte à l'époque du décès du testateur pour faire le calcul de la quarte Falcidie; parce que c'est à ce moment que la volonté du testateur est réputée s'être manifestée : c'est, au fond, à ce moment même qu'il dispose de son patrimoine. Mais il résultera de cette fixation d'époque une bizarre conséquence; c'est que si, lors de l'adition d'hérédité, le patrimoine du défunt se trouve tellement diminué que l'héritier n'ait plus intérêt à faire adition, les légataires se trouveront exposés au danger de voir le testament abandonné par l'héritier, danger que la loi Falcidie a eu pour but d'écarter. Le motif donné par notre paragraphe, que l'héritier n'a pas à se plaindre, puisque rien ne le force à faire adition, n'est que spécieux; car, en s'y arrêtant, on est tenté de se demander qu'elle nécessité il y avait à faire la loi Falcidie; en effet, sans cette loi, on pouvait aussi dire à l'héritier qu'il était libre de ne pas faire adition, et que, s'il l'avait faite, il s'était soumis à payer tous les legs. Il faut donc s'en tenir au motif donné au commencement de cette explication.

Pour compléter notre paragraphe et donner une entière intelligence des autres textes qui s'y réfèrent, il est indispensable de dire quelque chose des fruits des biens héréditaires.

1° Quant aux fruits échus ou perçus avant l'adition d'hérédité, ils n'entrent jamais dans le calcul de la quarte Falcidie, d'après le principe que tout ce qui augmente ou diminue l'hérédité, depuis la mort du testateur jusqu'à l'adition, accroit ou décroit pour l'héritier (1). Il n'y a pas à distinguer si les legs sont purs et simples, ou à terme, ou conditionnels.

2° Quant aux fruits échus ou perçus depuis l'adition d'hérédité, une distinction est nécessaire entre les legs purs et simples, et les legs à terme ou conditionnels.

A. — Si les legs sont purs et simples, les fruits n'en sont dus par l'héritier qu'autant qu'il est en demeure relativement aux légataires : et s'il les doit à cause de cette mise en demeure, ils ne modifient en rien le calcul de la quarte Falcidie. En effet, supposons que les legs purs et simples s'élèvent à 350, et que l'hérédité soit d'une valeur

(1) L. 30 pr. L 73. pr. D. 35. 2.

de 400 : admettons que, depuis la mort jusqu'à l'adition d'hérédité, les fruits soient de 50, et qu'ils soient de 50 encore depuis l'adition : l'héritier aura donc 500 : il ne donnera que 300 aux légataires, sur l'hérédité ; et s'il est obligé de payer des intérêts pour sa mise en demeure, il les payera comme peine encourue par lui personnellement ; et par conséquent ils sont étrangers à l'application de la loi Falcidie.

B. — Si les legs sont à terme ou conditionnels, et que leur *dies venit* soit postérieur à l'adition d'hérédité, pour les apprécier, on diminue de leur valeur nominale la différence provenant du délai qui s'écoule depuis l'adition d'hérédité jusqu'au *dies venit* (1) ; par conséquent, dans le calcul de la quarte Falcidie, l'héritier devra compter cette différence pour compléter son quart (2). Ainsi soit le patrimoine de 200 : le testateur en a légué purement et simplement 100 à Primus, et conditionnellement 100 à Secundus. Lorsque la condition de ce dernier legs (après l'adition d'hérédité) vient à se réaliser, l'héritier a perçu 25 de ces 100 : il n'aura plus à déduire des deux legs que 25. Mais comme l'héritier avait droit, dès l'adition d'hérédité, à son quart, et de plus aux fruits de son quart, nous évaluons à 5 les fruits des 50 qui composent ce quart ; il aura donc le droit de retenir 30. De ces 30, Primus payera, ou subira la réduction, jusqu'à concurrence de 4/7, et Secundus jusqu'à concurrence de 3/7 seulement, Primus devant contribuer aux 30 en proportion de ses cent, et Secundus en proportion de ses 75 (3).

§ III. Cum autem ratio legis Falcidiæ ponitur : ante deducitur æs alienum, item funeris impensa, et pretia servorum manumissorum ; tunc deinde in reliquo ita ratio habetur, ut ex eo quarta pars apud heredes remaneat, tres vero partes inter legatarios distribuantur, pro rata scilicet portione ejus, quod cuique eorum legatum fuerit. Itaque si fingamus, quadringentos aureos legatos esse, et patrimonii quantitatem, ex qua legata erogari oportet, quadringintorum esse, quarta pars singulis legatariis detrahi debet. Quodsi trecentos quinquaginta legatos fingamus, octava debet detrahi. Quodsi quingentos legaverit, initio

§ 3. Pour savoir à combien s'élève la valeur du patrimoine, dont le quart doit appartenir à l'héritier, on déduit les dettes, les frais funéraires et la valeur des esclaves affranchis ; c'est de ce qui reste, après tout cela déduit, que le quart appartient à l'héritier, et que les trois quarts appartiennent aux légataires, à chacun en proportion de son legs. Ainsi, supposons que le patrimoine du testateur soit de quatre cents écus d'or, après avoir fait les déductions ci-dessus, et qu'il ait légué quatre cents écus d'or, les legs seront réduits chacun d'un quart : s'il a légué trois cent cinquante écus d'or, chaque legs sera réduit d'un huitième. S'il a légué cinq cents écus d'or, on

(1) L. 66. pr. L. 73. § 4. L. 88. § 3. D. 35. 2.
(2) C'est ainsi que s'expliquent les L. 15. § 6. L. 24. § 1. L. 88. §. 3 D. 35. 2.
(3) Voyez, sur la L. 88. § 3. D. 35. 2. Cujas, Opp. p. 1358 sq.

quinta : deinde quarta detrahi debet : ante enim detrahendum est, quod extra bonorum quantitatem est, deinde, quod ex bonis apud heredem remanere oportet.

commencera par déduire le cinquième cent qu'il n'avait pas, et, sur les quatre cents écus qu'il a laissés, on déduira cent écus pour l'héritier. En effet, il faut d'abord déduire ce qui excède le patrimoine, et ensuite, sur les biens qui existent réellement, le quart de l'héritier.

La loi Falcidie ne s'appliquait pas aux testaments militaires, ni dans d'autres cas privilégiés; et, depuis une Novelle de Justinien (1), le testateur peut défendre son application.

## TITULUS XXIII.

### DE FIDEICOMMISSARIIS HEREDITATIBUS.

Pr. Nunc transeamus ad fideicommissa. Et prius de hereditatibus fideicommissariis videamus.

## TITRE XXIII.

### DES HÉRÉDITÉS FIDÉICOMMISSAIRES.

Pr. Passons maintenant aux fidéicommis ; et d'abord occupons-nous des hérédités fidéicommissaires.

Les biens d'un défunt peuvent passer à un successeur en masse ou seulement par objets particuliers. Dans le premier cas, le successeur s'appelle universel ; dans le second, à titre particulier. Le successeur d'un défunt prend le nom d'héritier, lorsque ses droits à l'universalité lui sont conférés dans un testament ou *ab intestat*, conformément aux prescriptions du droit civil. Le successeur à titre particulier d'un défunt prend le nom de légataire lorsqu'il tient sa libéralité d'un testament ou d'un codicille confirmé par testament, conformément aussi aux prescriptions du droit civil.

*Mais si les biens d'un défunt passent à un successeur, soit universel, soit à titre particulier, par la volonté de ce défunt, sans l'observation des formes du droit civil, par une conséquence seulement des règles de la bonne foi et de l'équité, ce successeur s'appellera fidéicommissaire. La qualification de fidéicommissaire est donnée à une semblable libéralité, parce que son exécution est recommandée à la bonne foi d'une tierce personne : celle-ci prend le nom de *fiduciaire*, et celui qui profite de la libéralité s'appelle *fidéicommissaire*.

Il y a donc deux sortes de fidéicommis. Nous allons nous occuper, dans ce titre, du fidéicommis universel.

---

(1) Nov. 1. c. 2. § 2.

§ I. Sciendum itaque est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo invitus cogebatur præstare id, de quo rogatus erat : quibus enim non poterant hereditates vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum, qui capere ex testamento poterant; et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo juris, sed tantum pudore eorum, qui rogabantur, continebantur. Postea primus divus Augustus, semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam, jussit consulibus auctoritatem suam interponere. Quod, quia justum videbatur et populare erat, paulatim conversum est in assiduam jurisdictionem; tantusque favor eorum factus est, ut paulatim etiam prætor proprius crearetur, qui fideicommissis jus diceret, quem fideicommissarium appellabant.

§ 1. Dans l'origine, les fidéicommis, quels qu'ils fussent, n'avaient aucune force, parce que personne ne pouvait être contraint de remettre ce dont on l'avait prié. En effet, on confiait à la foi de personnes capables les hérédités et les legs qu'on voulait faire parvenir à des personnes incapables, et on appelait ces dispositions fidéicommis, parce que ceux qui étaient chargés de remettre ces libéralités, n'y étaient tenus par aucun lien de droit, mais seulement par respect pour la volonté du défunt. Ensuite, par considération pour certaines personnes, une ou deux fois, soit qu'on eût dit que le mourant avait fait jurer *par le salut de l'empereur* que le fidéicommis serait exécuté, soit à cause de la perfidie insigne qu'il y aurait eu, pour certains individus, de ne pas remettre un fidéicommis, Auguste ordonna aux consuls d'interposer leur autorité pour l'accomplissement des fidéicommis. Enfin, cette mesure, paraissant juste et agréable au peuple, se convertit peu à peu en une juridiction permanente : de telle sorte que l'on finit par créer un préteur particulier, appelé fidéicommissaire, chargé de dire droit sur les fidéicommis.

* Les fidéicommis ne furent introduits, comme le dit notre texte, que pour parvenir à donner à des personnes que la loi déclarait incapables de recevoir par testament; tels étaient les célibataires, et les pères sans enfants, jusqu'au règne de Vespasien; les pérégrins et les personnes incertaines. La loi Voconia défendait à une femme de recevoir une hérédité d'un testateur riche de cent mille as; la loi Junia Norbana excluait les Latins Juniens des hérédités et des legs (1), et la loi Cornelia prohibait les donations testamentaires en faveur des proscrits (2).

** Dans l'origine, on n'avait pas d'action pour se faire délivrer un fidéicommis; car le droit civil s'opposait à la réalisation d'une faveur

(1) Gaius, II. 275.
(2) Cic. in Verr. II. 1. 47.

prohibée. Cependant, du temps déjà de l'adolescence de Cicéron, dans les conseils d'amis, qui se tenaient fréquemment à Rome, on ne désapprouvait que les fidéicommis contraires au texte des lois; et même les hommes probes et honnêtes étaient d'avis qu'on devait exécuter aussi ces derniers (1). Les préteurs flétrissaient de leur blâme ceux qui se retranchaient derrière la rigueur des lois pour ne pas exécuter un fidéicommis (2). Il n'est donc pas étonnant qu'Auguste ait commencé à exiger l'exécution de certains fidéicommis, et qu'ensuite il y eût un préteur fidéicommissaire, chargé de protéger tous fidéicommis.

Mais il ne faut pas croire que la faveur attachée à l'exécution des fidéicommis resta illimitée et qu'elle s'étendit, sans distinction, à tous les fidéicommis. En effet, Adrien prohiba les fidéicommis faits à des pérégrins, ou à des personnes incertaines, ou à titre de peine (3). Et même, peu à peu, on exigea, pour les fidéicommis en général, la même capacité que pour les legs, excepté quant aux Latins Juniens (4).

* Toutefois il resta toujours des différences entre les institutions d'héritier ou les legs et les fidéicommis, et quant aux règles qui les régissaient, et quant à leurs effets.

1° *Quant aux règles.* — Dans les fidéicommis, la volonté du défunt était suivie plus largement; dans les legs et les institutions, la rigueur du droit civil dominait encore : les legs et les institutions devaient être faits dans un testament, les legs étaient mis à la charge de l'héritier, tandis que les fidéicommis pouvaient être faits en dehors du testament, dans un codicille non confirmé par testament, et être mis à la charge de quiconque recevait quelque chose du défunt, et d'un héritier *ab intestat*, ou d'un autre fidéicommissaire : les institutions d'héritier ne pouvaient être à terme; les fidéicommis universels le pouvaient.

2° *Quant aux effets.* — Le fidéicommis ne donnait en aucun cas la propriété (5), tandis que le legs *per vindicationem*, rendait le légataire propriétaire sans qu'il fût besoin de tradition de la part de l'héritier. Et le legs *per damnationem* lui-même différait du fidéicommis en ce que le premier donnait une action *ex testamento*, soumise aux formes des actions ordinaires, tandis que, pour obtenir le second, on s'adressait au préteur fidéicommissaire, qui statuait lui-même (*extra ordinem*).

** Il était donc toujours important de distinguer un legs d'un fidéicommis : le caractère du premier se révélait par les expressions dont s'était servi le testateur, et par l'accomplissement des autres conditions imposées par le droit civil.

---

(1) Cic. de fin. bon. II. 17. 18.
(2) Cic. in Verr. II. 1. 47.
(3) Gaius, II. 284 et suiv. Inst. II. 20. §§ 25, 26, 27, 28 et 36.
(4) Fr. Ulp. XXV. 6 et 7. Gaius I. 25, II. 275.
(5) Paul. Sent. IV. 1. § 18.

Tel était l'état sur les règles des legs et les fidéicommis du temps des jurisconsultes du Digeste. Mais Constantin admit d'abord les équipollents dans les expressions sacramentelles du droit civil. Justinien, ayant ramené les quatre sortes de legs à une seule, celle du legs *per damnationem*, et celui-ci, depuis Constantin, n'étant pas soumis aux formes anciennes, il devint fort difficile de distinguer les legs des fidéicommis. Aussi Justinien décida-t-il qu'aux uns et aux autres seraient attachées les mêmes actions (1).

*Per ipsius salutem rogatus.* Ordinairement, quand un mourant chargeait quelqu'un de remettre un fidéicommis, il lui faisait jurer qu'il accomplirait cette volonté. Ce serment se faisait le plus souvent *per salutem principis*, par la vie de l'empereur (2).

*Ob insignem quorundam perfidiam.* Il y aurait eu, par exemple, une insigne perfidie, de la part d'un affranchi, de ne point remettre à son patron un fidéicommis qu'il aurait juré de lui remettre (3).

*In assiduam jurisdictionem.* D'abord la poursuite d'un fidéicommis n'était permise qu'à une seule époque de l'année, et seulement devant les magistrats de Rome : plus tard elle fut autorisée à toute époque de l'année, et dans les provinces (4).

§ II. In primis igitur sciendum est, opus esse, ut aliquis recto jure testamento heres instituatur, ejusque fidei committatur, ut eam hereditatem alii restituat : alioquin inutile est testamentum, in quo nemo heres instituitur. Cum igitur aliquis scripserit, *Lucius Titius heres esto :* poterit adjicere : *rogo te, Luci Titi, ut, cum primum possis hereditatem meam adire, eam Caio Seio reddas restituas.* Potest autem quisque et de parte restituenda heredem rogare ; et liberum est, vel pure, vel sub condicione relinquere fideicommissum, vel ex die certo.

§ 2. Il faut avoir soin, d'abord, d'instituer un héritier directement dans son testament, puis on lui confie le soin de remettre l'hérédité à un autre ; car le testament, où personne n'est héritier, est nul. Ainsi lorsqu'un testateur a écrit : « que Lucius Titius » soit mon héritier », il pourra ajouter : « je te prie, Lucius Titius, de » remettre cette hérédité à Caius » Seius, après avoir fait adition, » dès que tu le pourras. » On peut aussi charger son héritier de remettre seulement une partie de son hérédité à un autre ; et le fidéicommis peut être fait ou purement, ou sous condition, ou à terme.

Quoique notre paragraphe semble dire que, pour faire un fidéicommis universel, ou à titre universel (d'une partie de l'hérédité), il faille faire un testament, il est bien certain qu'un mourant peut charger

(1) L. 2. C. 6. 43. Inst. II. 20. § 3.
(2) Cic. in Verr. 1. 47. L. 77. § 23. D. 31. L. 33. D. 12. 2.
(3) Cic. C. L.
(4) Sueton. Claud. 23.

d'un fidéicommis universel son héritier *ab intestat*. Mais ici Justinien veut dire que, quand on chargera un héritier testamentaire d'un fidéicommis, il faut supposer que l'héritier institué viendra à l'hérédité, sans quoi le fidéicommis lui-même s'évanouirait.

§ III. Restituta autem hereditate, is, qui restituit, nihilominus heres permanet; is vero, qui recipit hereditatem, aliquando heredis, aliquando legatarii loco habebatur.

§ 3. Quand l'héritier direct avait restitué l'hérédité, il restait cependant héritier; quant au fidéicommissaire, il était assimilé, tantôt à un héritier, tantôt à un légataire.

L'*universum jus* d'un défunt se fixait sur la tête de l'héritier institué dès le moment du décès du testateur, si c'était un héritier nécessaire; du moment de l'adition d'hérédité, si c'était un héritier externe ou volontaire: Une fois le patrimoine du défunt fixé sur la tête de l'héritier, il n'y avait plus d'hérédité, il n'y avait plus qu'un seul patrimoine, celui de l'héritier. Et quoiqu'on admît, dans certains cas, même après cette fixation, une séparation de patrimoines, ce n'était qu'une faveur attribuée à l'héritier contre les créanciers héréditaires, ou aux créanciers du défunt contre les créanciers de l'héritier. Ainsi lors même que, depuis le bénéfice d'inventaire établi par Justinien, l'héritier, qui avait rempli toutes les conditions voulues pour la séparation des deux patrimoines, n'était plus tenu des dettes héréditaires que jusqu'à concurrence des biens de l'hérédité, cependant il était devenu propriétaire de ces derniers biens, cette propriété était attachée à sa personne, l'*universum jus* du défunt n'existait plus.

Il résulte de là qu'une fois l'*universum jus* évanoui, il ne pouvait plus passer de l'héritier à autrui. Il ne pouvait y passer par la mancipation par un autre motif, savoir: parce qu'une hérédité, étant chose incorporelle, n'était pas chose *mancipi*. Il ne pouvait y passer par la *cessio in jure* par le seul motif précédent; développons cette dernière conséquence.

Le siége de cette matière se trouve dans Gaius, II. 34-38. Si un héritier légitime, un agnat appelé *par la loi* à une hérédité, la cède *in jure* à un autre, avant d'avoir fixé sur sa tête l'*universum jus*, avant d'être devenu propriétaire des biens héréditaires, créancier des débiteurs, débiteur des créanciers héréditaires, le cessionnaire est investi de toute l'universalité du défunt, des biens corporels et des créances, et de l'obligation aux dettes, parce que l'héritier n'a pas cédé une universalité acquise, mais seulement le *droit* de l'acquérir, droit réel que lui conférait *la loi des Douze Tables*. Mais si ce même héritier légitime, ayant fait adition d'hérédité, cède l'hérédité qu'il a acquise, qu'il a fixée sur sa tête, il ne cède pas réellement une hérédité; il ne

le peut point, car il n'y a plus d'hérédité, plus d'*universum jus* du défunt, il n'y a plus qu'un *universum jus*, celui de l'héritier : or un vivant ne peut céder son *universum jus*, ni même une portion de son *universum jus* (1). Qu'a-t-il donc pu faire par une telle *in jure cessio?* Il n'est censé avoir cédé *qu'à titre singulier* chacun des objets héréditaires susceptibles de *in jure cessio* : or ne sont susceptibles de *in jure cessio*, dans les biens de l'hérédité, que les *corpora*; les créances ne sont pas cédées, puisque la *in jure cessio* peut bien s'appliquer aux droits réels, mais non aux droits personnels; donc, par cette cession, le cessionnaire est investi *à titre singulier* de chacun des objets corporels provenant de l'hérédité : quant aux dettes, elles restent sur la tête de celui qui a recueilli l'*universum jus*, de l'héritier légitime qui a fait adition (2).

Maintenant supposons un héritier institué par le défunt : celui-ci n'a aucun droit qu'en vertu du testament : or ce testament n'a d'efficacité qu'à l'adition d'hérédité. Donc si l'héritier institué cède *in jure*, avant l'adition, l'hérédité qu'il n'a qu'en expectative, à laquelle il n'a aucun droit, il ne cède absolument rien : et s'il l'a cédée après l'adition, il n'a cédé que les objets corporels provenant de l'hérédité, les dettes héréditaires lui sont restées : appliquez, en un mot, ce que nous venons de dire de l'héritier légitime qui a fait adition.

Quant à l'héritier nécessaire, institué ou non institué, il est investi, dès la mort du *de cujus*, à son insu et malgré lui, non seulement du droit à l'hérédité, mais de la propriété des créances et des obligations du défunt. Dès ce moment, l'*universum jus* du défunt s'est évanoui; il n'y a plus qu'un seul *universum jus*, c'est celui de l'héritier. A ce moment se réalise pour lui ce qui se réalise pour l'héritier volontaire au moment de l'adition d'hérédité. Il est donc bien évident que, par la cession *in jure* qu'il ferait de l'*universum jus* du défunt; il ne pourrait faire que le cessionnaire fût le successeur du défunt, investi de ses biens à titre universel, de ses créances et de ses obligations. Le seul résultat qu'il pourrait réaliser, serait de rendre le cessionnaire successeur à titre particulier de lui héritier, quant aux biens corporels provenant de l'hérédité, les obligations restant attachées à sa personne. Mais il n'avait pas voulu ce dernier résultat; par conséquent sa session n'avait absolument rien produit.

Ces principes posés, il nous sera facile d'expliquer comment l'héritier

---

(1) L'hérédité du défunt, confondue dans le patrimoine de l'héritier, n'était pas même une partie aliquote, une moitié, un quart, du patrimoine de l'héritier.

(2) Les créances ne lui restent pas, quoiqu'elles ne passent pas au cessionnaire. Elles ne passent pas au cessionnaire, parce que la *cessio* ne pouvait produire ce résultat; et elles ne restent pas à l'héritier parce que, en voulant les céder, il les a abdiquées.

institué pouvait faire passer au fidéicommissaire les biens héréditaires : et, pour donner sur ce point une explication qui trouve encore toute sa signification du temps où la *in jure cessio* était tombée en désuétude, nous supposons une vente de l'hérédité suivie d'une tradition ; une vente *uno nummo*, c'est-à-dire, pour la forme.

* L'héritier, disposé à remettre l'hérédité à un fidéicommissaire, avait nécessairement fait adition ; car, avant cette adition, son obligation de remettre l'hérédité n'était pas encore née. En vendant l'hérédité fidéicommissaire, il vendait donc, non une universalité, puisqu'il n'y en avait plus, mais des biens à titre singulier, à un acheteur qui devenait le successeur non universel du défunt, mais à titre singulier de l'héritier lui-même. Et, en lui faisant la tradition des objets vendus, il lui en transférait la propriété, si lui-même en était propriétaire. Mais il restait soumis à toutes les obligations du défunt ; car il était toujours l'héritier du défunt. Quant aux créances héréditaires, il les conservait par le même motif (1). Cependant le testateur avait eu l'intention que les créances et les dettes passassent aussi au fidéicommissaire ; il fallait remplir cette intention, et voici comme on y parvenait. Au moment de la vente intervenaient, entre le fiduciaire (l'héritier) et le fidéicommissaire, deux stipulations : ce dernier, acheteur de l'hérédité, stipulait du fiduciaire que lorsque celui-ci aurait touché le montant des créances il le lui restituerait : c'était la stipulation *emptæ hereditatis*. De son côté le fiduciaire, vendeur de l'hérédité, stipulait du fidéicommissaire qu'il serait obligé de l'indemniser de toutes les dettes héréditaires qu'il serait contraint d'acquitter : c'était la stipulation *venditæ hereditatis*. La remise de l'hérédité était donc faite au fidéicommissaire, au moyen d'une vente et d'une tradition, auxquelles s'ajoutaient les stipulations *emptæ et venditæ hereditatis*.

** Si l'héritier n'était chargé de remettre qu'une partie de l'hérédité, il remettait cette partie encore par une vente et une tradition, accompagnées de deux stipulations, qui alors, parce qu'elles n'avaient pour objet qu'une partie des dettes et des créances, prenaient le nom de stipulations *partis et pro parte* (2).

Lorsque toute l'hérédité était remise au fidéicommissaire, il était *loco heredis*, puisqu'en définitive il profitait de toute l'hérédité : s'il ne lui en était remis qu'une partie il était *loco legatarii partiarii*.

---

(1) On n'avait pas admis que la vente de l'hérédité, quoique ne faisant pas passer les créances à l'acheteur, emportât abdication de la part de l'héritier, comme on l'avait admis pour la *in jure cessio*. D'ailleurs les jurisconsultes romains n'admettaient pas tous cette abdication ; et Gaius lui-même a varié relativement à cette subtilité.

(2) Gaius II. 252, et III. 83.

§ IV. Et in Neronis quidem temporibus, Trebellio Maximo et Annæo Seneca consulibus, senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut, si hereditas ex fideicommissi causa restituta sit, omnes actiones, quæ jure civili heredi et in heredem competerent, ei et in eum darentur, cui ex fideicommisso restituta esset hereditas. Post quod senatusconsultum prætor utiles actions ei et in eum, qui recepit hereditatem, quasi heredi et in heredem dare cœpit.

§ 4. Du temps de Néron, sous le consulat de Trébellius Maximus et d'Annæus Seneca, fut rendu un Sc. portant que, si l'hérédité était restituée en vertu d'un fidéicommis, toutes les actions qui, d'après le droit civil, existaient en faveur de l'héritier ou contre lui, passeraient au fidéicommissaire ou seraient données contre lui. D'après ce Sc. le préteur donna des actions utiles au fidéicommissaire ou contre lui, comme il les aurait données directes à l'héritier ou contre l'héritier.

* En vertu du Sc. indiqué dans notre texte (1), et qui porte le nom de Sc. Trébellien, le fidéicommissaire fut investi directement, sans vente et sans tradition de la part de l'héritier, des biens héréditaires et des créances, et soumis aux obligations du défunt. Il est inutile de faire remarquer que les droits du fidéicommissaire ne naissaient qu'autant que l'institué direct avait fait adition, et qu'après cette adition, il n'était investi des droits, qui lui étaient attribués par notre Sc., qu'autant qu'il le voulait: dès-lors on put dire de lui qu'il était *loco heredis*. Restituer l'hérédité, depuis ce Sc. ce n'est donc plus en faire la tradition, c'est consentir à ce que le fidéicommissaire s'en empare (2): ce consentement mettait celui-ci *in bonis*, mais non en possession.

La propriété quiritaire des biens héréditaires n'était acquise au fidéicommissaire qu'autant qu'il en avait pris possession par la volonté du fiduciaire, volonté qui était suffisamment exprimée par le consentement donné à la restitution. Quant aux créances et aux obligations, elles résidaient encore sur la tête du fiduciaire, d'après la rigueur du droit civil, mais le fidéicommissaire pouvait exercer les actions héréditaires comme actions utiles (3). Et s'il arrivait qu'on poursuivît le fiduciaire par les actions du droit civil, il paralysait la poursuite au moyen d'une exception appelée *restitutæ hereditatis* (4), s'il avait déjà restitué l'hérédité : la même exception lui aurait été opposée par les débiteurs héréditaires qu'il aurait tenté d'actionner (5).

---

(1) De l'an 815 de Rome, 62 de J.-C.

(2) L. 63. L. 57. D. 36. 1.

(3) On appelle *directes* les actions données en vertu du droit civil, et *utiles* celles qui sont données par extension du droit civil.

(4) L. 1. § 2. D. 36. 1.

(5) L. 27. §§. 6 et 7. D. 36. 1.

Si l'héritier n'avait été chargé de remettre qu'une partie de l'hérédité, le fidéicommissaire était encore *loco heredis* pour cette partie; il était comme le cohéritier du fiduciaire. Il n'était pas alors *loco legatarii partiarii;* car, pour s'en convaincre, il suffit de bien examiner le § 6 de ce titre.

§ V. Sed quia heredes scripti, cum aut totam hereditatem, aut pæne totam plerumque restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum aut minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguebantur fideicommissa: postea Vespasiani Augusti temporibus, Pegaso et Pusione consulibus, senatus censuit, ut ei, qui rogatus esset hereditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia in legatis retinere conceditur. Ex singulis quoque rebus, quæ per fideicommissum relinquuntur, eadem retentio permissa est. Post quod senatusconsultum ipse heres onera hereditaria sustinebat; ille autem, qui ex fideicommisso recepit partem hereditatis, legatarii partiari loco erat, id est ejus legatarii, cui pars bonorum legabatur. Quæ species legati partitio vocabatur, quia cum herede legatarius partiebatur hereditatem. Unde, quæ solebant stipulationes inter heredem et partiarium legatarium interponi, cædem interponebantur inter eum, qui ex fideicommisso recepit hereditatem, et heredem, id est ut lucrum damnumque hereditarium pro rata parte inter eos commune sit.

§ 5. Il arrivait souvent que les institués, chargés de remettre toute ou presque toute une hérédité, ne voulaient pas faire adition, parce qu'ils n'y avaient aucun ou presque aucun intérêt, et que par conséquent, ils faisaient manquer les fidéicommis: aussi, sous le règne de Vespasien, Pegasus et Pusio étant consuls, le sénat décreta que celui qui serait prié par un testateur de remettre toute une hérédité, pourrait en retenir le quart, comme il lui serait permis, par la loi Falcidie, d'en retenir un quart sur les objets légués. Cette rétention du quart fut aussi permise sur les fidéicommis particuliers. Depuis ce senatusconsulte l'héritier restait soumis aux charges héréditaires, et le fidéicommissaire, qui recevait une partie de l'hérédité, était assimilé à un légataire partiaire, c'est-à-dire, à celui à qui une quote-part de l'hérédité a été léguée. Ce legs se nommait *partition*, par ceque le légataire partageait avec l'héritier. Aussi les stipulations, usitées entre l'héritier et le légataire partiaire, furent-elles employées entre l'héritier et le fidéicommissaire, stipulations dont le but était de partager entre eux, proportionnellement, les créances et les dettes.

* Le Sc. Trébellien, en rendant le fidéicommissaire débiteur direct des créanciers, et créancier direct des débiteurs de la succession, n'avait rien statué pour le cas où l'institué, ne devant rien conserver de l'hérédité, ou presque rien, n'avait aucun intérêt à faire adition: or le Sc. Pégasien (1), rendu sous le règne de Vespasien, de 70 à 76 de

(1) Le Pégasus, dont parle notre texte, était peut-être le même que le célèbre Jurisconsulte dont parle Pomponius, L. 2. § 47. D. 1. 2.

J.-C. eut pour but de faire naître pour lui un intérêt à l'adition, en lui permettant de retenir un quart de toute l'hérédité, de même que la loi Falcidie lui permettait de retenir un quart à l'égard des légataires. Mais, lorsque ce dernier Sc. était invoqué par l'héritier, les anciens principes, antérieurs au Sc. Trébellien, reprenaient leur empire: les créanciers de l'hérédité n'avaient d'action que contre l'héritier institué; et celui-ci n'avait de recours contre le fidéicommissaire, que lorsqu'entre eux étaient intervenues les stipulations *partis et pro parte*; également les débiteurs de la succession ne payaient qu'à l'héritier, sauf le compte à rendre de la part de celui-ci au fidéicommissaire, par suite des mêmes stipulations *partis et pro parte*. En un mot le fidéicommissaire était *loco legatarii partiarii* (1).

Mais le Sc. Pégasien n'abrogea point le Trébellien: tous deux subsistèrent chacun avec son application spéciale: on était soumis au Trébellien lorsque le fiduciaire n'était pas chargé de remettre plus des trois quarts de l'hérédité, et au Pégasien, lorsque le fidéicommis dépassait ces trois quarts.

§ VI. Ergo si quidem non plus quam dodrantem hereditatis scriptus heres rogatus sit restituere, tunc ex Trebelliano senatusconsulto restituebatur hereditas, et in utrumque actiones hereditariæ pro rata parte dabantur: in heredem quidem jure civili; in eum vero, qui recipiebat hereditatem, ex senatusconsulto Trebelliano tanquam in heredem. At si plus quam dodrantem, vel etiam totam hereditatem, restituere rogatus sit, locus erat Pegasiano senatusconsulto, et heres, qui semel adierit hereditatem, si modo sua voluntate adierit, sive retinuerit quartam partem, sive noluerit retinere, ipse uni-

§ 6. Si l'institué n'avait été chargé de remettre que les trois quarts de l'hérédité au plus, il restituait d'après le Sc. Tribellien: alors les actions étaient données contre l'un et l'autre, chacun en proportion de ce qu'il prenait dans l'héridité, savoir: contre l'héritier d'après le droit civil, et contre le fidéicommissaire, d'après le Sc. Trébellien, comme s'il était héritier. Mais si, le testateur avait chargé le fiduciaire de remettre plus des trois quarts de l'hérédité ou toute l'hérédité, on appliquait le Sc. Pegasien, et l'héritier, après l'adition, s'il avait fait adition volontairement, était soumis à toutes les dettes,

(1) Qu'était-ce qu'un légataire partiaire? C'était un légataire d'une portion de l'hérédité, comme notre légataire à titre universel (C. civ., art. 1010): mais il n'était considéré que comme successeur à titre particulier; il n'était pas copropriétaire de la succession avec l'héritier; il avait seulement contre celui-ci une action pour le contraindre à lui remettre la portion léguée, ou sa valeur: le choix appartenait à l'héritier. Étant successeur d'une partie de la masse, il devait contribuer aux dettes, mais n'était pas tenu à l'égard des créanciers héréditaires: de même il avait droit à une partie du produit des créances, mais il n'avait pas d'action contre les débiteurs de la succession. Pour cette part dans les dettes et les créances intervenaient, entre l'héritier et le légataire partiaire, les stipulations *partis et pro parte*. Voyez l'ancienne formule du legs de portion dans les Fr. Ulp. XXIV. 5. Voyez sur la nature de ce legs, L. L. 26. § 2. 27. D. 30. L. 8. § 5. D. 31. L. 32. § 8. D. 33. 2.

versa onera hereditaria sustinebat. Sed quarta quidem retenta, quasi partis et pro parte stipulationes interponebantur, tanquam inter partiarium legatarium et heredem; si vero totam hereditatem restituerit, emptæ et venditæ hereditatis stipulationes interponebantur. Sed si recuset scriptus heres adire hereditatem, ob id, quod dicat, eam sibi suspectam esse quasi damnosam, cavetur Pegasiano senatusconsulto, ut, desiderante eo, cui restituere rogatus est, jussu prætoris adeat, et restituat hereditatem, perindeque ei et in eum, qui recepit hereditatem, actiones dentur, acsi juris est ex Trebelliano senatusconsulto: quo casu nullis stipulationibus opus est, quia simul et huic, qui restituit, securitas datur, et actiones hereditariæ ei et in eum transferuntur, qui recepit hereditatem, utroque senatusconsulto in hac specie concurrente.

soit qu'il eût retenu un quart, soit qu'il eût négligé de le retenir. Seulement, s'il retenait le quart, intervenaient entre le fidéicommissaire et lui les stipulations *partis et pro parte*, comme cela avait lieu entre l'héritier et le légataire partiaire : s'il restituait toute l'hérédité, intervenaient les stipulations *emptæ et venditæ hereditatis*. Si l'héritier refusait de faire adition, par le motif que cette adition ne pourrait lui procurer que des pertes, le Sc. Pégasien permettait au fidéicommissaire de s'adresser au préteur pour le prier d'ordonner à l'héritier de faire adition afin de lui restituer l'hérédité; mais après une adition ainsi ordonnée et la restitution faite, le fidéicommissaire était soumis aux actions, comme si la restitution avait été faite en vertu du Sc. Trébellien : alors les stipulations étaient inutiles, parce que le préteur mettait, en même temps, l'institué à l'abri de toute action, et transférait toutes les actions au fidéicommissaire et contre lui : de sorte que, dans ce cas, les deux Sc. concouraient.

* D'après notre texte, il est clair que le Sc. Pégasien n'a pas abrogé le Sc. Trébellien; l'un et l'autre s'appliquaient à des cas différents, le Pégasien, lorsque l'héritier n'avait pas au moins un quart de l'hérédité en vertu du testament, et se trouvait dans la nécessité, pour obtenir son quart, de recourir à ce Sc.; le Trébellien, lorsque le testateur n'avait pas chargé l'héritier de remettre plus des trois quarts.

**Lorsque, le testateur ayant laissé moins du quart à l'heritier, celui-ci refusait de faire adition d'hérédité, parce qu'il regardait le quart, qu'il aurait pu obtenir au moyen du Sc. Pégasien, comme ne l'indemnisant pas suffisamment des embarras auxquels il serait exposé en faisant adition, il pouvait être contraint de faire adition, ainsi que nous l'apprend notre paragraphe : mais alors les deux Sc. concouraient, en ce sens que, quoiqu'il pût invoquer le Pégasien, il était régi par le Trébellien et n'était par conséquent pas tenu des dettes héréditaires. D'où cette conséquence que si, pouvant invoquer le Pégasien, et, ne le faisant pas, il

restituait volontairement toute l'hérédité, il n'était pas moins obligé directement à l'égard des créanciers de la succession, il n'avait pas moins les actions du défunt, sauf le recours réciproque si l'on avait fait les stipulations *emptæ et venditæ hereditatis* (1). En un mot il était régi par le Pégasien parce qu'il était dans le cas de pouvoir l'invoquer; peu importait qu'il ne l'eût pas invoqué.

§ VII. Sed quia stipulationes ex senatusconsulto Pegasiano descendentes et ipsi antiquitati displicuerunt, et quibusdam casibus captiosas eas homo excelsi ingenii Papinianus appellat, et nobis in legibus magis simplicitas, quam difficultas placet, ideo omnibus nobis suggestis tam similitudinibus, quam differentiis utriusque senatusconsulti, placuit, exploso senatusconsulto Pegasiano, quod postea supervenit, omnem auctoritatem Trebelliano senatusconsulto præstare, ut ex eo fideicommissariæ hereditates restituantur, sive habeat heres ex voluntate testatoris quartam, sive plus, sive minus, sive penitus nihil, ut tunc, quando vel nihil, vel minus quartæ apud eum remanet, liceat ei vel quartam, vel quod deest, ex nostra auctoritate retinere, vel repetere solutum, quasi ex Trebelliano senatusconsulto, pro rata portione actionibus, tam in heredem, quam in fideicommissarium competentibus. Si vero totam hereditatem sponte restituerit, omnes hereditariæ actiones fideicommissario et adversus eum competunt. Sed etiam id, quod præcipuum Pegasiani senatusconsulti fuerat, ut, quando recusabat heres scriptus sibi datam hereditatem adire, necessitas ei imponeretur totam hereditatem volenti fideicommissario restituere, et omnes ad eum et contra eum transire actiones, et hoc trans-

§ 7. Les stipulations nécessaires pour l'application du Sc. Pégasien déplaisaient même autrefois : Papinien dit que, dans plusieurs cas, elles sont dangereuses : quant à nous, préférant dans les lois la simplicité à la complication, après nous être fait mettre sous les yeux les similitudes et les différences entre ces deux Sc., nous avons aboli le Sc. Pégasien, qui est le plus récent, et nous avons attribué au Trébellien une autorité exclusive ; de telle sorte que, soit que l'héritier ait le quart d'après la volonté du testateur, soit qu'il ait plus, soit qu'il ait moins, soit qu'il n'ait absolument rien, d'après cette même volonté, il restituera l'hérédité d'après le Trébellien ; et, s'il n'a rien, ou s'il a moins du quart, il pourra retenir le quart, ou le compléter, ou même le répéter après avoir remis toute l'hérédité. Alors les actions compéteront contre l'héritier et le fidéicommissaire, en proportion de ce que chacun prendra dans l'hérédité, comme cela a lieu d'après le Trébellien. S'il restitue toute l'hérédité volontairement, toutes les actions passeront au fidéicommissaire et contre lui. La principale disposition du Pégasien portait que, lorsque l'héritier refuserait de faire adition, il pourrait y être forcé, de manière à restituer toute l'hérédité au fidéicommissaire, et que, dans ce cas, toutes

---

(1) Toutefois Modestin pensait que si l'héritier, pouvant invoquer le Sc. Pégasien, ne l'invoquait pas et restituait toute l'hérédité, on lui appliquait le Sc. Trébellien. L. 45. D. 36. 1.

ponimus ad senatusconsultum Trebellianum, ut ex hoc solo et necessitas heredi imponatur, si, ipso nolente adire, fideicommissarius desiderat restitui sibi hereditatem, nullo nec damno nec commodo apud heredem manente.

les actions passeraient au fidéicommissaire et contre lui. Nous transportons cette disposition dans le Trébellien : ainsi l'héritier sera contraint de faire adition, si, sur son refus, le fidéicommissaire désire que l'hérédité lui soit restituée, l'héritier alors ne conservant ni bénéfice, ni responsabilité.

* De l'innovation de Justinien il résulte, en un mot, que le fidéicommissaire est un héritier; car si l'héritier veut accepter l'hérédité et en remettre les trois quarts au fidéicommissaire, celui-ci a les actions et est soumis aux actions héréditaires pour les trois quarts, comme un héritier institué pour neuf onces; il n'y a plus aucune différence, de son temps, entre les actions directes et les actions utiles. Si l'héritier ne veut pas accepter, le fidéicommissaire sera héritier pour le tout.

Il est une autre innovation due à Justinien. Sous le Sc. Pégasien, l'héritier qui avait remis au fidéicommissaire toute l'hérédité sans retenir le quart, ne pouvait le répéter, parce qu'il était censé avoir voulu remplir les intentions du testateur sans restriction; mais, depuis cet empereur, il pourra répéter ce quart.

§ VIII. Nihil autem interest, utrum aliquis, ex asse heres institutus, aut totam hereditatem, aut pro parte restituere rogatur, an ex parte heres institutus, aut totam eam partem, aut partis partem restituere rogatur : nam et hoc casu eadem observari præcipimus, quæ in totius hereditatis restitutione diximus.

§ 8. Peu importe, pour l'application de notre décision, qu'il n'y ait qu'un seul institué, chargé de remettre la totalité ou une portion de l'hérédité, ou qu'un héritier, institué pour partie, soit chargé de restituer l'intégralité ou une portion de cette partie; car, dans ce dernier cas, on appliquera ce que nous disons de l'héritier unique.

§ IX. Si quis, una aliqua re deducta sive præcepta, quæ quartam continet, veluti fundo vel alia re, rogatus sit restituere hereditatem : simili modo ex Trebelliano senatusconsulto restitutio fiat, perinde acsi, quarta parte retenta, rogatus esset reliquam hereditatem restituere. Sed illud interest, quod altero casu, id est cum deducta sive præcepta aliqua re restituitur hereditas, in solidum ex eo senatusconsulto actiones transferuntur, et res, quæ remanet apud

§ 9. Si un institué a été chargé de remettre toute l'hérédité, en retenant ou prélevant un objet représentant le quart de l'hérédité, tel qu'un fonds, ou toute autre chose, il restituera, d'après le Sc. Trébellien, comme s'il avait été prié de restituer l'hérédité en s'en réservant le quart. Mais il y a cette différence, entre le cas où l'héritier est autorisé à conserver un objet déterminé ou une somme d'argent, et celui ou il a la faculté de conserver un quart de l'hérédité,

heredem, sine ullo onere hereditario apud eum manet, quasi ex legato ei acquisita; altero vero casu, id est, cum, quarta parte retenta, rogatus est heres restituere hereditatem, et restituit, scinduntur actiones, et pro dodrante quidem transferuntur ad fideicommissarium, pro quadrante remanent apud heredem. Quin etiam, licet in una re aliqua deducta aut præcepta restituere aliquis hereditatem rogatus est, qua maxima pars hereditatis contineatur, æque in solidum transferuntur actiones, et secum deliberare debet is, cui restituitur hereditas, an expediat sibi restitui. Eadem scilicet interveniunt et si, duabus pluribusve deductis rebus præceptisve, restituere hereditatem rogatus sit. Sed et si, certa summa deducta præceptave, quæ quartam vel etiam maximam partem hereditatis continet, rogatus sit aliquis hereditatem restituere, idem juris est. Quæ diximus de eo, qui ex asse heres institutus est, eadem transferimus et ad eum, qui ex parte heres scriptus est.

que, dans le premier cas, toutes les actions héréditaires passent sur le fidéicommissaire et contre lui, en vertu du Trébellien, et que la chose que conserve l'héritier n'est grevée d'aucune dette, comme s'il n'avait reçu qu'un legs; tandis que, dans le second cas, c'est-à-dire, lorsqu'il est autorisé à retenir un quart de l'hérédité, et qu'il restitue l'hérédité en retenant ce quart, les actions de l'hérédité ne passent au fidéicommissaire que jusqu'à concurrence des trois quarts; l'autre quart des actions reste à l'institué. Bien plus, quand même l'objet, que le testateur a accordé à l'institué le droit de déduire ou de prélever, formerait la plus grande partie, en valeur, de l'hérédité, les actions héréditaires passeraient toutes au fidéicommissaires et contre lui; car il doit examiner s'il est de son intérêt que l'hérédité lui soit restituée. Ce que nous disons s'appliquera aussi bien si la déduction doit avoir pour objet deux ou plusieurs choses déterminées: il en sera encore de même si, ce que l'héritier est autorisé à déduire ou à prélever, est une somme d'argent valant le quart ou la plus forte partie de l'hérédité. Enfin notre décision s'applique à l'héritier institué pour partie, comme à celui qui est institué pour le tout.

* Justinien poursuit les conséquences de son innovation, d'après laquelle on doit s'arrêter au résultat qu'a voulu le testateur. Si l'institué doit retenir un quart et le retient réellement, il est héritier pour un quart, et le fidéicommissaire héritier pour les trois quarts; les actions actives et passives de l'hérédité se partageront entre l'un et l'autre proportionnellement, parce que chacun est continuateur de la personne du défunt.

Mais si l'héritier ne retient qu'un ou plusieurs objets, ou une somme d'argent; ce sera le fidéicommissaire seul qui sera héritier, l'institué ne sera plus qu'un légataire; le premier subira toutes les dettes et aura toutes les créances, le second, n'étant plus qu'un successeur à titre singulier,

ne continuanten rien la personne du défunt. Peu importe la valeur des objets retenus par lui, son profit se bornant, quels que soient les éventualités, aux objets qu'il devait retenir, il est toujours un successeur à titre singulier, tandis que le fidéicommissaire a l'universalité et toutes les éventualités de cette universalité; il est le continuateur du défunt quant à *l'universum jus*.

§ X. Præterea intestatus quoque moriturus potest rogare eum, ad quem bona sua vel legitimo jure vel honorario pertinere intellegit, ut hereditatem suam totam partemve ejus, aut rem aliquam, veluti fundum, hominem, pecuniam, alicui restituat: cum alioquin legata, nisi ex testamento, non valeant.

§ 10. En outre, une personne peut, sans testament, prier celui qui doit être son héritier d'après le droit civil ou le droit prétorien, de remettre à un autre son hérédité, ou une partie de son hérédité, ou un objet déterminé, tel qu'un fonds ou un esclave, ou une somme d'argent, tandis que les legs ne sont valables qu'autant qu'ils sont laissés par testament.

* Dans l'origine les fidéicommis n'étaient recommandés qu'à des héritiers testamentaires. Au reste, le texte du Sc. Trébellien ne s'occupait que des fidéicommis laissés par testament (1). Aussi Julien se demandait si l'on pouvait recommander des fidéicommis à d'autres qu'à des héritiers institués, et cela, sous Adrien (2). Mais, sous Antonin-le-Pieux, on ne doutait plus qu'ils ne pussent être imposés à des héritiers *ab intestat* (3). Dès-lors on appliqua aussi, dans cette dernière hypothèse, les Sc. Trébellien et Pégasien.

Autrefois les legs ne pouvaient être faits que par testament, ou dans des codicilles confirmés par testament (4), tandis que les fidéicommis pouvaient être laissés de toute autre manière. Cette différence, entre les legs et les fidéicommis, fut entièrement effacée sous Justinien.

§ XI. Eum quoque, cui aliquid restituitur, potest rogare, ut id rursus alii totum, aut pro parte, vel etiam aliud aliquid restituat.

§ 11. Le fidéicommissaire peut être lui-même prié de remettre à un autre fidéicommissaire tout ce qu'il a reçu, ou une partie de ce qu'il a reçu, ou une autre chose.

** Quand l'hérédité devait être remise par un fidéicommissaire à un autre fidéicommissaire, celui-là ne retenait point de nouveau la quarte pégasienne; il suffisait qu'elle eût été déduite une première fois par l'institué. Et si l'institué avait restitué toute l'hérédité par l'ordre du prêteur, sans déduire la quarte pégasienne, le fidéicommissaire chargé

---

(1) L. 6. § 1. D. 36. 1.
(2) Ibid.
(3) L. 18. D. 35. 2.
(4) Gaius, II. 270.

de tout remettre à un autre, ne pouvait retenir la quarte qu'au nom de l'institué (1). En effet, le Sc. Pégasien n'avait eu pour objet que d'assurer un héritier au testateur; or, il n'était pas aussi indispensable qu'il eût un fidéicommissaire.

§ XII. Et prima quidem fideicommissorum cunabula a fide heredum pendent, et tam nomen quam substantiam acceperunt, et ideo divus Augustus ad necessitatem juris ea detraxit: nuper et nos, eundem principem superare contendentes, ex facto, quod Tribonianus, vir excelsus, quæstor sacri palatii, suggessit, constitutionem fecimus, per quam disposuimus: si testator fidei heredis sui commisit, ut vel hereditatem vel speciale fideicommissum restituat, atneque ex scriptura, neque ex quinque testium numero, qui in fideicommissis legitimus esse noscitur, res possit manifestari, sed vel pauciores quam quinque, vel nemo penitus testis intervenerit, tunc, sive pater heredis, sive alius quicumque sit, qui fidem elegerit heredis, et ab eo aliquid restitui voluerit, si heres perfidia tentus adimplere fidem recusat, negando rem ita esse subsecutam, si fideicommissarius jusjurandum ei detulerit, cum prius ipse de calumnia juraverit, necesse eum habere, vel jusjurandum subire, quod nihil tale a testatore audivit, vel recusantem ad fideicommissi, vel universitatis, vel specialis solutionem coartari, ne depereat ultima voluntas testatoris fidei heredis commissa. Eadem observari censuimus, etsi a legatario, vel fideicommissario, aliquid similiter relictum sit. Quodsi is, a quo relictum dicitur, confiteatur quidem aliquid a se relictum esse, sed ad legis subtilitatem decurrat, omnimodo cogendus est solvere.

§ 12. Dans l'origine, les fidéicommis étaient confiés à la bonne foi des institués; c'est de là qu'ils ont pris leur nom et leur caractère : mais Auguste les rendit obligatoires. Quant à nous, voulant surpasser encore cet empereur, dans cette matière, sur la proposition de Tribonien, homme éminent, questeur de notre palais sacré, nous avons publié une constitution qui porte que : si un testateur s'en est rapporté à l'honneur d'un institué pour la remise d'une hérédité ou d'un objet particulier, et qu'il n'ait imposé cette remise ni par écrit, ni en présence des cinq témoins, nombre exigé pour les fidéicommis, ni en présence même d'un seul témoin, que le testateur soit le père de l'héritier ou tout autre ayant confiance en lui, si l'héritier se refuse perfidement à la restitution, niant qu'il en ait été chargé, le fidéicommissaire, après avoir juré qu'il est de bonne foi dans sa prétention, pourra lui déférer le serment : alors celui-ci sera tenu de le prêter ou de restituer le fidéicommis : de cette manière la dernière volonté du mourant, confiée à la foi de l'héritier, recevra son exécution. Il en sera de même du légataire ou du fidéicommissaire chargé de quelque restitution; si celui qui est chargé d'un fidéicommis, après l'avoir nié, en avoue l'existence, mais veut recourir à la subtilité du droit pour échapper à son obligation, il sera contraint de l'accomplir.

(1) L. 63. § 11. D. 36. 1.

* A l'égard des fidéicommis, la volonté du défunt est toute puissante; elle n'a besoin de revêtir aucune forme, à la différence des institutions d'héritier et des legs. Toute la question est de savoir si cette volonté pourra être prouvée; or, sous le rapport des modes de preuve, la plus grande latitude est accordée au fidéicommissaire: il peut même déférer le serment, pourvu que, préalablement, il ait lui-même affirmé par serment être de bonne foi (*jurare de calumnia*).

## TITULUS XXIV.

### DE SINGULIS REBUS PER FIDEICOMMISSUM RELICTIS.

Pr. Potest autem quis etiam singulas res per fideicommissum relinquere, veluti fundum, hominem, vestem, argentum, pecuniam numeratam; et vel ipsum heredem rogare, ut alicui restituat, vel legatarium, quamvis a legatario legari non possit.

§ 1. Potest autem non solum proprias testator res per fideicommissum relinquere, sed et heredis, aut legatarii, aut fideicommissarii, aut cujuslibet alterius: itaque et legatarius et fideicommissarius non solum de ea, re rogari potest, ut eam alicui restituat quæ ei relicta sit, sed etiam de alia, sive ipsius, sive aliena sit. Hoc solum observandum est, ne plus quisquam rogetur alicui restituere, quam ipse ex testamento ceperit: nam, quod amplius est, inutiliter relinquitur. Cum autem aliena res per fideicommissum relinquitur, necesse est ei, qui rogatus est, aut ipsam redimere et præstare, aut æstimationem ejus solvere.

## TITRE XXIV.

### DES FIDÉICOMMIS A TITRE PARTICULIER.

Pr. On peut aussi laisser par fidéicommis des objets particuliers, tels qu'un fonds, un esclave, des vêtements, de l'or, de l'argent, des espèces monnayées, et charger de tels fidéicommis l'héritier, ou même un légataire, quoiqu'on ne puisse pas mettre un legs à la charge d'un légataire.

§ 1. Le testateur peut laisser par fidéicommis, non seulement ses propres choses, mais encore celles de l'héritier, du légataire, du fidéicommissaire ou de tout autre: ainsi il peut prier un légataire ou un fidéicommissaire de remettre soit la chose qu'il lui a laissée, soit une autre chose, même d'autrui. Seulement il ne peut le charger de remettre plus qu'il n'a reçu; le fidéicommis serait nul pour l'excédant. Lorsque c'est la chose d'autrui que quelqu'un a été chargé de remettre par fidéicommis, il doit l'acheter pour la fournir, ou en donner l'estimation.

** On pouvait laisser par fidéicommis tout ce qu'on pouvait laisser au moyen d'un legs *per damnationem* (1); or nous avons vu au paragraphe

(1) Fr. Ulp. XXV. 5.

4 *de legatis* que l'on pouvait léguer *per damnationem* sa propre chose, ou celle de l'héritier ou celle d'autrui: et si l'on ne pouvait charger quelqu'un de restituer à un fidéicommissaire plus qu'il n'avait reçu, de même le legs ne pouvait excéder l'émolument que l'héritier retirait de l'hérédité (1). Toutefois, si la chose que devait remettre un héritier était d'une autre espèce que celle qu'il avait reçue, si, par exemple, il était chargé de remettre sa maison, lorsqu'il acceptait l'hérédité avec cette charge, il était censé avoir reconnu que sa maison ne dépassait pas en valeur ce qu'il avait reçu (2). Mais s'il avait été chargé de remettre la maison d'autrui, et que cette maison dût lui coûter plus que ne valait ce qu'il avait reçu, il n'était pas tenu de l'acheter (3). Si donc, étant chargé de remettre la chose d'autrui, il n'avait pas pu l'acquérir, il en devait la valeur, jusqu'à concurrence de l'émolument qu'il retirait du testateur. Il y avait des jurisconsultes qui pensaient que si le propriétaire de la chose ne voulait pas la vendre, le fidéicommis était éteint, à la différence du legs; mais cette opinion n'avait pas prévalu (4).

§ II. Libertas quoque servo per fideicommissum dari potest, ut heres eum rogetur manumittere, vel legatarius, vel fideicommissarius. Nec interest, utrum de suo proprio servo testator roget, an de eo, qui ipsius heredis aut legatarii, vel etiam extranei sit. Itaque et alienus servus redimi et manumitti debet; quodsi dominus eum non vendat, si modo nihil ex judicio ejus, qui reliquit libertatem, perceperit, non statim extinguitur fideicommissaria libertas, sed differtur, quia possit tempore procedente, ubicumque occasio redimendi servi fuerit, præstari libertas. Qui autem ex causa fideicommissi manumittitur, non testatoris fit libertus, etiamsi testatoris servus sit, sed ejus, qui manumittit: at is, qui directo, testamento, liber esse

§ 2. On peut aussi donner la liberté par fidéicommis, de telle sorte que l'héritier, ou un légataire, ou un fidéicommissaire, doive affranchir un esclave. Peu importe que cet esclave soit celui du testateur ou celui de l'héritier, ou celui du légataire, ou l'esclave d'autrui. Si c'est l'esclave d'autrui, on devra l'acheter, puis l'affranchir: et si le propriétaire de l'esclave ne veut pas le vendre (dans le cas où il n'aurait rien reçu du défunt), le fidéicommis de la liberté n'est pas éteint, il n'est que différé; car il peut se rencontrer une occasion où l'achat soit possible, et où la liberté puisse être donnée par celui qui en est chargé. Or l'esclave qui est affranchi par fidéicommis est l'affranchi, non du testateur, mais de celui qui était grévé de ce fidéicommis;

(1) L. 1. § 17. D. 36. 1. Il est assez étonnant que quelques auteurs aient cru trouver, dans l'art. 783 de notre C. civ., la preuve que l'héritier est tenu des legs *ultra vires*; il faut être au dépourvu de toute autre manière possible d'expliquer cet article, pour arriver à une telle conséquence.

(2) L. 70. § 1. D. 31. L. 24. § 12. D. 40. 5.

(3) L. 24. § 12. D. 40. 5.

(4) Gaius, II. 262.

jubetur, ipsius testatoris fit libertus, qui etiam Orcinus appellatur. Nec alius ullus directo, ex testamento, libertatem habere potest, quam qui utroque tempore testatoris fuerit, et quo faceret testamentum, et quo mo-reretur. Directo autem libertas tunc dari videtur, cum non abalio servum manumitti rogat, sed velut ex suo testamento libertatem ei competere vult.

tandis que celui qui est affranchi directement est l'affranchi du testateur et s'appelle *Orcinus*. Celui-là seul peut être affranchi directement par le testament, qui se trouve sous la puissance du testateur à l'époque de la confection du testament et à l'époque du décès : et la liberté est donnée directement lorsque le testateur a voulu qu'elle fût l'effet du testament, et n'a pas chargé quelqu'un d'affranchir.

* Nous avons vu plus haut, p. 78, que l'un des moyens du droit civil d'affranchir un esclave était le testament; et que, lorsque le maître avait donné la liberté à son esclave avec ces expressions *liber esto*, inscrites dans son testament, c'est-à-dire, au moyen d'un legs *per vindicationem*, il conférait immédiatement (*directo*) la liberté à son esclave; celui-ci était l'affranchi du testateur, appelé *Orcinus*, parce qu'il n'avait d'autre patron qu'un défunt, un habitant du lieu où se rendent les morts (*Orcus*). Il n'y avait pas de forme de legs possible, autre que celle *per vindicationem*, pour conférer la liberté par testament. En effet, si le testateur avait chargé son héritier de conférer la liberté, au moyen d'un legs *per damnationem*, d'un legs d'obligation, ce legs n'aurait pu amener aucun résultat. Car un tel legs n'aurait pu que procurer au légataire une action personnelle *ex testamento*, action qui ne se serait réalisée qu'en appelant *in jus* l'héritier, afin d'obtenir du magistrat le droit de le conduire devant un juge (*jus persequendi in judicio*): or un esclave ne pouvait ainsi procéder. Mais il pouvait, quand la liberté lui avait été accordée par fidéicommis, actionner le débiteur du fidéicommis; parce que, en matière de fidéicommis, on suivait une procédure exceptionnelle, affranchie des règles ordinaires; là, le prêteur fidéicommissaire statuait *extra ordinem*. C'est donc par ce motif que notre texte indique qu'un testateur ne pouvait donner la liberté à son esclave, par acte de dernière volonté, que de deux manières, soit au moyen d'un legs *per vindicationem*, soit au moyen d'un fidéicommis.

Lorsqu'un testateur donnait la liberté à son esclave directement, il devait en être propriétaire au moment de la confection du testament et au moment de son décès, conformément aux principes sur le legs de propriété, exposés plus haut (1). Car, en réalité, il léguait ainsi à l'esclave son droit de propriété quiritaire sur l'esclave lui-même (2).

---

(1) Voyez *supra*, p. 421.
(2) Voyez *supra*, p. 80, note 5.

* Si celui, qui a été chargé de donner la liberté à l'esclave d'autrui, ne peut se le procurer par le motif que le maître ne veut pas l'aliéner, il devra attendre l'occasion de l'acquérir. L'empereur Alexandre le décide ainsi (1); car il ne pourrait donner à l'esclave, au lieu de la liberté, l'estimation de cette liberté, puisqu'elle est inappréciable (2). Au reste, si le propriétaire de l'esclave avait demandé l'exécution du testament en exigeant la délivrance d'un legs à lui fait, il n'aurait pu refuser de vendre l'esclave au grevé de fidéicommis.

De l'assimilation entre les legs et les fidéicommis, établie par Justinien, nous devons tirer cette conclusion que, si le testateur avait légué la liberté à un esclave, qui ne pourrait la recevoir directement, elle serait censée lui compéter en vertu d'un fidéicommis.

§ III. Verba autem fideicommissorum hæc maxime in usu habentur: *peto, rogo, volo, mando, fidei tuæ committo.* Quæ perinde singula firma sunt, atque si omnia in unum congesta essent.

§ 3. Les expressions les plus usitées pour les fidéicommis, sont celles-ci: *je vous demande, je vous prie, je vous donne le mandat, je confie à votre honneur.* Chacune de ces expressions, employée séparément, vaut autant que si elles étaient toutes réunies.

## TITULUS XXV

### DE CODICILLIS.

Pr. Ante Augusti tempora constat jus codicillorum in usu non fuisse, sed primus Lucius Lentulus, ex cujus persona etiam fideicommissa cœperunt, codicillos introduxit. Nam cum decederet in Africa, scripsit codicillos testamento confirmatos, quibus ab Augusto petiit per fideicommissum, ut faceret aliquid; et cum divus Augustus voluntatem ejus implesset, deinceps reliqui, auctoritatem ejus secuti, fideicommissa præstabant, et filia Lentuli legata, quæ jure non debebat, solvit. Dicitur Augustus convocasse prudentes, inter quos Trebatium quoque, cujus tunc auctoritas maxima erat, et quæsisse, *an*

## TITRE XXV

### DES CODICILLES.

Pr. Avant Auguste, les codicilles n'étaient pas en usage: ce fut Lucius Lentulus, le même qui donna naissance aux fidéicommis, qui introduisit les codicilles: en effet, étant près de mourir en Afrique, il écrivit des codicilles, confirmés par testament, dans lesquels il priait Auguste, par fidéicommis, de faire quelque chose. Auguste remplit ses désirs, et ensuite d'autres, à son imitation, exécutèrent aussi des fidéicommis; et la fille de Lentullus acquitta des legs qu'elle ne devait pas d'après la rigueur du droit. Or, on dit qu'Auguste réunit des hommes éclairés, parmi lesquels Trébatius jouissait alors d'une très-

(1) L. 6. C. 7. 4.
(2) Gaius, II. 265. Fr. Ulp. II. 11.

*posset hoc recipi, nec absonans a juris ratione codicillorum usus esset;* et Trebatium suasisse Augusto, quod diceret, *utilissimum et necessarium hoc civibus esse, propter magnas et longas peregrinationes*, quæ apud veteres fuissent, *ubi, si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset.* Post quæ tempora, cum et Labeo codicillos fecisset, jam nemini dubium erat, quin codicilli jure optimo admitterentur.

grande considération, et leur demanda si l'on pouvait, sans choquer les principes, admettre la validité des codicilles; que Trébatius répondit à Auguste que l'usage des codicilles était d'une grande utilité, et même nécessaire aux citoyens, à cause des longs voyages qu'ils pouvaient entreprendre, pendant lesquels, s'ils ne pouvaient faire un testament, ils pourraient au moins faire des codicilles. Dans la suite, Labéon lui-même ayant fait des codicilles, personne ne fut tenté d'en contester la validité.

* On appelait anciennement *codicilles* des tablettes contenant des annotations qu'ensuite on rédigeait soigneusement sur des *chartæ:* quand on n'écrivait qu'à des amis, on se contentait de leur adresser ces tablettes, *codicilles*; les *chartæ* étaient destinées à un usage plus important (1). Ainsi on appelait *tabulæ*, *lignum*, *codex*, les rédactions de dernière volonté qui contenaient une institution d'héritier; les *codicilli* étaient des rédactions d'une moindre portée.

D'après notre texte, il paraît que l'usage des fidéicommis, et des codicilles qui se rattachent aux fidéicommis d'une manière spéciale, existait déjà avant Auguste. Lucius-Cornelius Lentulus, qui fut consul l'an de Rome 751, est ici signalé comme y ayant eu recours. Notre texte ajoute que ces codicilles étaient confirmés par un testament: il faut entendre par là un testament antérieur aux codicilles; car il est dit au même texte que Lentulus les a faits étant sur le point de mourir. Toutefois les codicilles n'avaient besoin d'être confirmés par un testament que lorsqu'ils contenaient des legs; mais lorsqu'ils étaient confirmés, la validité des codicilles dépendait de la validité et de l'efficacité du testament qui les confirmait; ils en devenaient partie intégrante, de telle sorte que c'était à l'époque de la confection du testament qu'il fallait se reporter pour en apprécier les dispositions (2).

Si les codicilles n'étaient pas confirmés par le testament, leur validité était indépendante de la validité et de l'efficacité du testament; mais ils ne pouvaient valoir que quant à des fidéicommis, les legs étant nuls s'ils n'étaient pas faits dans un testament, ou dans un codicille devenu, par la confirmation, partie intégrante d'un testament.

---

(1) Cic. epp. ad famil. 9. 26. Senec. ep. 55. in fin.
(2) L. 2. § 2. D. 29. 7.

§ I. Non tantum autem testamento facto potest quis codicillos facere, sed et intestatus quis decedens fideicommittere codicillis potest. Sed cum ante testamentum factum codicilli facti erant, Papinianus ait, *non aliter vires habere, quam si speciali postea voluntate confirmentur.* Sed divi Severus et Antoninus rescripserunt, *ex his codicillis, qui testamentum præcedunt, posse fideicommissum peti, si appareat, eum, qui postea testamentum fecerat, a voluntate, quam codicillis expresserat, non recessisse.*

§ 1. On peut faire des codicilles, pour des fidéicommis, non seulement lorsqu'on a fait un testament, mais même lorsque l'on meurt *intestat.* Lorsqu'on fait des codicilles avant d'avoir fait un testament, Papinien dit qu'ils ne sont valables qu'autant qu'ils sont confirmés par une disposition spéciale du testament : mais les empereurs Sevère et Antonin ont déclaré, dans un rescrit, que, dans des codicilles qui précèdent un testament, on peut faire des fidéicommis valables, pourvu que le testament postérieur ne contienne pas des expressions qui indiquent que l'on a changé de volonté.

* Les codicilles, lorsqu'ils sont confirmés par un testament, sont, comme nous venons de le dire, partie intégrante du testament ; dans des codicilles confirmés on peut faire des legs, non des institutions ; tandis que, dans des codicilles non confirmés, on ne peut faire que des fidéicommis. Or un codicille peut être confirmé quand il est antérieur ou postérieur au testament. L'antérieur doit être expressément confirmé, par une disposition spéciale, parce que, lors de sa rédaction il ne pouvait être considéré comme étant partie intégrante d'un testament qui n'existait pas encore ; pour qu'il en devienne partie intégrante, il faut qu'il y soit rattaché formellement. Quand il est postérieur, il se trouve par là même confirmé, parce qu'il se rattache au testament déjà rédigé ; il en devient partie intégrante.

§ II. Codicillis autem hereditas neque dari neque adimi potest, ne confundatur jus testamentorum et codicillorum, et ideo nec exheredatio scribi. Directo autem hereditas codicillis neque dari neque adimi potest : nam per fideicommissum hereditas codicillis jure relinquitur. Nec condicionem heredi instituto codicillis adjicere, neque substituere directo potest.

§ 2. On ne peut, par des codicilles, ni donner, ni ôter une hérédité ; car si cela était, les testaments seraient confondus avec les codicilles ; aussi ne peut-on exhéréder dans un codicille. Toutefois ce n'est que directement qu'il est impossible, dans un codicille, de donner ou d'ôter une hérédité ; car on y peut attribuer une hérédité par fidéicommis. On ne peut même, dans un codicille, ajouter une condition à l'institution d'héritier, ni faire une substitution directe.

§ III. Codicillos autem etiam plu-

§ 3. On peut faire un ou plusieurs

res quis facere potest; et nullam sollemnitatem ordinationis desiderant.

codicilles, et sans l'observation d'aucune solennité.

* On peut faire plusieurs codicilles; car ils ne sont destinés qu'à conférer des droits à certains biens: or il y a, dans une hérédité, plusieurs objets, qui peuvent donner lieu chacun à un codicille. Il n'en est pas de même d'un testament; car il est destiné à conférer à un héritier *l'universum jus* du défunt; comme il n'y a qu'un *universum jus*, un second testament annulerait le premier.

Pour les codicilles aucune solennité n'était requise; cependant il fallait que le testateur eût voulu ne faire que des codicilles; car, s'il avait voulu faire un testament, et qu'il fût nul, cet acte ne valait pas même comme codicille, à moins qu'il n'en eût formellement manifesté l'intention, par une clause, que les commentateurs nomment *codicillaire* (1). Cette clause n'était sous entendue que dans les testaments militaires (2). Au reste si le testateur était incapable de tester, il était également incapable de faire un codicille (3).

## APPENDICE.

### De l'ouverture des testaments.

Il importait, pour la mise à exécution des volontés du défunt, et pour la conservation des droits des héritiers, des légataires et autres intéressés, que des mesures fussent prises relativement à l'ouverture et à la conservation des testaments. Le préteur avait statué à ce sujet par un édit: nous trouvons au Digeste et au Code, un titre spécial à cette matière (4). Voici des détails curieux sur l'ouverture et la conservation des testaments, que Paul nous a transmis dans ses Sentences :

« A Rome, nous dit ce jurisconsulte, on faisait l'ouverture des testaments » en présence des témoins qui avaient apposé leurs cachets, ou du plus » grand nombre d'entre eux : lorsqu'ils avaient reconnu leurs sceaux, on » rompait le fil, on ouvrait l'écrit, on en donnait lecture et on en prenait » copie; après cela on y apposait le sceau public et on le déposait dans les » archives, afin qu'on pût en prendre des copies lorsqu'il en serait besoin.

» Les testaments faits dans les *municipes*, dans les *oppida*, dans les pré- » fectures, dans les *vici*, dans les *castella*, dans les conciliabules, après » qu'ils avaient été ouverts, devaient être lus sur la place publique ou dans » la basilique, en présence des témoins ou d'hommes honorables, entre la » seconde et la dixième heure du jour, puis, après qu'une copie en avait

---

(1) L. 29. D. 28. 1. L. 13. D. 5. 2. L. 3, D. 29. 1. L. 8. C. 6. 36.
(2) L. 14. § 3. D. 28. 6. L. 1. D. 29. 7, L. 3. D. 29 1.
(3) L. 13. D. 5. 2.
(4) D. 29. 3. C. 6. 32.

» été faite, ils étaient scellés par les magistrats en présence desquels l'ou-
» verture avait été faite, et déposés.

» L'ouverture d'un testament devait se faire immédiatement après la
» mort du testateur, dans les cinq jours au plus après cette mort, si les
» personnes qui devaient la requérir et y assister étaient présents, et, si elles
» étaient absentes, dans les cinq jours de leur retour (1). »

Pour augmenter les chances de caducité, la loi Papia Poppæa avait défendu l'adition d'hérédité avant l'ouverture du testament, excepté lorsque l'institué était héritier pour le tout (*ex asse*) (2). Dans le même but, elle avait reculé l'ouverture du droit aux legs jusqu'à la même époque (3). Sur ces deux points Justinien est revenu aux anciens principes.

## *Questions sur les titres XX — XXV.*

*Qu'est-ce qu'un legs?* 420 *. — *Combien y avait-il de sortes de legs?* 421 § 2.—*Qu'est-ce que le legs* per vindicationem? 421, 1°.—*Le legs* per damnationem? 422, 2°.—*Le legs* sinendi modo? 423, 3°.—*Le legs* per præceptionem? 423, 4°.—*Quelles modifications furent apportées dans ces différents legs, par le Sc. Néronien et par l'empereur Constantin?* 425 *. — *Quelles furent, à ce sujet, les dernières modifications apportées par Justinien?* 425 **. — *Quelles différences y avait-il entre les legs et les fidéicommis?* 426 *. — *Peut-on léguer les choses hors du commerce?* 427 *. — *Quand la chose d'autrui avait été léguée, était-ce au légataire à prouver que le testateur savait qu'elle était à autrui?* 426, § 4. — *Si la chose léguée était hypothéquée, le légataire était-il obligé de prouver que le testateur le savait?* 428, § 5. — Quid, *si, depuis la confection du testament, le légataire devient propriétaire de la chose léguée?* 428 *. — *Peut-on léguer les choses futures?* 429 *. — *Quels étaient les principes du droit d'accroissement avant la loi* Papia Poppæa? 431, *I°*. —*Quels étaient ces principes du temps de Justinien?* 434, *III°*. — *Si le légataire, ayant acheté la nue-propriété de la chose léguée, en acquiert plus tard l'usufruit par la mort de l'usufruitier, pourra-t-il demander toute la chose léguée?* 436 *. —Quid *du legs d'une chose appartenant au légataire au moment de la confection du testament?* 437 *. — *Que signifient* dies cedit *et* dies venit? 437 **. — *Qu'est-ce que la règle Catonienne?* 438 *. — Quid, *lorsque le testateur, ayant légué une chose, l'aliène ensuite?* 443 *. — *Quel est l'effet d'un legs de libération?* 444 *. — *Le débiteur peut-il léguer à son créancier ce qu'il lui doit?* 445 *.—Quid *du legs que le mari fait, à sa femme, de sa dot?* 446 *. — *Si la chose léguée vient à périr, est-elle encore due?* 447 *. — *Si de deux choses léguées ensemble l'une périt sans le fait de l'héritier, l'autre est-elle encore due?* 448 *. — *Si des esclaves vicaires ont été*

(1) Paul. sent. IV. 6.
(2) L. 1. § 1. C. 6. 51. L. 1. § 4. D. 22. 6.
(3) Fr. Ulp. XXIV. 31.

*légués avec des ordinaires, ces derniers ayant péri, les vicaires sont-ils encore dûs?* 448 **. — *Qu'entend-on par* fundus instructus, fundus cum instrumento? 449 *.—*Si un troupeau ayant été légué, il n'en reste qu'une brebis, est-elle due?* 449 **.—*Dans quel état doit être livré le pécule légué à l'esclave du testateur, ou légué à un tiers?* 450 *. — *Le maître, qui affranchit un esclave par testament, est-il censé lui léguer son pécule?* 451? *. — *Si un maître a légué à un esclave son pécule, celui-ci aura-t-il le droit de réclamer des héritiers de son maître les sommes puisées à son pécule pour l'intérêt de son maître?* 451 **. — *Quel est l'effet du legs d'une créance?* 452 *. — *Comment l'héritier s'y prendra-t-il pour céder au légataire la créance léguée?* 452 **. —*Quand le legs est d'une chose non déterminée quant à l'individu, à qui appartient le choix?* 453 *. — *Quel est le caractère particulier du legs d'option?* 454 *. — *Peut-on léguer à des personnes incertaines?* 456. *. — *Qu'a décidé Justinien relativement aux legs faits à des personnes incertaines?* 456 **. —*Qu'a-t-il décidé sur les institutions de personnes incertaines?* 457 *.—*Le legs avec fausse démonstration est-il nul?* 458 *. —Quid *s'il est fait avec fausse cause?* 458 **. — *Peut-on léguer à l'esclave de l'héritier?* 349 *. — *Peut-on léguer au maître de l'esclave héritier?* 460 *. — *Les legs écrits avant l'institution sont-ils nuls?* 461 *,—*Peut-on léguer pour après la mort du légataire, pour après la mort de l'héritier?* 462 *. — *Peut-on léguer à titre de peine?* 464 *. — *Qu'est-ce que léguer à titre de peine?* 464 **.

*Qu'est-ce que la révocation, la translation d'un legs?* 465 *.—*De combien de manières peut-on révoquer un legs?—Qu'est-ce que la révocation expresse?* 465 **. *Qu'est-ce que la révocation tacite?* 465 ***.

*Quelles lois furent faites pour assurer à l'héritier institué, contre les légataires, une portion de l'hérédité?* 467 *. —*La loi Falcidie, lorsqu'il y a plusieurs héritiers institués, s'applique-t-elle à chacun séparément?* 468, § 1. —Quid, *si la part de l'un des héritiers, étant vacante, elle accroit à l'autre ou aux autres?* 468 *.—*A quelle époque se reporte-t-on pour faire le calcul de la quarte Falcidie?* 470 *. — *Quelles sont les choses qu'on déduit de la masse?* 471, § 3.

*Qu'est-ce qu'un fidéicommissaire, universel ou à titre particulier?— Qui appelle-t-on fiduciaire?* 472 *. *Dans quel but les fidéicommis furent-ils introduits?* 473 *.—*Le fidéicommissaire avait-il une action?* 473 **. —*Lorsque les fidéicommis furent protégés par des moyens juridiques, ne resta-t-il aucune différence entre eux et les institutions ou les legs?* 474 *.—*Comment un legs différait-il d'un fidéicommis à titre particulier?* 474 **. —*Comment se faisait la restitution d'une hérédité toute entière, du fiduciaire au fidéicommissaire?* 478 *. — *Comment se faisait la restitution d'une partie de l'hérédité?* 478 **. — *Quel changement apporta, au fidéicommis universel, le Sc. Trébellien?* 479 *. — *Quel changement apporta ensuite le Sc. Pégasien?* 480 *. — *Ce dernier abrogea-t-il le Trébellien?* 482 *. — *Quels principes appliquait-on lorsque l'héritier, ne voulant pas faire adition, y était contraint par le prêteur et remettait toute l'hérédité au fidéicommissaire?* 482 ** — *Quel changement apporta Justinien à cette législation?* 484 *. — Quid, *si le fiduciaire était chargé de remettre l'hérédité en retenant un objet particulier*

*valant le quart ou même presque toute l'hérédité?* 485 *.—*Pouvait-on charger d'un fidéicommis universel un héritier* ab intestat *?* 486 *. *Si le fidéicommissaire était chargé de remettre ce qu'il recevait de l'hérédité à un autre fidéicommissaire, pouvait-il encore retenir un quart?* 486 **. — *Comment pouvait-on prouver l'existence d'un fidéicommis ?* 488 *.

*Quelles étaient les choses qu'on pouvait laisser par fidéicommis à titre particulier ?* 488 **. — *Pourquoi ne suppose-t-on que deux manières d'affranchir par acte de dernière volonté, le legs* per vendicationem *et le fidéicommis ?* 490 *. — Quid, *si celui qui a été chargé de donner la liberté à l'esclave d'autrui, ne peut se le procurer ?* 491 *.

*Qu'entend-on par codicille?* 492 *. — *A quelle époque les codicilles furent-ils en usage ?* 492 *. — *Quand le codicille est-il partie intégrante d'un testament ?* 493 *. *Quelles dispositions peuvent figurer dans un codicille ?*
— Ibid. *Peut-on faire plusieurs codicilles ?* 494 *.

# INSTITUTES

DE

# JUSTINIEN

## LIVRE TROISIÈME.

### TITULUS I.

DE HEREDITATIBUS QUÆ AB INTESTATO DEFERUNTUR.

Pr. Intestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit, aut non jure fecit, aut id, quod fecerat, ruptum irritumve factum est, aut nemo ex eo heres extitit.

§ I. Intestatorum autem hereditates, ex lege duodecim tabularum, primum ad suos heredes pertinent.

### TITRE I.

DES HÉRÉDITÉS AB INTESTAT.

Pr. On appelle intestat celui qui est mort sans avoir fait son testament, ou après avoir fait un testament, mais qui est irrégulier, ou qui est devenu rompu ou inutile, ou qui n'a produit aucun effet par le défaut d'adition d'hérédité.

§ 1. Les hérédités *ab intestat* appartiennent, en premier ordre, aux héritiers siens, en vertu de la loi des Douze Tables.

* D'après les principes politiques des Romains, les biens devaient rester dans la famille. La famille romaine avait deux sphères, premièrement celle des enfants soumis à la puissance paternelle du *de cujus* jusqu'au moment de son décès, de ses enfants ou autres descendants : secondement une sphère moins restreinte, de ceux, qui ne s'étant pas trouvés sous la puissance du *de cujus*, s'étaient trouvés avec lui sous la même puissance paternelle, ou bien auraient dû s'y trouver si le chef de famille, auquel ils se rattachaient avec le défunt, n'était pas mort : tels étaient les frères et sœurs du défunt qui n'avaient pas rompu

leurs liens de famille par l'effet d'une émancipation ou d'une dation en adoption, ou d'une adrogation, les descendants par mâles du même auteur commun, parents du défunt qui n'avaient pas non plus subi même la petite déchéance d'état. Les membres de la famille restreinte s'appelaient agnats. Ce qui constituait deux ordres de succession légitime, c'est-à-dire, conforme à la loi des Douze tables; puis, d'après un principe politique, venait l'ordre des *Gentiles*. Il est parlé du premier ordre dans ce titre; il sera parlé du second dans le titre suivant; nous dirons quelques mots, transitoirement, des *Gentiles* au titre 5 de ce livre.

La Novelle 118, dont nous nous occuperons ultérieurement, a fait subir des modifications fondamentales à ces anciens ordres de succession.

### I. *Héritiers siens d'après le droit civil.*

§ II. Sui autem heredes existimantur, ut et supra diximus, qui in potestate morientis fuerunt: veluti filius filiave, nepos neptisve ex filio, pronepos proneptisve ex nepote, ex filio nato, prognatus prognatave. Nec interest, utrum naturales sint liberi, an adoptivi. Quibus connumerari necesse est etiam eos, qui ex legitimis quidem matrimoniis non sunt progeniti, curiis tamen civitatium dati secundum divalium constitutionum, quæ super his positæ sunt, tenorem, suorum jura nancisCuntur. Nec non eos, quos nostræ amplexæ sunt constitutiones, per quas jussimus, si quis mulierem in suo contubernio copulaverit, non ab initio affectione maritali, eam tamen, cum qua poterat habere conjugium, et ex ea liberos sustulerit, postea vero, affectione procedente, etiam nuptialia instrumenta cum ea fecerit, filiosque vel filias habuerit: non solum eos liberos, qui post dotem editi sunt, justos et in potestate esse patribus, sed etiam anteriores, qui et his, qui postea nati sunt, occasionem legitimi nominis præstiterunt; quod obtinere censuimus, etiamsi non progeniti fuerint post dotale instru-

§ 2. Sont héritiers siens, comme nous l'avons dit plus haut, ceux qui se sont trouvés sous la puissance du défunt au moment de sa mort; tels qu'un fils ou une fille, les petits-enfants par un fils, les arrière-petits-enfants par un petit-fils, les descendants par mâles. Peu importe que ces descendants soient naturels ou adoptifs. Parmi les héritiers siens, il faut ranger également les enfants nés hors mariage et légitimés ensuite par l'oblation à la curie, conformément aux institutions des empereurs : il faut y ranger aussi, conformément à nos institutions, ceux que le défunt a eus d'une femme avec laquelle il vivait sans mariage, mais qu'il aurait pu épouser, si ensuite ayant épousé cette femme et rédigé un acte dotal, il en a eu des enfants; car alors sont légitimes non seulement ceux nés du mariage, mais encore ceux nés auparavant, puisque ces derniers ont été pour les autres une occasion de naître légitimes. Nous voulons même que ces enfants nés avant le mariage, soient légitimés, quoiqu'il ne soit pas né d'enfants du mariage, ou que ceux qui sont nés du mariage aient ensuite cessé de vivre. A l'égard

mentum confectum liberi, vel etiam nati ab hac luce subtracti fuerint. Ita demum tamen nepos neptisve, et pronepos proneptisve, suorum heredum numero sunt, si præcedens persona desierit in potestate parentis esse, sive morte id acciderit, sive alia ratione, veluti emancipatione : nam si per id tempus, quo quis moriatur, filius in potestate ejus sit, nepos ex eo suus heres esse non potest. Idque et in ceteris deinceps liberorum personis dictum intellegimus. Postumi quoque, qui, si vivo parente nati essent, in potestate futuri forent, sui heredes sunt.

du petit-fils et de la petite-fille, de l'arrière-petit-fils et de l'arrière-petite-fille, ils ne sont héritiers siens que si ceux qui les précédaient dans la puissance paternelle sont sortis de cette puissance, soit par la mort, soit de toute autre manière, par exemple, par l'émancipation: en effet, si au moment où le chef de famille vient à mourir, il laisse un fils, le petit-fils de celui-ci ne peut être héritier sien. Ce que nous disons du petit-fils s'applique aux autres descendants. Quant aux posthumes, ils sont aussi héritiers siens si, en les supposant nés du vivant du *de cujus*, ils auraient dû se trouver sous sa puissance immédiate.

* Voyez plus haut, pag. 408-410, ce que l'on doit entendre par héritiers siens, et pag. 117 et 118, ce qui concerne les enfants légitimés par mariage subséquent..

§ III. Sui autem, etiam ignorantes, fiunt heredes, et, licet furiosi sint, heredes possunt existere : quia, quibus ex causis ignorantibus acquiritur nobis, ex his causis et furiosis acquiri potest. Et statim morte parentis quasi continuatur dominium : et ideo nec tutoris auctoritate opus est in pupillis, cum etiam ignorantibus acquiritur suis heredibus hereditas ; nec curatoris consensu acquiritur furioso, sed ipso jure.

§ 3. Les héritiers siens acquièrent l'hérédité à leur insu et lors même qu'ils seraient privés de l'usage de leur raison : car ce que nous pouvons acquérir à notre insu peut être acquis sans l'usage de la raison. A la mort du père de famille, la propriété de son patrimoine est comme continuée par ses enfants : pour être héritier sien, un pupille n'a donc pas besoin de l'autorisation de son tuteur, ni un fou du consentement de son curateur, puisque l'hérédité est acquise de plein droit.

** Tout ce que nous avons dit plus haut, pag. 408, des héritiers testamentaires, s'applique aux héritiers *ab intestat*.

§ IV. Interdum autem, licet in potestate mortis tempore suus heres non fuit, tamen suus heres parenti efficitur, veluti si ab hostibus quis reversus fuerit post mortem patris : jus enim postliminii hoc facit.

§ 4. Il peut se faire cependant qu'un individu soit héritier sien, quoiqu'il ne se trouve pas sous la puissance du défunt au moment de sa mort, par exemple, s'il n'est revenu de captivité que depuis cette mort : c'est une conséquence du *jus postliminii*.

* Pendant sa captivité, le fils de famille n'est plus sous la puissance paternelle : mais lorsqu'il revient dans sa patrie, il est censé n'avoir jamais été captif, et par conséquent s'être trouvé sous la puissance de son père au moment de sa mort. Voyez les effets du *jus postliminii*, plus haut, pag. 133 *.

§. V. Per contrarium evenit, ut, licet quis in familia defuncti sit mortis tempore, tamen suus heres non fiat, veluti si post mortem suam pater judicatus fuerit reus perduellionis, ac per hoc memoria ejus damnata fuerit: suum enim heredem habere non potest, cum fiscus ei succedit. Sed potest dici, ipso jure esse suum heredem, sed desinere.

§ 5. A l'inverse, il peut se faire qu'un enfant se trouve sous la puissance immédiate du défunt au moment de sa mort, et cependant ne devienne pas son héritier sien; par exemple, si un père de famille, depuis son décès, a été reconnu coupable de haute trahison et si sa mémoire a été flétrie : car alors il ne peut plus avoir d'héritier sien, puisque le fisc lui succède. Mais, dans ce cas, il est plus vrai de dire que son enfant est héritier sien de plein droit, que seulement il cesse de l'être.

** Dans notre paragraphe, il est à remarquer que le père de famille, poursuivi pour crime de haute trahison, n'est pas condamné; car on ne peut condamner un mort; mais qu'il est déclaré (*judicatus*) coupable. C'est sa mémoire qui subit la condamnation. Dans tous les cas, la décision au criminel avait un effet rétroactif au jour où le crime avait été commis; par conséquent la confiscation de ses biens, remontant à ce jour, empêchait les héritiers siens de conserver une propriété qui avait paru leur passer de plein droit.

§ VI. Cum filius filiave, et ex altero filio nepos neptisve extant, pariter ad hereditatem vocantur, nec, qui gradu proximior est, ulteriorem excludit : æquum enim esse videtur, nepotes neptesve in patris sui locum succedere. Pari ratione et, si nepos neptisve sit ex filio, et ex nepote pronepos proneptisve, simul vocantur. Et quia placuit, nepotes neptesve, item pronepotes proneptesve in parentis sui locum succedere: conveniens esse visum est, non in capita, sed in stirpes hereditatem dividi, ut filius partem dimidiam hereditatis habeat, et ex altero filio duo pluresve nepotes alteram dimidiam. Item, si

§ 6. Lorsqe le défunt a laissé un fils, et, d'un autre fils prédécédé, un petit-fils ou une petite-fille, ce petit-fils ou cette petite-fille vient à la succession comme le fils, celui-ci n'exclut pas l'un ou l'autre, quoiqu'il soit moins éloigné; car il parait équitable que les petits-fils ou petites-filles viennent prendre la place de leur père. Par le même motif, les petits-enfants par le fils n'excluront pas les arrière-petits-enfants par le petit-fils. Une fois qu'on a reconnu que les petits-enfants et les arrière petits-enfants devaient prendre la place de leur père ou grand-père, il était convenable que l'hérédité se

ex duobus filiis nepotes 'extant, ex altero unus forte aut duo, ex altero tres aut quatuor, ad unum aut ad duos dimidia pars pertinet, ad tres aut ad quatuor altera dimidia.

partageât, non par têtes, mais par souches, de sorte qu'un fils eût la moitié, et que l'autre moitié appartînt aux deux ou plusieurs descendants d'un autre fils. De même, s'il y a des descendants de deux fils, un seul ou deux de l'un, et de l'autre trois ou quatre, la moitié appartiendra à l'un ou aux deux, et l'autre moitié aux trois ou aux quatre.

* Le partage d'une succession peut se faire de deux manières, ou par têtes ou par souches. Il se fait par têtes lorsqu'elle se divise en autant de parts égales qu'il y a d'individus venant à l'hérédité. Ainsi, j'ai deux oncles qui ont, l'un deux enfants, l'autre trois. Après la mort de mes deux oncles, je viens à mourir sans postérité, ni ascendants, ni frères, ni sœurs, ni descendants de ceux-ci. Les enfants de mes deux oncles viendront à ma succession par têtes, c'est-à-dire, chacun pour un cinquième.

Le partage, au contraire, se fait par souches, lorsque l'hérédité se partage, non eu égard à chacun des héritiers, mais eu égard à chacune des branches sortant du tronc commun. Ainsi, j'ai deux fils, dont l'un a deux enfants et l'autre trois; mes deux fils sont morts avant moi; à mon décès, les deux enfants de l'un prendront la moitié de ma succession, et les trois de l'autre prendront l'autre moitié. Si l'un de mes deux fils est encore vivant lors de mon décès, il prendra sa moitié, et l'autre moitié sera dévolue aux deux ou trois enfants de mon autre fils prédécédé. Quand les héritiers viennent par souches, ils sont dits venir au moyen de la représentation. Or le partage par souches, ou au moyen de la représentation, était admis pour les héritiers siens.

Remarquez que, pour venir par représentation, il faut nécessairement s'être trouvé sous la puissance du défunt au moment de sa mort: ainsi un petit-fils émancipé ne représenterait pas son père resté dans la famille; de même le fils d'une fille ne représenterait pas sa mère dans la succession de son aïeul maternel, parce qu'il se trouve sous la puissance du mari de sa mère.

Pour qu'il y ait représentation en faveur du petit-fils, qu'il puisse monter, au moyen de la représentation, au degré de son père, il faut que celui-ci n'occupe plus ce degré : or il ne l'occupe plus lorsqu'il l'a laissé vacant, soit par son prédécès, soit par l'émancipation, soit par l'adoption.

Enfin il faut bien distinguer la représentation de la transmission. Si je viens à la succession de mon grand-père parce que mon père était

mort avant lui, je suis héritier sien de mon grand-père, je le suis en prenant la place de mon père qui n'existait plus lors de l'ouverture de la succession, je viens par représentation. Mais si mon père, ayant survécu à mon grand-père, vient ensuite à mourir lui-même avant le partage de la succession, il a été héritier sien de mon grand-père, il a confondu dans son patrimoine le droit à une part de l'hérédité de celui-ci : lorsque j'arriverai au partage de la succession de mon aïeul, je n'y viendrai pas comme étant son héritier sien, mais comme ayant trouvé, dans la succession de mon père, le droit à ce partage; j'y viendrai du chef de mon père, en vertu d'un droit qu'il m'a transmis; j'y viendrai donc par transmission.

§ 7. Cum autem quæritur, an quis suus heres existere potest : eo tempore quærendum est, quo certum est, aliquem sine testamento decessisse, quod accidit et destituto testamento. Hac ratione, si filius exheredatus fuerit, et extraneus heres institutus, et, filio mortuo postea, certum fuerit, heredem institutum ex testamento non fieri heredem, aut quia noluit esse heres aut quia non potuit, nepos avo suus heres existet : quia, quo tempore certum est, intestatum decessisse patremfamilias, solus invenitur nepos. Et hoc certum est.

§ 7. Pour voir si quelqu'un est héritier sien, il faut se reporter à l'époque où il y a certitude que le défunt est mort intestat; par exemple, s'il y a eu abandon du testament par l'héritier institué. Si donc, un fils étant exhérédé au profit d'un externe institué héritier, et ce fils étant mort ensuite, il est devenu certain que cet externe ne sera pas héritier testamentaire, soit parce qu'il ne l'a pas voulu, soit parce qu'il ne l'a pas pu, le petit-fils sera héritier sien de son aïeul : en effet, à l'époque où il est devenu certain que l'aïeul était mort sans héritier testamentaire, il n'y avait que le petit-fils qui pût être héritier sien. Et cela est indubitable.

* Dans l'exemple cité par notre texte, il faut supposer que le petit-fils, qui devient héritier sien de son aïeul, était conçu au moins lors du décès de l'aïeul; car, pour être héritier sien, il faut d'abord être sien, c'est-à-dire s'être trouvé sous la puissance du *de cujus*. Si le fils du défunt, institué héritier par lui sous une condition potestative, mourait avant d'avoir accompli cette condition, il serait censé n'avoir jamais été institué; or ce n'est que lors de sa mort qu'il est devenu certain qu'il ne recueillerait pas l'hérédité en vertu du testament; d'un autre côté, le fils ayant été institué, et n'ayant pas recueilli la succession en vertu de l'institution, ne l'a pas recueillie non plus *ab intestat*, puisqu'il en était empêché tant que l'institution pouvait produire son effet. Donc son fils, petit-fils du défunt, est devenu héritier sien *ab intestat* : il ne recueille pas la succession de son aïeul par transmission.

§ VIII. Et licet post mortem avi natus sit, tamen avo vivo conceptus, mortuo patre ejus, posteaque deserto avi testamento, suus heres efficitur. Plane, si et conceptus et natus fuerit post mortem avi, mortuo patre suo, desertoque postea avi testamento, suus heres avo non existit, quia nullo jure cognationis patrem sui patris tetigit. Sic nec ille est inter liberos avo, quem filius emancipatus adoptaverat. Hi autem, cum non sunt quantum ad hereditatem liberi, neque bonorum possessionem petere possunt quasi proximi cognati.—Hæc de suis heredibus.

§ 8. Un petit-fils, quoique né après la mort de son aïeul, s'il a été conçu de son vivant, et si le testament est abandonné après la mort de son père, devient l'héritier sien de son aïeul. Mais, s'il n'avait été conçu que depuis la mort de son aïeul, il ne pourrait être héritier sien de celui-ci après la mort de son père, quoique le testament eût été abandonné depuis cette mort, parce qu'il n'y a jamais eu de parenté entre l'aïeul et lui. On ne compte pas non plus parmi les descendants de l'aïeul un enfant qu'aurait adopté un fils émancipé, en ce qui concerne soit l'hérédité de l'aïeul, soit la possession de biens accordée par le préteur aux cognats les plus proches. —Voilà ce que nous avions à dire des héritiers siens.

*Les petits-enfants, conçus après le décès de l'aïeul, ne peuvent être ses héritiers, ni d'après le droit civil ni d'après le droit prétorien, parce que nul intervalle n'est possible entre un défunt et celui qui succède à son *universum jus*, l'héritier ou le possesseur de biens devant continuer la personne du défunt (1).

Quant aux enfants adoptés par un fils émancipé, ils ne peuvent succéder au père de l'émancipé, par un autre motif, savoir, que l'enfant adopté ne peut faire remonter sa parenté fictive au dessus de son père adoptif. Peu importe, par conséquent, qu'il ait été adopté avant ou après la mort du père de celui qui l'a fait entrer sous sa puissance. D'ailleurs, un fils émancipé ayant constitué une famille nouvelle, et ne pouvant lui-même être héritier sien de son père, son fils adoptif le peut encore moins.

### II. *Héritiers siens d'après le droit prétorien.*

§ IX. Emancipati autem liberi jure civili nihil juris habent : neque enim sui heredes sunt, quia in potestate esse desierunt parentis, neque alio ullo jure per legem duodecim tabularum vocantur. Sed prætor, naturali æquitate motus, dat eis bonorum possessionem *unde liberi*, perinde acsi

§ 9. Les enfants émancipés n'ont aucun droit dans la succession de leur père naturel, d'après le droit civil ; car ils ne sont pas ses héritiers siens, puisqu'ils ont cessé d'être sous sa puissance; et, d'autre part, la loi des douze tables ne les appelle à sa succession à aucun titre. Mais le préteur,

(1) Ce principe s'applique, non seulement aux héritiers siens, mais encore à tous agnats ou cognats, et à tous possesseurs de biens : il fut même encore en vigueur après la Novelle 118. Voy. Vangerow, t. 2. p. 39 et suiv.

in potestate parentis mortis tempore fuissent; sive soli sint, sive cum suis heredibus concurrant. Itaque duobus liberis extantibus, emancipato et qui mortis tempore in potestate fuerit: sane quidem is, qui in potestate fuerit, solus jure civili heres est, id est solus suus heres est; sed cum emancipatus beneficio prætoris in partem admittitur, evenit, ut suus heres pro parte heres fiat.

suivant les principes de l'équité naturelle, leur accorde la possession de biens *unde liberi*, comme s'ils avaient été sous la puissance de leur père au moment de sa mort, et il les admet seuls ou en concours avec les héritiers siens; si donc le défunt laisse deux enfants, l'un émancipé, et l'autre encore sous sa puissance au moment de son décès, ce dernier est, d'après le droit civil, seul héritier, c'est-à-dire seul héritier nécessaire; mais comme l'émancipé est admis par le préteur à la moitié de l'hérédité, l'héritier sien n'aura que la moitié de la succession.

* Les enfants sortis de la famille par une petite déchéance d'état, n'étaient plus héritiers siens : mais le préteur, qui tendait, par les principes qu'il introduisait sans cesse, à faire dominer l'équité naturelle et à effacer les différences entre le droit civil et le droit des gens, ne s'arrêtait nullement aux effets de la petite déchéance d'état; à ses yeux la parenté naturelle était la base du droit héréditaire; les enfants devaient venir en premier ordre à la succession du père, peu importait qu'ils eussent ou n'eussent pas été sous sa puissance au moment de sa mort, mais sous la condition cependant qu'à ce moment ils eussent été conçus, conformément à ce qui a été dit à la page 505, note 1.

Le droit prétorien admettait à la succession d'une personne, non seulement le fils émancipé qui autrefois s'était trouvé sous sa puissance, mais encore ses enfants qui jamais n'avaient été soumis à la puissance paternelle de leur aïeul. Toutefois, il ne les admettait qu'à défaut de leur père émancipé, c'est-à-dire, lorsque celui-ci était mort avant le *de cujus*.

Ce que nous venons de dire des émancipés doit s'entendre de tous les enfants ou descendants sortis de la puissance paternelle autrement que par l'émancipation, et même de ceux qui, ayant éprouvé la grande ou la moyenne déchéance d'état, se trouvent réintégrés dans leurs droits au moment du décès de leur auteur (1).

Au reste le préteur n'accordait que la qualité de possesseurs de biens à ceux qu'il appelait à l'hérédité; car il ne pouvait conférer la propriété quiritaire de sa seule autorité, ni par conséquent la qualité d'héritier. Et, lorsque l'émancipé venait concourir avec un enfant resté dans la famille, il y avait deux successeurs à deux titres différents,

(1) L. 1 § 9. L. 2. L. 1. §. 6 D. 37. 4.

l'un d'après le droit civil, l'autre d'après le droit prétorien : l'hérédité se partageait donc en deux parts égales.

§ X. At hi, qui emancipati a parente in adoptionem se dederunt, non admittuntur ad bona naturalis patris, quasi liberi, si modo, cum is moreretur, in adoptiva familia sint. Nam vivo eo emancipati ab adoptivo patre perinde admittuntur ad bona naturalis patris, acsi emancipati ab ipso essent, nec unquam in adoptiva famillia fuissent; et convenienter, quod ad adoptivum patrem pertinet, extraneorum loco esse incipiunt. Post mortem vero naturalis patris emancipati ab adoptivo, et quantum ad hunc, æque extraneorum loco fiunt, et quantum ad naturalis parentis bona pertinet, nihilo magis liberorum gradum nanciscuntur : quod ideo sic placuit, quia iniquum erat, esse in potestate patris adptivi, ad quos bona naturalis patris pertinerent, utrum ad liberos ejus, an ad agnatos.

§ 10. Mais ceux qui, après avoir été émancipés par leur père naturel, se sont ensuite donnés en adoption, ne sont pas admis à ses biens comme enfants, s'ils se trouvent encore, au moment de sa mort, dans la famille adoptive. Si, au contraire, avant ce même moment, ils avaient été émancipés par le père adoptif, ils seraient admis aux biens de leur père naturel, comme s'ils avaient été émancipés par lui et ne s'étaient jamais trouvés dans la famille adoptive; car, depuis leur sortie de cette famille, ils ont été étrangers à celui qui les avait adoptés. Mais, s'ils n'ont été émancipés par leur père adoptif que depuis la mort de leur pére naturel, ils sont étrangers à la famille adoptive, et ne recouvrent pas pour cela la place d'enfants dans la famille de leur père naturel. Cette décision a été admise, parce qu'il était inique que le père adoptif pût, à son gré, faire acquérir les biens du père naturel aux enfants de celui-ci ou à ses agnats.

* Lorsque, à la mort du père naturel, le préteur trouve l'enfant de celui-ci dans la famille du père adoptif, il ne vient pas à son secours quant à la succession du père naturel, puisqu'il le trouve avec l'espoir d'une autre succession, celle du père adoptif; du moins il ne le protège point. En le considérant comme héritier sien, il ne l'appelerait qu'en troisième ordre, à défaut d'héritiers ou d'agnats, à la possession de biens *unde cognati* (1). Mais si, à la mort du père naturel, l'adopté est sorti de la famille de son père adoptif, n'ayant plus l'espoir de la succession de ce dernier, il est appelé par le préteur à la succession de son père naturel, comme un enfant émancipé qui n'aurait jamais été adopté, et, en qualité d'héritier sien, à la possession de biens *unde liberi*.

---

(1) Voy. plus loin, titre 5. § 3. Ce qui est dit ici du fils émancipé, qui s'est donné en adrogation, s'applique à la possession de biens *contra tabulas*, par la raison qu'il se trouve dans une famille étrangère; ce n'est donc pas seulement parce qu'il est sorti de la puissance de son père naturel.

§ XI. Minus ergo juris habent adoptivi quam naturales. Namque naturales emancipati beneficio prætoris gradum liberorum retinent, licet jure civili perdunt; adoptivi vero emancipati et jure civili perdunt gradum liberorum, et a prætore non adjuvantur. Et recte: naturalia enim jura civilis ratio perimere non potest; nec, quia desinunt sui heredes esse, desinere possunt filii filiæve, aut nepotes neptesve esse; adoptivi vero emancipati extraneorum loco incipiunt esse, quia jus nomenque filii filiæve, quod per adoptionem consecuti sunt, alia civili ratione, id est emancipatione, perdunt.

§ 11. Les enfants donnés en adoption ont donc moins de droit que les enfants naturels, puisque ceux-ci, lorsqu'ils sont seulement émancipés, conservent, en vertu du droit prétorien, le rang que leur a fait perdre le droit civil; tandis que les enfants donnés en adoption, lorsqu'ils sont émancipés par leur père adoptif, ne sont plus enfants de ce dernier, d'après le droit civil, et n'obtiennent du préteur aucun secours.. Et avec raison, car le droit civil ne peut faire disparaître les droits fondés sur la nature; et par conséquent ceux qui ont cessé d'être héritiers siens, n'ont pas cessé pour cela d'être fils, filles ou petits-enfants : mais les enfants adoptifs, lorsqu'ils sont émancipés par leur père fictif, lui sont étrangers tout-à-fait, parce que la qualité de fils ou de filles, qu'ils avaient reçue du droit civil par l'adoption, est détruite par un autre moyen du droit civil, savoir, l'émancipation.

* Tant que l'adoption subsiste, l'adopté a les mêmes droits qu'un enfant naturel placé sous la même puissance paternelle. Mais l'émancipation de l'un ou de l'autre produirait des résultats différents : celle de l'adopté ferait évanouir la parenté purement civile; et il ne resterait plus de base à la protection du préteur, puisqu'il n'y aurait, ainsi que le suppose le texte, aucune parenté naturelle entre le père adoptif et l'adopté maintenant émancipé. Celui-ci n'aurait donc pas la possession de biens *unde liberi* dans la succession de son ancien père adoptif (1). Mais l'enfant naturel émancipé conserverait le droit de l'obtenir dans cette même succession.

§ XII. Eadem hæc observantur et in ea bonorum possessione, quam contra tabulas testamenti parentis liberis præteritis, id est neque heredibus institutis, neque ut oportet exheredatis, prætor pollicetur. Nam

12. Ce que nous venons de dire s'applique à la possession des biens *contra tabulas*, qui est accordée aux enfants omis, c'est-à-dire, qui n'ont été ni institués, ni exhérédés régulièrement par le testament de leur père.

(1) Il ne l'obtiendrait que dans la succession de son père émancipateur, si celui-ci vivait encore au moment de l'émancipation faite par le père adoptif.

eos quidem, qui in potestate parentis mortis tempore fuerunt, et emancipatos vocat prætor ad eam bonorum possessionem; eos vero, qui in adoptiva familia fuerunt per hoc tempus, quo naturalis parens moreretur, repellit. Item adoptivos liberos emancipatos ab adoptivo patre, sicut ab intestato, ita longe minus contra tabulas testamenti ad bona ejus admittit, quia desinunt in liberorum numero esse.

En effet, le préteur appelle à cette possession de biens ceux qui se trouvent sous la puissance de leur père au moment de sa mort, et aux fils émancipés; mais il en exclut ceux qui se trouvent dans une famille adoptive lors du décès de leur père naturel. Or le préteur n'admettant pas ces derniers à la possession de biens *unde liberi* de leur père adoptif lorsqu'ils ont été émancipés par lui, les admet encore moins à la possession de biens *contra tabulas*, parce qu'ils cessent tout à fait d'être au nombre des enfants de l'adoptant.

§ XIII. Admonendi tamen sumus, eos, qui in adoptiva familia sunt, quive post mortem naturalis parentis ab adoptivo patre emancipati fuerint, intestato parente naturali mortuo, licet ea parte edicti, qua liberi ad bonorum possessionem vocantur, non admittantur, alia tamen parte vocari, id est qua cognati defuncti vocantur. Ex qua parte ita admittuntur, si neque sui heredes liberi, neque emancipati obstent, neque agnatus quidem ullus interveniat : ante enim prætor liberos vocat tam suos heredes, quam emancipatos, deinde legitimos heredes, deinde proximos cognatos.

§ 13. Il faut cependant faire remarquer que ceux qui sont dans une famille adoptive au moment de la mort du père naturel, ou qui sont émancipés par le père adoptif depuis cette mort, à défaut d'héritier testamentaire, s'ils ne viennent pas à la possession de biens *unde liberi* dans la succession de leur père naturel, viennent dans cette succession par la possession de biens *unde cognati* : mais cette dernière possession ne leur est accordée qu'autant que le défunt ne laisse ni héritiers siens, ni fils émancipés, ni agnats : car le préteur appelle d'abord les enfants héritiers siens ou émancipés, ensuite les héritiers légitimes ou agnats, et enfin les cognats les plus proches.

* La possession de biens *contra tabulas* est parallèle à la possession de biens *unde liberi* : la première est accordée lorsque le testateur a laissé un testament conforme au droit civil, mais en opposition avec les principes du droit prétorien; la seconde, afin d'appeler à la succession, au degré d'héritiers siens, ceux que le droit civil n'admet point à ce degré, lorsque le défunt est mort sans testament, ou sans testament revêtu de sept cachets (1).

Quant à l'une ou à l'autre de ces deux possessions de biens, l'émancipation est considérée par le préteur comme n'ayant pas eu lieu. Mais

(1) L. 3. D. 38. 6.

il est injuste que l'émancipé qui, par l'une de ces deux voies, vient concourir au partage de l'hérédité paternelle avec les héritiers siens restés dans la famille, prenne une part qui s'est accrue de la collaboration de ces derniers, et conserve pour lui seul les biens acquis depuis son émancipation jusqu'à la mort de l'auteur commun (1). Il devra donc rapporter tout ce qu'il a acquis dans cet intervalle, à l'exception cependant de ce qui serait entré dans son pécule castrens, ou son pécule quasi-castrens, ou même, depuis le nouveau droit, dans son pécule adventice.

Dans les possessions de biens *unde liberi* ou *contra tabulus*, la représentation est admise; les enfants du fils émancipé mort avant l'aïeul, viennent prendre la place de leur père. Mais qu'arriverait-il si l'aïeul, en émancipant son fils, retenait les enfants de celui-ci sous sa puissance ? Le fils, étant considéré par le préteur comme n'ayant pas été émancipé, viendra à la succession du défunt à l'exclusion de ses enfants, puisque ceux-ci ne sont pas au premier degré et ne peuvent y arriver par le bénéfice de la représentation, leur père occupant sa place. Mais, depuis une disposition ajoutée à l'édit par Salvius Julianus, voici la solution que doit recevoir la question ci-dessus posée. Les petits enfants restés en la puissance de l'aïeul sont héritiers siens d'après le droit civil, l'émancipé est placé au degré des héritiers siens par le droit prétorien ; or, comme il y a concours entre les deux droits, il y aura partage, entre l'émancipé et ses enfants, en deux portions égales, et l'émancipé ne fera le rapport qu'à ses enfants (2).

### III. *Heritiers siens d'après les constitutions.*

§ XIV. Sed ea omnia antiquitati quidem placuerunt : aliquam autem emendationem a nostra constitutione acceperunt, quam super his personis posuimus, quæ a patribus suis naturalibus in adoptionem aliis dantur. Invenimus etenim nonnullos casus, in quibus filii et naturalium parentum successionem propter adoptionem amittebant, et adoptione facile per emancipationem soluta, ad neutrius patris successionem vocabantur. Hoc solito more corrigentes, constitutionem scripsimus, per quam de-

§ 14. Ces règles étaient suivies autrefois : mais notre constitution, promulguée relativement à ceux qui sont donnés en adoption par leur père naturel, a introduit à ce sujet quelques améliorations. En effet, nous avons remarqué que, dans certains cas, les enfants perdaient leurs droits de succession à l'égard de leur père naturel, à cause de l'adoption, et qu'ensuite, sortant des liens de l'adoption par une émancipation, il arrivait qu'ils n'avaient la succession ni de leur père naturel, ni de leur

(1) Ce rapport ne pourrait être exigé par l'héritier sien, d'après les termes de l'édit, qu'autant qu'il demanderait lui-même la possession de biens ; mais plus tard, par suite de l'interprétation de l'édit, il a pu demander ce rapport lors-même qu'il se contentait de venir à l'hérédité d'après le droit civil. L. 1. §. 1. L. 10. D. 37. 6.

(2) L. 1. pr. et §. 1. D. 37. 8.

Enivimus, quando parens naturalis filium suum adoptandum alii dederit, integra omnia jura ita servari, atque si in patris naturalis potestate permansisset, nec penitus adoptio fuerit subsecuta; nisi in hoc tantummodo casu, ut possit ab intestato ad patris adoptivi venire successionem. Testamento autem ab eo facto, neque jure civili, neque prætorio, aliquid ex hereditate ejus persequi potest, neque contra tabulas bonorum possessione agnita, neque inofficiosi querela instituta, cum nec necesitas patri adoptivo imponitur, vel heredem eum instituere, vel exheredatum facere, utpote nullo naturali vinculo copulatum. Neque si ex Sabiniano senatusconsulto ex tribus maribus fuerit adoptatus: nam et in hujusmodi casu neque quarta ei servatur, nec ulla actio ad ejus persecutionem ei competit. Nostra autem constitutione exceptus est is, quem parens naturalis adoptandum susceperit: utroque enim jure, tam naturali quam legitimo, in hanc personam concurrente, pristina jura tali adoptione servavimus, quemadmodum si paterfamilias sese dederit arrogandum. Quæ specialiter et singillatim ex præfatæ constitutionis tenore possunt colligi.

père adoptif. Voulant, suivant notre coutume, remédier à un tel inconvénient, nous avons décidé dans notre constitution que, lorsqu'un père donnera son fils en adoption, celui-ci conservera tous ses droits dans la famille de son père naturel, comme s'il y était resté et n'avait pas été adopté; que toutefois il viendra encore à la succession de son père adoptif, mais seulement s'il est mort intestat, : que si, au contraire, il meurt avec un testament, son fils adoptif n'obtiendra rien de son hérédité, ni d'après le droit civil, ni d'après le droit prétorien; qu'il n'aura ni la possession de biens *contra tabulas*, ni la querelle d'inofficiosité; car le père adoptif, ne se rattachant à lui par aucun lien naturel, n'a besoin ni de l'instituer ni de l'exhéréder. Et cela sera observé lors même que l'adopté aurait été choisi entre trois mâles, en vertu du Sc. Sabinien; car, même dans cette hypothèse, l'adopté n'obtient pas la quarte, et aucune action ne lui est donnée pour l'obtenir. Cependant nous avons fait une exception pour celui qui a été adopté par son ascendant naturel, puisqu'alors le droit naturel et le droit civil se réunissant dans la même personne, nous désirons conserver à cette adoption ses effets anciens, de même qu'ils sont conservés pour celui qui se donne en adrogation. On peut se renseigner sur cette matière avec plus de détail, en lisant notre constitution.

* Le danger que, dans l'ancien droit, l'adopté courait de n'être appelé à aucune succession, s'il n'était émancipé par son père adoptif que depuis la mort de son père naturel, devait être écarté; on en sentait depuis longtemps la nécessité. Justinien eut pour but, dans sa constitution, d'assurer à l'adopté la succession de son père naturel dans tous les cas, et de lui laisser des chances à la succession de son père adoptif. Il décida donc 1° que l'enfant donné en adoption serait considéré

comme étant resté dans sa famille naturelle, que par conséquent il serait appelé, comme héritier sien, à la succession de son père naturel, quoique étant encore dans les rapports d'adoption : 2° que, s'il était encore dans les rapports d'adoption au moment du décès de son père adoptif, il serait appelé à la succession de celui-ci au premier degré, avec les héritiers siens ; que cependant il n'y viendrait qu'autant que son père adoptif serait mort intestat: car il lui refuse le droit d'attaquer le testament pour défaut d'exhérédation, ou par la querelle d'inofficiosité, ou de réclamer la quarte Sabinienne (1) comme ayant été choisi parmi trois enfants mâles.

Mais les anciens principes sur l'adoption conservent encore leur empire dans les trois cas suivants : 1° lorsqu'un fils a été donné en adoption à son aïeul, par le motif que nous avons indiqué dans le premier livre (2) ; 2° lorsque celui qui a été donné en adoption est un petit-fils dont le père était resté dans la famille ; car en passant dans une famille adoptive, il n'a rien à perdre quant à la succession de son aïeul naturel, puisqu'il doit en être exclu par son père ; 3° enfin, dans le cas d'adrogation, attendu que le *sui juris* n'est plus l'héritier sien de personne.

§ XV. Item vetustas, ex masculis progenitos plus diligens, solos nepotes vel neptes, qui quæve ex virili sexu descendunt, ad suorum vocabat successionem, et juri agnatorum eos anteponebat; nepotes autem, qui ex filiabus nati sunt, et pronepotes ex neptibus cognatorum loco numerans, post agnatorum lineam eos vocabat, tam in avi vel proavi materni, quam in aviæ vel proaviæ, sive paternæ sive maternæ, successionem. Divi autem principes non passi sunt, talem contra naturam injuriam sine competenti emendatione relinquere: sed cum nepotis et pronepotis nomen commune est utrisque, qui tam ex masculis quam ex feminis descendunt, ideo eundem gradum et ordinem successionis eis donaverunt; sed ut aliquid amplius sit eis, qui non solum naturæ, sed etiam veteris juris

§ 15. Pareillement l'ancien droit, plus favorable aux descendants par mâles, n'admettait à une succession, comme héritiers, que les petits-enfants issus des enfants mâles, et les préférait aux agnats : quant aux petits-enfants issus des filles, ou aux arrière-petits-enfants issus des petites-filles, il ne les appelait qu'en troisième ordre, comme cognats, par conséquent après les agnats, tant à la succession d'un ascendant paternel ou maternel, qu'à celle d'une ascendante paternelle ou maternelle. Mais les empereurs ont cru devoir corriger des principes si contraires à la nature : en conséquence, considérant que les descendants par filles comme par fils portent le même nom, celui de petits-enfants ou d'arrière-petits-enfants, ils leur ont accordé à tous, sans distinction, le droit de

(1) Le Sc. Sabinien, qui assurait cette quarte, se place vers l'an 138 de notre ère. Voyez plus haut, p. 50.

(2) Voy. *Supra*, p. 123, note 2.

suffragio muniuntur, portionem nepotum et neptum, vel deinceps, de quibus supra diximus, paulo minuendam esse existimaverunt, ut minus tertiam partem acciperent, quam mater eorum vel avia fuerat acceptura, vel pater eorum, vel avus paternus, sive maternus, quando femina mortua sit, cujus de hereditate agitur, hisque, licet soli sint, adeuntibus, agnatos minime vocabant. Et quemadmodum lex duodecim tabularum, filio mortuo, nepotes vel neptes, pronepotes vel proneptes in locum patris sui ad successionem avi vocat: ita et principalis dispositio in locum matris suæ vel aviæ eos cum jam designata partis tertiæ deminutione vocat.

succéder dans le même ordre et au même degré : cependant, comme ils voulurent laisser encore quelque avantage à ceux qui pouvaient invoquer le droit de la nature, et en outre les souvenirs de l'ancien droit, ils décidèrent que les descendants par femmes auraient quelque chose de moins que les descendants par mâles, c'est-à-dire un tiers de moins que ce qu'aurait eu leur mère ou leur aïeule; que, s'il s'agit de la succession d'une ascendante, ils auraient un tiers de moins que ce qu'aurait obtenu leur père ou leur ascendant soit paternel, soit maternel ; et que, en supposant qu'ils soient les seuls descendants, les agnats seraient entièrement exclus par eux. Enfin, de même que la loi des Douze Tables appelle, lorsqu'un fils est mort, les petits-fils ou petites-filles, les arrière-petits-fils ou arrière-petites-filles, à la place de leur père, dans la succession de l'aïeul, de même les constitutions impériales appelaient les descendants par femmes, dans la place de leur mère ou de leur aïeule, sous la déduction du tiers dont nous venons de parler.

* La succession dans l'ordre des héritiers siens ne pouvait appartenir qu'à ceux qui se trouvaient sous la puissance de leur auteur au moment de sa mort : or, les descendants par femmes ne pouvaient être, à moins d'adoption, sous la puissance de l'ascendant de leur mère. D'un autre côté, le droit prétorien ne venait au secours que des enfants qui se seraient trouvés sous la puissance de leur auteur s'il n'y avait pas eu déchéance d'état éprouvée par eux ou leur père. Ce fut sous les empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius (1) que s'introduisirent les modifications dont il est parlé dans notre paragraphe.

§ XVI. Sed nos, cum adhuc dubitatio manebat inter agnatos et memoratos nepotes, partem quartam defuncti substantiæ agnatis sibi vindicantibus

§ 16. Comme il restait encore quelques difficultés entre les agnats et les descendants par femmes, relativement au quart que les agnats, d'après

(1) L. 4. C. Th. 4. 2.

ex cujusdam constitutionis auctoritate : memoratam quidem constitutionem a nostro codice segregavimus, neque inseri eam ex Theodosiano codice in eo concessimus. Nostra autem constitutione promulgata, toti juri ejus derogatum est; et sanximus, talibus nepotibus ex filia, vel pronepotibus ex nepte, et deinceps, superstitibus, agnatos nullam partem mortui successionis sibi vindicare, ne hi, qui ex transversa linea veniunt, potiores his habeantur, qui recto jure descendunt. Quam constitutionem nostram obtinere secundum sui vigorem et tempora et nunc sancimus : ita tamen, ut, quemadmodum inter filios et nepotes ex filio antiquitas statuit, non in capita, sed in stirpes dividi hereditatem, similiter nos inter filios et nepotes ex filia distributionem fieri jubemus, vel inter omnes nepotes et neptes, et alias deinceps personas, ut utraque progenies matris suæ vel patris, aviæ vel avi, portionem sine ulla deminutione consequantur, ut, si forte unus vel duo ex una parte, ex altera tres aut quatuor extent, unus aut duo dimidiam, alteri tres aut quatuor alteram dimidiam hereditatis habeant.

une certaine constitution, voulaient s'attribuer lorsqu'ils étaient exclus par ces descendants, nous avons décidé que cette constitution, qui figure au Code de Théodosien, ne prendrait pas place dans le nôtre : et par une constitution promulguée à cet effet, dérogeant entièrement à cette législation, nous avons décidé que, quand il existerait des descendants par femmes, venant à la sucession d'un aïeul, les agnats ne pourraient prétendre à aucune partie de cette succession; car des collatéreaux ne doivent pas être préférés à des parents en ligne directe descendante. Nous voulons de nouveau que notre constitution soit exécutée suivant sa teneur, à partir de sa promulgation. Toutefois, de même que le droit ancien exigeait qu'entre des fils et des petits-fils issus d'une autre fils, une succession fût partagée, non par têtes, mais par souches, de même nous ordonnons qu'une succession se partage par souches entre des fils et les enfants d'une fille; de telle sorte que chaque souche prendra la part de son père ou de sa mère, de son aïeul ou de son aïeule, sans aucune réduction : si donc il y a, dans une souche, un ou deux descendants, et, dans une autre souche, trois ou quatre descendants, celui ou ceux de la première prendront la moitié, et les trois ou quatre de la seconde l'autre moitié.

* Lorsque les enfants d'une fille venaient concourir, avec des héritiers siens, dans la succession du père de cette fille, ils n'y prenaient que les deux tiers de la part qu'aurait pu y prendre leur mère, l'autre tiers devant profiter aux héritiers siens avec lesquels ils concouraient. Et, s'ils étaient sans concurrent pour cette succession, ils ne prenaient que les trois quarts de toute l'hérédité, l'autre quart devant appartenir, d'après la constitution de Théodose, aux agnats qui se trouvaient exclus par les descendants d'une fille; ils étaient ainsi consolés de la perte du droit à toute la succession que les principes anciens leur assuraient.

Justinien supprime cette retenue du quart, faite en faveur des agnats, mais il conserve la réduction du tiers dont profitaient les héritiers siens en concours avec les enfants d'une fille. Ce ne fut que plus tard, dans sa Novelle 118, qu'il la fit disparaître.

Au reste, ceux qui sont appelés au rang d'héritiers siens, par le préteur ou les constitutions, ne sont pas héritiers nécessaires; pour acquérir l'hérédité ou leur part héréditaire, il faut qu'ils fassent adition.

## TITULUS II.

### DE LEGITIMA AGNATORUM SUCCESSIONE.

Pr. Si nemo suus heres, vel eorum, quos inter suos heredes prætor vel constitutiones vocant, extat, et qui successionem quoquo modo amplectatur : tunc ex lege duodecim tabularum ad agnatum proximum hereditas pertinet.

## TITRE II.

### DE LA SUCCESSION LÉGITIME DES AGNATS.

Pr. S'il n'y a pas d'héritier sien, ni aucun de ceux que le préteur ou les constitutions appellent parmi les héritiers siens, l'hérédité appartient à l'agnat le plus proche, conformément à la loi des Douze Tables.

Sous Justinien, les agnats ne viennent à une succession qu'à défaut de descendants, soit par mâles, soit par femmes.

§ I. Sunt autem agnati, ut primo quoque libro tradidimus, cognati per virilis sexus personas cognatione juncti, quasi a patre cognati. Itaque eodem patre nati fratres agnati sibi sunt, qui et consanguinei vocantur, nec requiritur, an etiam eandem matrem habuerint. Item patruus fratris filio, et invicem is illi agnatus est. Eodem numero sunt fratres patrueles, id est qui ex duobus fratribus procreati sunt, qui etiam consobrini vocantur. Qua ratione etiam ad plures gradus agnationis pervenire poterimus. Hi quoque, qui post mortem patris nascuntur, jura consanguinitatis nanciscuntur. Non tamen omnibus simul agnatis dat lex hereditatem, sed his, qui tunc proximiore gradu sunt, cum certum esse

§ 1. On appelle agnats, ainsi que nous l'avons vu au premier livre, les parents qui descendent d'un même auteur commun par mâles, c'est-à-dire les cognats par le père. C'est pourquoi vos frères, nés du même père, sont vos agnats; et ils prennent le nom d'agnats consanguins; il n'est pas nécessaire, pour cela, qu'ils soient nés de la même mère. L'oncle paternel est agnat du fils de son frère, et réciproquement. Sont également agnats les cousins, enfants de deux frères, que l'on appelle *fratres patrueles* ou *consobrini;* de telle sorte qu'on peut arriver à plusieurs degrés d'agnation. Les droits de consanguinité appartiennent même à ceux qui naissent après la mort de leur père. Or la loi des Douze Tables, en ap-

cœperit, aliquem intestatum decessisse.

pelant les agnats à une hérédité, ne les appelle pas tous, mais seulement ceux qui se trouvent au rang le plus proche à l'époque où il devient certain que le défunt est mort intestat.

* L'agnation est le lien de parenté qui résulte de la puissance paternelle; tous ceux qui se trouvent dans les rapports d'une même puissance ou qui s'y trouveraient si l'auteur commun, exerçant cette puissance, n'était pas mort, sont agnats entre eux; donc le fils est agnat de son père. Mais ici nous ne parlons que des agnats collatéraux. Voyez *supra*, p. 107 et 149.

Lorsque notre paragraphe dit que les enfants qui naissent après la mort du chef de famille, n'en acquièrent pas moins les droits d'agnation, il faut ne pas oublier qu'il ne s'agit pas ici de la succession du père, mais de la succession d'un collatéral : car, pour succéder à quelqu'un *ab intestat*, il faut au moins avoir été conçu de son vivant. Ainsi, un petit-fils, conçu et né après la mort de l'aïeul chef de famille, sera l'agnat de l'enfant de son oncle paternel; mais pour lui succéder en cette qualité, il faut qu'il ait existé lors de son décès

§ II. Per adoptionem quoque agnationis jus consistit, veluti inter filios naturales, et eos, quos pater eorum adoptavit (nec dubium est, quin proprie consanguinei appellentur); item, si quis ex ceteris agnatis, veluti frater, aut patruus, aut denique is, qui longiore gradu est, aliquem adoptaverit, agnatos inter suos esse non dubitatur.

§ 2. Le droit d'agnation existe aussi par l'effet de l'adoption, par exemple, entre les fils naturels et ceux que leur père a adoptés (il est hors de doute que ce n'est pas improprement qu'on les appelle aussi consanguins); de même si un de vos agnats, comme votre frère, ou votre oncle paternel, ou tout autre plus éloigné, adopte quelqu'un, celui-ci sera votre agnat.

§ III. Ceterum inter masculos quidem agnationis jure hereditas etiam longissimo gradu ultro citroque capitur. Quod ad feminas vero, ita placebat, ut ipsæ consanguinitatis jure tantum capiant hereditatem, si sorores sint, ulterius non capiant; masculi vero ad earum hereditates, etiamsi longissimo gradu sint, admittantur. Qua de causa fratris tui aut patrui tui filiæ, vel amitæ tuæ hereditas ad te pertinet, tua vero ad illas non pertinebat. Quod ideo ita constitutum erat, quia commodius videbatur, ita jura cons-

§ 3. Les agnats sont appelés à se succéder entre eux à quelque degré que ce soit. Mais une femme agnate n'était admise à succéder à quelqu'un qu'en qualité de consanguine, c'est-à-dire à un frère, elle n'aurait pas succédé à un agnat d'un degré plus éloigné, quoique celui-ci eût pu lui succéder. En conséquence, l'hérédité d'une fille de votre frère ou de votre oncle paternel, ou celle de votre tante paternelle vous eût appartenu, mais la vôtre ne leur eût point appartenu. Cette jurisprudence s'était

titui, ut plerumque hereditates ad masculos confluerent. Sed quia sane iniquum erat, in universum eas, quasi extraneas, repelli, prætor eas ad bonorum possessionem admittit ea parte, qua proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur; ex qua parte ita scilicet admittuntur, si neque agnatus ullus, nec proximior cognatus interveniat. Et hæc quidem lex duodecim tabularum nullo modo introduxit, sed simplicitatem legibus amicam amplexa simili modo omnes agnatos, sive masculos sive feminas, cujuscumque gradus, ad similitudinem suorum, invicem ad successionem vocabat; media autem jurisprudentia, quæ erat lege quidem duodecim tabularum junior, imperiali autem dispositione anterior, subtilitate quadam excogitata, præfatam differentiam inducebat, et penitus eas a successione agnatorum repellebat, omni alia successione incognita, donec prætores, paulatim asperitatem juris civilis corrigentes, sive quod deest adimplentes, humano proposito, alium ordinem suis edictis addiderunt, et cognationis linea, proximitatis nomine, introducta, per bonorum possessionem eas adjuvabant, et pollicebantur his bonorum possessionem, quæ *unde cognati* appellatur. Nos vero, legem duodecim tabularum sequentes, et ejus vestigia in hac parte conservantes, laudamus quidem prætores suæ humanitatis, non tamen eos in plenum causæ mederi invenimus : quare etenim, uno eodemque gradu naturali concurrente, et agnationis titulis tam in masculis quam in feminis æqua lance constitutis, masculis quidem dabatur ad successionem venire omnium agnatorum, ex agnatis autem mulieribus nullis penitus, nisi soli sorori, ad agnatorum successionem

établie dans le but de faire arriver les successions, le plus souvent possible, aux hommes plutôt qu'aux femmes. Or, comme il était inique que les femmes fussent exclues d'une manière absolue, et comme des étrangères, de la succession de leurs agnats, le préteur les admettait à la possession de biens, en vertu de cette partie de l'édit dans laquelle il promettait la possession de biens aux parents les plus proches (*unde cognati*); mais alors elles ne venaient qu'à défaut d'agnats ou de cognats plus proches. Cependant cette jurisprudence n'était pas conforme à la loi des Douze tables, laquelle, amie de la simplicité qui convient aux lois, appelait à se succéder entre eux tous les agnats, hommes ou femmes, à quelque degré qu'ils fussent, comme cela avait lieu pour les héritiers siens. Cette jurisprudence, plus récente que la loi des Douze tables, plus ancienne que le droit impérial, imaginant des subtilités, avait introduit, entre les hommes et les femmes, la différence que nous venons de mentionner, et excluait entièrement les femmes des successions des agnats non consanguins, puisqu'on ne connaissait pas d'autre voie pour les faire arriver à ces successions. Dans la suite, les préteurs, corrigeant peu à peu la rigueur du droit civil, et remplissant ses lacunes, par des motifs d'humanité, ajoutèrent un troisième ordre de succession fondé sur la proximité de cognation, et accordèrent aux femmes la possession de biens appelée *unde cognati*. Quant à nous, nous reportant à la loi des Douze tables, et maintenant ceux de ses principes encore en vigueur, tout en applaudissant au zèle des préteurs, nous trouvons qu'ils n'ont pas complètement réparé l'injustice de la jurisprudence inter-

patebat aditus? Ideo in plenum omnia reducentes et ad jus duodecim tabularum eandem dispositionem exæquantes nostra constitutione sanximus, *omnes legitimas personas, id est per virilem sexum descendentes, sive masculini sive feminini generis sunt, simili modo ad jura successionis legitimæ ab intestato vocari, secundum gradus sui prærogativam; nec ideo excludendas, quia consanguinitatis jura, sicuti germanæ, non habent.*

médiaire. En effet, lorsque des parents, au même degré, sont vus du même œil par le droit naturel, et que, lorsqu'ils sont agnats, hommes ou femmes ont les mêmes droits d'après le droit civil, pourquoi donner aux agnats mâles la faveur de succéder à tous les agnats sans distinction, et la refuser aux agnates, si ce n'est quand elles sont sœurs du défunt ? Aussi ramenant tout aux principes de la loi des Douze tables, nous avons décrété par notre constitution que tous les agnats, c'est-à-dire tous les descendants par mâles, hommes ou femmes, seront appelés indistinctement à la succession légitime de leurs agnats, chacun suivant qu'il sera le plus proche en degré, et nous n'excluons pas les femmes agnates, quoiqu'elles n'aient pas les droits de consanguinité comme des sœurs germaines.

* La loi des Douze Tables ne faisait aucune distinction entre les hommes et les femmes, pour les appeler comme agnats les plus proches à une succession. Mais une jurisprudence intermédiaire n'ayant plus appelé les femmes agnates à une succession, en cette qualité, que lorsqu'elles étaient sœurs du défunt, on introduisit aussi une distinction entre les divers degrés d'agnats ; les frères et sœurs du défunt prirent le nom d'agnats consanguins ou de consanguins seulement (1); ceux d'un degré plus éloigné étaient appelés purement et simplement agnats, et, parmi ces derniers, l'on ne comprenait plus les femmes (2).

A cette époque, étaient donc appelés à une succession : 1° les héritiers siens ; 2° les consanguins, frères ou sœurs; 3° les agnats mâles; 4° les cognats. Ainsi les femmes non consanguines, ne pouvaient venir à la succession d'un agnat que dans l'ordre des cognats, tandis que cet agnat aurait pu leur succéder dans l'ordre des agnats. Justinien rétablit la loi des Douze Tables à ce sujet, et les femmes agnates ont les mêmes droits que les hommes agnats. Nous allons voir, dans le paragraphe suivant, qu'il est allé encore plus loin.

§ IV. Hoc etiam addendum nostræ

§ 4. Nous avons pensé devoir

(1) Ulp. fr. XXVI. 4.

(2) Cette distinction, défavorable pour les femmes agnates, dérivait de l'esprit de la loi Voconia, Paul. sent. IV. 8. §. 22.

constitutioni existimavimus, ut transferatur unus tantummodo gradus a jure cognationis in legitimam successionem, ut non solum fratris filius et filia, secundum quod jam definivimus, ad successionem patrui sui vocentur, sed etiam germanæ consanguineæ vel sororis uterinæ filius et filia soli, et non deinceps personæ una cum his ad jura avunculi sui perveniant, et mortuo eo, qui patruus quidem est fratris sui filiis, avunculus autem sororis suæ soboli, simili modo ab utroque latere succedant, tanquam si omnes, ex masculis descendentes, legitimo jure veniant, scilicet ubi frater et soror superstites non sunt. His etenim personis præcedentibus, et successionem admittentibus, ceteri gradus remanent semoti, videlicet hereditate non ad stirpes, sed in capita dividenda.

ajouter à notre constitution, en transportant, de l'ordre des cognats dans celui des agnats, un degré tout entier de parents, mais un degré seulement: ainsi, non seulement nous appelons à la succession d'un oncle paternel le fils et la fille de son frère, comme il vient d'être dit, mais encore le fils ou la fille de la sœur consanguine, ou utérine, et non au delà, seront appelés à la succession légitime de leur oncle maternel avec les autres neveux ou nièces; ainsi, lors du décès de celui qui est oncle paternel quant aux enfants de son frère, et oncle maternel quant aux enfants de sa sœur, tous ces enfants des deux côtés succèderont de la même manière, comme s'ils descendaient tous par mâles du même auteur commun, toutefois, en supposant que le défunt ne laisse ni frères ni sœur. Car, si ces derniers venaient à la succession, ceux d'un degré ultérieur en seraient entiérement écartés, la succession se partageant par têtes et non par souches.

*Justinien admet à la succession, en second ordre, dans celui des agnats, non seulement les femmes à quelque degré qu'elles soient, qui descendent par mâles d'un auteur commun avec le défunt, et cela, conformément à la loi des Douze Tables; mais encore les enfants d'une sœur consanguine ou utérine, quoiqu'ils n'aient jamais pu être considérés comme s'étant trouvés sous la puissance de l'auteur commun: en effet, les enfants d'une sœur sont sous la puissance du mari ou de l'ascendant du mari de cette sœur. Toutefois Justinien restreint cette innovation à un seul degré, aux enfants de sœurs; elle ne s'étend pas aux petits-enfants de la sœur du défunt, ni à aucun autre cognat du quatrième degré (1) Elle ne comprenait même pas alors la sœur utérine ni le frère utérin; ce ne fut que plus tard qu'ils furent admis comme agnats par un *a fortiori* de ce qui avait été adopté pour les enfants de sœurs utérines (2).

(1) Il paraîtrait même qu'elle serait inapplicable aux oncles ou tantes du défunt, qui ne seraient que cognats. L. 14. §. 1. C. 6. 58.

(2) En 534. L. 15. §§. 1, 2 et 3. C. 6. 58.

* Voici, quant aux parents appelés en second ordre, comme agnats, le résumé de toutes les modifications successives.

1° Sous la loi des Douze Tables, sont agnats entre eux les descendants du même auteur commun qui se trouvent sous sa puissance, ou qui s'y trouveraient s'il n'était pas mort.

2° La jurisprudence intermédiaire exclut de l'ordre des agnats les femmes qui ne sont pas sœurs du défunt, quoiqu'elles se trouvent sous la puissance de l'auteur commun ou qu'elles dussent s'y trouver dans le cas où il ne serait pas mort.

3° Le droit prétorien admet à la possession de biens *unde legitimi* seulement ceux que le droit civil appelle comme agnats; car le préteur ne fait point d'agnats, lui qui ne reconnait que la parenté naturelle.

4° En 498, Anastase (1) appela les frères et sœurs émancipés, en concours avec les frères et sœurs agnats, mais avec une certaine déduction (2) : il n'appela pas de même les descendants des frères et sœurs émancipés. Rien ne fut décidé par cet empereur, relativement aux frères et sœurs donnés en adoption, ou aux parents par les femmes.

5° Justinien commence (et dans les Institutes) par rétablir les principes de la loi des Douze Tables. Les femmes agnates, à quelque degré qu'elles soient, sont donc appelées, comme les hommes, à la succession d'un agnat. Quant aux frères et sœurs émancipés, il confirme la constitution d'Anastase. Mais en 534, il appelle ces derniers sans la diminution qu'ils devaient éprouver auparavant; et il étend la même faveur à leurs enfants et à ces enfants seulement. Dès lors les enfants de frères émancipés purent venir dans la succession de leur oncle ou tante, en concours avec d'autres neveux ou nièces restés agnats (3).

Les enfants en adoption sont censés être restés dans la famille.

Puis, en 538, Justinien appela comme agnats les frères et sœurs utérins en concours avec les frères et sœurs consanguins (4), et, en 532, les enfants de frères et sœurs utérins, en concours avec les neveux et nièces du défunt (5).

Les héritiers appelés dans les hypothèses précédentes, ne venaient point par représentation; car le droit de représentation n'avait lieu que dans l'ordre des héritiers siens : ce ne fut que plus tard, par la Novelle 118, que la représentation fut admise dans les successions collatérales.

§ V. Si plures sint gradus agnatorum, aperte lex duodecim tabularum

§ 5. S'il y a plusieurs degrés d'agnats, la loi des Douze tables appelle

---

(1) Par une constitution rappelée au code de Justinien, L. 4. C. 5. 30.

(2) Le frère légitime devait-il avoir le double du frère émancipé? C'est ce que dit Théophile, sur le titre V. §. 1. de ce livre.

(3) L. 15. §§. 1 et 3. C. 6. 58.

(4) L. 7. C. 6. 56.

(5) L. 15. §§. 2 et 3. C. 6. 58.

proximum vocat : itaque si verbi gratia sit frater defuncti, et alterius fratris filius, aut patruus, frater potior habetur. Et quamvis singulari numero usa lex proximum vocet : tamen dubium non est, quin et, si plures sint ejusdem gradus, omnes admittantur : nam et proprie proximus ex pluribus gradibus intellegitur, et tamen dubium non est, quin, licet unus sit gradus agnatorum, pertineat ad eos hereditas.

à la succession le degré le plus proche : si donc, parmi les agnats, il y a un frère du défunt et le fils d'un autre frère, ou un oncle paternel, le frère sera seul appelé. Et, quoique cette même loi appelle l'agnat le plus proche, au singulier, il est certain que, s'il y a plusieurs agnats au même degré, ils viendront tous en concours. Car, en parlant de l'agnat le plus proche, cette loi a entendu fixer le rang entre les agnats de plusieurs degrés; mais, s'il y en a plusieurs au même degré, ils viendront tous à l'hérédité.

§ VI. Proximus autem, si quidem nullo testamento facto quisque decesserit, per hoc tempus requiritur, quo mortuus est is, cujus de hereditate quæritur. Quodsi facto testamento quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo certum esse cœperit, nullum ex testamento heredem extaturum : tunc enim proprie quisque intellegitur intestatus decessisse. Quod quidem aliquando longo tempore declaratur : in quo spatio temporis sæpe accidit, ut, proximiore mortuo, proximus esse incipiat, qui moriente testatore non erat proximus.

§ 6. Pour déterminer quel est l'agnat le plus proche, on se reporte au moment du décès du *de cujus*, lorsqu'il n'a pas laissé de testament: s'il en a laissé un, on se reporte à l'époque où il est devenu certain que son héritier testamentaire ne sera pas héritier ; c'est, dans cette hypothèse, à cette époque, en effet, qu'on peut dire du défunt qu'il est mort intestat. Quelquefois cette époque se fait longtemps attendre : or, dans cet intervalle, il peut arriver que l'agnat le plus proche lors du décès étant mort, l'agnat plus éloigné commence à se trouver au degré utile.

Ce qui est dit ici de l'époque à laquelle il faut se reporter pour savoir quel est l'agnat le plus proche, est la même règle que pour l'héritier sien. Nous répétons que, dans tous les cas, il faut supposer l'agnat vivant au moment du décès du *de cujus*.

§ VII. Placebat autem, in eo genere percipiendarum hereditatum successionem non esse, id est ut, quamvis proximus, qui, secundum ea, quæ diximus, vocatur ad hereditatem, aut spreverit hereditatem, aut, antequam adeat, decesserit, nihilo magis legitimo jure sequentes admittuntur. Quod iterum prætores, imperfecto jure corrigentes, non in

§ 7. Dans l'ordre de succession des agnats, on n'admettait pas la dévolution d'un degré à un autre, de telle sorte que, si l'agnat le plus proche, ainsi que nous l'avons expliqué, ne venait pas à l'hérédité, soit parce qu'il ne voulait pas faire adition, soit parce qu'il était mort avant de faire adition, l'hérédité n'était pas, pour cela, dévolue à l'agnat d'un degré plus éloi-

totum sine adminiculo relinquebant, sed ex cognatorum ordine eos vocabant, utpote agnationis jure eis recluso. Sed nos, nihil deesse perfectissimo juri cupientes, nostra constitutione sanximus, quam de jure patronatus, humanitate suggerente, protulimus, successionem in agnatorum hereditatibus non esse eis denegandam, cum satis absurdum erat, quod cognatis a prætore apertum est, hoc agnatis esse reclusum, maxime, cum in onere quidem tutelarum et primo gradu deficiente, sequens succedit, et quod in onere obtinebat, non erat in lucro permissum.

gné. Les préteurs voulant, encore en ceci, remédier à l'imperfection du droit civil, appelaient bien, dans cette hypothèse, l'agnat du degré ultérieur; mais seulement dans l'ordre des cognats. Quant à nous, désirant donner toute la perfection possible à la législation, nous avons décidé, dans une constitution que l'humanité nous a suggérée sur le droit de patronat, qu'il y aura dévolution d'un degré à l'autre pour l'ordre des agnats; car il était assez absurde que, ce qu'avait introduit le préteur pour les cognats, fût refusé aux agnats; avec d'autant plus de raison, que, tandis qu'il y avait dévolution entre eux pour la charge de la tutelle, il n'y avait pas dévolution lorsqu'il s'agissait du bénéfice de l'hérédité.

* Il y a dévolution d'hérédité d'un degré à un autre, c'est-à-dire *successio graduum*, lorsque, les héritiers du degré le plus proche faisant défaut à l'hérédité, celle-ci appartient aux parents d'un degré ultérieur. Supposez deux frères du défunt, appelés par conséquent à sa succession comme agnats les plus proches : si l'un des deux frères ne vient pas à la succession parce qu'il n'a pas voulu de l'hérédité, l'autre frère aura tout; car il est seul et il est au degré d'agnation le plus proche. Mais si les deux frères répudient l'hérédité, elle n'appartiendra pas aux agnats d'un degré ultérieur, par exemple, aux neveux ou nièces du défunt, parce que au moment de l'appel à la succession (celui du décès, s'il n'y avait pas de testament, et s'il y en avait, le moment où il est devenu certain que ce testament sera inefficace) il y avait des frères investis du droit à cette succession. Or, la loi des Douze Tables ne faisait qu'un seul appel aux agnats, aux plus proches; elle n'en faisait point un autre conditionnel aux agnats plus éloignés. En un mot, il n'y avait pas dévolution d'un degré à un autre dans l'ordre des agnats.

Il faut avoir bien soin de ne pas confondre la représentation avec la dévolution. Lorsqu'il y a dévolution du premier degré au second, le premier, occupé d'abord par des héritiers présomptifs, se trouve entièrement déserté, est considéré comme n'ayant pas été appelé à la succession, et, dans tous les cas, la dévolution à un degré ultérieur n'a lieu qu'autant qu'il n'y a pas d'héritiers au degré précédent. Dans le cas de représentation, au contraire, le premier degré serait toujours occupé, les parents du second seraient réputés y monter pour y prendre

la place des parents plus proches. Dans la dévolution, l'hérédité descend elle même d'un dégré ; dans la représentation, ce sont les héritiers qui se rapprochent de l'hérédité en franchissant un ou plusieurs degrés.

Ainsi je meurs, laissant un fils et un descendant d'un autre fils mort avant moi. Mon petit-fils franchira un degré et prendra la place de son père dans ma succession, il en aura la moitié avec son oncle : il viendra par représentation. Si la représentation n'était pas admise parmi mes héritiers siens, il serait exclu de ma succession, comme se trouvant à un degré plus éloigné que mon fils. Si je meurs, ne laissant pas de fils, mais seulement des petits-fils, il peut y avoir intérêt pour ceux-ci à venir par représentation. En effet, supposons que j'aie eu pour fils Primus et Secundus, morts avant moi, mais laissant, Primus un enfant et Secundus deux enfants; venant par représentation, l'enfant de Primus prendra la moitié de ma succession, à la place de son père, et les deux enfants de Secundus auront l'autre moitié, à la place de Secundus; le partage alors se faisant par souches.

Pour les agnats il n'y avait ni représentation ni dévolution. Justinien admet pour eux, ici, la dévolution ; plus tard, il leur accorda la représentation, dans sa Novelle 118, ainsi que nous le verrons ultérieurement.

Quant aux héritiers nécessaires, il y avait bien représentation ; mais la dévolution n'était pas possible. En effet, les héritiers siens et nécessaires, non seulement sont appelés à la succession, mais en sont investis irrévocablement bon gré malgré, ils ne peuvent la répudier ; donc leur degré ne peut être abandonné. Cependant les héritiers qui ne sont devenus siens qu'en vertu des constitutions (1), ne deviennent pas héritiers de plein droit et sans leur volonté : s'ils sont seuls à leur degré, et répudient la succession, celle-ci sera dévolue aux agnats.

§ VIII. Ad legitimam successionem nihilominus vocatur etiam parens, qui, contracta fiducia, filium vel filiam, nepotem vel neptem, ac deinceps, emancipat. Quod ex nostra constitutione omnimodo inducitur, ut emancipationes liberorum semper videantur contracta fiducia fieri; cum apud antiquos non aliter hoc obtinebat, nisi specialiter contracta fiducia parens manumisisset.

§ 8. On appelle aussi à la succession légitime d'une personne, l'ascendant qui l'a émancipée avec fiducie, que ce soit un fils ou une fille, un petit-fils ou une petite-fille, ou tout autre descendant. Mais, d'après notre constitution, un ascendant qui a émancipé son descendant, est toujours censé l'avoir fait avec fiducie, tandis que, dans l'ancien droit, il fallait, pour cela, une clause expresse de fiducie.

---

(1) M. Vangerow, l. c tit. 2. p. 27, pense qu'avant Justinien il n'y avait pas *successio graduum* dans l'ordre des possessions *unde liberi*, puisqu'on n'appelait à cette succession que ceux que le préteur regardait comme héritiers siens au moment où il devenait certain que le défunt était mort intestat. Il en était autrement sous Justinien (L. 3. C 6. 14.), parce qu'il appelait en premier ordre les descendants sans distinction.

* L'émancipé, n'ayant pas d'agnats, ne pouvait transmettre son hérédité, à défaut d'héritiers siens, qu'à son patron. Or, le père émancipateur, lorsqu'il y avait eu contrat de fiducie au moment de l'émancipation (1), était traité, à l'égard de l'émancipé, comme un patron à l'égard de son affranchi. Justinien (2) décida que les frères et sœurs de l'émancipé viendraient en second ordre (celui des agnats) dans la succession de leur frère défunt, et que le père émancipateur ne viendrait qu'après eux.

La succession des fils de famille, relativement au pécule adventice, était dévolue dans le même ordre, et aux mêmes personnes, dès le temps de Théodose et de Valentinien (3) : Justinien étendit ensuite la même règle aux pécules castrens et quasi-castrens.

## TITULUS III.

## DE SENATUSCONSULTO TERTULLIANO.

## TITRE III.

## DU SC. TERTULLIEN.

Pr. Lex duodecim tabularum ita stricto jure utebatur, et præponebat masculorum progeniem, et eos, qui per feminini sexus necessitudinem sibi junguntur, adeo expellebat, ut ne quidem inter matrem et filium filiamve ultro citroque hereditatis capiendæ jus daret, nisi quod prætores ex proximitate cognatorum eas personas ad successionem, bonorum possessione *unde cognati* accommodata, vocabant.

Pr. La loi des Douze tables donnait une telle préférence aux mâles sur les descendants par femmes, qu'elle n'accordait aucun droit de succession même entre la mère et ses enfants; et le préteur n'admettait de succession entre eux que comme plus proches cognats, dans le troisième ordre, au moyen de la possession de biens *unde cognati*.

* Les femmes n'exerçant pas de puissance, ne pouvaient avoir d'héritiers siens : et elles ne pouvaient avoir pour agnats leurs enfants (4), puisque ceux-ci étaient sous la puissance, non de l'ascendant exerçant ou ayant dû exercer la puissance paternelle sur leur mère, mais de leur père ou de l'ascendant de leur père. Le préteur seul admettait la mère à la succession de ses enfants; mais en troisième ordre : or, le Sc. Tertullien eut pour but d'appeler la mère à cette succession, en second ordre.

---

(1) Voyez *Supra*, p. 136 et 158.
(2) L. 2. C. 6. 56.
(3) LL. 3 et 4. C 6. 61. L. 11. C. 6. 59.
(4) Si ce n'est lorsqu'elles étaient *in manu mariti*; car alors elles étaient *loco filiarum*, et par conséquent traitées comme sœurs de leurs enfants. Voy. *Supra*, p. 96 et 97. Sous Justinien la *manus* était depuis long-temps tombée en désuétude.

§ I. Sed hæ juris angustiæ postea emendatæ sunt. Et primus quidem divus Claudius matri, ad solatium liberorum amissorum, legitimam eorum detulit hereditatem.

§ 1. Cette rigueur du droit civil fut ensuite adoucie. Et d'abord l'empereur Claude, pour consoler une mère de ce qu'elle avait perdu ses enfants, lui en accorda la succession légitime.

§ II. Postea autem senatusconsulto Tertulliano, quod divi Hadriani temporibus factum est, plenissime de tristi successione matri, non etiam aviæ, deferenda cautum est : ut mater ingenua trium liberorum jus habens, libertina quatuor, ad bona filiorum filiarumve admittatur intestatorum mortuorum, licet in potestate parentis est, ut scilicet, cum alieno juri subjecta est, jussu ejus adeat, cujus juri subjecta est.

§ 2. Plus tard, du temps d'Adrien, fut rendu le Sc. Tertulien qui, par une disposition générale, appela la mère (mais non l'aïeule) à la succession *ab intestat* de ses enfants, pourvu qu'elle fût mère de trois enfants, si elle était ingénue, et de quatre, si elle était affranchie, lors même qu'elle se serait trouvée sous la puissance d'un ascendant; seulement, dans ce dernier cas, elle ne devait faire adition que par l'ordre de son chef de famille.

* Claude n'avait fait une telle faveur qu'à une mère en particulier. Mais le Sc. Tertullien posa une règle générale pour toutes les mères sans distinction, pourvu qu'elles remplissent les autres conditions énoncées au § 2 (1). Ce Sc. est indiqué par notre texte, comme ayant été rendu sous le règne d'Adrien : mais plusieurs interprêtes le placent sous le règne d'Antonin-le-Pieux (2).

§ III. Præferuntur autem matri liberi defuncti, qui sui sunt, quive suorum loco, sive primi gradus, sive ulterioris. Sed et filiæ suæ mortuæ filius vel filia opponitur ex constitutionibus matri defunctæ, id est aviæ suæ. Pater quoque utriusque, non etiam avus vel proavus, matri anteponitur, scilicet cum inter eos solos de hereditate agitur. Frater autem consanguineus tam filii quam filiæ excludebat matrem ; soror autem consanguinea pariter cum matre admittebatur : sed si fuerat frater et soror consanguinei, et mater liberis honorata, frater quidem matrem excludebat, communis autem erat he-

§ 3. Mais à la mère sont préférés les enfants du défunt, héritiers siens ou tenant la place d'héritiers siens, qu'ils soient au premier degré ou à des degrés ultérieurs. Et même, en vertu de constitutions, le fils et la fille d'une fille décédée *sui juris* sont préférés à la mère de celle-ci, c'est-à-dire à leur aïeule. Passe également avant elle le père du défunt ou de la défunte, mais non l'aïeul ou le bisaïeul, lorsqu'il n'y a concours qu'entre l'aïeul ou le bisaïeul et la mère. Quant à la sœur consanguine, elle est admise avec la mère ; mais si, avec cette sœur, il y a un frère, la mère est exclue par le frère, quoi-

(1) Paul. Sent. IV. 9. Ulp. XXVI. 8. §. 2.

(2) L'an de Rome 911, 158 de J.-C. de sorte que Antonin-le-Pieux serait appelé ici Adrien, du nom de son père adoptif.

reditas ex æquis partibus fratri et sorori.

qu'ayant le nombre d'enfants, *et* alors l'hérédité se partage également entre le frère et la sœur.

* En vertu du Sc. Tertullien, la mère obtint la succession de ses enfants d'après le droit civil, en second ordre, mais par préférence aux agnats. Toutefois cette succession civile lui était refusée :

1° Lorsque son fils avait laissé des enfants, soit qu'ils fussent appelés dans l'ordre de la possession de biens *unde liberi*, soit qu'ils fussent héritiers siens, soit enfin qu'ils fussent dans l'ordre des cognats (1). Par l'effet du Sc. Orphitien, dont il sera bientôt parlé, des constitutions impériales admettaient que les enfants d'une fille défunte excluraient la mère du droit de succéder à sa fille en vertu du Sc. Tertullien (2);

2° Lorsque l'enfant avait laissé un père, appelé à sa succession d'après le droit civil, comme *parens manumissor*, ou même à la possession de biens *cum re* (3)

3° Lorsque le défunt avait un frère consanguin qui lui survivait. S'il n'avait laissé que des sœurs consanguines, la moitié de la succession appartenait à celles-ci, l'autre moitié à la mère. Peu importait que la consanguinité fut naturelle ou adoptive. (4),

Au reste ces personnes ne paralysent le droit que le Sc. Tertullien donne à la mère, qu'autant qu'elles viennent effectivement à la succession; car si elles s'abstiennent, répudient ou se font restituer contre une acceptation, elles ne font plus obstacle au droit de la mère (5). De telle sorte que, si le défunt a laissé une mère, un agnat et un père émancipé, la mère viendra tout recueillir, tandis que s'il n'avait pas laissé d'agnat, la mère ne viendrait qu'en troisième ordre, par la possession de biens *unde cognati*, avec le père émancipé (6). Si donc à un enfant survivent la mère, une sœur consanguine et un père émancipé, tout dépendra du parti que prendra la sœur : si elle accepte, la mère viendra avec elle à la succession de son fils, en vertu du Sc. Tertullien, comme héritière : si la sœur répudie, la mère ne viendra qu'en troisième ordre, avec le père émancipé, au moyen de la possession de biens *unde cognati*. Par conséquent, dans cette hypothèse, la délation de l'hérédité, quant à la mère, est en suspens tant que la sœur consanguine ne se sera pas prononcée (7). D'où résulte cette autre conséquence qu'une simple possession de biens sera un obstacle au droit héréditaire

---

(1) L. 2. §. 9. D. 38. 17.
(2) LL. 1. 4. C. 6. 57. L. 11. C. 6. 55. L. 3. C. Th. 5. 1.
(3) Ulp. l. c. L. 2. §. 15. L. 3. D. 38. 17.
(4) L. 7. C. 6. 56.
(5) L. 2. §§. 8. 10. 14. D. 38. 17.
(6) L. 2. §. 17. D. 38. 17.
(7) L. 2. §. 18. *ib.*

proprement dit, tandis qu'ordinairement la succession civile et la possession de biens sont dévolues concurremment, sans que l'une entrave l'autre.

§ IV. Sed nos constitutione, quam in codice nostro nomine decorato posuimus, matri subveniendum esse existimavimus, respicientes ad naturam, et puerperium et periculum et sæpe mortem ex hoc casu matribus illatam. Ideoque impium esse credidimus, casum fortuitum in ejus admitti detrimentum : si enim ingenua ter vel libertina quater non peperit, immerito defraudatur successione suorum liberorum : quid enim peccavit, si non plures, sed paucos peperit? Et dedimus jus legitimum plenum matribus, sive ingenuis, sive libertinis, etsi non ter enixæ fuerint vel quater, sed eum tantum vel eam, qui quæve morte intercepti sunt, ut et sic vocentur in liberorum suorum legitimam successionem.

§ 4. Par une constitution insérée dans notre code, nous avons cru devoir favoriser la mère, eu égard au vœu de la nature, aux dangers qu'elle court, à la mort qu'elle affronte dans la gestation et l'enfantement. En effet, il était inhumain de faire tourner contre elle le hasard du plus ou moins de couches, et de la frustrer de la succession de ses enfants, parce que, étant ingénue, elle n'en aurait pas eu trois, ou quatre étant affranchie. En quoi s'est-elle rendue repréhensible lorsqu'elle a eu un moins grand nombre d'enfants? Nous avons donc accordé le droit de succession à la mère, ingénue ou affranchie, quoiqu'elle n'ait pas trois ou quatre enfants, mais seulement celui de la succession duquel il s'agit. De cette manière elle arrivera à la succession de ses enfants en second ordre.

* Depuis le Sc. Tertullien et avant les modifications de Justinien, mentionnées dans notre paragraphe et le paragraphe suivant, le droit de succession de la mère, à l'égard de ses enfants, avait déjà éprouvé des changements. Ainsi Constantin avait décidé que la mère, ayant le *jus liberorum*, viendrait à la succession de son fils, non seulement avec une sœur consanguine, mais encore avec l'oncle paternel et ses descendants jusqu'au second degré; dans ce dernier cas, elle avait les 2/3 si elle avait le *jus liberorum*, et le 1/3 seulement, si elle ne l'avait pas (1). Constantin n'avait porté aucune atteinte aux droits des enfants ou des frères et sœurs : mais Théodose et Valentinien appelèrent à la succession le frère émancipé du défunt, que la mère excluait auparavant, en le plaçant dans les droits d'un oncle paternel ou de ses descendants, par conséquent en lui accordant 1/3; les deux autres tiers appartenant à la mère. Ils décidèrent en même temps que la mère qui n'aurait pas le *jus liberorum*, ne ferait le sacrifice que d'un tiers pour l'oncle paternel et les agnats (2).

---

1) L. 1. C. Th. 5. 1.
(2) L. 7. C. Th. 5. 1.

* Depuis Justinien : 1° la mère est dispensée de la nécessité du *jus liberorum* (1); 2° elle exclut l'oncle paternel et les autres agnats plus éloignés; 3° elle n'est plus exclue par les frères du défunt; si elle vient avec des frères seulement, ou avec des frèrce et des sœurs, elle partagera par têtes avec eux (2).

D'après la Novelle 22, c. 47, lorsque la mère vient en concours avec des sœurs seulement, elle n'obtient plus qu'une part virile. Si, outre sa mère et ses frères et sœurs, le défunt a encore laissé son père, celui-ci n'a que l'usufruit des biens de son fils, mort fils de famille, la nue-propriété appartient aux frères et sœurs et à la mère par portion virile. Si, dans la même hypothèse, le fils est mort *sui juris*, le père et la mère auront les 2/3 en usufruit, l'autre tiers de l'usufruit et la nue-propriété du tout appartiendront aux frères et sœurs (3). S'il n'y a ni frères ni sœurs, mais seulement un père et une mère, celle-ci sera exclue par le père (4).

§ V Sed cum antea constitutiones, jura legitima prescrutantes, partim matrem adjuvabant, partim eam prægravabant, et non in solidum eam vocabant, sed in quibusdam casibus, tertiam partem ei abstrahentes, certis legitimis dabant personis, in aliis autem contrarium faciebant : nobis visum est, recta et simplici via matrem omnibus legitimis personis anteponi, et sine ulla deminutione filiorum suorum successionem accipere, excepta fratris et sororis persona, sive consanguinei sint, sive sola cognationis jura habentes, ut, quemadmodum eam toto alio ordini legitimo præposuimus, ita omnes fratres et sorores, sive legitimi sint, sive non, ad capiendas hereditates simul vocemus, ita tamen, ut, si quidem solæ sorores agnatæ vel cognatæ, et mater defuncti vel defunctæ supersint, dimidiam quidem mater, alteram vero dimidiam partem omnes sorores habeant, si vero matre superstite et

§ 5. Les anciennes constitutions, s'attachant trop aux principes de la succession légitime, sous certains rapports favorisaient la mère, et, sous d'autres, lui portaient préjudice. En effet, elles n'admettaient pas toujours la mère pour le tout; quelquefois elles lui déduisaient un tiers pour le donner à certains agnats, et quelquefois elles l'ôtaient à certains agnats pour le donner à la mère. Nous avons pris une voie plus directe et plus simple, en préférant la mère, dans la succession de ses enfants. à tous les agnats, sans aucune diminution, à l'exception cependant du frère et de la sœur, consanguins ou cognats. Par conséquent, en préférant la mère à tous les autres agnats, nous voulons que les frères et sœurs concourent avec la mère, de sorte que, s'il n'y a que des sœurs, agnats ou cognats, la mère ait la moitié, et les sœurs l'autre moitié, et que, si l'enfant laisse une mère et un frère ou des frères

(1) L. 2. C. 8. 59.
(2) L. 7. pr. D. 38. 17.
(3) L. 7. §. 1. C. 6. 56.
(4) L. 2. C. eod.

fratre vel fratribus solis, vel etiam cum sororibus, sive legitima sive sola cognationis jura habentibus, intestatus quis vel intestata moriatur, in capita distribuatur ejus hereditas.

§ VI. Sed quemadmodum nos matribus prospeximus, ita eas oportet suæ soboli consulere : scituris eis, quod, si tutores liberis non petierint, vel in locum remoti vel excusati intra annum petere neglexerint, ab eorum impuberum morientium successione merito repellentur.

§ VII. Licet autem vulgo quæsitus sit filius filiave, potest ad bona ejus mater ex Tertulliano senatusconsulto admitti.

seulement, et même encore des sœurs, frères et sœurs agnats ou cognats, la succession *ab intestat* se partage alors par têtes entre la mère et les frères et sœurs.

§ 6. Mais de même que nous veillons aux intérêts de la mère, de même celle-ci doit veiller aux intérêts de ses enfauts. Si donc une mère n'a pas eu le soin de faire donner des tuteurs à ses enfants, ou d'en faire nommer d'autres, dans l'année, à la place de ceux qui seront destitués ou excusés, elle sera déchue de leur succession dans le cas où ils viendraient à mourir impubères.

§ 7. Une mère peut, en vertu du Sc. Tertullien, venir à la succession de ses enfants, même bâtards.

## TITULUS IV.

### DE SENATUSCONSULTO ORPHITIANO.

Pr. Per contrarium autem, ut liberi ad bona matrum intestatarum admittantur, senatusconsulto Orphitiano, Orphito et Rufo consulibus, effectum est, quod latum est divi Marci temporibus. Et data est tam filio, quam filiæ legitima hereditas, etiamsi alieno juri subjecti sunt; et præferuntur et consanguineis et agnatis matris.

## TITRE IV.

### DU SÉNATUSCONSULTE ORPHITIEN.

Pr. Par réciprocité, le Sc. Orphitien a eu pour but d'appeler les enfants à la succession de leur mère morte intestate : ce Sc. a été rendu sous le règne de l'empereur Marc-Aurèle, et sous le consulat d'Orphitus et de Rufus. En vertu de ce Sc., les enfants viennent à la succession de leur mère comme agnats, quoiqu'ils soient soumis à une puissance paternelle ; et ils sont préférés aux frères consanguins et aux autres agnats de leur mère.

* De même que la mère, autrefois, ne pouvait venir à la succession de ses enfants d'aucune manière, d'après le droit civil, et ne pouvait y arriver, d'après le droit prétorien, que comme cognate, de même aussi, les enfants n'étaient appelés à la succession de leur mère que comme cognats, en vertu du droit prétorien. Le Sc. Orphitien, rendu

sous Marc-Aurèle et Commode (1), décida que les enfants succèderaient à leur mère, à l'exclusion des consanguins et des autres agnats (2); ils n'avaient à craindre de concours que de la part d'un patron (3). Et il y avait cela de commun, entre le Sc. Tertullien et le Sc. Orphitien, que le droit de succession qu'ils établissaient, ne pouvait éprouver aucune atteinte d'une petite déchéance d'État (4): mais il est tout-à-fait impossible que la jurisprudence romaine ait permis aux enfants de succéder à leur mère lorsqu'ils avaient éprouvé, même seulement une moyenne déchéance d'État; car, lorsque Ulpien (L. 1. § 6. D. 18. 17.) s'exprime ainsi: *qui rei capitalis damnatus neque restitutus est*, etc., ou il faut remplacer *neque* par *atque;* ou bien, par *rei capitalis damnatus*, il entend un citoyen dont l'*existimatio* a été amoindrie, et non un citoyen dont l'*existimatio* a été entièrement détruite (5).

Si les enfants répudient tous la succession de leur mère, les anciens principes reprennent leur vigueur; elle est dévolue aux agnats (6).

Le Sc. Orphitien ne donnait aux enfants qu'un droit de succession dans le patrimoine de leur mère. Mais, d'après une constitution de Valentinien, Théodose et Arcadius (7), les petits-fils devaient succéder à leurs aïeuls maternels et à leur aïeule paternelle, de telle sorte qu'ils obtenaient, dans leur succession, la part de leur prédécédé, sous la déduction d'un tiers réservé aux cohéritiers de leur mère, ou d'un quart pour les agnats que ces enfants excluaient (8). Justinien supprima cette réserve du quart pour les agnats dans la L. ult. C. 6. 55 et, plus tard, la réserve du tiers pour les cohéritiers de la mère, dans sa Novelle 18. *c.* 4. de manière que, dès lors, les descendants agnats ou cognats eurent un droit égal.

§ I. Sed cum ex hoc senatusconsulto nepotes ad aviæ successionem legitimo jure non vocabantur, postea hoc constitutionibus principalibus emendatum est, ut, ad similitudinem filiorum filiarumque, et nepotes et neptes vocentur.

§ 1. Mais comme les petits-fils n'étaient pas appelés à la succession de leur aïeule en vertu de ce Sc., des constitutions impériales ont accordé aux petits-enfants la faveur que ce Sc. accordait aux enfants du premier degré.

De même que le Sc. Tertullien n'appelait, à la succession d'un enfant, que la mère, et en excluait l'aïeule, de même le Sc. Orphitien n'appe-

---

(1) L'an 931 de Rome.
(2) Ulp. fr. XXXVI. 7.
(3) L. 1. §. 2. D. 38. 17.
(4) L. 1. §. 8. D. *ibid.*
(5) L. 103. D 50. 16.
(6) L. 1. §. 9. D. 38. 17.
(7) En l'an de J.-C. 389.
(8) L. 4. C. Th. 5. 1. L. 9. C. 6. 55.

lait, à la succession de leur mère, que les enfants du premier degré, et en excluait ceux d'un degré plus éloigné. Mais ces derniers, sous Théodose, ont pu succéder à leur aïeule.

§ II. Sciendum est autem, hujusmodi successiones, quæ a Tertulliano et Orphitiano deferuntur, capitis deminutione non perimi, propter illam regulam, qua novæ hereditates legitimæ capitis deminutione non pereunt, sed illæ solæ, quæ ex lege duodecim tabularum deferuntur.

§ 2. Il y a cette remarque à faire que la déchéance d'état n'est pas un obstacle aux successions déférées par les Sc. Tertullien et Orphitien, par suite d'une règle générale qui veut que la déchéance d'état n'empêche pas les successions légitimes nouvelles, mais seulement celles dérivant de la loi des Douze Tables.

§ III. Novissime sciendum est, etiam illos liberos, qui vulgo quæsiti sunt, ad matris hereditatem ex hoc senatusconsulto admitti.

§ 3. Il faut enfin observer que ce Sc. admet à l'hérédité de la mère les bâtards eux-mêmes.

§ IV. Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint hereditatem, vel morte, vel alia causa impediti fuerint, quo minus adeant: reliquis, qui adierint, accrescit illorum portio, et, licet ante decesserint, qui adierint, ad heredes tamen eorum pertinet.

§ 4. Si, de plusieurs héritiers légitimes, les uns omettent de faire adition, ou sont empêchés de faire adition, soit par la mort, soit par toute autre cause, leur part accroîtra à ceux qui ont fait adition, ou aux héritiers de ceux-ci, morts depuis leur adition.

D'après ce dernier paragraphe, les héritiers légitimes du premier degré sont appelés à l'exclusion de tout agnat d'un degré ultérieur : et tous, à l'exception d'un seul, eussent-ils laissé leur place vacante, la succession resterait toujours exclusivement attachée au premier degré et profiterait au seul agnat qui s'y rencontrerait et aurait fait adition : les parts des autres lui accroîtraient de son vivant, où à ses héritiers, après sa mort. De telle sorte que la dévolution n'aurait lieu, pour le degré ultérieur, ainsi que nous l'avons vu plus haut, qu'autant que le premier degré n'aurait produit aucun héritier ayant fait adition.

## TITULUS V.

### DE SUCCESSIONE COGNATORUM.

## TITRE V.

### DE LA SUCCESSION DES COGNATS.

Pr. Post suos heredes, eosque, quos inter suos heredes prætor et constitutiones vocant, et post legitimos (quo numero sunt agnati, et

Pr. Après les héritiers siens, ainsi que ceux que le préteur et les constitutions rangent parmi eux, et après les héritiers légitimes, c'est-à-dire,

hi, quos in locum agnatorum tam supradicta senatusconsulta, quam nostra erexit constitutio), proximos cognatos prætor vocat.

les agnats, et ceux que les Sc. ainsi que notre constitution rangent parmi les agnats, le préteur appelle les cognats les plus proches.

* La loi des Douze Tables avait établi trois ordres de succession, savoir : des héritiers siens, des agnats et des gentils. Les gentils tenaient à la constitution primitive des Romains, à la division des citoyens en curies et en décuries ou *gentes* (1). Cette constitution primitive, d'après laquelle chaque citoyen était compris dans une *gens* ou famille politique, reçut peu à peu de graves atteintes, d'abord par suite de la prépondérance conquise par la démocratie sur l'ancien esprit de caste, et surtout, plus tard, par l'incorporation à la cité romaine de l'Italie toute entière et même de toutes les provinces. De telle sorte que, du temps de Gaius, le troisième ordre de succession, celui des gentils, ne devait figurer tout au plus que pour mémoire, et qu'on lui substituait généralement celui des cognats, ou parents par le sang, introduit par le droit prétorien (2).

§ I. Qua parte naturalis cognatio spectatur. Nam agnati capite deminuti, quique ex his progeniti sunt, ex lege duodecim tabularum inter legitimos non habentur, sed a prætore tertio ordine vocantur, exceptis solis tantummodo fratre et sorore emancipatis, non etiam liberis eorum, quos lex Anastasiana cum fratribus integri juris constitutis vocat, quidem ad legitimam fratris hereditatem sive sororis, non æquis tamen partibus, sed cum aliqua deminutione, quam facile est ex ipsius cons-

§ 1. Le préteur, dans cette partie de son édit, ne s'attache qu'à la parenté naturelle. Ainsi les agnats et leurs descendants qui, à cause d'une déchéance d'état, ne peuvent plus succéder en second ordre, en vertu de la loi des Douze Tables, succèdent en troisième ordre, en vertu du droit prétorien. Toutefois les frères et sœurs émancipés, mais non leurs enfants, concourent dans la succession légitime d'un frère ou d'une sœur, d'après la constitution d'Anastase, avec les frères restés agnats, cependant pour

---

(1) Voyez *Supra*, p. 2.

(2) Niebuhr, t. 2 (trad. Golbéry), p. 1—28, indique, comme ayant été gentils entre eux, les membres de diverses familles (même non parentes par le sang) réunies en une corporation de caste, avec un caractère essentiellement politique : tous avaient un nom propre, de forme patronymique, étaient ingénus, sans aucune tache d'esclavage parmi les ancêtres. Cicéron (Top. 6.) définit ainsi les Gentils : *qui inter se eodem nomine sunt:* non est satis ; *qui ab ingenuis oriundi sunt:* ne id quidem satis est ; *quorum majorum nemo servitutem servivit:* abest etiam nunc, *qui capite non sunt deminuti*. M. Ortolan pense qu'il faut entendre par là *des membres d'une famille affranchissante, d'extraction purement ingénue, par rapport aux membres de la famille affranchie et à toutes ses ramifications* (Inst. *hic*). Sa longue dissertation sur ce point, quoique fort savante et digne d'arrêter l'attention, a été fortement ébranlée par M. Domenget, Inst. de Gaius, traduites, p. 250 et suiv. mais il nous paraît impossible d'admettre, sur les Gentils, l'opinion du traducteur de Gaius : il entend donner ce nom aux collatéraux après le septième degré des agnats, qui établissaient leur généalogie de manière à faire reconnaître leur nom. Nous nous en tiendrons donc à l'opinion de Niebuhr, toute empreinte du caractère antique.

titutionis verbis colligere, aliis vero agnatis inferioris gradus, licet capitis deminutionem passi non sunt, tamen eos anteponit, et proculdubio cognatis.

des portions inégales, comme on peut s'en convaincre en lisant cette constitution, et ils sont préférés aux agnats d'un degré ultérieur, quoique non déchus d'état, et, à plus forte raison, aux cognats.

§ II. Hos etiam, qui per feminini sexus personas ex transverso cognatione junguntur, tertio gradu, proximitatis nomine, prætor ad successionem vocat.

§ 2. Sont aussi appelés par le préteur, à la succession comme cognats, les collatéraux qui ne sont parents du défunt que par les femmes.

* Le préteur appelle au troisième ordre tous les parents naturels, sans avoir égard à la parenté civile résultant du rapport établi par une puissance paternelle, par conséquent les agnats qui ont perdu cette qualité par une déchéance d'État, et ceux qui n'ont jamais été agnats, tels que les parents par les femmes. Notre texte ne parle que des collatéraux par les femmes, parce que les parents unis à des femmes ou réciproquement, en ligne directe, venaient en second ordre, soit en vertu des Sc. Tertullien et Orphitien, soit en vertu des constitutions de Théodose et de Justinien.

§ III. Liberi quoque, qui in adoptiva familia sunt, ad naturalium parentum hereditatem hoc eodem gradu vocantur.

§ 3. Les enfants qui se trouvent dans une famille adoptive viennent, dans le même ordre, à la succession de leurs ascendants naturels.

** Lorsque des enfants donnés en adoption, se trouvent encore dans les liens de l'adoption au moment de la mort de leur père naturel, ils ne peuvent lui succéder comme héritiers siens, puisqu'ils ne sont pas sous sa puissance, ni par la possession de biens *unde liberi*, puisque le préteur n'accorde cette possession qu'à ceux qui, au moment de la mort du père naturel, n'ont pas l'espoir de la succession du père adoptif. Ils ne viennent donc que comme cognats à la succession de leur père naturel. Sous Justinien, il en est autrement, l'adoption ne rompant plus les rapports de puissance paternelle, à moins que le père adoptif ne soit un ascendant. Ce que nous venons de dire avait cependant toujours son application pour les émancipés qui s'étaient donnés en adrogation.

Dans la famille adoptive, l'adopté ne pouvait succéder que comme agnat aux collatéraux, puisqu'une fois sorti de cette famille, il ne pouvait se rattacher à l'un de ses membres par la parenté naturelle. Mais, quoique agnat, il pouvait avoir intérêt à invoquer les droits de la cognation (étant agnat, il était, à plus forte raison, cognat), si, par exemple, n'étant pas l'agnat le plus proche, tous les agnats qui le pré-

cédaient désertaient la succession à laquelle les appelait la loi des Douze Tables : comme la succession des agnats n'admettait pas la dévolution d'un degré à un autre, l'agnat du degré ultérieur, étant en même temps le plus proche cognat, avait besoin de la possession de biens *unde cognati* pour succéder.

§ IV. Vulgo quæsitos nullum habere agnatum, manifestum est, cum agnatio a patre, cognatio sit a matre; hi autem nullum patrem habere intelleguntur. Eadem ratione nec inter se quidem possunt videri consanguinei esse, quia consanguinitatis jus species est agnationis : tantum igitur cognati sunt sibi, sicut et matris cognatis. Itaque omnibus istis ea parte competit bonorum possessio, qua proximitatis nomine cognati vocantur.

§ 4. Il est évident que les bâtards ne peuvent pas avoir d'agnats; car l'agnation vient du père, et la cognation de la mère : or les bâtards sont censés ne point avoir de père. Par le même motif, ils ne peuvent être consanguins entre eux, puisque la consanguinité est une espèce comprise dans l'agnation. Ils sont donc cognats entre eux et avec les cognats de la mère. Ainsi le préteur les appelle à la possession de biens, en vertu de la partie de l'édit qui s'applique aux cognats les plus proches.

* Les enfants nés d'un concubinat ont un père certain; mais, comme celui-ci ne peut exercer sur eux de puissance paternelle, ils viendront à sa succession comme cognats et réciproquement. Justinien a réglé leurs droits, dans la sucession de leur père intestat, au sixième du patrimoine, tant pour eux que pour leur mère (1).

§ V. Hoc loco et illud necessario admonendi sumus : agnationis quidem jure admitti aliquem ad hereditatem, etsi decimo gradu sit, sive de lege duodecim tabularum quæramus, sive de edicto quo prætor legitimis heredibus daturum se bonorum possessionem pollicetur. Proximitatis vero nomine his solis prætor promittit bonorum possessionem, qui usque ad sextum gradum cognationis sunt, et ex septimo a sobrino sobrinaque nato natæve.

§ 5. Il nous reste à faire observer ici qu'un héritier peut être admis comme agnat, même au dixième degré, soit d'après la loi des Douze Tables, soit d'après le chef de l'édit dans lequel le préteur promet la possession de biens *unde legitimi*.. Mais, dans l'ordre des cognats, le préteur ne permet la possession de biens que jusqu'au sixième degré, et, dans le septième, qu'au fils et à la fille nés de cousins et de cousines issus de germains.

* Le préteur n'appelle à la possession de biens *unde cognati* que jusqu'au sixième degré, et, dans le septième, elle n'est accordée qu'à certaines personnes indiquées par notre texte. Au contraire, les agnats sont appelés, par la loi des Douze Tables, à quelque degré qu'ils soient.

---

(1) Nov. 89. c. 12 § 4.

Car, si notre paragraphe parle du dixième degré, ce n'est que pour indiquer un degré fortement éloigné : d'autres textes nous apprennent que, dans l'ordre des agnats, aucune limite n'était fixée (1).

## TITULUS VI.

### DE GRADIBUS COGNATIONIS.

Pr. Hoc loco necessarium est exponere, quemadmodum gradus cognationis numerentur. Qua in re inprimis admonendi sumus, cognationem aliam supra numerari, aliam infra, aliam ex transverso, quæ etiam *a latere* dicitur. Superior cognatio est parentum; inferior liberorum; ex transverso fratrum sororumve, eorumque, qui ex his progenerantur, et convenienter patrui, amitæ, avunculi, materteræ. Et superior quidem et inferior cognatio a primo gradu incipit; at ea, quæ ex transverso, numeratur a secundo.

§ I. Primo gradu est supra pater, mater; infra filius, filia.

§ II. Secundo supra avus, avia; infra nepos, neptis; ex transverso frater, soror.

§ III. Tertio supra proavus, proavia; infra pronepos, proneptis; ex transverso fratris sororisque filius, filia, et convenienter patruus, amita, avunculus, matertera. Patruus est patris frater, qui Græce πάτρως vo-

## TITRE VI.

### DES DEGRÉS DE COGNATION

Pr. Il est nécessaire d'expliquer ici comment se comptent les degrés de cognation : et d'abord il faut savoir qu'il y a deux sortes de parentés, l'une directe et l'autre collatérale; la première se subdivise en supérieure et inférieure. La cognation directe supérieure est celle des ascendants; la directe inférieure est celle des descendants. En ligne collatérale sont les frères et sœurs, et leurs descendants, ainsi que les oncles paternels, les tantes paternelles, les oncles maternels et les tantes maternelles. Les cognations supérieures et inférieures commencent par le premier degré, tandis que les collatérales commencent par le second degré.

§ 1. Au premier degré de la cognation supérieure sont le père et la mère; au premier de l'inférieur sont le fils et la fille.

§ 2. Au second degré de la cognation supérieure sont l'aïeul, l'aïeule; au second de l'inférieure sont le petit-fils et la petite-fille; au second, en ligne collatérale, le frère et la sœur.

§ 3. En ligne ascendante sont, au troisième degré, le bisaïeul et la bisaïeule; en ligne descendante, l'arrière-petit-fils et l'arrière-petite-fille; en ligne collatérale, le fils et la fille d'un frère ou d'une sœur; et par con-

(1) L. 2. § 1. D. 38. 16. Inst. III. 2. § 3. *etiam longissimo gradu*. III. 6. § 12. *etiamsi longissimo gradu sit*.

catur; avunculus est matris frater, qui apud Græcos proprie μάτρως appellatur, et promiscue θεῖος dicitur. Amita est patris soror; matertera vero matris soror : utraque θεία, vel apud quosdam θάτις appellatur.

séquent aussi l'oncle paternel, la tante paternelle, l'oncle maternel et la tante maternelle. On appelle *patruus* le frère du père, nommé en grec πάτρως; *avunculus* le frère de la mère, nommé en grec μάτρως; l'un et l'autre portent le nom de θεῖος. *Amita* est la sœur du père; *matertera* la sœur de la mère; l'une et l'autre sont désignées par le nom de θεία ou de θάτις.

§ IV. Quarto gradu supra abavus, abavia; infra abnepos, abneptis; ex transverso fratris sororisque nepos, neptis, et convenienter patruus magnus, amita magna (id est avi frater et soror), item avunculus magnus, matertera magna (id est aviæ frater et soror), consobrinus, consobrina (id est qui quæve ex fratribus aut sororibus progenerantur). Sed quidam recte consobrinos eos proprie putant dici, qui ex duabus sororibus progenerantur, quasi consororinos; eos vero, qui ex duobus fratribus progenerantur, proprie fratres patrueles vocari (si autem ex duobus fratribus filiæ nascantur, sorores patrueles appellantur); at eos, qui ex fratre et sorore propagantur, amitinos proprie dici (amitæ tuæ filii consobrinum te appellant, tu illos amitinos).

§ 4. Au quatrième degré l'on trouve en ligne ascendante, le trisaïeul, la trisaïeule; en ligne descendante, les enfants des arrière-petits-enfants; en ligne collatérale, les petits-enfants d'un frère ou d'une sœur, et par conséquent aussi les grands-oncles et les grand'tantes paternels (c'est-à-dire le frère et la sœur de l'aïeul), ainsi que les grands-oncles et les grand'tantes maternels (c'est-à-dire le frère et la sœur de l'aïeule), et enfin les cousins germains (c'est-à-dire les enfants de deux frères ou de deux sœurs). Cependant quelques-uns pensent que les *consobrini* sont, à proprement parler, les enfants de deux sœurs, comme qui dirait des *consororini*, et que les enfants de deux frères s'appellent *fratres patrueles* (et *sorores patrueles* si ces enfants sont des filles); ils ajoutent que le nom de *amitini* doit être propre aux enfants qui naissent d'un frère et d'une sœur (par conséquent les fils de votre tante paternelle vous appeleraient *consobrinus*, et vous les appelleriez *amitini*).

§ V. Quinto supra atavus, atavia; infra adnepos, adneptis; ex transverso fratris sororisque pronepos, proneptis, et convenienter propatruus, proamita (id est proavi frater et soror), proavunculus, promatertera (id est proaviæ frater et soror), item fratris patruelis, sororis pa-

§ 5. Au cinquième degré sont, en ligne ascendante, le quadrisaïeul, la quadrisaïeule; en ligne descendante, les petits-enfants des arrière-petits-enfants; en ligne collatérale, les petits-enfants d'un frère ou d'une sœur, et par conséquent aussi les père et mère des grands-oncles et des

truelis, consobrini consobrinæ, amitini, amitinæ filius filia, propiòr sobrinus sobrina (hi sunt patrui magni, amitæ magnæ, avunculi magni, materteræ magnæ filius filia).

grand'tantes paternels (c'est-à-dire le frère et la sœur du bisaïeul), et les père et mère des grands-oncles et des grand'tantes maternels (c'est-à-dire les frère et sœur de la bisaïeule); de même les enfants des cousins germains du côté paternel ou du côté maternel, ainsi que les enfants des grands-oncles paternels ou maternels.

§ VI. Sextò gradu sunt supra tritavus, tritavia; infra trinepos trineptis; ex transverso fratris sororisque abneptos abneptis, et convenienter abpatruus, abamita (id est abavi frater et soror), abavunculus abmatertera (id est abaviæ frater et soror), item sobrini sobrinæque (id est qui quæve ex fratribus vel sororibus patruelibus vel consobrinis vel amitinis progenerantur).

§ 6. Le sixième degré comprend, en ligne ascendante, le quintisaïeul, la quintisaïeule; en ligne descendante, les arrière-petits-enfants des arrière-petits-enfants; en ligne collatérale, les enfants des arrière-petits-enfants du frère ou de la sœur, et aussi le grand-père et la grand'mère des grands-oncles et des grand'tantes paternels ou maternels (c'est-à-dire le frère et la sœur du trisaïeul ou de la trisaïeule); de même les petits-enfants des cousins germains (c'est-à-dire les petits-enfants des *fratres patrueles*, des *consobrini* et des *amitini*.

§ VII. Hactenus ostendisse sufficiet, quemadmodum gradus cognationis numerentur. Namque ex his palam est intellegere, quemadmodum ulterius quoque gradus numerare debemus: quippe semper generata quæque persona gradum adjiciat, ut longe facilius sit respondere, quoto quisque gradu sit, quam propria cognationis appellatione quemquam denotare.

§ 7. Ce qui précède doit suffire pour faire comprendre comment se comptent les degrés de cognation: car on peut, de la même manière, compter les degrés ultérieurs. En effet, chaque personne engendrée forme un degré: de sorte qu'il est plus facile de dire à quel degré se trouve une personne, que de lui donner une dénomination particulière.

§ VIII. Agnationis quoque gradus eodem modo numerantur.

§ 8. Les degrés d'agnation se comptent de même.

* Les noms attribués à chaque degré se trouvent énoncés dans le texte; quant à la manière de compter en ligne directe, les ascendants ou descendants, et en ligne collatérale, nous renvoyons ci-dessus p. 106. Les degrés de parenté se comptent de la même manière en droit français.

§ IX. Sed cum magis veritas oculata fide quam per aures animis hominum infigitur, ideo necessarium duximus, post narrationem graduum, etiam eos præsenti libro inscribi, quatenus possint et auribus et ex inspectione adolescentes perfectissimam graduum doctrinam adipisci.

§ 9. Mais comme on se forme une idée plus exacte des choses en voyant qu'en écoutant, nous avons cru qu'il était indispensable, après notre exposé des degrés de parenté, de joindre ici un tableau, afin que les jeunes gens ayent une parfaite intelligence des dégrés de parenté par leurs oreilles et leurs yeux.

## Stemmata Cognationum.

| GRADUS. | LIBERI. | PARENTES. | EX TRANSVERSO GRADU. | | |
|---|---|---|---|---|---|
| 1. | Filius, Filia. | Pater, Mater. | | | |
| 2. | Nepos, Neptis. | Avus, Avia. | Frater, Soror. | | |
| 3. | Pronepos, Proneptis. | Proavus, Proavia. | Patruus, Amita. Avunculus, Matertera. | Fratris Sororisve Filius, Filia. | |
| 4. | Abnepos, Abneptis. | Abavus, Abavia. | Patruus magnus, Amita magna. Avunculus magnus, Matertera magna. | Consobrinus, Consobrina. | Fratris Sororisve Nepos, Neptis. |
| 5. | Adnepos, Adneptis. | Atavus, Atavia. | Propatruus, Proamita. Proavunculus, Promatertera. | Propior Sobrino, Propior Sobrinæ. | Consobrini Consobrinæve (1) Filius, Filia. |
| 6. | Trinepos, Trineptis. | Tritavus, Tritavia. | Abpatruus, Abamita. Abavunculus, Abmatertera. | Propatrui, Proamitæ, Proavunculi, Promaterteræ Filius, Filia. | Sobrinus (2), Sobrina. |

(1) Fratris Sororisve Pronepos, Proneptis.
(2) Consobrini Consobrinæve Nepos, Neptis. Fratris Sororisve Abnepos, Abneptis.

§ X. Illud certum est, ad serviles cognationes illam partem edicti, qua proximitatis nomine bonorum possessio promittitur, non pertinere: nam nec ulla antiqua lege talis cognatio computabatur. Sed nostra constitutione, quam pro jure patronatus fecimus (quod jus usque ad nostra tempora satis obscurum atque nube plenum et undique confusum fuerat), et hoc, humanitate suggerente, concessimus, ut, si quis in servili consortio constitutus, liberum vel liberos habuerit, sive ex libera, sive ex servilis condicionis muliere, vel contra serva mulier ex libero vel servo habuerit liberos cujuscumque sexus, et ad libertatem his pervenientibus, et hi, qui ex servili ventre nati sunt, libertatem meruerunt, vel, dum mulieres liberæ erant, ipsi in servitutem eos habuerunt, et postea ad libertatem pervenerunt, ut hi omnes ad successionem vel patris vel matris veniant, patronatus jure in hac parte sopito: hos enim liberos non solum in suorum parentum successionem, sed etiam alterum in alterius mutuam successionem vocavimus, ex illa lege specialiter eos vocantes, sive soli inveniantur, qui in servitute nati, et postea manumissi sunt, sive una cum aliis, qui post libertatem parentum concepti sunt, sive ex eadem matre, vel ex eodem patre, sive ex aliis nuptiis ad similitudinem eorum, qui ex justis nuptiis procreati sunt.

§ 10. Il est certain qu'autrefois la partie de l'édit qui promettait la possession de biens aux cognats les plus proches, ne s'appliquait pas aux cognations serviles, et qu'il n'y avait aucune loi qui comptât cette cognation pour quelque chose. Mais, dans la constitution que nous avons publiée sur le droit du patronat (droit qui, jusqu'à nos jours, était couvert de tant d'obscurité), l'humanité nous a suggéré les dispositions qui suivent : si un esclave a eu un ou plusieurs enfants d'une femme libre ou d'une femme esclave, ou si une femme esclave a eu des enfans d'un sexe quelconque d'un homme libre ou d'un esclave, lorsque cet esclave ou cette esclave, ainsi que leurs enfants nés en esclavage, seront parvenus à la liberté, ou si la mère étant libre et le père esclave, celui-ci a ensuite obtenu la liberté, dans tous ces cas, les enfants viendront à la succession, soit du père, soit de la mère, le droit de patronage restant alors sans effet. Car, nous appelons ces enfants, non seulement à la succession de leur père et de leur mère, mais encore à la succession l'un de l'autre, soit que, étant tous esclaves de naissance, ils aient ensuite acquis la liberté, soit que quelques-uns d'entre eux aient été conçus depuis l'affranchissement de leur père et mère, soit qu'ils doivent le jour à la même mère et au même père, ou seulement au même père ou la même mère, à l'instar des enfants nés de justes noces.

§ XI. Repetitis itaque omnibus, quæ jam tradidimus, apparet, non semper eos, qui parem gradum cognationis obtinent, pariter vocari, eoque amplius, nec eum quidem, qui proximior sit cognatus, semper potiorem esse. Cum enim prima causa

§ 11. De ce qui précède il résulte que ceux qui sont au même degré ne viennent pas toujours concurremment à la succession, et même que ce n'est pas toujours le plus proche cognat qui a la préférence. En effet, le premier ordre comprend les héritiers siens et

sit suorum heredum, quosque inter suos heredes jam enumeravimus, apparet, pronepotem vel abnepotem defuncti potiorem esse, quam fratrem aut patrem matremque defuncti, cum alioquin pater quidem et mater (ut supra quoque tradidimus) primum gradum cognationis obtineant, frater vero secundum, pronepos autem tertio gradu sit cognatus, et abnepos quarto; nec interest, in potestate morientis fuerit, an non, quod vel emancipatus vel ex mancipato, aut ex feminino sexu propagatus est.

§ XII. Amotis quoque suis heredibus, quosque inter suos heredes vocari diximus, agnatos, qui integrum jus agnationis habet, etiamsi longissimo gradu sit, plerumque potior habetur, quam proximior cognatus: nam patrui nepos vel pronepos avunculo vel materteræ præfertur. Totiens igitur dicimus, aut potiorem haberi cum, qui proximiorem gradum cognationis obtinet, aut pariter vocari eos, qui cognati sunt, quotiens neque suorum heredum jure, quique inter suos heredes sunt, neque agnationis jure aliquis præferri debeat, secundum ea, quæ tradidimus, exceptis fratre et sorore emancipatis, qui ad successionem fratrum vel sororum vocantur, qui, etsi capite deminuti sunt, tamen præferuntur ceteris ulterioris gradus agnatis.

les descendants placés au même rang; par conséquent l'arrière-petit-fils et l'enfant de celui-ci seront préférés au frère, au père et à la mère du défunt, quoique le père et la mère soient au premier degré, ainsi que nous l'avons expliqué, et le frère au second, tandis que l'arrière-petit-fils est au troisième degré et l'enfant de ce dernier au quatrième degré. Peu importe, pour les cognats, qu'ils aient été sous la puissance du défunt, ou non, ou bien qu'ils soient émancipés, ou nés d'un émancipé, ou descendants par une femme.

§ 12. A défaut d'héritiers siens, et de ceux qui sont placés sur le même rang, l'agnat, au droit duquel aucune atteinte n'a été portée, quoiqu'au degré le plus éloigné, est le plus souvent préféré au cognat plus proche en degré. En effet, le petit-fils, ou l'arrière-petit-fils passe avant l'oncle ou la tante maternelle. Par conséquent, quand nous disons qu'on doit préférer celui qui est le plus proche comme cognat, ou qu'on doit appeler concurremment les cognats du même degré, cela doit s'entendre du cas où il n'y a pas d'héritiers siens ou de descendants placés au même rang, ni d'agnats préférables, suivant ce que nous avons dit ci-dessus. Il faut cependant excepter les frères et sœurs émancipés, qui, quoique déchus d'état, sont appelés à la succession de leurs frères et sœurs par préférence aux agnats d'un degré ultérieur.

## TITULUS VII.

### DE SUCCESSIONE LIBERTORUM.

Pr. Nunc de libertorum bonis videamus. Olim itaque licebat liberto

## TITRE VII.

### DE LA SUCCESSION DES AFFRANCHIS.

Pr. Maintenant occupons-nous des biens des affranchis. Autrefois l'af-

patronum suum impune testamento prætcrire : nam ita demum lex duodecim tabularum ad hereditatem liberti vocabat patronum, si intestatus mortuus esset libertus, nullo suo herede relicto. Itaque intestato quoque mortuo liberto, si is suum heredem reliquisset, nihil in bonis ejus patrono jus erat. Et si quidem ex naturalibus liberis aliquem suum heredem reliquisset, nulla videbatur querela ; si vero adoptivus filius esset, aperte iniquum erat, nihil juris patrono superesse.

franchi pouvait impunément faire un testament en passant son patron sous silence. Car la loi des Douze Tables n'appelait le patron à la succession de l'affranchi qu'autant que celui-ci mourait intestat et sans laisser d'héritiers siens. Si donc il mourait sans testament, en laissant un héritier sien, le patron était exclu. Toutefois il n'en était ainsi qu'autant que l'affranchi laissait pour héritier sien un enfant naturel ; car, s'il laissait un fils adoptif, il était évidemment inique que le patron n'eût rien.

* La succession des affranchis a été réglée successivement par quatre législations ; 1° par la loi des Douze Tables ; 2° par le droit prétorien ; 3° par la loi Papia Poppœa ; 4° par Justinien.

** 1° Succession des affranchis d'après la loi des Douze Tables. — Si l'affranchi mourait sans testament, le patron venait lui succéder comme agnat, par conséquent, à défaut d'héritiers siens, c'est-à-dire d'enfants légitimes se trouvant sous la puissance du défunt au moment de sa mort, que ces enfants fussent naturels ou adoptifs. La femme *in manu* de l'affranchi, étant *loco filiæ*, excluait aussi le patron. Si le patron était prédécédé, laissant des enfants héritiers siens, ceux-ci venaient aussi comme agnats à la succession de l'affranchi. Celui-ci, en effet, mourant sans postérité, n'avait pas d'abord d'héritiers siens ; il ne pouvait avoir d'agnats, puisqu'étant sorti de l'esclavage, il ne pouvait avoir aucune famille à laquelle il se rattachât d'après le sens donné au mot *familia* dans le droit civil des Romains.

Si l'affranchi mourait avec un testament, l'héritier institué empêchait le patron d'arriver à sa succession.

Le patron ne pouvait être exclu de la succession d'une affranchie. Car, d'une part, elle ne pouvait tester sans l'autorisation de son patron, sous la tutelle duquel elle se trouvait placée toute sa vie (1) ; et, d'autre part, elle mourait toujours sans héritiers siens, ses enfants se trouvant sous la puissance de son mari ou de l'ascendant de son mari (2).

Les enfants du patron, lorsqu'ils venaient à la succession de l'affranchi, la partageaient par têtes, le partage par souches n'étant pas admis entre agnats (3).

---

(1) Gaius III. 43.
(2) Ulp. fr. XIX. 2.
(3) Ulp. fr. XXVII. 4. Paul. Sent. III. 2. § 3.

§ I. Qua de causa postea prætoris edicto hæc juris iniquitas emendata est. Sive enim faciebat testamentum libertus, jubebatur ita testari, ut patrono partem dimidiam bonorum suorum relinqueret; et si aut nihil aut minus partis dimidiæ reliquerat, dabatur patrono contra tabulas testamenti partis dimidiæ bonorum possessio. Si vero intestatus moriebatur suo herede relicto filio adoptivo, dabatur æque patrono contra hunc suum heredem partis dimidiæ bonorum possessio. Prodesse autem liberto solebant ad excludendum patronum naturales liberi non solum, quos in potestate mortis tempore habebat, sed etiam emancipati, et in adoptionem dati, si modo ex aliqua parte heredes scripti erant, aut præteriti contra tabulas bonorum possessionem ex edicto petierant: nam exheredati nullo modo repellebant patronum.

§ 1. C'est pourquoi le droit prétorien a corrigé cette iniquité résultant du droit civil. Voici comment : si l'affranchi faisait un testament, il devait laisser à son patron la moitié de ses biens, et, s'il ne lui laissait rien, ou lui laissait moins de la moitié, le patron avait la possession de biens *contra tabulas* pour la moitié. Si l'affranchi mourait intestat, n'ayant pour héritier sien qu'un fils adoptif, le patron avait aussi, pour moitié, la possession de biens contre cet héritier sien. Mais le patron était entièrement exclu si l'affranchi mourait ayant des enfants naturels, sous sa puissance, ou émancipés, ou passés dans une autre famille par une dation en adoption, pourvu toutefois qu'ils eussent été institués pour une part, ou que, étant prétérits, ils eussent obtenu la possession de biens *contra tabulas*. Car, s'ils étaient exhérédés, ils n'excluaient pas le patron.

2° Succession des affranchis d'après le droit prétorien. — Ou l'affranchi mourait avec un testament, ou sans testament :

A. S'il mourait avec un testament, sans laisser d'enfants, ou sans en laisser qui attaquassent le testament, ou obtinssent la possession de biens *contra tabulas*, le patron avait la moitié de l'hérédité de l'affranchi, quoique celui-ci l'eût exclu dans son acte de dernière volonté. En un mot, quand l'hérédité de l'affranchi devait appartenir à un héritier externe institué dans un testament, le patron venait partager avec lui l'hérédité par moitié, mais comme possesseur de biens *contra tabulas*, qualité que lui conférait l'édit du préteur.

B. Si l'affranchi mourait intestat, ne laissant pour héritier sien qu'un enfant adoptif, le patron partageait encore avec lui l'hérédité comme possesseur de biens *ab intestat*.

Ces règles ne s'appliquaient point aux successions des affranchies, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer plus haut, page précédente, ni à la patronne.

§ II. Postea lege Papia adaucta sunt jura patronorum, qui locupletiores libertos habebant. Cautum est enim, ut ex bonis ejus, qui sester-

§ 2. Ensuite, par l'effet de la loi Papia Poppæa, les droits des patrons ont été augmentés sur la succession des affranchis favorisés par la fortune.

horum centum millium patrimonium reliquerat, et pauciores quam tres liberos habebat, sive is testamento facto, sive intestato mortuus erat, virilis pars patrono debebatur. Itaque cum unum filium filiamve heredem reliquerat libertus, perinde pars dimidia patrono debebatur, acsi is sine ullo filio filiave decessisset; cum duos duasve heredes reliquerat, tertia pars debebatur patrono; si tres reliquerat, repellebatur patronus.

En effet, lorsque l'affranchi avait laissé un patrimoine de cent mille sesterces, et moins de trois enfants, qu'il mourût avec un testament ou sans testament, le patron devait avoir une portion virile. Si donc il avait laissé pour héritier un fils ou une fille, le patron obtenait la moitié de la succession, comme si l'affranchi était mort, avec un testament, sans enfants : et, s'il avait laissé deux fils ou deux filles, le patron avait le tiers : il était exclu, si l'affranchi laissait trois fils ou trois filles.

3° Succession des affranchis d'après la loi Papia Poppœa. *a.*—Le droit de succéder à l'affranchi appartenait, d'après la loi des Douze Tables, à la patronne comme au patron, et aux filles comme aux fils du patron, à défaut de celui-ci (1) : mais le droit prétorien ne protégeait que le patron et ses enfants mâles; la loi Papia fit disparaître cette distinction relativement aux femmes mères de plusieurs enfants, deux ou trois, suivant les cas (2). *b.* — La loi Papia eut aussi, et principalement, pour but d'appeler le patron à la succession de son affranchi, mort intestat, même lorsqu'il laissait des enfants, pourvu qu'ils fussent moins de trois, et que la fortune de l'affranchi fût au moins de cent mille sesterces (3). Dans ce cas, le patron venait avec les enfants par portion virile. *c.* — Cette loi accorda le même avantage aux femmes ingénues, dans la succession de leurs affranchis, qu'aux patrons mâles, lorsqu'elles avaient un certain nombre d'enfants. Si elles n'étaient pas ingénues, leur droit était plus restreint (4).

§ III. Sed nostra constitutio, quam pro omnium notione græca lingua, compendioso tractatu habito, composuimus, ita hujusmodi causas definivit, ut, si quidem libertus vel liberta minores centenariis sint, id est minus centum aureis habeant substantiam (sic enim legis Papiæ summam interpretati sumus, ut pro mille sestertiis unus aureus computetur), nullum locum habeat patronus in eorum suc-

§ 3. Mais, dans une constitution, que nous avons rédigée en grec afin de la mettre à la portée de tous, après un mur examen, nous avons décidé que si l'affranchi a moins de cent écus d'or (nous interprétons ainsi la loi Papia, en prenant un écu d'or comme l'équivalent de mille sesterces), le patron n'aura pas droit à la succession de l'affranchi, si celui-ci a laissé un testament : et s'il

(1) Gaius, III. 45.
(2) Ulp. fr. XXIX. 3. Gaius, III. 44 et 47.
(3) Gaius, III. 42. le sesterce valant 21 centimes, cent mille sesterces équivalent à 21,000 fr.
(4) Gaius, III. 50. Ulp. fr. XXIX. 6

cessionem, si tamen testamentum fecerint. Sin autem intestati decesserint, nullo liberorum relicto, tunc patronatus jus, quod erat ex lege duodecim tabularum, integrum reservavit. Cum vero majores centenariis sint, si heredes, vel bonorum possessores liberos habeant, sive unum, sive plures, cujuscumque sexus vel gradus, ad eos successionem parentum deduximus, omnibus patronis una cum sua progenia semotis. Sin autem sine liberis decesserint, si quidem intestati, ad omnem hereditatem patronos patronasque vocavimus; si vero testamentum quidem fecerint, patronos autem vel patronas prætererint, cum nullos liberos haberent, vel habentes eos exheredaverint, vel mater sive avus maternus eos prætericrit, ita ut non possint argui inofficiosa eorum testamenta : tunc ex nostra constitutione per bonorum possessionem contra tabulas non dimidiam, ut ante, sed tertiam partem bonorum liberti consequantur, vel quod deest eis ex constitutione nostra repleatur, si quando minus tertia parte bonorum suorum libertus vel liberta eis reliquerint, ita sine onere, ut nec liberis liberti libertæve ex ea parte legata vel fideicommissa præstentur, sed ad coheredes hoc onus redundaret; multis aliis casibus a nobis in præfata constitutione congregatis, quos necessarios esse ad hujusmodi juris dispositionem perspeximus: ut tam patroni patronæque, quam liberi eorum, nec non, qui ex transverso latere veniunt, usque ad quintum gradum ad successionem libertorum vocentur, sicut ex ea constitutione intellegendum est; ut, si ejusdem patroni vel patronæ, vel duorum duarum pluriumve sint liberi, qui proximior est, ad liberti seu libertæ vocetur successio-

n'en a pas laissé et qu'il soit mort sans enfants, les droits de patronat seront ceux qu'attribuait la loi des Douze Tables. Mais si l'affranchi ou l'affranchie laisse plus de cent écus d'or en mourant, et des enfants héritiers ou possesseurs de biens, un ou plusieurs, de l'un ou de l'autre sexe, les patrons seront exclus de sa succession, ainsi que leurs descendants; et si l'affranchi meurt sans enfants et sans testament, les patrons et les patronnes seront appelés à toute son hérédité : s'il meurt avec un testament, dans lequel il aurait omis les patrons ou les patronnes, n'ayant pas d'enfants, ou les ayant exhérédés, ou si c'est une mère ou un aïeul maternel qui a passé ses enfants sous silence, sans que le testament puisse être d'ailleurs attaqué par la querelle d'inofficiosité, les patronnes ou les patrons prétérits auront la possession de biens *contra tabulas*, non pour moitié comme autrefois, mais pour un tiers : et s'il leur a laissé moins que le tiers par testament, ils pourront, en vertu de notre constitution, obtenir le complément du tiers; ils obtiendront ce tiers franc et quitte de toute charge, et ne seront point obligés de contribuer au payement des legs et fidéicommis, ce payement incombant pour le tout aux héritiers ou cohéritiers. Dans cette même constitution, nous avons encore statué sur plusieurs autres cas relatifs à cette matière, qui nous ont paru mériter une attention toute particulière : et spécialement nous avons décidé, ainsi qu'on pourra le voir plus amplement à la lecture de notre constitution, que les patrons et patronnes, leurs enfants et leurs collatéraux, jusqu'au cinquième degré, viendront à la succession de l'affranchi; de sorte que si un patron ou une patronne,

nem, et in capita, non in stirpes dividatur successio, eodem modo et in his, qui ex transverso latere veniunt, servando. Pæne enim consonantia jura ingenuitatis et libertinitatis in successionibus fecimus.

deux ou plusieurs patrons ou patronnes ont laissé plusieurs descendants, le plus proche en degré de ces descendants, exclura les autres, et, s'ils sont plusieurs au même degré, ils partageront la succession de l'affranchi par têtes et non par souches; la même règle s'appliquera aux collatéraux du patron. En effet, nous avons admis, en matière de succession, des règles presque uniformes pour les affranchis comme pour les ingénus.

4° Succession des affranchis d'après Justinien. — A. Si la fortune de l'affranchi est de moins de cent écus d'or (cent mille sesterces) les principes de la loi des Douze Tables sont complètement remis en vigueur ; ainsi le patron n'aura rien si l'affranchi a fait un testament, dans lequel il a institué un héritier en passant son patron sous silence : il n'aura encore rien si l'affranchi, n'ayant pas fait de testament, a laissé un ou plusieurs enfants, légitimes ou non légitimes, en puissance ou hors de puissance, qu'ils soient ou non nés pendant l'esclavage.

B. — Si la fortune de l'affranchi est de plus de cent écus d'or (cent mille sesterces) il faut encore distinguer si l'affranchi a exclu le patron par un testament ou s'il est mort intestat; dans cette dernière hypothèse, le patron est exclu par un enfant quelconque ; on applique donc encore la loi des Douze Tables; et par conséquent, à défaut d'enfants, il succède à l'affranchi. Dans la première hypothèse, c'est-à-dire lorsque l'affranchi a dépouillé le patron par un testament, s'il n'y a pas d'enfants, ou si, ayant des enfants, il les a exhérédés valablement, le patron obtiendra la possession de biens *contra tabulas* jusqu'à concurrence du tiers de la succession.

Du reste Justinien ne reconnaît plus aucune différence entre le patron et la patronne, entre leurs enfants mâles et leurs descendantes, ni entre la succession d'un affranchi et celle d'une affranchie (1) : et enfin il veut que les enfants de l'affranchi se succèdent entre eux comme ils succèdent à leurs père et mère, que par conséquent, le patron soit exclu même par les frères et sœurs et par les ascendants de l'affranchi (2).

De toutes ces modifications de Justinien, il résulte que les droits à la succession d'un affranchi étaient réglés de la manière suivante ; 1° la succession d'un affranchi était déférée, comme celle des fils de famille, d'abord aux enfants, puis aux frères et sœurs, puis aux ascendants du

(1) Celle-ci n'était plus, depuis long-temps, sous la tutelle perpétuelle de son patron.
(2) L. 4. § 8. C. 6. 4. Inst. III. 6. § 10.

défunt ; 2° le patron et ses parents succédaient comme des parents de l'affranchi ; mais au moyen de la possession de biens *unde legitimi* ou *unde cognati* ; au moyen de la première, le patron ou ses enfants ; au moyen de la seconde, les collatéraux du patron, jusqu'au cinquième degré.

§ IV. Sed hæc de his libertinis hodie dicenda sunt, qui in civitatem romanam pervenerunt, cum nec sunt alii liberti, simul et Dediticiis et Latinis sublatis, cum Latinorum legitimæ successiones nullæ penitus erant, qui licet ut liberi vitam suam peragebant, attamen ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amittebant, et, quasi servorum, ita bona eorum jure quodammodo peculii ex lege Junia manumissores detinebant. Postea vero senatusconsulto Largiano cautum fuerat, ut liberi manumissoris, non nominatim exheredati facti, extraneis heredibus eorum in bonis Latinorum præponerentur. Quibus supervenit, etiam divi Trajani edictum, quod eundem hominem, si invito vel ignorante patrono ad civitatem venire ex beneficio principis festinavit, faciebat vivum quidem civem romanum, Latinum autem morientem. Sed nostra constitutione, propter hujusmodi condicionum vices, et alias difficultates, cum ipsis Latinis etiam legem Juniam, et senatusconsultum Largianum, et edictum divi Trajani in perpetuum deleri censuimus, ut omnes liberti civitate romana fruantur, et mirabili modo, quibusdam adjectionibus, ipsas vias, quæ in latinitatem ducebant, ad civitatem romanam capiendam transposuimus.

§ 4. Ce que nous venons de dire doit s'entendre aujourd'hui de tous les affranchis ; car les Latins et les Déditices sont supprimés ; il n'y a plus que des affranchis citoyens romains : autrefois il en était autrement ; En effet, les Latins Juniens ne pouvaient laisser de succession légitime, puisque, quoiqu'ils vécussent libres, ils perdaient, au moment de leur décès, la liberté avec la vie, et leurs biens appartenaient à leur patron, comme le pécule des esclaves à leur maître, et cela en vertu de la loi Junia. Mais ensuite le Sc. Largien ordonna que les enfants du patron, qui n'auraient pas été nominativement exhérédés, fussent préférés, relativement à la succession des affranchis latins, aux héritiers externes du patron. Puis survint un édit de Trajan, qui décidait que l'affranchi latin, devenu citoyen par une faveur du prince, malgré son patron ou à son insu, vivrait citoyen, mais mourrait Latin. Enfin ces difficultés dans l'état des Latins, et d'autres difficultés encore, nous ont fait promulguer une constitution par laquelle nous avons abrogé pour toujours et la loi Junia, et le Sc. Largien, et l'édit de Trajan, de telle sorte que tous les affranchis jouiront de tous les droits de citoyens romains ; et, par une admirable innovation, ainsi qu'au moyen de quelques additions, nous avons voulu que les voies, qui conduisaient à la latinité, procurassent dorénavant les droits de cité romaine.

* Autrefois l'affranchi Latin, protégé dans son état d'homme libre par la loi Junia Norbana, perdait cette protection au moment où il

quittait la vie : il mourait esclave : donc tout ce qui lui appartenait, à cette époque, était son pécule, et, à ce titre, appartenait à son patron redevenu son maître. Le Latin ne pouvait jamais mourir que intestat ; car la faction active de testament lui était refusée, parce qu'il n'avait pas de *familia* proprement dite (1), ou plutôt parce qu'il ne pouvait disposer pour l'époque où il serait esclave, le moment de sa mort.

Sous le règne de Claude (2), le Sc. Largien attribua les biens du Latin Junien aux enfants du patron prédécédé, par préférence à l'héritier externe institué par leur père, pourvu que ces enfants n'eussent pas été exhérédés d'une manière formelle (3).

Un Latin Junien aurait pu, par une *iteratio*, acquérir la qualité de citoyen romain ; et échapper ainsi à l'esclavage que faisait revivre, au moment de sa mort, la loi Junia Norbana. Dans cette hypothèse il aurait pu mourir avec un testament valable qui aurait privé le patron de tous droits, ou sans testament, mais en laissant une succession à ses enfants. Mais le patron ne pouvait subir cette privation, qu'autant que le bénéfice de la cité advenait à l'affranchi par l'effet de sa volonté. Si donc elle advenait à l'affranchi malgré le patron, ou à son insu, par l'effet d'un privilége du prince, il était juste que ce privilége ne portât pas atteinte au droit qu'avait le patron de recueillir, à titre de pécule, tous les biens de l'affranchi défunt, même à l'exclusion des enfants de celui-ci. C'est ce que décida l'édit de Trajan (4).

Quant aux Déditices, ils étaient pérégrins, et, en cette qualité, ne pouvaient mourir avec un testament valable. Mais un pérégrin ordinaire, en mourant intestat, pouvait laisser une succession à ses héritiers conformément au droit des pérégrins, c'est-à-dire au droit des gens. Cependant, il eût été déraisonnable d'accorder à un Déditice, affranchi par l'un des modes employés pour les Latins Juniens, le droit de laisser une succession, droit qu'on refusait aux Latins Juniens. Si donc le Déditice avait été affranchi par l'un des modes non solennels, il mourait esclave comme le Latin Junien ; si, au contraire, il avait obtenu la liberté par l'un des modes solennels, il mourait libre, quoique sans testament, et laissait une succession pour ses descendants (5).

Sous Justinien, tous les affranchis sont citoyens romains.

## TITULUS VIII.

### DE ASSIGNATIONE LIBERTORUM.

Pr. In summa, quod ad bona li-

## TITRE VIII.

### DE L'ASSIGNATION DES AFFRANCHIS.

Pr. Nous terminons ce qui con-

(1) Voir *Supra*, p. 347.
(2) L'an 795 de Rome.
(3) Gaius, III. 56 et suiv.
(4) Gaius, III. 72. 73.
(5) Gaius, III. 74, 75, 76.

bertorum, admonendi sumus, senatum censuisse, ut, quamvis ad omnes patroni liberos, qui ejusdem gradus sint, æqualiter bona libertorum pertineant, tamen licere parenti, uni ex liberis assignare libertum, ut post mortem ejus solus is patronus habeatur, cui assignatus est, et ceteri liberi, qui ipsi quoque ad eadem bona, nulla assignatione interveniente, pariter admitterentur, nihil juris in bonis habeant. Sed ita demum pristinum juris recipiunt, si is, cui assignatus est, decesserit nullis liberis relictis.

cerne la succession des affranchis en rappelant que tous les enfants d'un patron, qui se trouvaient au même degré, partageaient les biens de l'affranchi par égales portions; mais qu'un senatusconsulte permit à un patron d'assigner son affranchi à un seul de ses enfants, de manière à ce que, après la mort du père, il fût seul considéré comme le patron, et à ce que les autres enfants qui, sans cette assignation, auraient été admis par égales portions à la succession de cet affranchi, en fussent exclus. Toutefois ceux-ci recouvrent leurs droits si l'enfant, à qui l'assignation a été faite, vient à mourir sans postérité.

§ I. Nec tantum libertum, sed etiam libertam, et non tantum filio nepotive, sed etiam filiæ neptive assignare permittitur.

§ 1. On peut assigner aussi bien une affranchie qu'un affranchi, et l'assigner, non seulement à son fils et à son petit-fils, mais encore à sa fille ou à sa petite-fille.

*L'assignation peut être faite, non-seulement aux descendants placés au degré le plus proche, et appelés comme tels à la succession paternelle, mais encore aux enfants d'un degré plus éloigné et au détriment, par conséquent, des héritiers présomptifs du patron (1) : peu importe même que les descendants favorisés d'une assignation, doivent, après la mort du patron, leur ascendant, retomber sous une autre puissance paternelle (2).

§ II. Datur autem hæc assignandi facultas ei, qui duos pluresve liberos in potestate habebit, ut eis, quos in potestate habet, assignare ei libertum libertamve liceat. Unde quærebatur, si cum, cui assignaverit, postea emancipaverit, num evanescat assignatio? Sed placuit evanescere, quod et Juliano et aliis plerisque visum est.

§ 2. Ce droit d'assignation appartient à un père de famille qui a deux ou plusieurs enfants sous sa puissance : l'assignation faite au profit d'un enfant est donc un effet de la puissance paternelle. Aussi l'on s'est demandé si l'assignation faite à un fils ne s'évanouirait pas dans le cas où ce fils serait ensuite émancipé? Il fut admis qu'elle s'évanouirait; et cette opinion a été adoptée par Julien et par plusieurs autres.

(1) L. 3. pr. et § 1. D. 38. 4.
(2) L. 3. §§ 2 et 3. D. *ib.*

D'après une opinion qui a prévalu, un patron ayant plusieurs enfants sous sa puissance, pouvait assigner un affranchi même à un fils émancipé. ( L. 1. pr. L. 1. § 8. L. 9. D. 38. 4. )

§ III. Nec interest, testamento quis assignet, an sine testamento, sed etiam quibuscumque verbis hoc patronis permittitur facere, ex ipso senatusconsulto, quod Claudianis temporibus factum est, Suillo Rufo et Ostorio Scapula consulibus.

§ 3. Peu importe qu'une assignation soit faite par testament ou sans testament : elle peut même avoir lieu en tels termes qu'il plaira au patron. C'est ce qu'a décidé un Sc. rendu sous le règne de Claude, pendant le consulat de Suillus Rufus et d'Ostorius Scapula.

## TITULUS IX.

### DE BONORUM POSSESSIONIBUS

## TITRE IX.

### DES POSSESSIONS DE BIENS.

*On appelle possession de biens, en général, la succession prétorienne. Elle figure dans les textes des jurisconsultes romains, tantôt comme devant remplir les lacunes du droit civil sur l'hérédité proprement dite, tantôt comme devant corriger d'anciens principes, que ne comportaient plus des mœurs nouvelles et une civilisation complètement modifiée.

Avant d'examiner les paragraphes de notre titre, il nous parait nécessaire d'exposer préliminairement quelques notions : 1° sur l'histoire de la possession de biens ; 2° sur la différence entre la possession de biens et l'hérédité.

1° Histoire de la possession de biens. — La pétition d'hérédité civile n'était rien autre chose qu'une *vindicatio hereditatis*. Cette action était donc soumise aux formes de la revendication proprement dite, lorsqu'on l'exerçait par le *sacramentum* d'abord, puis ensuite *per sponsionem* (1). Dans la revendication il fallait, avant tout, régler les rôles de défendeur et de demandeur; ils étaient réglés par le préteur (*vindicias dabat secundum alterum eorum*) (2).

Or, dans la pétition d'hérédité, la possession intérimaire attribuée par le préteur, sous le nom de *vindiciæ*, à celui qui devait jouer le rôle de défendeur, s'appelait *bonorum possessio*, et, dans Cicéron (3), *hereditatis possessio*. Toutefois il n'est pas présumable que le préteur accordât cette possession intérimaire d'après les principes suivis par lui pour la possession intérimaire du litige en revendication d'un

(1) Voy. notre Zimmern, traduct. p. 111, 166, 187 et 193.
(2) Gaius, IV. 16 et 17.
(3) Verr. I. 44, 46

objet particulier (1) : en effet, l'hérédité, lorsque le litige s'élevait, n'était possédée par personne ; et d'ailleurs, si l'on veut regarder comme possesseur de l'hérédité un possesseur d'objets héréditaires, il pouvait y avoir autant de possesseurs que d'objets compris dans l'hérédité. Ici donc le préteur accordait les *vindiciæ*, la possession intérimaire, à celui qui lui semblait avoir le plus de droits à l'hérédité : aussi l'édit portait-il : « je donnerai la possession de biens *secundum tabulas* à celui qui me présentera un testament revêtu de toutes les formalités extérieures (*tabulas septem signis signatas*), sinon j'accorderai la possession de biens *unde legitimi* au plus proche héritier *ab intestat.* » Ces deux possessions de biens furent sans doute les premières (2). Celui que le préteur avait ainsi investi du rôle de défendeur, de la possession intérimaire, avait, pour protéger son *interim*, l'interdit *quorum bonorum* et les actions feintes : et le demandeur n'avait aucun danger à courir, puisqu'il était garanti, dans l'action *sacramenti*, par les *prædes litis et vindiciarum*, et dans la *sponsio*, par la stipulation *pro præde litis et vindiciarum* (3).

Lorsque le préteur avait accordé, à l'une des parties, la possession intérimaire, appelée *bonorum possessio*, l'autre partie, si elle n'avait pas confiance dans les preuves qu'elle devait administrer pour être déclarée héritière, abandonnait le procès et laissait son adversaire jouir des bénéfices de sa position; et de là, bientôt la possession de biens fut considérée comme un moyen subsidiaire, dont l'effet était de procurer les avantages de l'hérédité à certains individus qui n'étaient pas héritiers d'après le droit civil, et elle dut prendre rapidement de l'extension sous l'influence de cette idée, qu'il était de l'intérêt de tous qu'une hérédité ne restât pas longtemps vacante, et que l'on devait encourager ceux qui s'empressaient de s'en emparer. Aussi l'édit du préteur portait-il : « s'il n'y a pas d'héritier légitime, j'accorderai la possession aux parents les plus proches, et, à défaut de ceux-ci, à l'époux survivant (4). » Depuis lors la *bonorum possessio* n'était plus provisoire, et elle dispensait le possesseur des garanties originaires (5).

Ces deux nouvelles possessions de biens *unde cognati* et *unde vir et uxor* se présentèrent même avec un caractère tout différent de celui

---

(1) Il paraît certain que, dans le litige en revendication d'un objet singulier, le préteur suivait les règles qui, plus tard, furent admises pour l'interdit *uti possidetis et utrubi*; que par conséquent il accordait la possession intérimaire au possesseur actuel, s'il s'agissait d'un immeuble, et à celui qui avait possédé pendant la plus grande partie de l'année s'il s'agissait de meubles.

(2) Voy. Cicéron, l. c.

(3) Gaius, IV. 16, 90 et suiv.

(4) Cic. pro Cluent. c. 15. 60.

(5) En effet, ces deux possessions supposaient qu'il n'y avait pas d'autres personnes qui se présentassent pour disputer l'hérédité.

des deux possessions de biens précédentes. En effet, elles firent naître l'idée d'une succession prétorienne, plus avantageuse même que la succession civile, puisqu'elle attribuait au possesseur la voie judiciaire très-rapide de l'interdit *quorum bonorum* : et cette idée rejaillit sur les deux possessions de biens primitives (*secundum tabulas et unde legitimi*), que l'on finit par obtenir sans élever de difficultés sur l'hérédité civile, surtout à l'époque où la pétition d'hérédité était intentée par la formule pétitoire, dans laquelle ne se rencontrait plus la procédure préliminaire sur la possession intérimaire. D'après ces premières données, la possession de biens se présente, il est vrai, peu à peu comme un système de succession prétorienne, mais elle ne forme pas encore un antagonisme avec le droit civil ; la lutte entre l'hérédité et la succession prétorienne n'est pas encore engagée. Elle ne s'engagea que plus tard, probablement sous Auguste. A cette époque, s'introduisirent, *corrigendi juris civilis causa*, les possessions de bien *contra tabulas et unde liberi*, en faveur de personnes auxquelles le droit civil refusait l'hérédité

2° Différence entre la possession de biens et l'hérédité. — L'hérédité donnait la propriété quiritaire comme l'avait eue le défunt ; investissait l'héritier des actions civiles et le soumettait à des actions civiles. Le possesseur de biens ne devenait pas propriétaire quiritaire des biens de la succession, il ne le devenait que par l'usucapion : il n'exerçait que par des actions feintes ou utiles les droits du défunt, et ne pouvait être poursuivi que par des actions feintes ou utiles. En un mot, l'héritier pouvait recourir à tous les moyens civils ; le possesseur de biens n'était protégé que par le droit prétorien.

Mais il ne faut pas croire que la possession prétorienne offrît, sous tous les rapports, moins d'avantages que le droit civil ; en effet, pour obtenir les choses héréditaires, comme héritier, il fallait prouver que le défunt en était propriétaire ; tandis que pour les obtenir comme possesseur de biens, il suffisait de prouver que le défunt les avait possédées. Pour être investi des avantages attachés à la qualité d'héritier, il fallait démontrer que l'on remplissait toutes les conditions exigées par le droit civil, tandis que pour obtenir ces mêmes avantages, comme possesseur de biens, il suffisait d'établir qu'on se trouvait dans un des cas que protégeait le droit prétorien, beaucoup plus équitable dans ses prescriptions.

Il arrivait donc souvent, qu'un héritier qui aurait pu s'appuyer, pour faire triompher ses prétentions, sur le droit civil, préférait les avantages de la possession de biens. D'un autre côté, le conflit du droit civil et du droit prétorien pouvait amener ce résultat que l'un avait la possession de biens purement nominale (*sine re*) et l'autre les biens héréditaires. En effet le préteur pouvait accorder la possession de biens à une per-

sonne à laquelle le droit civil préférait une autre personne. Or celle-ci devait l'emporter sur la précédente, quant aux biens héréditaires, puisqu'elle s'appuyait sur un droit plus puissant. La possession de biens qui n'était pas ainsi contrariée par le droit civil, s'appelait possession de biens *cum re*. Pour les cas de conflit de cette nature, on admettait le principe suivant :

La possession de biens doit céder le pas au droit héréditaire proprement dit ; de telle sorte que, en cas de conflit entre les deux systèmes (droit civil et droit prétorien), le droit prétorien n'assure la possession proprement dite que sauf l'exercice du droit civil, dont l'effet est de ravir à un possesseur les choses héréditaires pour ne plus lui laisser qu'une possession nominale, appelée *sine re*. Ce principe recevait cependant quelques exceptions, dans les cas des possessions de biens *contra tabulas* et *unde liberi*. Ainsi lorsque le préteur appelle un fils émancipé à la succession de son père intestat, concurremment avec les autres fils restés sous la puissance paternelle, il lui accorde une possession de biens *unde liberi*, pour une part héréditaire, qui est *cum re*, parce que cette part héréditaire ne lui est point ravie par les héritiers civils. Ainsi encore, un fils émancipé, non exhérédé dans le testament paternel, obtiendra la possession de biens *contra tabulas*, dont l'effet sera de lui assurer les biens héréditaires, nonobstant les droits de l'institué, fondés sur les principes de la législation civile (1).

Mais, sous Justinien, le droit prétorien se trouve fondu avec le droit civil, ne fait plus qu'un avec lui ; l'unité de législation a fait cesser tout conflit : il n'y a donc plus de possession de biens *sine re*

Il nous reste à exposer les différentes sortes de possessions de biens, suivant notre texte.

Pr. Jus bonorum possessionis introductum est à prætore emendandi veteris juris gratia. Nec solum in intestatorum hereditatibus vetus jus eo modo prætor emendavit, sicut supra dictum est, sed in eorum quoque, qui testamento facto decesserint. Nam si alienus postumus heres fuerit institutus, quamvis hereditatem jure civili adire non poterat, cum institutio non valebat, honorario tamen jure bonorum possessor efficiebatur, videlicet cum a prætore adjuvabatur : sed et hic a nostra constitutione hodie

§ Pr. Les possessions de biens ont été introduites par le préteur afin de modifier l'ancien droit. Le préteur a innové en cette matière, non seulement en ce qui concerne l'hérédité *ab intestat*, ainsi que nous l'avons vu plus haut, mais encore sous le rapport de l'hérédité testamentaire. En effet, lorsqu'un posthume externe était institué héritier, quoiqu'il ne pût faire adition d'hérédité d'après le droit civil, il pouvait succéder d'après le droit honoraire, c'est-à-dire par la protection du préteur. Aujourd'hui,

(1) Gaius, II. 135. Ulp. fr. XXII. 25. XXVIII. 2. Voyez, pour les cas de possessions de biens *cum re* ou *sine re*, Gaius, II. 119, 148, 149. III. 35, 36 et 37.

recte heres instituitur, quasi et jure civili non incognitus.

en vertu de notre constitution, ce posthume serait valablement institué, parce qu'il n'est plus méconnu par le droit civil.

* Ainsi que nous venons de l'exposer ci-dessus, la possession de biens fut accordée par le préteur, dans l'origine, comme voie préliminaire, pour la pétition d'hérédité, afin de régler le rôle des parties en litige. Alors le préteur, loin de corriger l'ancien droit, en facilitait l'application. Mais bientôt cette possession de biens fut considérée comme une hérédité prétorienne, et elle fut introduite par le préteur : 1° pour confirmer le droit civil ; 2° pour remplir les lacunes du droit civil ; 3° pour corriger ce même droit civil, et en empêcher quelquefois l'application.

1° Le préteur confirmait le droit civil, en appelant à la possession de biens les personnes que le droit civil appelait à l'hérédité. Ainsi le préteur accordait aux héritiers siens la possession de biens *unde liberi*, aux agnats la possession de biens appelée *unde legitimi* (1), aux héritiers institués valablement la possession de biens *secundum tabulas* (2). Voyez le paragraphe suivant.

2° Le préteur remplissait les lacunes du droit civil par la possession de biens *unde cognati*, qu'il accordait aux parents qui ne venaient point en second ordre à l'hérédité, le droit civil ne s'appliquant plus au troisième ordre, depuis que les *gentiles* avaient disparu.

3° Le préteur corrigeait le droit civil en appelant, par exemple, les enfants émancipés avec les héritiers siens, par la possession de biens *unde liberi*.

§ I. Aliquando tamen neque emendandi, neque impugnandi veteris juris, sed magis confirmandi gratia pollicetur bonorum possessionem. Nam illis quoque, qui recte facto testamento heredes instituti sunt, dat secundum tabulas bonorum possessionem ; item ab intestato suos heredes et agnatos ad bonorum possessionem vocat : sed et, remota quoque bonorum possessione, ad eos hereditas pertinet jure civili.

§ 1. Cependant quelquefois le préteur promet la possession de biens dans le but de confirmer l'ancien droit, et non de le corriger ou d'y déroger. En effet, il accorde la possession de biens *secundum tabulas* à ceux qui ont été valablement institués dans un testament ; il accorde aussi une possession de biens *ab intestat* aux héritiers siens et aux agnats : or ces héritiers, ainsi protégés par le préteur, n'auraient besoin, s'ils le voulaient, que du droit civil pour arriver à la succession.

(1) L. 2. § 4 L. 3. D. 38. 7.
(2) L. 2. § 4. D. 37. 2.

* On peut se demander quel intérêt pouvait trouver un héritier à abandonner la qualité d'héritier et de propriétaire, que lui conférait le droit civil, pour se faire investir de la qualité de possesseur seulement, par l'autorité du préteur? La réponse à cette question est facile à donner d'après ce que nous avons exposé plus haut. Celui qui avait obtenu la possession avait l'interdit *quorum bonorum* pour se mettre en possession des biens corporels de l'hérédité; par cet interdit il pouvait évincer de la possession tout détenteur, en prouvant seulement que son auteur avait possédé. Une fois possesseur, il était certain de ne plus être obligé de jouer le rôle de demandeur dans la pétition d'hérédité.

§ II. Quos autem prætor solus vocat ad hereditatem, heredes quidem ipso jure non fiunt. Nam prætor heredem facere non potest : per legem enim tantum, vel similem juris constitutionem heredes fiunt, veluti per senatusconsultum et constitutiones principales; sed cum eis prætor dat bonorum possessionem, loco heredum constituuntur, et vocantur bonorum possessores. Adhuc autem et alios complures gradus prætor fecit in bonorum possessionibus dandis, dum id agebat, ne quis sine successore moriatur : nam angustissimis finibus constitutum per legem duodecim tabularum jus percipiendarum heredi-tatum prætor ex bono et æquo dilatavit.

§ 2. Ceux que le préteur seul appelle à une succession ne sont pas héritiers conformément au droit civil; car le préteur ne peut pas faire des héritiers; on ne peut l'être qu'en vertu d'une loi ou de tout acte assimilé à une loi, comme un senatusconsulte ou une constitution impériale : mais ceux à qui le préteur accorde la possession de biens sont comme des héritiers, et s'appellent possesseurs de biens. Le préteur a établi plusieurs degrés dans les possessions de biens, dans le but d'assurer davantage un successeur aux défunts : ainsi il a donné au droit de succéder une extension conforme à l'équité, droit que la loi des Douze Tables avait resserré dans des limites très-étroites.

§ III. Sunt autem bonorum possessiones ex testamento quidem hæ. Prima, quæ præteritis liberis datur, vocaturque *contra tabulas*. Secunda, quam omnibus jure scriptis heredibus prætor pollicetur, ideoque vocatur *secundum tabulas*. Et cum de testamentis prius locutus est, ad intestatos transitum fecit. Et primo loco suis heredibus, et his, qui ex edicto prætoris suis connumerantur, dat bonorum possessionem, quæ vocatur *unde liberi*. Secundo legitimis heredibus. Tertio decem personis, quas

§ 3. Les possessions de biens testamentaires sont au nombre de deux : la première, donnée aux enfants prétérits, et que l'on appelle *contra tabulas*; la seconde, accordée à tous les héritiers institués, et qui est dite, à cause de cela, *secundum tabulas*. Après s'être occupé des possessions de biens testamentaires, l'édit passe à celles des intestats. En premier ordre, le préteur donne la possession des biens, appelée *unde liberi*, aux héritiers siens et à ceux qui sont assimilés aux héritiers siens; en second

extraneo manumissori præferebat (sunt autem decem personæ hæ: pater, mater, avus, avia, tam paterni, quam materni; item filius, filia, nepos, neptis, tam ex filio, quam ex filia; frater, soror, sive consanguinei, sive uterini). Quarto cognatis proximis. Quinto *tamquam ex familia*. Sexto patrono et patronæ, liberisque eorum et parentibus. Septimo viro et uxori. Octavo cognatis manumissoris.

ordre, il l'accorde aux agnats; en troisième ordre, à dix personnes, qu'il préfère au manumisseur étranger (ces dix personnes sont: le père, la mère, l'aïeul et l'aïeule, paternels ou maternels, le fils, la fille, le petit-fils et la petite-fille, nés d'un fils ou d'une fille; le frère et la sœur, consanguins ou utérins); en quatrième ordre, aux membres de la famille du patron (*tamquam ex familia*); en sixième ordre, au patron ou à la patronne, ainsi qu'à leurs descendants et ascendants; en septième ordre, au mari ou à la femme; en huitième ordre, aux cognats du manumisseur.

* Les possessions de biens se divisent comme les successions civiles, en possessions testamentaires et en possessions *ab intestat*.

1° Les possessions de biens testamentaires sont au nombre de deux, savoir : *contra tabulas et secundum tabulas*. Si donc des enfants ont été omis dans le testament de leur père, ils obtiennent la succession de celui-ci malgré le testament, au moyen de la possession de biens *contra tabulas*. Cette possession est accordée : *a* — Aux siens non exhérédés régulièrement, quoiqu'ils puissent faire considérer le testament comme nul d'après le droit civil. Ici le droit prétorien confirme le droit civil. *b*. — Aux enfants émancipés, que le droit prétorien protége lorsqu'ils n'ont pas été exhérédés. Ici le droit prétorien corrige le droit civil. La possession de biens *contra tabulas* n'est jamais donnée contre le testament des femmes, parce qu'elles n'ont pas d'héritiers siens (1).

* La possession de biens *secundum tabulas* était donnée : *a*. — Aux héritiers institués valablement, qui voulaient profiter des avantages que leur offrait le droit prétorien, ne se contentant pas des prérogatives que leur assurait le droit civil; *b*. — A ceux qui, non valablement institués d'après le droit civil, réunissaient cependant toutes les conditions requises par le droit prétorien; ainsi à un héritier institué par un testateur qui, depuis la confection du testament, avait éprouvé une déchéance d'État, puis était mort *sui juris*, ou bien à un héritier institué dans un testament revêtu de sept cachets, mais dépourvu d'autres conditions exigées par le droit civil, comme la noncupation ou la mancipation, ou enfin à un posthume externe institué héritier, et dans d'autres cas encore.

---

(1) L. 4. § 2. D. 37. 4.

2° Les possessions de biens *ab intestat* étaient au nombre de huit, savoir ; *unde liberi*, *unde legitimi*, *unde decem personæ*, *unde cognati*, *tamquam ex familia*, *unde patronus patronaque*, *liberique eorum et parentes*, *unde vir et uxor*, *unde cognati manumissoris*.

*a.* — *Unde liberi* : celle accordée aux héritiers siens ou à ceux qui leur étaient assimilés.

*b.* — *Unde legitimi*, aux agnats, appelés légitimes.

*c.* — *Unde decem personæ* : pour comprendre cette possession de biens, il faut supposer que le défunt est un ingénu, mancipé sans contrat de fiducie et affranchi par son acheteur étranger. Nous avons dit plus haut (1), qu'un tel émancipateur empêchait le père de venir à la succession d'un fils émancipé, et l'on a pu croire qu'il y venait à la place du père. Une telle idée ne serait pas exacte. En effet, lorsque le père s'était fait remanciper son fils, par l'effet du contrat fiducie et l'avait ensuite émancipé lui-même, il venait à sa succession en second ordre, comme agnat, soit d'après le droit civil, soit d'après le droit prétorien ; tandis que l'étranger émancipateur n'aurait pu y venir que d'après le droit prétorien et en troisième ordre, c'est-à-dire après les dix personnes indiquées dans le texte, ou en second ordre, à défaut de ces dix personnes.

*d.* — *Unde cognati* : le préteur appelait, en troisième ordre, les cognats du défunt, ainsi qu'il a été expliqué plus haut (2). Dans notre texte, les cognats semblent figurer en quatrième ordre ; mais il n'en était ainsi que dans un cas exceptionnel; c'est-à-dire lorsque le défunt avait été émancipé par un manumisseur étranger : alors en effet, étaient appelés 1° les enfants du défunt ; 2° les dix personnes dont il vient d'être parlé ; 3° le manumisseur étranger ; 4° les cognats.

*e.* — *Tamquam ex familia* : sont appelés à cette possession pour succéder à un affranchi, à défaut d'un patron proprement dit et de ses enfants, les agnats de ce patron, comme remplaçant, pour l'affranchi, la famille et les agnats qu'il n'a point. Les agnats du patron viennent alors en troisième ordre, c'est-à-dire, 1° à défaut de postérité du défunt ; 2° à défaut du patron et de ses enfants.

*f.* — *Unde patronus patronaque, liberique eorum et parentes* : le préteur avait établi cette possession pour les ascendants du patron ingénu, et les enfants de la patronne ingénue, et, en outre, pour le patron ingénu du patron affranchi, à défaut de ce dernier et de ses

---

(1) P. 121. A la page 158, quand nous disons que l'émancipateur étranger n'avait aucun droit de succession relativement à l'émancipé, nous entendons parler d'une succession du droit civil. Quant à la possession de biens dont nous nous occupons, elle ne lui appartenait même qu'après les dix personnes désignées dans notre paragraphe; par conséquent, sous ce rapport, il était encore moins bien traité que le père émancipateur.

(2) P. 531.

enfants; en effet, lorsque le défunt était l'affranchi d'un autre affranchi, si celui-ci ne pouvait venir à la succession du défunt, et ne laissait pas d'enfants qui pussent y venir à sa place, le préteur ne pouvait y appeler ses agnats en troisième ordre, puisqu'il n'y en avait pas; alors il appelait le patron ingénu du patron, ses enfants et ses descendants (1).

*g.* — *Unde vir et uxor* : cette possession est donnée à l'époux survivant non divorcé (2).

*h.* — *Unde cognati manumissoris* : celle-ci appartient aux cognats du patron, pour la succession d'un affranchi, à défaut de postérité du défunt, à défaut aussi du patron, de ses enfants, de ses agnats et de l'époux survivant.

§ IV, Sed eas quidem prætoria induxit jurisdictio. Nobis tamen nihil incuriosum prætermissum est, sed nostris constitutionibus omnia corrigentes, *contra tabulas* quidem et *secundum tabulas* bonorum possessiones admisimus, utpote necessarias constitutas, nec non ab intestato, *unde liberi*, et *unde legitimi* bonorum possessiones. Quæ autem in prætoris edicto quinto loco posita fuerat, id est *unde decem personæ*, eam pio proposito et compendioso sermone supervacuam ostendimus : cum enim præfata bonorum possessio decem personas præponebat extraneo manumissori, nostra constitutio, quam de emancipatione liberorum fecimus, omnibus parentibus eisdemque manumissoribus contracta fiducia manumissionem facere dedit, ut ipsa manumissio eorum hoc in se habeat privilegium, et supervacua fiat prædicta bonorum possesio. Sublata igitur præfata quinta bonorum possessione, in gradum ejus sextum antea bonorum possessionem induximus, et quintam fecimus, quam prætor proximis cognatis pollicetur.

§ 4. C'était le préteur qui avait introduit ce système de succession; mais, ne voulant rien laisser sans examen et tout corriger par nos constitutions, nous avons commencé par maintenir, comme nécessaires, les possessions de biens *contra* et *secundum tabulas*, ainsi que celles *ab intestat*, *unde liberi* et *unde legitimi*. Quant à la possession de biens *unde decem personæ*, placée en cinquième ordre par l'édit du préteur, nous n'avons pas eu de peine à démontrer que, par suite de nos prescriptions bienveillantes, elle est devenue inutile : en effet, par cette possession de biens, le préteur préférait dix personnes au manumisseur étranger; or, par la constitution que nous avons promulguée sur l'émancipation des enfants, nous avons décidé que toute émancipation serait censée faite avec fiducie, par conséquent les droits de manumisseur appartenant toujours aux ascendants émancipateurs, la possession de biens *unde decem personæ* est devenue superflue. Ayant supprimé cette possession, nous avons placé au cinquième degré la possession de biens *unde cognati*, qui autrefois formait le sixième ordre.

---

(1) Voy. M. Ducaurroy, *hic*. Théophile croit qu'il s'agit ici d'un patron ingénu et de ses enfants, qui, ayant perdu le second rang, pourraient encore se présenter en deuxième ordre. Voyez aussi la constitution *de jure patronatus*, que Cujas (20 obs. 34) nous a fait connaître en la tirant des Basiliques : la L. 4. C. 6, 4, n'en est qu'un abrégé bien défiguré.

(2) L. 1. pr. et § 1. D. 38. 11.

§ V. Cumque antea septimo loco fuerat bonorum possessio *tamquam ex familia*, et octavo *unde liberi patroni patronæque et parentes eorum*, utramque per constitutionem nostram, quam de jure patronatus fecimus, penitus vacuavimus : cum enim ad similitudinem successionis ingenuorum libertinorum successiones posuimus, quas usque ad quintum tantummodo gradum coartavimus, ut sit aliqua inter ingenuos et libertos differentia, sufficit eis tam *contra tabulas* bonorum possessio, quam *unde legitimi* et *unde cognati*, ex quibus possint sua jura vindicare, omni scrupulositate et inextricabili errore duarum istarum bonorum possessionum resoluta.

§ 5. Auparavant la possession de biens *tamquam ex familia* occupait le septième rang, et celle appelée *unde liberi patroni patronæque et parentes eorum* occupait le huitième : mais, par la constitution que nous avons publiée sur le droit de patronage, nous les avons fait disparaître toutes deux entièrement : car, ayant assimilé la succession des affranchis à celle des ingénus, en la restreignant toutefois au cinquième degré, afin de laisser encore quelque différence entre les ingénus et les affranchis, il leur suffira pour faire valoir leurs droits, de recourir aux possessions de biens *contra tabulas*, *unde legitimi*, ou *unde cognati*. Par là se trouvent applanies les inextricables difficultés résultant des deux possessions de biens précitées.

§ VI. Aliam vero bonorum possessionem, quæ *unde vir et uxor* appellatur, et nono loco inter veteres bonorum possessiones posita fuerat, et in suo vigore servavimus, et altiore loco, id est sexto, eam posuimus, decima veteri bonorum possessione, quæ erat *unde cognati manumissoris*, propter causas enarratas, merito sublata : ut sex tantummodo bonorum possessiones ordinariæ permaneant, suo vigore pollentes.

§ 6. Quant à la possession de biens *unde vir et uxor*, placée au neuvième rang, nous la maintenons, en la plaçant plus haut, c'est-à-dire au sixième rang, et nous avons supprimé la dixième, appelée *unde cognati manumissoris*, pour les motifs ci-dessus indiqués. De sorte qu'il n'y aura plus que six possessions de biens ordinaires.

* Justinien ayant décidé que toute émancipation serait censée faite avec fiducie ; il n'y eut plus de manumisseur étranger, et par conséquent, il fut très-inutile de conserver la possession de biens *unde decem personæ*, qui n'avait été imaginée que pour préférer à ce manumisseur dix parents de l'émancipé. D'un autre côté, les modifications apportées par Justinien aux successions des affranchis, rendirent superflues les possessions de bien *tamquam ex familia*, *unde patronus*, etc., etc., *unde cognati manumissoris*. Il ne resta donc plus que 1° deux possessions de biens testamentaires, savoir : *secundum* et *contra tabulas* ; 2° quatre possessions de biens *ab intestat*, savoir : *unde liberi*, *unde legitimi*, *unde cognati* et *unde vir et uxor*. Ces six possessions de biens

s'appelèrent ordinaires, par opposition à celle dont il sera question au paragraphe suivant.

§ VII. Septima eas secuta, quam optima ratione prætores introduxerunt. Novissime enim promittitur edicto his etiam bonorum possessio, quibus ut detur, lege vel senatusconsulto vel constitutione comprehensum est, quam neque bonorum possessionibus, quæ ab intestato veniunt, neque iis, quæ ex testamento sunt, prætor stabili jure connumeravit, sed quasi ultimum et extraordinarium auxilium, prout res exigit, accommodavit scilicet his, qui ex legibus, senatusconsultis, constitutionibus principum ex novo jure, vel ex testamento, vel ab intestato veniunt.

§ 7. Vient enfin une septième possession de biens, introduite par le préteur avec beaucoup de raison. En effet, l'édit promet la possession de biens, en dernier lieu, à ceux à qui une loi, un senatusconsulte ou une constitution prescrivent de la donner. Elle n'est rangée dans aucun ordre fixe, ni dans les possessions *ab intestat*, ni dans les testamentaires; c'est un dernier moyen, extraordinaire, que le préteur a accordé suivant les circonstances, à ceux qui viennent à une succession testamentaire ou *ab intestat*, en vertu de lois, de sénatusconsultes ou de constitutions impériales.

* Cette possession de biens, appelée *uti ex legibus*, est celle qu'une loi, ou un autre monument législatif, ordonne nominativement de déférer. Telle est la possession de biens *contra tabulas* accordée à la patronne en vertu de la loi Papia Pappœa, par extension de celle que pouvait obtenir le patron (1); telle est, peut-être, la possesion de biens *secundum tabulas* accordée par suite d'un testament nuncupatif; telle est celle accordée au peuple en vertu de la loi *Julia caducaria* (2).

Elle diffère de la possession de biens *unde legitimi*, en ce que celle-ci se donne toujours *ab intestat*, d'après une règle générale, à ceux que le droit civil reconnaît comme héritiers légitimes.

§ VIII. Cum igitur plures species successionum prætor introduxisset, easque per ordinem disposuisset, et in unaquaque specie successionis sæpe plures extent dispari gradu personæ: ne actiones creditorum differrentur, sed haberent, quos convenirent, et ne facile in possessionem bonorum defuncti mitterentur, et eo modo sibi consulerent, ideo petendæ bonorum possessioni certum tempus præfinivit. Liberis itaque et parentibus tam naturalibus quam adoptivis

§ 8. Le préteur avait introduit plusieurs sortes de successions, qu'il avait rangées par ordre, et dans chaque ordre il y avait souvent des personnes placées à différents degrés. En conséquence, pour que les créanciers ne fussent pas dans la nécessité de retarder l'exercice de leurs droits, dans l'incertitude où ils pourraient être sur les personnes qu'ils devaient attaquer, et pour qu'ils ne se fissent pas envoyer en possession des biens du défunt, le préteur fixa un délai

(1) Ulp. fr. XXIX. 5 6. 7.
(2) Ulp. fr. XXVIII. 7.

in petenda bonorum possessione anni spatium, ceteris centum dierum dedit.

dans lequel la possession de biens pourrait être demandée : ce délai était d'une année pour les ascendants et descendants, tant naturels qu'adoptifs, et de cent jours pour les autres.

§ IX. Et si intra hoc tempus aliquis bonorum possessionem non petierit, ejusdem gradus personis accrescit; vel, si nemo sit deinceps, ceteris perinde bonorum possessionem ex successorio edicto pollicetur, acsi is, qui præcedebat, ex eo numero non esset. Si quis itaque delatam sibi bonorum possessionem repudiaverit, non, quousque tempus bonorum possessioni præfinitum excesserit, expectatur, sed statim ceteri ex eodem edicto admittuntur.

§ 9. Si dans un degré, quelqu'un omet de demander la possession de biens dans le délai, sa part accroît à ceux du même degré qui l'ont obtenue : s'il est seul de son degré, la possession de biens est ouverte, d'après l'édit successoral, à ceux du degré subséquent, comme si le degré précédent n'existait pas. Si donc un successeur répudie la possession de biens qui lui est dévolue, on n'attendra pas l'expiration du délai, les successeurs subséquents sont immédiatement appelés.

§ X. In petenda autem bonorum possessione dies utiles singuli considerantur. Sed bene anteriores principes et huic causæ providerunt, ne quis pro petenda bonorum possessione curet, sed, quocumque modo si admittentis eam indicium intra statuta tamen tempora ostenderit, plenum habeat earum beneficium.

§ 10. Pour le délai accordé relativement à la possession de biens, on ne compte que les jours utiles. Au reste, les empereurs qui nous ont précédé ont décidé avec raison qu'on ne serait pas obligé de demander la possession de biens; on l'a acquise du moment que, dans le délai, on a manifesté clairement l'intention de l'accepter.

## APPENDICE.

### Résumé des principes sur les successions avant les Novelles 118 & 127, & exposition du système de ces Novelles.

En nous reportant à l'époque où parurent les Novelles 118 et 117, nous trouvons, quant aux successions *ab intestat*, les résultats suivants, en faisant abstraction d'un fils de famille ou d'un fils émancipé :

— I^er^ ordre de succession, celui des descendants.

S'il s'agit d'un défunt, viennent lui succéder les *sui heredes* et ceux que le préteur appelle au même rang (les enfants non *sui* et les petits-enfants nés d'une fille). Ici la succession se partage par souches. Il ne se

rencontre qu'une irrégularité, savoir : lorsqu'il existe un fils émancipé et des petits-fils restés sous la puissance paternelle ; alors s'applique l'*edictum de conjungendis cum emancipato liberis*.

Si c'est d'une femme défunte qu'il s'agit, on appelle concurremment à sa succession ses fils et filles (en vertu du Sc. Orphitien), et les enfants de ses fils et filles prédécédés (en vertu de constitutions impériales) : ici également le partage se fait par souches.

—II[e] ordre de succession, celui des *legitimi*. Ici se présentent dans l'ordre suivant :

A. —La mère et les frères et sœurs germains, agnats ou émancipés.

B. —Les frères et sœurs seulement consanguins ou seulement utérins.

C. —Les agnats ou agnates du troisième degré, et concurremment avec eux les fils et filles d'un frère et d'une sœur prédécédés, germains, consanguins ou utérins, émancipés ou non.

D. — Les agnats d'un degré plus éloigné, suivant leur proximité.

Ceux qui sont appelés dans cet ordre partagent par têtes.

— III[e] ordre de succession, celui des cognats, suivant ce qui a été dit plus haut.

Il nous reste à résumer les nouveaux ordres de succession, d'après les Novelles. Les Novelles ont admis quatre classes d'héritiers *ab intestat*, savoir : 1° des descendants; 2° des ascendants, ainsi que des frères germains et de leurs descendants germains; 3° des frères et sœurs consanguins ou utérins, et de leurs descendants; 4° des autres collatéraux.

— I[er] ordre (celui des descendants). Ils succèdent à l'exclusion de tous autres, sans distinguer s'ils sont héritiers siens du défunt, émancipés, donnés en adoption, si le défunt est *sui* ou *alieni juris*. On admettait ici la représentation ; par conséquent les enfants d'un fils prédécédé remontaient à la place de leur père pour concourir avec les fils survivants du défunt. Le partage se faisait par souches (c. civ., 740, 743, 745).

Il est toutefois des cas ou d'autres personnes concourent avec les descendants, quant à la propriété ou quant à l'usufruit.

A. —La veuve, pauvre et sans dot, du défunt, vient prendre un quart dans sa succession, lorsqu'il n'a pas laissé plus de trois enfants, et, dans le cas contraire, une portion virile. Les enfants d'un fils prédécédé ne comptent que pour un : et peu importe que les enfants du défunt soient nés de la veuve ou de précédents mariages (L. 11. § 1. C. 5. 17. Nov. 22. c. 18. 30, Nov. 117. c. 5.). Si cette veuve ne concourait qu'avec ses propres enfants, il est probable que sa portion à réserve n'était qu'en usufruit.

B. —Lorsque le défunt était un fils de famille, laissant des descendants, le père conservait l'usufruit qui lui avait appartenu sur certains biens de son fils, pendant qu'il vivait.

C. —Le père concourait avec ses descendants venant à la succession de leur mère, conformément à une constitution de Théodose et de Valentinien (L. 3. C. 6. 60. L. 9. C. Th. 8. 18.) ; mais voici comment cela doit s'entendre : le père de famille en concours, quant à la succession de sa femme, avec des enfants qu'il avait sous sa puissance, avait droit à tout l'usufruit ;

si ces enfants ou descendants n'étaient pas sous sa puissance, il n'obtenait que l'usufruit d'une portion virile.

Toutefois ce concours du père n'était admis qu'autant que sa femme n'avait pas fait de testament.

— IIe ordre, celui des ascendants, des frères et sœurs germains et des enfants de frères et sœurs germains.

Dans cette seconde classe de successeurs, nous faisons figurer les enfants de frères et sœurs germains; mais non les petits-enfants, lesquels n'arrivent qu'en quatrième ordre (Nov. 118. C. 3.) : toutefois ils ne succèdent qu'à défaut d'ascendants du défunt. Si donc le défunt laisse des ascendants, des frères et sœurs germains, des fils de frère prédécédé et des frères ou sœurs consanguins ou utérins, viendront en second ordre les ascendants, concurremment avec les frères et sœurs germains; en troisième ordre les enfants de frères et sœurs germains prédécédes; en quatrième ordre les frères et sœurs consanguins ou utérins. De sorte que, d'après la Novelle 118, les enfants de frères et sœurs germains prédécédés ne venaient pas, par représentation, concourir avec les ascendants, frères et sœurs germains du défunt. Ils furent admis à concourir, dans cette hypothèse, au moyen de la représentation, par la Novelle 127 : mais non dans le cas où il n'y avait ni frères ni sœurs germains du défunt.

Pour régler les droits de succession dans le second ordre, il faut distinguer plusieurs hypothèses :

A. — Si le défunt n'a laissé que des ascendants, le degré le plus proche exclut les autres; s'il en a laissé plusieurs au même degré, et dans la même ligne, ils partageront par têtes : si ces ascendants appartiennent aux deux lignes, la succession se partagera par moitié entre les deux lignes, et, dans chaque ligne, la moitié y afférente appartiendra à l'ascendant le plus proche, et, s'ils sont plusieurs au même degré dans une ligne, cette moitié se partagera par têtes entre eux; il n'y a pas de refente, ainsi le veut la Novelle 117. c. 2. (C. civ. 746.)

B. — Si le défunt n'a laissé que des frères et sœurs germains, ils partageront par têtes. Si, en outre, il a laissé des neveux, fils de frères ou sœurs germains prédécédés, ces neveux viendront par représentation avec leurs oncles et tantes. Mais, s'il n'a laissé que des enfants de frères et sœurs germains, ils viendront encore par représentation, conformément à l'opinion d'Accurse, par conséquent ils partageront par souches (C. civ. 742) (1).

C. — Si le défunt a laissé des ascendants avec des frères et sœurs germains, ils partageront par têtes : dans ce cas la succession ne se divisera pas en deux lignes (Nov. 118. c. 2.). S'il a laissé en outre des enfants de frères ou sœurs, ceux-ci seront exclus d'après la Novelle 118; mais ils viendront prendre une part par représentation, d'après la Novelle 127.

D. — Si le défunt a laissé des ascendants et des descendants de frères ou sœurs, ceux-ci seront exclus par les ascendants.

— IIIe ordre, comprenant les frères ou sœurs consanguins ou utérins, et les enfants de ceux-ci prédécédés.

---

(1) Voyez Vangerow, t. c. t. 2. p. 62.

Une opinion assez répandue veut que les frères et sœurs consanguins et utérins ne viennent à la succession d'un frère que pour les biens qui viennent, pour les consanguins, de la ligne paternelle, et pour les utérins, de la ligne maternelle. D'après l'article 752 du code civil, on fait une masse de tous les biens du défunt, puis, le tout se partageant en deux lignes, les germains prennent une portion virile dans chaque ligne, et les autres une portion virile dans l'une ou l'autre ligne. D'après Vangerow (l. c. t. 2. p. 67), les germains venant en second ordre n'admettaient pas le concours des consanguins et des utérins (1); et, lorsque ceux-ci arrivaient, en troisième ordre, ils partageaient par têtes toute la succession, sans aucune distinction de biens.

— IV^e^ ordre, comprenant tous les autres collatéraux.

## *Questions sur les successions* ab intestat.

*Quels furent, dans l'origine, les différents ordres de successions* ab intestat? *pag.* 499 * *et* 532 *. — *Qu'entend-on par héritiers siens*? 501 *. — *Comment-ceux-ci deviennent-ils héritiers siens*? **. — *Quels sont ceux qui, n'étant pas sous la puissance du* de cujus *au moment de sa mort, deviennent cependant ses héritiers siens*? 502 *. — *Réciproquement n'y a-t-il pas des héritiers siens qui n'ont cependant pas l'hérédité du* de cujus? 502 **. — *Comment se partage une succession*? 503 *. — *A quelle époque se reporte-t-on pour savoir quel est le descendant qui est héritier sien*? 504 *. — Quid *des petits-enfants conçus depuis le décès de leur aïeul*? 505 *. — *D'après quel droit un émancipé venait-il, en premier ordre, à la succession de son père émancipateur*? 506 *. — Quid *de l'enfant donné en adoption, relativement à la succession de son père naturel*? 507 *. — Quid, *relativement à la succession de son père adoptif*? 508 * — *L'enfant adoptif, émancipé par son père adoptif depuis la mort de son père naturel, ne pouvait-il pas venir à la succession de celui-ci comme cognat*? 509, § 13. — *Quel était le but des possessions de biens* contra tabulas *et* unde liberi? 509 *. — *Qu'a statué Justinien, en faveur des enfants donnés en adoption, relativement à la succession de leur père naturel*? 511 *. — *Justinien n'a-t-il pas appelé les enfants de fille à la succession de leur aïeul maternel*? 512, § 15 *et* 513 * — *Les appelait-il à cette succession pour toute la part qui y aurait prise leur mère*? 514 *.

*Quel est le second ordre de succession*? 515, *pr.* — *Qu'entend-on par agnats*? 515, § 1 *et* 516 *. — *Les agnates étaient-elles appelées aussi bien que les agnats*? 518 *. — *Justinien n'a-t-il pas appelé en second ordre les sœurs utérines et les enfants de sœurs consanguines ou utérines*? 519 *. — *Quel est le résultat de toutes les modifications apportées successivement au second ordre de succession*? 520 *. — *A quelle époque se reporte-t-on pour savoir quel est l'agnat le plus proche*? 521, § 6. — *Quelle différence y a-t-il entre la dévolution et la représentation*? 522 *. — *A quel titre le père émancipateur venait-il à la succession de son fils émancipé*? 524 *.

---

(1) Nov. 85. 118.

*Les femmes venaient-elles à la succession de leurs enfants, et dans quel ordre? 524 **. — Qu'a décidé à ce sujet le Sc. Tertullien? 525 *. — Quels étaient ceux cependant qui restaient préférés à la mère? 526 *. — Quels changements furent apportés plus tard au droit de succession conféré à la mère par le Sc. Tertullien? 527 *. — Quelles furent les dernières modifications apportées à ce droit par Justinien? 528 *.*

*Les enfants avaient-ils le droit de succéder à leur mère, en second ordre? Quel fut le Sc. qui leur conféra ce droit? 529 *.*

*Quels furent les parents qui vinrent en troisième ordre, à la place des gentils? 532 *. — Le préteur, en appelant les cognats, a-t-il égard à la parenté civile? 533 * et **. — Quid des enfants nés d'un concubinat? 531 *. Jusqu'à quel degré le préteur appelle-t-il les cognats? 534 *.*

*Comment compte-t-on les degrés de cognation, et quels sont les noms des parents à chaque degré? 537 * et 538 (le tableau).*

*Par quels monuments de législation la succession des affranchis a-t-elle été reglée? 541 *. — Comment était-elle réglée par la loi des Douze Tables? 541 **. — Comment par le droit prétorien? 542 2°. — Comment par la loi Papia Poppæa? 543 3°. — Comment par Justinien? 545 4°. — Quid de l'affranchi Latin Junien? 546 *.*

*Qu'est-ce que l'assignation des affranchis? 547 pr. — A qui le père de famille peut-il faire une assignation? 548 *. — Comment doit être faite l'assignation? 549, § 3.*

*Qu'est-ce que la possession de biens en général? 549 *. — Dans quel but les possessions de biens ont-elles été introduites par le préteur? 553 *. — Quel intérêt pouvait trouver un héritier légitime à recourir à la possession de biens? 554 *. — Quelle est la plus grande division des possessions de biens? 555 *. — Combien y avait-il de possessions de biens testamentaires? 555, 1° *. — A qui était donnée la possession de biens* contra tabulas? *555, a. — A qui la possession* secundum tabulas? *555, a bis. — Combien y avait-il de possessions de biens* ab intestat? *556, 2°. — Combien de possessions de biens conserva Justinien? 558 *. — Qu'est-ce que la possession de biens* uti ex legibus? *559 *.*

## TITULUS X.

### DE ACQUISITIONE PER ARROGATIONEM.

Pr. Est et alterius generis per universitatem successio, quæ neque lege duodecim tabularum, neque prætoris edicto, sed eo jure, quod consensu receptum est, introducta est.

§ 1. Ecce enim, cum paterfamilias sese in arrogationem dat, omnes res ejus corporales, et incorporales, quæ-

## TITRE X.

### DE L'ACQUISITION PAR ADROGATION.

Pr. Il y a un autre mode d'acquérir à titre universel, qui a été introduit par un consentement tacite, et non par la loi des Douze Tables ou par le droit prétorien.

§ 1. Quand un père de famille se donnait en adrogation, son adrogateur acquérait de plein droit tous ses

que ei debitæ sunt, arrogatori ante quidem pleno jure acquirebantur, exceptis his, quæ per capitis deminutionem pereunt, quales sunt operarum obligationes, et jus agnationis. Usus etenim et ususfructus, licet his antea connumerabantur, attamen capitis deminutione minima eos tolli nostra prohibuit constitutio.

biens corporels et incorporels, ainsi que ses droits, à l'exception cependant de ceux de ces droits qui s'éteignaient par la déchéance d'état, tels que les droits à des services, dûs par des affranchis, et le droit d'agnation. Les droits d'usage et d'usufruit s'éteignaient également par la petite déchéance d'état; mais notre constitution a décidé qu'ils ne s'éteindraient plus ainsi.

* L'adrogé en devenant fils de famille, ne pouvait plus avoir de patrimoine, tous ses biens se trouvaient absorbés dans les biens du père adrogateur : il en était de même du patrimoine de la femme qui passait *in manum*, il se confondait avec le patrimoine de son mari ou de celui qui exerçait sur son mari la puissance paternelle. En effet, dans une *familia*, il n'y a qu'un seul patrimoine commun, et les pécules, qui dérogent à la règle, n'y dérogent que dans les hypothèses pour lesquelles ils ont été créés : or, les biens qu'un adrogé ou qu'une femme tombant *in manum* possédait auparavant, ne pouvaient être considérés comme constituant un pécule castrens ou quasi-castrens, à cette époque; et au moment de la déchéance d'état de l'adrogé ou de la femme, ils ne perdaient pas leur caractère pour revêtir celui de pécule castrens ou quasi-castrens, ces pécules n'existant qu'en vertu d'un privilége attaché à une fonction exercée par un fils de famille lors de leur acquisition.

Les biens de l'adrogé ou de la femme, comprenaient les choses corporelles et incorporelles, par conséquent les créances. Celles-ci étaient donc également acquises à l'adrogateur ou au mari.

** Mais l'adrogateur ou le mari, ne pouvait acquérir ainsi, à titre universel, les droits qui n'avaient d'autre durée que celle de la *suitas* de l'adrogé ou de la femme, qui étaient purement personnels à l'un ou à l'autre. Or, l'usage, l'usufruit, l'agnation, le droit à des services de la part d'un affranchi, étaient des droits purement personnels à l'adrogé ou à la femme, qui, par conséquent, s'éteignaient par la petite déchéance d'état.

Nous avons déjà parlé plus haut, pag. 273, de l'extinction de l'usufruit et de l'usage par toute déchéance d'état de l'usufruitier et de l'usager. Justinien n'admit point ce moyen d'extinction, parce qu'il ne reconnaissait plus à la petite déchéance d'état les effets qu'y attachait l'ancien droit. Mais, sous Justinien lui-même, l'adrogé rompt ses rapports d'agnation avec ses anciens agnats; puisqu'il les perd par

le fait de l'adrogation, il est clair que l'adrogateur ne pouvait les acquérir.

Quant aux *operarum obligationes*, on entend par là les services que doit un affranchi à son patron, en reconnaissance de la liberté qu'il en a reçue : l'affranchi n'y est tenu que par une obligation naturelle; mais celle-ci se transforme en obligation civile lorsqu'elle a été sanctionnée par un serment ou par une stipulation (1). Ces *operæ*, appelées *officiales* parce qu'elles prennent leur origine dans un *officium*, un devoir ou une obligation naturelle, quoique sanctionnées, ainsi que nous venons de le dire, n'étaient pas transmissibles, et s'éteignaient par l'adrogation (2). Mais il ne faut pas confondre avec elles d autres *operæ* qu'on appelle *fabriles*, et qui sont transmissibles. En effet, un affranchi exerçant un métier, pouvait louer son travail; il pouvait promettre un ouvrage comme artisan, moyennant un prix : si donc un adrogé avait loué le travail de son affranchi, le droit, qui lui compétait en vertu de ce louage, était acquis à l'adrogateur (3).

§ II. Nunc autem nos eandem acquisitionem, quæ per arrogationem fiebat, coartavimus ad similitudinem naturalium parentum : nihil etenim aliud, nisi tantummodo ususfructus, tam naturalibus patribus quam adoptivis per filiosfamilias acquiritur in his rebus, quæ extrinsecus filiis obveniunt, dominio eis integro servato; mortuo autem filio arrogato in adoptiva familia, etiam dominium ejus ad arrogatorem pertransit, nisi supersint aliæ personæ, quæ ex nostra constitutione patrem in his, quæ acquiri non possunt, antecedant.

§ 2. Mais nous avons restreint l'acquisition par adrogation dans les limites de l'acquisition d'un père sur les biens de ses enfants naturels. le père naturel ou adrogateur n'acquiert que l'usufruit par ses fils de famille, quant aux acquisitions faites par ces derniers d'une source étrangère, les fils de famille en conservant la nue-propriété : et si l'adrogé vient à mourir dans la famille adoptive, sa propriété passera au père adrogateur, à moins qu'il n'y ait quelques autres personnes qui, d'après notre constitution, doivent lui être préférées, relativement aux choses que celui-ci n'a pu acquérir.

* Justinien a appliqué les principes du pécule adventice au patrimoine de l'adrogé : celui-ci conservera donc la nue-propriété de tous ses biens, l'usufruit en appartiendra à l'adrogateur; et, au décès de l'adrogé, sa succession sera ouverte au profit 1° de ses enfants; 2° de ses frères et sœurs; 3° de l'adrogateur (4). L'adrogation n'est donc plus un mode d'acquérir *per universitatem*.

(1) Gaius, III. 83. LL. 5. 7. 23. D. 38. 1.
(2) L. 9. § 1 L. 6 D. 38. 1.
(3) LL. 10. 12. D. *ibid.*
(4) Voyez ci-dessus p. 348, et note 1 de cette même page.

§ III. Sed ex diverso, pro eo, quod is debuit, qui se in adoptionem dedit, ipso quidem jure arrogator non tenetur, sed nomine filii convenietur, et, si noluerit eum defendere, permittitur creditoribus per competentes nostros magistratus, bona, quæ eorum cum usufructu futura fuissent, si se alieno juri subjecissent, possidere et legitimo modo ea disponere.

§ 3. A l'inverse, l'adrogateur n'est pas tenu, d'après le droit civil, des obligations de l'adrogé, antérieures à l'adrogation : cependant il pourra être actionné au nom de l'adrogé; et s'il refuse de le défendre, les créanciers seront autorisés, par les magistrats compétents, à se mettre en possession des biens qui, sans l'adrogation, seraient restés en pleine propriété à l'adrogé, et à procéder ensuite par les voies ordinaires d'exécution.

* L'adrogateur succédait *per universitatem* aux biens de l'adrogé; toutefois, s'il était investi de tout son actif ce n'était que par l'effet de la puissance paternelle, qui ne permettait pas à un fils de famille (à moins d'une exception) d'avoir un patrimoine, d'être propriétaire ou créancier en son nom personnel. De même que tout ce qu'il acquérait, pendant qu'il était en puisance, était acquis à son père, de même tout ce qu'il avait au moment où il tombait en puissance par l'adrogation, appartenait à l'adrogateur. Si celui-ci acquérait les biens de l'adrogé *per universitatem*, ce n'était donc pas par ce qu'il continuait sa personne comme le fait un héritier, et par conséquent il ne lui était pas substitué quant aux obligations (1).

L'adrogé ne restait pas soumis civilement aux obligations contractées par lui pendant qu'il était *sui juris*, parce que la déchéance d'état qu'il avait éprouvée, avait fait disparaître son ancienne *persona* (2).

D'un autre côté, le droit civil ne donnait à ses créanciers aucune action directe contre l'adrogateur, parce qu'il n'était pas le continuateur de l'adrogé; il ne leur donnait non plus, contre lui, aucune action indirecte, *nomine filii*, puisqu'un fils de famille ne pouvait jamais, par ses actes, obliger son père (3). Les créanciers de l'adrogé n'avaient donc plus d'action contre personne.

Mais le droit prétorien venait au secours des créanciers, qui avaient dû compter sur le patrimoine de leur débiteur; ceux-ci avaient le droit de faire rescinder les effets de la petite déchéance d'état, de faire considérer l'adrogé comme n'ayant pas été déchu d'état, de le poursuivre comme s'il était resté *sui juris*, pour obtenir satisfaction sur son patri-

---

(1) Celui qui n'est que successeur aux biens n'est pas tenu personnellement des obligations de son auteur, il ne peut en être tenu que comme détenteur de la masse, gage commun des créanciers: et le droit civil ne donnait pas même d'action contre le détenteur en cette qualité; on n'arrivait à le contraindre que par le secours du préteur.

(2) Gaius, IV. 38.

(3) Il ne le pouvait pas plus par un acte antérieur à l'adrogation que par un acte postérieur.

moine, et, comme il ne pouvait pas répondre lui-même, si l'adrogateur ne venait pas le défendre, ils le faisaient considérer comme insolvable ou absent, obtenaient l'envoi en possession de tous ses biens, pour les faire vendre en masse, ou en détail, ou se les partager (1).

## TITULUS XI.

### DE EO, CUI LIBERTATIS CAUSA BONA ADDICUNTUR.

Pr. Accessit novus casus successionis ex constitutione divi Marci. Nam si hi, qui libertatem acceperunt a domino in testamento, ex quo non aditur hereditas, velint bona sibi addici libertatium conservandarum causa, audiuntur.

## TITRE XI.

### DE CELUI A QUI LES BIENS SONT ADJUGÉS EN FAVEUR DE LA LIBERTÉ.

Pr. Il s'est introduit une nouvelle espèce de succession en vertu d'une constitution de Marc-Aurèle. En effet, si ceux qui ont été affranchis par le testament de leur maître, veulent, à défaut d'adition d'hérédité de la part de l'institué, se faire adjuger les biens de leur maître, afin de maintenir les affranchissements, ils seront accueillis dans leur demande.

*Cette succession anomale semble n'avoir été établie d'abord qu'en faveur des esclaves affranchis par le testateur : mais quoique Marc-Aurèle ne parle que d'eux dans son rescrit, Gordien a étendu positivement cette succession à toute autre personne; et il parait que Marc-Aurèle lui-même avait admis cette extension (2).

§ 1. Et ita rescripto divi Marci ad Popilium Rufum continetur. Verba rescripti ita se habent : *Si Virginio Valenti, qui testamento suo libertatem quibusdam adscripsit, nemine successore ab intestato existente, in ea causa bona esse cœperunt, ut veniri debeant : is, cujus de ea re notio est, aditus rationem desiderii tui habebit, ut libertatium, tam earum, quæ*

§ 1. Voici les termes du rescrit que Marc-Aurèle adressa à Popilius Rufus : « Si les biens de Virginius Valens, qui a fait certains affranchissements par testament, sont sur le » point d'être vendus en masse, parce » qu'il n'a aucun héritier *ab intestat*, » vous pouvez vous adresser au magistrat compétent et lui demander » qu'il vous adjuge ces biens, afin

(1) Gaius, III. 84. Quelques auteurs pensent avec raison, à notre avis, que le père n'était pas actionné *nomine filii*, comme semble le dire notre texte ; que, la rescision de la déchéance d'état étant obtenue, l'adrogé était actionné lui-même, et que, si le père adrogateur ne venait pas prendre son fait et cause, l'adrogé était considéré comme absent. Or, dans le cas d'absence du débiteur, les créanciers pouvaient obtenir l'envoi en possession de ses biens. L. 2. § 1. D. 4. 5. Voyez Schrader, *hic*. Il ne faut pas confondre cette voie indirecte, employée contre l'adrogateur, avec l'action *de peculio* exercée contre le père pour les obligations de son fils : car cette action supposait que le père avait confié un pécule à son fils, pour l'administrer; or cette supposition n'est pas possible pour les obligations contractées par quelqu'un avant son adrogation. L. 42. D. 15. 1.

(2) LL. 6. 15. 6. 7. 2. L. 50. D. 40. 4.

*directo, quam earum, quæ per speciem fideicommissi relictæ sunt, tuendarum gratia, addicantur tibi, si idonee creditoribus caveris de solido, quod cuique debetur, solvendo. Et hi quidem, quibus directa libertas data est, perinde liberi erunt, acsi hereditas adita esset; hi autem, quos heres rogatus est manumittere, a te libertatem consequentur, ita ut, si non alia condicione velis bona tibi addici, quam ut etiam, qui directo libertatem acceperunt, tui liberti fiant: nam huic etiam voluntati tuæ, si hi, de quorum statu agitur, consentiant, auctoritatem nostram accommodavimus. Et, ne hujus rescriptionis nostræ emolumentum alia ratione irritum fiat, si fiscus bona agnoscere voluerit, et hi, qui rebus nostris attendunt, scient, commodo pecuniario præferendam libertatis causam, et ita bona cogenda, ut libertas his salva sit, qui eam adipisci potuerunt, si hereditas ex testamento adita esset.*

» de maintenir les affranchissements » soit directs, soit fidéicommissaires, » sous la condition que vous garantis- » siez aux créanciers leur payement » intégral. Alors ceux qui étaient » affranchis directement obtiendront » la liberté comme s'il y avait eu adi- » tion d'hérédité; et ceux qui l'é- » taient par fidéicommis seront affran- » chis par vous : et même vous pour- » rez mettre pour condition à l'adju- » dication de ces biens en votre fa- » veur que vous aurez aussi pour » affranchis ceux qui étaient affran- » chis directement par le testament : » car, s'ils consentent à votre de- » mande, nous la sanctionnons de » notre autorité. Et, de peur que le » but de notre rescrit ne soit point » atteint, attendu que les agents du » fisc voudraient s'emparer de la suc- » cession, qu'ils sachent que nous » préférons la liberté à tout avantage » pécuniaire, que par conséquent les » biens du défunt ne seront obtenus » qu'à la condition de maintenir les » affranchissements qui auraient eu » lieu s'il y avait eu adition d'héré- » dité. »

§ II. Hoc rescripto subventum est et libertatibus, et defunctis, ne bona eorum a creditoribus possideantur et veneant. Certe, si fuerint ex hac causa bona addicta, cessat bonorum venditio : extitit enim defuncti defensor, et quidem idoneus, qui de solido creditoribus cavet.

§ 2. Ce rescrit a pourvu aux intérêts de la liberté d'abord, et ensuite aux intérêts du défunt, dont les biens ne seront pas saisis par les créanciers pour être vendus en masse. En effet, si le patrimoine du défunt est adjugé, comme nous venons de le dire, il n'y aura plus lieu de vendre ses biens en masse, puisque le défunt a un représentant solvable, qui garantit le payement intégral de ses dettes.

* Lorsque quelqu'un mourait insolvable, sans héritier testamentaire ou *ab intestat*, ses créanciers obtenaient du préteur l'envoi en possession de tous ses biens, puis ensuite vendaient en masse tout son patrimoine à un *emptor bonorum*, qui en disposait comme il l'entendait. Le prix qu'il avait donné pour son acquisition, était distribué entre tous les

créanciers au marc le franc. Cette vente en masse entraînait pour le défunt une note d'infamie qu'il était de son intérêt d'éviter; or elle était évitée, dans notre espèce, par la défense de l'adjudicataire, qui se portait garant de la totalité des obligations du défunt.

Un vivant insolvable était exécuté de la même manière par ses créanciers, lorsqu'il ne se présentait personne qui voulût lui sauver l'honneur. Nous exposerons, sous le titre suivant, les formalités de cette exécution, ainsi que ses conséquences. Disons dès maintenant que les délais accordés à un vivant insolvable, pour le mettre à même de trouver un satisfaction à ses créanciers, étaient réduits de moitié lorsqu'il s'agissait d'exécuter un défunt (1).

§ III. Inprimis hoc rescriptum totiens locum habet, quotiens testamento libertates datæ sunt. Quid ergo, si quis intestatus decedens, codicillis libertates dederit, neque adita sit ab intestato hereditas? Favor constitutionis debebit locum habere. Certe, si testatus decedat, et codicillis dederit libertatem, competere eam nemini dubium est.

§ 3. Ce rescrit était principalement applicable au cas ou des esclaves étaient affranchis par testament. Mais que doit-on décider quand quelqu'un est mort intestat, ne laissant des libertés que par codicille, lorsque personne ne se présente pour faire adition d'hérédité *ab intestat*? On applique le rescrit par faveur. Au reste, il est certain que ce rescrit s'appliquera aux libertés laissées par codicille, lorsque le défunt sera mort avec un testament.

§ IV. Tunc constitutioni locum esse verba ostendunt, cum nemo successor ab intestato existat : ergo quamdiu incertum sit, utrum existat, an non, cessabit constitutio; si certum esse cœperit, neminem extare, tunc erit constitutioni locus.

§ 4. Les termes du rescrit indiquent qu'il s'applique au cas où il n'y a pas d'héritiers *ab intestat* : ainsi, tant qu'il y aura incertitude sur la question de savoir s'il y aura un héritier *ab intestat*, ou s'il n'y en aura point, l'application du rescrit sera suspendue.

§ V. Si is, qui in integrum restitui potest, abstinuit se ab hereditate, an, quamvis potest in integrum restitui, potest admitti constitutio, et addictio bonorum fieri? Quid ergo, si post addictionem libertatium conservandarum causa factam in integrum sit restitutus? Utique non erit dicendum, revocari libertates, quæ semel competierunt.

§ 5. Si l'héritier *ab intestat*, qui s'est abstenu de l'hérédité, peut se faire restituer en entier contre son abstention, le rescrit sera-t-il applicable et les biens du défunt seront-ils adjugés? Sans doute. Mais qu'arrivera-t-il si, après cette adjudication et les libertés qui en ont été la suite, l'héritier, qui s'est abstenu, se fait restituer en entier? Les liber-

(1) Voyez notre Zimmern traduit, p. 128.-132. 229.-238. 244.-250.

tés, une fois obtenues, ne seront pas révoquées.

L'adjudication des biens d'un défunt est permise dans l'intérêt des esclaves affranchis, et surtout pour sauver l'honneur du défunt des conséquences d'une vente en masse obtenue sur la poursuite de ses créanciers. Il parait que cette dernière considération était la plus puissante; car, lorsque le testament contenant des affranchissements tombait, par suite du refus de l'héritier institué de faire adition, si les héritiers *ab intestat*, même le fisc, recueillaient la succession, il n'y avait pas lieu à l'adjudication, et les affranchissements étaient nuls. Alors, en effet, les biens ne pouvaient plus être vendus en masse par les créanciers du défunt; c'était le successeur qui se trouvait dorénavant soumis personnellement aux dettes, et, s'il ne les acquittait point, l'exécution était dirigée contre lui; parconséquent l'infamie qui en résultait s'attachait à son nom (1).

Tant qu'on n'était pas certain de ne trouver aucun successeur au défunt, le rescrit de Marc-Aurèle ne pouvait être invoqué. Or, quand le seul héritier *ab intestat* était mineur de vingt-cinq ans, si, étant héritier sien, il s'était abstenu, ou si, n'étant pas héritier sien, il avait répudié la succession, il pouvait être restitué en entier contre son abstention dans le premier cas, contre sa répudiation dans le second cas; on pouvait donc dire alors qu'on n'était pas certain de ne pas trouver de successeur au défunt. Mais, dans cette hypothèse, le rescrit de Marc-Aurèle sera applicable, et, une fois les libertés obtenues, elles ne seront pas révoquées par l'effet de la restitution en entier.

§ VI. Hæc constitutio libertatium tuendarum causa introducta est: ergo, si libertates nullæ sint datæ, cessat constitutio. Quid ergo, si vivus dedit libertates, vel mortis causæ, et, ne de hoc quæratur, utrum in fraudem creditorum, an non factum sit, idcirco velint addici sibi bona, an audiendi sunt? Et magis est, ut audiri debeant, etsi deficiant verba constitutionis.

§ 6. Cette constitution avait pour but de maintenir les affranchissements; elle ne peut donc avoir d'application lorsque le défunt n'a pas donné la liberté à des esclaves. Que décider cependant s'il a donné la liberté entre-vifs ou pour cause de mort, et que les affranchis, pour éviter que les créanciers n'attaquent les affranchissements comme ayant été faits en fraude de leurs droits, demandent qu'on leur adjuge les biens du défunt? Quoique les termes de la constitution ne parlent point de ce cas, leur demande doit être accueillie.

(1) Si le fisc, les créanciers du défunt étant déjà en possession des biens de celui-ci, se les faisait adjuger, il ne venait pas alors comme successeur régulier, mais comme adjudicataire en vertu du rescrit; et alors il devait maintenir les libertés. L. 4. § 17. D. 40. 5.

§ VII. Sed cum multas divisiones hujusmodi constitutioni deesse perspeximus, lata est a nobis plenissima constitutio, in quam multæ species collatæ sunt, quibus jus hujusmodi successionis plenissimum est effectum, quas ex ipsa lectione constitutionis potest quis cognoscere.

§ 7. Nous étant aperçu des lacunes nombreuses de ce rescrit, nous avons publié une constitution très-détaillée, dans laquelle nous avons fait entrer toutes les espèces qui complètent cette partie de la législation : on s'en convaincra en en parcourant les dispositions.

## TITULUS XII.

### DE SUCCESSIONIBUS SUBLATIS, QUÆ FIEBANT PER BONORUM VENDITIONEM ET EX SENATUSCONSULTO CLAUDIANO.

Pr. Erant ante prædictam successionem olim et aliæ per universitatem successiones. Qualis fuerat bonorum emptio, quæ de bonis debitoris vendendis per multas ambages fuerat introducta, et tunc locum habebat, quando judicia ordinaria in usu fuerunt : sed cum extraordinariis judiciis posteritas usa est, ideo cum ipsis ordinariis judiciis etiam bonorum venditiones expiraverunt, et tantummodo creditoribus datur officio judicis bona possidere, et prout eis utile visum fuerit, ea disponere, quod ex latioribus Digestorum libris perfectius apparebit.

## TITRE XII.

### DES SUCCESSIONS SUPPRIMÉES, QUI AVAIENT LIEU PAR LA VENTE DES BIENS ET PAR L'EFFET DU SÉNATUSCONSULTE CLAUDIEN.

Pr. Outre la succession dont nous venons de parler, il y avait autrefois d'autres successions par universalité ; telle était la vente des biens d'un débiteur, hérissée d'un grand nombre de formalités, et qui se faisait à l'époque où la procédure ordinaire fut en vigueur. Plus tard, cette procédure ayant été remplacée par la procédure extraordinaire, avec elle disparut la vente des biens, et dès-lors les créanciers ont pu seulement obtenir du juge la possession des biens de leur débiteur, pour en disposer comme il leur plairait, ainsi qu'on peut le voir plus amplement au Digeste.

* Lorsqu'un débiteur était insolvable, ou cherchait à échapper aux poursuites de ses créanciers, ceux-ci ont pu de tout temps exercer contre lui des voies de contrainte qui, suivant les époques, ont varié dans leurs modes et dans leurs conséquences. Il est nécessaire, pour l'intelligence de notre texte, de parcourir rapidement toutes ces époques, savoir, celle des actions de la loi, celle du système formulaire, celle enfin du dernier système de procédure, qu'on appelle extraordinaire.

I° Époque: *Des actions de la loi.*—Lorsqu'un débiteur avait été condamné envers son créancier (*judicatus*) ou qu'il avait avoué sa dette,

ce qui était la même chose (1), on lui accordait un délai de trente jours pour aviser aux moyens d'exécuter sa condamnation; ce délai s'appelait *legitimum tempus*, *dies justi* (2). Les trente jours étant expirés sans satisfaction, le créancier appelait ou traînait son débiteur *in jus*, c'est-à-dire, devant le magistrat; là il l'appréhendait au corps (*manum injiciebat*), et, si personne ne se présentait pour prendre le fait et cause du débiteur, il se le faisait attribuer comme *addictus*. Si, pour empêcher cette *addiction* ou *adjudication*, quelqu'un, appelé *vindex*, prenait le fait et cause du débiteur, sa défense, il se substituait à lui pour les suites de la condamnation; par conséquent, le débiteur se trouvait libéré.

Lorsque, à défaut d'un *vindex*, le débiteur était *addictus* à son créancier, celui-ci le conduisait dans sa maison, le chargeait de fers (3), lui donnait la nourriture et la litière des esclaves. L'*addictio* durait soixante jours, pendant lesquels le créancier conduisait son débiteur sur la place publique, à trois *nundinæ* différentes, et publiait le montant de la condamnation (*prædicabat quantæ pecuniæ judicatus esset*). Si, pendant ces soixante jours, le débiteur n'était point parvenu à attendrir son créancier ou à obtenir une transaction; ou si un *vindex* n'était point venu prendre sa défense, il perdait son *caput*; il fallait qu'il fût tué ou vendu comme esclave *trans Tiberim* (4). Lorsqu'il y avait plusieurs créanciers, etqu'ils le tuaient, ils s'en partageaient les membres en proportion de leurs créances (5); et s'ils le vendaient, *trans Tiberim*, le prix de la vente était entre eux distribué dans la même proportion.

Il est bien évident que cette ancienne voie d'exécution aboutissait à la grande déchéance d'état du débiteur : mais elle n'amenait pas, pour les créanciers, l'acquisition *per universitatem* de ses biens; le débiteur n'étant contraint que sur sa personne, ses biens étaient dévolus à ses héritiers.

II° Epoque: *Du système formulaire.* —Lorsqu'un citoyen avait subi une condamnation, son créancier se faisait envoyer, par le préteur, en possession de ses biens, après le délai de trente jours, indiqué ci-dessus. Cet envoi en possession avait été substitué à la *manus injectio* (6). Cet envoi en possession était accordé, lorsqu'il y avait plusieurs créan-

---

(1) *Confessus in jure pro judicato habetur.*

(2) L. 4. § 5. L. 7. D. 42. 1. Aul. Gell. XX. 1. Festus, v. *Justi*. Macrob. Sat. 1. 16.

(3) D'après la loi des Douze tables, le poids des chaînes ne devait point excéder quinze livres; et il était permis à l'*addictus* de pourvoir lui-même à sa subsistance.

(4) Aul. Gell. Ib. Pithou, J Godef. et Dirksen. Voyez aussi le passage de la loi des XII tables dans l'histoire romaine de M. Giraud, p. 471 et suiv.

(5) Trois auteurs du troisième siècle, Aulu-Gelle, Quintilien et Tertullien, affirment que, chez les anciens Romains, on tuait réellement le débiteur pour s'en partager le cadavre. Aul. Gell. l. c. Quinct. III. 6. Tertull. Apol. c. 4. Voyez encore notre Zimmern traduit, p. 128.-132.

(6) Cela n'empêcha pas cependant de conduire (*ducere*) le débiteur devant le magistrat pour en obtenir l'*addictio*, et de le mettre dans les fers; car les *vincula privata* duraient encore du temps d'Aulu-Gelle (XX. 1.).

ciers poursuivants, dans l'intérêt de tous, au moyen d'un décret qui permettait de faire annoncer la vente par affiche publique (*proscriptio*). La possession qui résultait de là n'était pas une possession juridique : jusqu'à la vente elle conservait le caractère de *custodiæ causa*. Après trente jours depuis ce premier décret, les créanciers, en vertu d'un nouveau décret du préteur, choisissaient un *magister*, espèce de syndic, qu'ils chargeaient de procéder à la vente en masse, et convenaient du cahier des charges (*lex bonorum vendendorum*). Ce *magister*, ordinairement choisi parmi les créanciers, prêtait serment de remplir fidèlement la mission qui lui était confiée. On pouvait en nommer plusieurs; et alors ils étaient tous solidairement responsables. Après un nouveau délai de trente jours (1) (qui, avec le précédent, forme le délai de soixante jours de la loi des Douze tables, entre la *manus injectio* et la vente de l'esclave *trans Tiberim*), pendant lequel on faisait annoncer la vente par des *præcones* (2), les biens étaient adjugés en masse au plus offrant. Cet adjudicataire s'appelait *bonorum emptor*. Le prix de son adjudication était distribué au marc le franc entre tous les créanciers saisissants et qui s'étaient présentés pendant la procédure de saisie. Ce *bonorum emptor* faisait ce qu'il voulait de cette masse à lui adjugée, il en revendait, à son profit, les objets à titre particulier (*distrahebat*). Jusqu'à la vente, le débiteur saisi pouvait prendre, avec le créancier, ou les créanciers saisissants, tout accomodement, transiger, payer, et s'affranchir ainsi des effets de la saisie, ou se faire défendre, non plus par un *vindex*, comme autrefois, mais par un représentant ordinaire qui donnait la caution *judicatum solvi*; ou enfin se défendre lui-même en donnant cette même caution (3).

Cette *bonorum emptio*, ou vente en masse des biens d'un débiteur au profit de ses créanciers, avait été imitée d'une procédure semblable, établie pour la procédure d'un débiteur de l'état, laquelle avait lieu de la manière suivante :

Lorsqu'un débiteur avait été condamné au profit de l'état, trente jours après sa condamnation il était conduit devant le préteur, lequel envoyait, en possession de ses biens, les questeurs du trésor (4). Ceux-ci ensuite, après un délai de soixante jours, procédaient à la vente en masse, sous l'autorité du magistrat (*proscribere bona*), ayant planté la lance sur le lieu de la vente, symbole de la propriété quiritaire. Dans

---

(1) Chacun de ces délais était de moitié, lorsqu'il s'agissait de la vente en masse des biens d'un défunt insolvable.

(2) Ce qui remplaçait l'ancienne présentation du débiteur par son créancier, à trois *nundinæ* différentes.

(3) L. 33. § 1. D. 42. 5.

(4) Gaius, III. 154 Aul. Gell. VII. 19. Tit. Liv. XXXVIII. 60. Val. Max. IV. 1. §. 8. Cic. Verr. I. 2. Dirksen, Beytr. p. 202, 203, 209.

cette vente, appelée *bonorum sectio* (1), l'adjudicataire prenait le nom de *sector bonorum*, parce que, acquéreur de la masse, il la morcelait (2) pour la revendre en détail.

Mais il y avait cette différence entre la *bonorum sectio* et la *bonorum emptio*, que la première transférait à l'adjudicataire la propriété quiritaire; tandis que la seconde ne mettait l'acquéreur que *in bonis*; ce dernier avait besoin de l'usucapion pour arriver à la propriété civile des Romains.

Voici quels étaient les autres effets de ces deux espèces de vente en masse. Dès que le *magister bonorum*, syndic des créanciers saisissants, ou les questeurs, représentants du trésor, étaient envoyés en possession, ils étaient les successeurs *per universitatem* du débiteur insolvable. Après l'adjudication, l'acquéreur prenait à son tour la place du débiteur; le *bonorum sector* lui succédait, à titre universel, d'après le droit civil (3) et le *bonorum emptor* d'après le droit prétorien. Ce dernier exerçait *utiliter* les actions du débiteur et pouvait être attaqué *utiliter* par les créanciers : cependant ceux-ci ne pouvaient poursuivre l'un ou l'autre adjudicataire que jusqu'à concurrence du montant de son adjudication.

Les actions personnelles pouvaient être exercées par le *bonorum emptor* de deux manières : s'il agissait par l'action Rutilienne (4), il agissait comme représentant du débiteur, et par conséquent l'*intentio* de la formule était au nom du débiteur, et la condamnation au nom de l'*emptor bonorum* : s'il agissait, au contraire, par l'action Servienne (5), son action était feinte : il se présentait alors comme successeur du débiteur. Quant aux choses corporelles du débiteur, le questeur avait un interdit spécial, appelé *sectorium*, pour en acquérir la possession, et l'*emptor bonorum* avait, dans le même but, un interdit *adipiscendæ possessionis* (6).

Dès ce moment, le débiteur était traité comme un défunt, comme ayant perdu son *caput*; par conséquent, il était considéré comme *capite minutus*. Aussi ne lui donnait-on, et ne donnait-on contre lui aucune action civile pour ce qui s'était passé avec lui avant la vente (*nulla actio civilis ex ante gesto*). Et lorsqu'il avait acquis de nouveaux biens, si on les vendait de nouveau, ce n'était que par appendice de la vente

---

(1) On ne doit pas confondre la *bonorum sectio*, vente en masse *sub hasta*, avec la *bonorum auctio* et la *prædæ sectio*, qui, se faisant aussi *sub hasta*, transferaient la propriété quiritaire également. Ces deux dernières étaient des ventes d'objets particuliers, et non d'une masse.

(2) Comme autrefois on morcelait le corps du débiteur que l'on avait tué.

(3) Cette action était toujours la Servienne lorsqu'il s'agissait d'un défunt insolvable; et alors elle était feinte; car son *intentio* ne pouvait contenir la prétention d'un défunt en son propre nom.

(4) L. 63. §. 12. D. 17. 2. Asconius, ad Cic. Verr. I. 20. 23.

(5) Il faut bien se garder de confondre cette action Servienne avec celle du § 7 du titre des actions. Voy. Gaius, IV. 35.

(6) Gaius, IV. 145. 146.

antérieure, sans nouvelle action proprement dite (1). Il n'est pas étonnant que cette vente en masse ait entraîné l'infamie du débiteur, puisque cet effet était l'imitation de l'effet produit par le meurtre ou la vente du débiteur (2).

Ce premier adoucissement à la position d'un débiteur insolvable fut successivement suivi d'autres mesures qui tendirent à le soustraire à l'emprisonnement, aux *vincula* qui subsistaient toujours, et, en second lieu, à l'infamie attachée à la vente en masse.

La première mesure est la *bonorum cessio*; la seconde, la *bonorum distractio*. Nous allons en dire quelques chose avant de passer à la dernière époque, celle des *judicia extra ordinem* et aux derniers changements apportés par Justinien en cette matière.

*Bonorum cessio*. — L'usage s'introduisit d'accorder un délai de grâce au débiteur qui affirmait par serment son insolvabilité ; et quelquefois ses créanciers étaient forcés d'accepter l'abandon qu'il faisait de ses biens. Ce ne fut que par suite de la loi *Julia judiciaria* d'Auguste, que cette faveur devint un bénéfice général et permanent, sous le nom de cession de biens. Elle avait pour but de faire échapper le débiteur, 1° à la saisie de sa personne, aux *vincula*; 2° à l'infamie qu'aurait entrainée sans cela la vente en masse de ses biens. Ce bénéfice n'était probablement accordé qu'aux débiteurs malheureux et de bonne foi (3) ; car Gaius nous parle de la vente en masse des biens d'un débiteur qui avait fait cession, comme produisant des effets spéciaux (4), et il est certain que les *vincula privata* subsistaient encore après Dioclétien.

Celui qui avait fait cession de biens, et dont les biens avaient été vendus en masse, n'ayant pas encouru de déchéance d'état, pouvait être poursuivi par ses anciens créanciers comme par les nouveaux; mais il paralysait leur poursuite en leur opposant l'exception *nisi bonis cesserit;* et s'il avait acquis des biens depuis, lorsque ses créanciers voulaient le faire condamner, il avait le droit de n'être condamné que jusqu'à concurrence de ce qu'il pouvait faire ( *quantum facere potest* ) (5).

*Bonorum distractio*. — D'après un sénatusconsulte, connu de Gaius et de Nératius (6), lorsque le débiteur était une personne illustre, ses biens n'étaient pas vendus en masse ; sur la demande des créanciers, le préteur nommait un curateur au lieu d'un *magister*. Ce curateur, appelé

---

(1) Ainsi se concilie Gaius, II. 155. avec la L. ult. § 7. D. 42. 8.

(2) Voyez, sur toute cette procédure du système formulaire, notre traduction de Zimmern, p. 229.–239.

(3) Senec. de Benef. VII. 16. L. 1. C. Th. 4. 20. L. 51. pr. D. 42. 1. L. 25. D. 42. 8.

(4) Gaius III. 78.

(5) L. 4. pr. D. 42. 3. Inst. IV. 6. § 40. Voyez, sur la cession de biens, notre traduction de Zimmern, p. 240.–244.

(6) L. 5. D. 27. 10. L. 9. D. eod.

*curator distrahendorum bonorum gratia*, était chargé de vendre les biens du débiteur à titre singulier, un par un (1), et de satisfaire les créanciers, avec le prix des ventes, autant que faire se pouvait : cette vente ne faisait point éprouver de déchéance d'état au débiteur, ne lui faisait pas encourir l'infamie (2), il conservait sa *persona*, et même son patrimoine, puisqu'on ne l'avait pas dépouillé de son *universum jus*. De là il faut conclure aussi qu'il restait créancier de ses débiteurs : cependant Antonin et Verus décidèrent, par un rescrit, que le débiteur, après la vente en détail de ses biens, n'aurait aucune action pour les obligations contractées envers lui auparavant (3). S'il restait un excédant, après les dettes payées, il appartenait au débiteur (4).

III^e^ Epoque : *Des judicia extraordinaria.* —La *bonorum emptio*, avec ses conséquences, fut maintenue dans le temps des jurisconsultes des Pandectes (5). Elle existait même peut-être encore du temps de Dioclétien : mais peu à peu, la *bonorum distractio*, se généralisant de plus en plus, la *bonorum emptio* tomba dans un désuétude complète ; et les créanciers purent, non seulement faire vendre en détail les biens de leurs débiteurs, mais encore se les partager entre eux (6).

La suppression de la *bonorum emptio*, de cette espèce de succession *per universitatem*, tiendrait, d'après notre texte, à la disparition du système formulaire ( *ordo judiciorum* ) et des *conventus* (7). Cela vient, sans doute, de ce que, sous le système formulaire, lorsque le magistrat supérieur allait tenir ses assises dans un lieu, on profitait de sa présence pour accomplir les formalités nombreuses de la *bonorum emptio*. Mais lorsque ce système eut cessé d'être en vigueur, que des magistrats inférieurs devaient être partout permanents pour pourvoir aux besoins de la justice, juger eux-mêmes, les magistrats supérieurs ne faisant plus leurs tournées, ne tenant plus de *conventus*, il fut trop difficile de procéder autrement que par la *distractio bonorum* (8).

§ 1. Erat et ex senatusconsulto Claudiano miserabilis per universitatem acquisitio, cum libera mulier,

§ 1. En vertu du Sc. Claudien, il y avait une manière déplorable d'acquérir à titre universel : c'était lors-

---

(1) *Distrahere* c'est vendre un par un, en détail, tandis que *vendere* signifie vendre en masse.

(2) Mais si elle ne lui faisait pas encourir l'infamie proprement dite, son honneur ne restait cependant pas intact. C'est ainsi qu'il faut modifier ce que nous avons dit plus haut, p. 406*.

(3) L. 4. eod.

(4) L. 6. pr. D. 42. 5. L. 45. § 12. D. 49. 14. L. 10. § 1. C. 7. 72.

(5) LL. 6. 9. C. 7. 72. L. 4. C. 7. 71. Gaius II. 154.

(6) Inst. II. 19. §. 1.

(7) Voy. Théophile, *hic*.

(8) Voyez. sur la *bonorum distractio* et les modifications apportées par les siècles à la saisie des biens d'un débiteur, notre traduction de Zimmern, p. 250.-253.

servili amore bacchata, ipsam libertatem per senatusconsultum amittebat, et cum libertate substantiam: quod indignum nostris temporibus esse existimantes, et a nostra civitate deleri, et non inseri nostris Digestis concessimus.

qu'une femme libre, éprise d'un fol amour pour l'esclave d'autrui, continuait avec lui ses relations criminelles, malgré les avertissements du maître : dans ce cas, celui-ci acquérait cette femme comme esclave, avec tout son patrimoine. Ce Sc. n'était plus en harmonie avec les idées de notre siècle : aussi nous n'avons pas permis qu'il prît place dans notre Digeste.

*Le sénatusconsulte Claudien, rendu l'an de Rome 806, décidait que la femme libre, qui aurait un commerce avec l'esclave d'autrui, dans un *contubernium*, malgré trois avertissements du maître, deviendrait l'esclave de celui-ci, et lui ferait acquérir tout son patrimoine; de là résultait pour le maître un mode d'acquérir *per universitatem*. La femme, dans ce cas, devenait esclave *contubernio*, par l'autorité du magistrat qui l'adjugeait au maître. Le but de cette adjudication était de faire naître esclaves les enfants d'une femme esclave, qui, si leur mère était restée libre, seraient nés avec le bénéfice de la liberté.

Justinien abrogea ce Sénatusconsulte comme contraire à la liberté et aux idées d'humanité que son siècle avait mises en honneur.

## *Questions sur les titres X — XII.*

*Que devenaient les biens de l'adrogé? pag.* 565 **. — *Quels principes a appliqués Justinien relativement aux biens de l'adrogé?* 566 **. — *Quels étaient les effets de la succession* per universitatem *qui se réalisait au profit de l'adrogateur?* 567 **.

*Marc-Aurèle n'introduisit-il pas une nouvelle espèce de succession dans l'intérêt de la liberté?* 568, *pr. et *. — Qu'arrivait-il lorsque quelqu'un mourait insolvable, sans héritier testamentaire ou* ab intestat? 569 **. — Dans quel intérêt l'adjudication des biens d'un défunt était-elle principalement permise?* 571 **.*

*Dans quels cas y avait-il lieu à la succession d'un vivant?* 572 **. — Quel était le mode de succéder d'après le Sc. Claudien?* 578**.

# ADDITION.

## *Explication des L. 13. § 4 et L. 25. § 17. D. 5. 3.*

Une hérédité est une chose incorporelle, un *droit* ε quoiqu'elle comprenne des objets corporels : c'est l'ensemble de ce qui rattachait la personne décédée à la vie sociale; c'est l'*universum jus* de ce dernier, son actif et son passif. Cet *universum jus* n'est évidemment pas un droit personnel, il ne résulte pas d'une obligation créée au profit de l'héritier : c'est donc un droit réel; cependant, quand ce droit est mis en exercice, il peut entraîner, contre le défendeur, des condamnations en indemnité, outre la sentence relative à la restitution. C'est sous ce rapport que les empereurs Dioclétien et Maximien ont pu dire qu'à la pétition d'hérédité se mêle une prétention personnelle, et qu'à cause de cette circonstance, elle ne doit pas être éteinte par la prescription de long temps, mais seulement par celle de trente ans. (L. 7, C. h. t. L. 25, § 18, D. h. t.)

La pétition d'hérédité est donc une action réelle; aucun doute ne peut plus s'élever à ce sujet.

Cette action s'intente contre tout possesseur qui, par sa conduite, manifeste l'intention de contester à un héritier son droit à l'*universum jus* du défunt et de le conserver pour lui, soit que ce possesseur se croie lui-même héritier, soit qu'il sache bien ne pas l'être et ne fonde sa résistance sur aucun motif légal. Il n'est pas non plus nécessaire que cet adversaire détienne la totalité ou une partie aliquote de la succession, pour qu'il soit soumis à la pétition d'hérédité; le détenteur d'un objet de la plus petite valeur, même un débiteur héréditaire, peut se trouver en butte à cette action : il suffit, en effet, que sa résistance au demandeur soit de telle nature qu'elle force ce dernier à démontrer que le droit héréditaire appartient à lui demandeur, plutôt qu'au défendeur. (L. 42, D. h. t.).

En un mot, il y a pétition d'hérédité, et non revendication proprement dite, chaque fois que le défendeur fait naître des difficultés telles que la juridiction ordinaire n'est plus compétente, et qu'il faut recourir, pour les faire cesser, au tribunal centumviral, tribunal auquel, dans l'origine, fut attribuée la pétition d'hérédité.

Elle ne pouvait donc avoir lieu contre un acheteur d'un objet particulier de l'hérédité, ni même de toute l'hérédité; car cet acheteur ne prétendait pas à l'*universum jus* du défunt, il invoquait la vente, titre particulier d'acquisition; son auteur était le vendeur. Un *universum jus*, qui avait une fois atteint un héritier, se trouvait absorbé; il ne pouvait,

par cession, peser sur la tête d'un acquéreur; celui-ci ne pouvait plus être considéré que comme acquéreur à titre singulier.

De là cette conséquence que, si un héritier apparent avait vendu toute l'hérédité, l'héritier véritable ne pouvait exercer contre l'acheteur que la revendication : la pétition était impossible en principe. Toutefois, comme la revendication ne peut tendre qu'à un objet particulier, et comme, par conséquent, il aurait fallu que l'héritier véritable fit autant de procès qu'il y avait d'objets compris dans l'hérédité, on imagina, pour cette hypothèse, une revendication multiple ou complexe, qu'on appela *pétition d'hérédité utile*, qui, au fond, conservait son caractère de revendication (1). Donc l'héritier véritable pouvait faire annuler l'aliénation de toute l'hérédité faite par l'héritier apparent.

Voyons le texte de cette loi :

« *Quid, si quis hereditatem emerit : an utilis in eum petitio hereditatis deberet dari, ne singulis judiciis vexaretur? Venditorem enim teneri certum est. Sed finge non extare venditorem, vel modico vendidisse, et bonæ fidei possessorem fuisse, an porrigi manas ad emptorem debeat? Et putat Caïus Cassius dandam utilem actionem.* »

En voici la paraphrase :

Si quelqu'un a acheté une hérédité, il ne pourra être poursuivi par la pétition d'hérédité proprement dite, puisqu'il ne se prétend pas successeur du défunt, à titre universel, mais successeur du vendeur, et cela, à titre particulier, en vertu d'un achat. Mais alors il faudra donc que l'héritier véritable intente autant de revendications que le défendeur possède d'objets. Ce qui serait multiplier inutilement les procès et *vexer* le possesseur. On ne craindrait pas de l'exposer à cette vexation, s'il avait acheté de mauvaise foi; alors point de doute qu'on ne pût revendiquer contre lui sans avoir aucun égard aux tourments qu'on pourrait lui occasionner. Mais on le suppose de bonne foi : quoique de bonne foi la revendication pourrait être exercée; seulement, à cause de cette circonstance, on substitue une pétition d'hérédité utile, une revendication complexe à une multitude de revendications. Quant au vendeur, à l'héritier apparent, il est certain qu'on peut l'actionner par la pétition d'hérédité véritable; car il possède *pro herede* le prix de la vente; or, tant que la pétition d'hérédité est possible, la revendication contre un tiers de bonne foi ne l'est pas. Donc, on ne devrait pas accorder contre le tiers cette pétition d'hérédité utile, qui n'est au fond qu'une revendication. Quel est le motif de cette impossibilité? Je vais l'expliquer.

Rappelons-nous que la pétition d'hérédité était portée devant le tribunal des centumvirs, juridiction supérieure, tandis que la revendi-

(1) Sous ce rapport nous n'adoptons pas l'opinion de M. Troplong, sur l'article 2125.

dication était intentée devant la juridiction ordinaire; dans la revendication c'était un simple *judex* que le magistrat investissait du pouvoir d'en vérifier le bien ou mal fondé. Or, quoique la sentence sur la revendication intentée contre un tiers détenteur n'eût pas force de chose jugée entre les parties qui figuraient dans la pétition d'hérédité, puisqu'ici ce n'était pas la même personne qui apparaissait comme défendeur, et que l'objet *(universum jus)* était différent de l'objet de la revendication (objet singulier), cependant les Romains avaient un tel respect pour les antécédents, les décisions judiciaires exerçaient une si grande influence sur les semblables questions qui pouvaient se présenter à l'appréciation des juges, qu'on avait admis que, lorsque de deux procès se rattachant au même fondement, la solution de l'un dépendait d'un tribunal supérieur, et la décision de l'autre d'un tribunal inférieur, le défendeur de cette dernière juridiction pourrait arrêter court le demandeur par une fin de non recevoir, en lui objectant que les juges plus élevés n'avaient pas encore été saisis du procès d'un ordre plus important, et qu'il ne convenait pas que le juge actuel prononçât une sentence qui pourrait entraver plus tard la liberté des juges placés plus haut dans la hiérarchie judiciaire. Le tiers détenteur, attaqué par l'héritier, dans une action en revendication, pouvait donc paralyser cette attaque, ou du moins en suspendre la marche, en objectant qu'il fallait avant tout intenter la pétition d'hérédité devant les centumvirs, puisque là, comme ici, devait se débattre la question de savoir si le demandeur avait droit à l'hérédité (1) : cette objection, ou fin de non recevoir, était exprimée par ces mots : *quod præjudicium hereditati non fiat*.

Toutefois cette objection ne pouvait plus être faite si la pétition d'hérédité n'était pas praticable; car alors le préjugé d'une décision sur une autre n'était plus à craindre. Or, si le vendeur de l'hérédité avait disparu pour toujours, où s'il était mort sans héritiers, comment concevoir la possibilité de la pétition d'hérédité? Comment la concevoir également si la vente de l'hérédité n'avait procuré qu'un prix tellement modique à l'héritier apparent, qu'il ne vaille pas la peine d'être réclamé, que ce soit un rien? Dans ce cas que possède le vendeur? Or il faut qu'il possède quelque chose *pro herede* pour qu'il puisse être atteint par la pétition d'hérédité lorsqu'il est de bonne foi. Cette pensée est reproduite

---

(1) C'est à tort que M. Troplong, l. c., pense que l'on renvoyait l'héritier devant les centumvirs pour faire juger sa qualité d'héritier : car, dans la pétition d'hérédité, la question à juger est de savoir si le demandeur a droit à l'*universum ejus* du défunt plutôt que le défendeur. Sans doute il faut être héritier pour prétendre à une hérédité : mais il faut l'être aussi pour revendiquer du chef d'un défunt; or, lorsque, en droit romain, un héritier revendiquait un objet contre celui qui avait acquis d'un possesseur de bonne foi, si celui-ci ne s'était pas enrichi du prix, on ne renvoyait pas devant le tribunal des centumvirs pour faire juger la qualité d'héritier du revendiquant.

dans le § 5 de la même loi. S'il était de mauvaise foi, il serait censé posséder toute la valeur de l'hérédité vendue.

Alors l'héritier véritable pourra donc revendiquer contre le tiers de bonne foi, et malgré sa bonne foi, tous les objets héréditaires, c'est-à-dire, intenter contre lui la pétition d'hérédité utile. Telle est l'opinion de Caïus Cassius.

Ce tempéramment apporté, au droit de revendication contre le tiers détenteur de bonne foi, était le résultat des principes du droit romain concernant la hiérarchie des pouvoirs judiciaires. Il y en avait un autre, introduit par l'équité, non à cause de la bonne foi du tiers détenteur, mais à cause de la bonne foi de l'héritier apparent. Il avait été établi par un sénatus-consulte, appelé Jouventien, parce qu'il avait été proposé au sénat par des consuls, dont le principal portait le nom de Publius Juventius Celsus, sous le règne d'Adrien. D'après ce sénatus-consulte, l'héritier véritable ne pouvait attaquer l'héritier apparent, qui s'était emparé de bonne foi d'une hérédité ne lui appartenant point, qu'en respectant les actes de prodigalité auxquels il s'était livré, et par conséquent en supportant les dépenses qu'il avait faites au delà des revenus de son patrimoine particulier. En un mot, l'héritier véritable, qui attaquait l'héritier apparent, ne devait pas exercer ses réclamations rigoureusement, il avait à supporter les diminutions qu'avait fait éprouver l'héritier apparent aux biens héréditaires, en usant en maître et même en abusant de ce qu'il regardait comme sa propriété; il ne pouvait donc le poursuivre que jusqu'à concurrence de ce dont son patrimoine particulier s'était enrichi (L. 20, § 6, D. h. t.). Or, si l'héritier véritable revendiquait un objet héréditaire contre un tiers détenteur, et il en avait le droit en principe, ce tiers détenteur pouvait exercer son recours en garantie contre son vendeur, l'héritier apparent. Si donc cette action en garantie amenait pour résultat d'appauvrir le patrimoine particulier de l'héritier apparent, la conséquence à tirer de là était que, par la revendication, l'héritier véritable aurait obtenu un résultat, qu'il n'aurait pu atteindre, d'après le S. C. Jouventien, en attaquant directement l'héritier apparent par la pétition d'hérédité. Or, il ne devait pas être permis d'obtenir indirectement ce qui était prohibé d'une manière directe. De là, cette conséquence que la revendication contre le tiers détenteur était défendue dans tous les cas où, par suite du recours en garantie du tiers acquéreur, l'héritier apparent aurait pu être appauvri dans son patrimoine personnel. Mais elle était permise évidemment lorsque ce recours était impossible, par exemple, lorsque le tiers détenteur était devenu acquéreur pour un prix fictif, *uno nummo*.

En résumé, la revendication était admise contre le tiers détenteur

d'un objet particulier de l'hérédité, qui l'avait acquis à titre singulier, quoique de bonne foi : pour qu'elle n'eût pas lieu avec effet, il fallait ou 1° que l'héritier apparent eût été de bonne foi, et qu'il ne se fut pas enrichi de l'aliénation, ou 2° que l'objection *quod prœjudicium hereditati non fiat* pût être faite.

La première objection était opposée *ex personâ venditoris*; en effet, si l'héritier véritable avait voulu intenter la pétition d'hérédité contre l'héritier apparent, il aurait échoué à cause du sénatus-consulte Jouventien, puisque l'héritier apparent était de bonne foi, et qu'il ne lui restait rien de la vente, qui l'eût enrichi. Or, revendiquer contre le tiers détenteur, qui, à son tour aurait actionné l'héritier apparent en garantie, c'était *indirectement* exercer contre ce dernier la pétition d'hérédité; car on arrivait à l'appauvrir par l'intermédiaire du tiers détenteur. La seconde, était opposée dans l'intérêt public, par respect pour la hiérarchie judiciaire.

J'ai dit que l'héritier véritable ne pouvait actionner l'héritier apparent de bonne foi qui n'avait plus entre les mains des choses héréditaires, ou ne s'en était pas enrichi. Cependant celui-ci pouvait, même dans cette hypothèse, consentir à soutenir le procès en pétition d'hérédité, comme s'il était réellement *possessor* : alors par conséquent, non-seulement la pétition d'hérédité étant possible, mais étant engagée, le tiers détenteur échappait à la revendication par une *exception de dol*, *ex personâ emptoris*. Car, ou celui qui se présentait comme héritier véritable contre l'héritier apparent, dans une pétition d'hérédité dont ce dernier voulait bien courir les chances, perdait son procès; alors il était évident qu'il n'avait aucune action contre le tiers détenteur; ou il le gagnait, et la conséquence du succès qu'il obtenait était que l'héritier apparent était condamné à payer à l'héritier véritable toute la valeur de l'hérédité; donc l'héritier apparent devenait propriétaire de tous les objets héréditaires, puisque la condamnation qu'il avait subie équivalait à une vente. Donc l'aliénation faite au tiers détenteur devenait inattaquable; car ce dernier avait dès-lors le propriétaire pour vendeur.

Cela étant bien fixé, arrivons à l'explication de la fameuse loi 25, § 17, D. h. t., qui a tant torturé l'esprit de Merlin, que M. Duranton n'a pas parfaitement comprise quoiqu'il en ait donné le sens principal. Je ne changerai point les phrases ni les expressions comme mes dévanciers : au moyen de l'exposé ci-dessus, tout me semble expliqué pour ainsi dire mot pour mot.

L. 25, § 17, D. h. t.

« *Si rem distraxit bonæ fidei possessor, nec pretio factus sit locupletior : an singulas res, si nundum usucaptæ sint, vindicare petitor ab emptore possit?* »

« Si l'héritier apparent, de bonne foi, a vendu, non la masse héréditaire, mais des objets appartenant à cette masse, et si ces objets n'ont pas encore été assez long-temps possédés par l'acquéreur pour que celui-ci ait pu les usucaper, l'héritier véritable pourra-t-il les revendiquer entre ses mains? »

En principe, la revendication pouvait avoir lieu dans cette hypothèse; mais si la pétition d'hérédité était possible contre l'héritier apparent, le tiers détenteur pouvait écarter la revendication en disant que les règles sur la hiérarchie judiciaire exigeaient que l'on saisît préalablement le tribunal centumviral de la pétition d'hérédité. Aussi le texte ajoute :

» *Et si vindicet, an exceptione non repellatur* quod præjudicium hereditati non fiat *inter actorem et eum qui venumdedit.* »

Ce qui signifie : « si l'héritier revendique contre le tiers détenteur, « n'aura-t-il pas à craindre d'être repoussé par l'exception *quod pre-* « *judicium?* »

Or, si l'héritier intentait la pétition et obtenait une condamnation, il aurait toute la valeur de l'hérédité : donc il ratifierait les aliénations. Mais il n'aura pas à craindre cette exception ;

« *Quia non videtur venire in petitionem hereditatis pretium earum, quanquam victi emptores reversuri sunt ad eum qui distraxit.* »

Car cette exception ne peut être opposée lorsque la pétition d'hérédité est impossible ; or, ici elle est impossible. En effet, le prix de la vente qui a été faite n'ayant pas rendu plus riche l'héritier apparent de bonne foi, ne semble pas pouvoir être l'objet de la pétition d'hérédité, malgré cette circonstance que, si les tiers détenteurs étaient poursuivis par la revendication, et succombaient dans cette attaque, ils auraient un recours en garantie contre leur vendeur ; par ce recours, ils obtiendraient bien de lui la restitution du prix payé, mais ce prix à restituer de cette manière ne représente pas l'hérédité, puisque ce prix à restituer devrait être pris nécessairement sur le patrimoine personnel de l'héritier apparent de bonne foi, et par conséquent l'appauvrir : d'un autre côté, le sénatus-consulte Jouventien prohibe la pétition d'hérédité contre un possesseur de bonne foi à raison du prix des ventes qu'il aurait faites, et dont il ne serait pas actuellement plus riche. Or si, dans l'espèce, la revendication était admise contre les tiers détenteurs, l'héritier arriverait à appauvrir l'héritier apparent de bonne foi, en obtenant des tiers une restitution qui retomberait, en définitive, sur ce dernier : il aurait donc indirectement ce que le sénatus-consulte Jouventien lui refuse par la voie directe, la pétition d'hérédité. Ici ce qui empêche la revendication, ce n'est pas le *quod præjudicium*, c'est le sénatus-consulte Jouventien ; l'exception tirée de ce sénatus-consulte est *ex personâ venditoris.*

« Je pense donc (dit le jurisconsulte) que, dans cette hypothèse, la « revendication ne sera admise qu'autant que les tiers détenteurs n'au- « raient aucun recours contre leur vendeur, par exemple, s'ils avaient « acheté *modico pretio*, *uno nummo*, ou si l'héritier apparent était mort « sans laisser d'héritier. »

« *Et puto posse res vindicari, nisi emptores regressum ad bonæ fidei* « *possessorem habent.* »

Mais qu'arriverait-il si l'héritier apparent, toujours dans l'hypothèse où il aurait été de bonne foi, et ne se serait pas enrichi du prix de la vente, consentait à répondre à la pétition d'hérédité?

« *Quid tamen, si is qui vendidit, paratus sit ita defendere, heredi-* « *tatem, ut perinde, atque si possideret, conveniatur?* »

Comme toute action réelle, et par conséquent la pétition d'hérédité, peut être dirigée efficacement contre un non possesseur, qui se présente cependant comme possesseur, *qui se liti obtulit*, la pétition d'hérédité sera possible; donc le tiers détenteur pourrait opposer l'exception *quod præjudicium*. Mais il est clair que le tiers détenteur ne pourra connaître cette possibilité qu'autant que l'héritier aura déjà attaqué l'héritier apparent par la pétition d'hérédité, puisqu'il faut que ce dernier ait consenti à cette attaque pour que la pétition d'hérédité soit possible. Or, si la pétition d'hérédité est déjà engagée, la revendication contre le tiers sera repoussée par un autre moyen, par un exception de dol, laquelle est invoquée *ex personâ emptorum*.

« *Incipit exceptio locum habere ex personâ emptorum.* »

Je m'explique :

Du moment que la pétition d'hérédité est engagée, l'héritier prétend obtenir contre l'héritier apparent une condamnation en restitution du prix des choses vendues; or, il ne peut avoir cette prétention qu'en ratifiant les aliénations faites par l'héritier apparent : il est vrai que, par cela seul qu'il attaque l'héritier apparent, il n'a pas cessé d'être propriétaire des objets qui se trouvent aux mains des tiers détenteurs; il ne cessera de l'être qu'après la condamnation, qui équivaudra à une vente, et même après le paiement du montant de cette condamnation : il a donc, à la rigueur, la revendication; mais il y a dol de sa part à revendiquer des objets dont l'aliénation, par l'héritier apparent, est implicitement ratifiée par cela seul qu'il intente contre ce dernier la pétition d'hérédité : de là, par conséquent, l'exception de dol que peuvent opposer les tiers détenteurs *ex personâ suâ*, ce dol résultant de la revendication elle-même.

Cette exception de dol, que peuvent opposer les tiers détenteurs à l'héritier qui a engagé le procès en pétition d'hérédité, peut être opposée, à plus forte raison, à l'héritier qui, sans avoir intenté la pétition

d'hérédité, a consenti à recevoir de l'héritier apparent le prix de la vente faite par celui-ci, quand même ce prix serait au-dessous de la valeur des objets vendus; car, en recevant ce prix, il a ratifié la vente faite par lui. En effet, il est constant que si l'héritier véritable a consenti à recevoir de l'héritier apparent le remboursement de ce que celui-ci a reçu d'un débiteur de l'hérédité, quoique ce débiteur n'ait pas été libéré au moment où il a payé à l'héritier apparent, et que par conséquent la dette n'ait pas été éteinte alors *ipso jure*, s'il est poursuivi par l'héritier, il repoussera sa prétention en lui répondant qu'il a ratifié le payement en recevant le remboursement de l'héritier apparent; en un mot, il lui opposera non l'exception de dol, mais une défense proprement dite : le débiteur, en effet, se trouve libéré *ipso jure*; car l'héritier a reçu par l'héritier apparent la chose même due par le débiteur : or la réception de la chose due est un paiement. Dans l'espèce de la revendication, les tiers détenteurs ne sont pas devenus propriétaires par cela seul que l'héritier a reçu le prix qui avait été payé à l'héritier apparent : car la vente a été faite par un non-propriétaire, qui a entendu vendre *suo nomine*, et le prix n'a pas été restitué à l'héritier au nom des acquéreurs, mais au nom de l'héritier apparent qui a voulu éviter la pétition d'hérédité; ce n'est pas le prix qu'aurait exigé l'héritier : il aurait exigé des acquéreurs le prix réel des objets aliénés.

« *Certe, si minori pretio res venierint, et pretium quodcumque illud*
« *actor sit consecutus, multo magis poterit dici, exceptione eum submo-*
« *veri. Nam et si id, quod a debitoribus exegit possessor, petitori here-*
« *ditatis solvit, liberari debitores Julianus, tit. IV Digestorum, scribit,*
« *sive bonæ fidei possessor, sive prædo fuit, qui debitum ab his exegerat :*
« *et ipso jure eos liberari.* »

Voilà donc expliqué dans son intégrité un texte qui avait paru hérissé de difficultés insolubles. M. Duranton, qui en avait déduit une conséquence que j'admets, ne s'était cependant tiré de là qu'en mutilant ou modifiant les expressions; et d'ailleurs il a fort mal entendu la plus grande partie de la L. 25, § 17. M. Troplong se rapproche davantage de l'exactitude. Merlin au contraire, souvent devine la vérité; il a surtout compris le *quod præjudicium hereditati non fiat,* sur lequel s'est singulièrement mépris M. Duranton, en s'imaginant qu'il s'agissait là du principe de la chose jugée : mais M. Merlin s'est trompé grossièrement sur le sens du mot *distraxit,* qui indique toujours la vente d'une chose particulière, tandis que le *venire* ou *vendere* s'emploie le plus souvent pour la vente d'une universalité (1).

(1) La distinction de Merlin, entre la vente du *nomen heredis* et la vente d'un objet héréditaire, est tout-à-fait inadmissible. Voyez l'excellente réfutation de cette opinion par M. Troplong, *vente*, n. 960, et *hypothèques*, n. 468.

En nous résumant sur ce qui précède je dirai :

1° Que l'héritier apparent ait vendu toute l'hérédité ou seulement des objets héréditaires, les acquéreurs sont soumis à la revendication de la part de l'héritier véritable, laquelle, dans le premier cas, prend le nom de pétition d'hérédité utile, pour qu'il n'y ait pas autant de procès que d'objets à revendiquer, et, dans le second cas, conserve le nom de revendication.

2° Par suite du principe d'hiérarchie judiciaire, et par conséquent au moyen de l'exception *quod præjudicium hereditati non fiat*, une protection était présentée à l'acquéreur d'un vendeur de bonne foi, soit à titre universel, soit à titre singulier. Cette exception avait pour effet, non-seulement d'arrêter la revendication, quoique ce ne fût qu'une fin de non-recevoir ; mais de la paralyser pour toujours ; puisqu'en obtenant une condamnation par cette voie, l'héritier ratifiait tous les actes faits par l'héritier apparent.

3° Mais cette exception ne pouvait être opposée qu'autant que la pétition d'hérédité était possible ; elle l'était, dans tous les cas, lorsque l'héritier apparent était de mauvaise foi ; et s'il était de bonne foi, elle l'était seulement lorsqu'il s'était enrichi de l'objet vendu, ou lorsque ne s'étant pas enrichi, il consentait cependant à répondre à la pétition d'hérédité.

4° Si la revendication était admise, la pétition d'hérédité étant impossible, elle pouvait encore être paralysée par suite du sénatus-consulte Jouventien, si les tiers acquéreurs devaient avoir un recours à exercer contre l'héritier apparent de bonne foi, et que cependant il ne fut pas devenu plus riche du prix de l'aliénation. Or ils avaient ce recours chaque fois qu'ils avaient acquis à titre onéreux, à moins que l'héritier apparent n'eût disparu, ou qu'il n'eût vendu pour la forme seulement, *uno nummo*.

Dans la *Revue du Droit Français et Étranger*, par MM. Fœlix, Dutvergier et Valette, n° du mois de mars 1844, se trouve un article de M. Laferrière, professeur, à la faculté de droit de Rennes, dont il est nécessaire de relever les inexactitudes.

Aux pages 209 et 216 du n° ci-dessus indiqué, M. Laferrière enseigne que, quant à la validité incontestée des payements faits à l'héritier apparent des traités passés avec lui, il y a une distinction essentielle à faire : s'il a reçu un payement dans l'intérêt de l'universalité, s'il a traité dans ce même intérêt, le payement et le traité sont irrévocables dans leurs effets, ils lient l'héritier véritable lui-même ; dans le cas contraire, en ce qui concerne ce dernier, le payement et le traité sont inefficaces. Pour appuyer sa doctrine, le célèbre professeur de Rennes, allègue la *L.* 20, §§ 2 *et* 12, *D. de hered. petit.*

Démontrons d'abord que le sens de ces paragraphes n'a pas été saisi par M. Laferrière.

Dans ces textes, le jurisconsulte Ulpien ne s'occupe nullement de l'action que pourrait intenter l'héritier contre le débiteur héréditaire ou un tiers détenteur. Il avait évidemment, sauf l'obstacle des diverses exceptions, le choix entre actionner les tiers ou l'héritier apparent. Or, Ulpien suppose que l'héritier se détermine à intenter la pétition d'hérédité; il n'est donc pas question ici de savoir s'il n'aurait pas pu aussi bien demander au débiteur héréditaire l'exécution d'une obligation qu'il avait cru acquitter entre les mains de l'héritier apparent, ou revendiquer contre un tiers un bien que cet héritier aurait vendu *cum causâ* ou *sine causâ*.

Dans nos textes, l'héritier choisit donc la voie de la pétition d'hérédité : qu'arrivera-t-il si l'héritier apparent a vendu sans motifs? Comme il a cessé de posséder, par sa faute, l'objet qui lui est réclamé par une action réelle, on lui redemandera l'objet lui-même, c'est-à-dire, la valeur réelle de cet objet, avec la valeur des fruits que cet objet a pu produire. Mais s'il a fait la vente pour payer une dette héréditaire, on sera plus indulgent, plus équitable, on ne lui fera restituer que le prix qu'il a reçu. La seule conséquence à tirer de ces textes est donc que dans un cas, la pétition d'hérédité sera plus rigoureuse dans son application que dans l'autre hypothèse. Mais en induire que l'héritier ne pourrait pas attaquer le tiers détenteur, lorsque la vente de l'objet héréditaire a été faite dans l'intérêt de l'universalité, c'est faire dire au jurisconsulte ce qui était loin de sa pensée. Remarquez d'ailleurs que, quoique la vente eût été faite dans la vue de libérer l'hérédité d'une dette, le prix n'avait cependant pas été employé à acquitter cette dette : car si elle l'eut été, évidemment l'héritier apparent n'ayant plus le prix, n'aurait pu être condamné à le restituer.

Au reste, il n'est nullement question, dans ces textes, du payement fait par un débiteur héréditaire à l'héritier apparent; il y est fait seulement mention de la volonté de ce dernier de payer une dette à un créancier héréditaire. Quant au payement fait à l'héritier apparent, on peut se reporter à la fin du § 17 de la L. 25. Là on voit clairement que le débiteur héréditaire n'est réellement libéré qu'autant que l'héritier véritable a reçu le montant du payement, ou s'est contenté de ce que lui a remis l'héritier apparent; donc le payement fait à celui-ci n'était pas valable par lui-même, en droit romain, et en cela les jurisconsultes de Rome étaient conséquents avec eux-mêmes; car le payement reçu valablement suppose *l'aliénation* de la créance : or, l'héritier apparent n'avait pas le droit d'aliéner.

BIBLIOTHÈQUE ROYALE
I

# TABLE DU PREMIER VOLUME.

## INTRODUCTION HISTORIQUE.


1re Epoque, Depuis la fondation de Rome jusqu'à la loi des XII Tables. . . . . Page 1
2e » Depuis la loi des XII Tables jusqu'à Cicéron. 7
3e » Depuis Cicéron jusqu'à Alexandre-Sévère. 14
4e » Depuis Alexandre-Sévère jusqu'à Justinien . . . . . 22
Destinée ultérieure du droit romain. . . . . 40
Chronologie de l'histoire du droit romain. . . . . 46
*Proœmium*. . . . . 52


## LIVRE I.


Titre I. De la justice et du droit. . . . . 54
— II. Du droit naturel, du droit des gens et du droit civil. . . . . 58
— III. Du droit des personnes. . . . . 66
— IV. Des ingénus. . . . . 74
— V. Des affranchis. . . . . 76
— VI. Qui ne peut affranchir et par quels motifs. 86
— VII. De l'abrogation de la loi *Furia Caninia*. 93
— VIII. Des personnes indépendantes ou dépendantes. . . . . 95
— IX. De la puissance paternelle . . . . . 99
— X. Des Noces. . . . . 101
— XI. Des adoptions. . . . . 118
— XII. Comment se dissout la puissance paternelle . . . . . 130
— XIII. Des tutelles. . . . . 141
— XIV. De ceux qui peuvent être nommés tuteurs par testament . . . . . 144
— XV. De la tutelle légitime des agnats . . . . 148
— XVI. De la déchéance d'état . . . . . 151
— XVII. De la tutelle légitime des patrons. . . . 155
— XVIII. De la tutelle légitime des ascendants . . 156

— XIX. De la tutelle fiduciaire . . . . . 158
— XX. Du tuteur Atilien, et du tuteur donné en vertu de la loi *Julia* et *Titia* . . . . . 161
— XXI De l'autorisation des tuteurs. . . . . 165
— XXII. Comment finit la tutelle. . . . . 174
— XXIII. Des curateurs. . . . . 277
— XXIV. Des cautions à donner par les tuteurs et les curateurs . . . . . 183
— XXV. Des excuses des tuteurs et des curateurs. 188
— XXVI. Des tuteurs ou curateurs suspects. . . . 196

## LIVRE II.

— I. De la division des choses . . . . . 205
— II. Des choses incorporelles . . . . . 253
— III. Des servitudes. . . . . 256
— IV. De l'usufruit. . . . . 265
— V. De l'usage et de l'habitation. . . . . 275
— VI De l'usucapion et de la possession de long temps. . . . . 280
— VII. Des donations . . . . . 297
— VIII. A qui il est permis ou non d'aliéner. . 310
— IX. Par quelles personnes on acquiert. . . 317
— X. De la forme des testaments. . . . . 328
— XI. Du testament militaire. . . . . 339
— XII. De ceux qui peuvent tester. . . . . 345
XIII. De l'exhérédation des enfants. . . . . 351
— XIV. Des héritiers à instituer. . . . . 361
— XV. De la substitution vulgaire. . . . . 376
— XVI. De la substitution pupillaire . . . . . 282
— XVII. Comment sont infirmés les testaments . 890
— XVIII. Du testament inofficieux . . . . . 398
— XIX. De la qualité et de la différence des héritiers . . . . . 404
— XX. Des legs . . . . . 420
Du droit d'accroissement. . . . . 430
De la règle Catonienne. . . . . 438
— XXI. De la révocation des legs. . . . . 465
— XXII. De la loi Falcidie. . . . . 467
— XXIII. Des hérédités fidéicommissaires. . . . 472
— XXIV. Des fidéicommis à titre particulier. . . 488
— XXV. Des codicilles. . . . . 491

## LIVRE III.

— I. Des hérédités *ab intestat*. . . . . 499
— II. De la succession légitime des agnats. . 515
— III. Du Sc. Tertullien. . . . . 524
— IV. Du Sc. Orphitien. . . . . 529
— V. De la succession des cognats. . . . . 531
— VI. Des degrés des cognats. . . . . 535
— VII. De la succession des affranchis. . . . . 540
— VIII. De l'assignation des affranchis. . . . . 547
— IX. Des possessions de biens . . . . . 549
— X. De l'acquisition par adrogation. . . . . 564
— XI. De celui à qui les biens sont adjugés en faveur de la liberté. . . . . 568
— XII. Des successions supprimées. . . . . 572
ADDITION. — Explication des L. 13. § 4. et L. 25. § 17. D. 5. 3 . . . . . 579

**FIN DE LA TABLE.**

## ERRATA ET ADDENDA.

Pag. 7. lig. 2. *au lieu de* : où , *lisez* : ou.
» 7. » 6. » 630 , » 650.
» » » 12. » *Cornetius* , » *Cornelius*.
» 21. Atejus Capiton, au lieu de se trouver à la fin de la colonne des *Proculéiens*, doit se trouver en tête de la colonne des *Sabiniens*.
» 25. » 11. *au lieu de* abrogation , *lisez* : adrogation.
» 29. Note 1. à la fin , *ajoutez* : Il y a une autre édition du Code Théodosien, terminée en 1842, qui se trouve dans le *Corpus juris romani antejustinianei*, publié à Bonn. Cette édition comprend toutes les découvertes de Clossius, de Peyron et de Vesmi.
» 38. 6. *au lieu de* 554 , *lisez* : 534.
» 73. 27. » *au lieu de* : on appelait Pérégrin , un étranger, *lisez* : non un étranger.
» 348. A la fin de la note première, ajoutez ce qui suit :

Le droit de succession sur le pécule adventice fut introduit d'abord par Théodose et Valentinien, qui décidèrent que les *lucra nuptialia*, appartenant à un enfant de famille, seraient dévolus, à la mort de celui-ci, à ses enfants à titre de succession, et non au père *jure peculii*: toutefois , ils voulurent que le père en conservât l'usufruit sa vie durant, et que, à défaut de postérité de son enfant décédé, il fut préféré aux frères et sœurs ( L. 10. C. Th. 8. 18. Nov. Theod. *de patern. s. matern. Bon.* §8. L. 3. C. 6. 61. ) et même à l'aïeul chef de famille; dans ce dernier cas, l'aïeul ayant l'usufruit, Léon et Anthemius ( L. 4. C. 6. 61. ), quant aux *lucra nuptialia*, décidèrent que, à défaut de postérité, ils appartiendraient aux frères et sœurs germains, à défaut de ceux-ci, aux frères et sœurs utérins, et en dernière analyse, au père. Ce furent ces règles qu'adopta Justinien pour tous les biens maternels ( L. 11. C. 6. 59. ), et enfin, pour tout ce qui composait le pécule adventice ( L. 6. § 1. C. 6. 61 ), la succession fut ainsi réglée par lui : 1° les descendants; 2° la mère avec les frères et sœurs; 3° le père, auquel, dans les autres cas, appartenait l'usufruit.

Les mêmes règles s'appliquèrent au pécule castrens, ainsi que le démontre notre Pr. et par conséquent au pécule quasi-castrens.

Pag. 356, note 1. *au lieu de* : Ou conçu , *lisez* : Et conçu.

BIBLIOTHEQUE ROYALE
1

## ERRATA.

Pag. 7. lig. 6. *au lieu de* 630, *lisez* : 650.

» 17. » 2. » *où*, » *ou.*

» » » 12. » *Cornetius*, » *Cornelius.*

» 21. Atejus Capiton, au lieu de se trouver à la fin de la colonne des *Proculéiens*, doit se trouver en tête de la colonne des *Sabiniens*.

» 25. » 11. *au lieu de* abrogation, *lisez* : adrogation.

» 29. Note 1. à la fin, *ajoutez* : Il y a une autre édition du Code Théodosien, terminée en 1842, qui se trouve dans le *Corpus juris romani antejustinianei*, publié à Bonne. Cette édition comprend toutes les découvertes de Clossius, de Peyron et de Vesmes.

» 38. 6. *au lieu de* 554, *lisez* : 534.

